



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

GABRIEL OLEGÁRIO DE MORAIS

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL DE SAÚDE
DENTRO DE UNIDADES PÚBLICAS DE SAÚDE

FORTALEZA

2022

GABRIEL OLEGÁRIO DE MORAIS

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL DE SAÚDE DENTRO
DE UNIDADES PÚBLICAS DE SAÚDE**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Áreas de concentração: Direito Administrativo, Direito Constitucional e Direito Processual Civil.

FORTALEZA

2022

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

M825r Morais, Gabriel.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL DE SAÚDE DENTRO DE
UNIDADES PÚBLICAS DE SAÚDE / Gabriel Morais. – 2022.
41 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará,
Faculdade de Direito,
Curso de Direito, Fortaleza, 2022.

Orientação: Prof. Dr. Sidney Guerra.

1. Direito Administrativo. 2. Responsabilidade Civil do Estado. 3. COVID-19. 4.
Ação indenizatória. 5. Agente público. I. Título.

CDD 340

GABRIEL OLEGÁRIO DE MORAIS**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL DE SAÚDE DENTRO
DE UNIDADES PÚBLICAS DE SAÚDE**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Áreas de concentração: Direito Administrativo, Direito Constitucional e Direito Processual Civil.

Aprovado em ___/___/_____

BANCA EXAMINADORA

Professor PhD Sidney Guerra Reginaldo (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Professora Mestra Fernanda Cláudia Araújo da Silva
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Professor Mestre Abraão Bezerra de Araújo
Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem por objetivo discutir meios e possibilidades acerca de o agente público figurar no polo passivo da demanda indenizatória, decorrente da responsabilidade civil do Estado, instituto previsto no Art. 37, § 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Este dispositivo constitucional cria muitas discussões a respeito do tema, visto que a doutrina e a jurisprudência não são uníssonas em afirmar a legitimidade passiva do agente público na demanda proposta pela vítima do evento danoso, bem como a respeito da efetivação desses agentes públicos que, por imperícia, negligência ou imprudência, causam danos ao administrado. É analisado também as condições precárias pelos quais esses profissionais são submetidos dentro de seu ambiente de trabalho, gerando muitas vezes efeito catalisador das condutas ilegais, principalmente no atual contexto de pandemia cauda pela COVID-19, tendo em vista que o Estado não estava preparado. Entende-se que a correta efetivação da responsabilidade civil vai muito mais além de apenas a direta aplicação de institutos legais, mas é necessário entender todo o sistema de saúde em que esse profissional de saúde que cometeu ato ilícito está inserido, por isso sendo necessário ação dos poderes constitucionais em conjunto, resultando no estrito cumprimento da lei e trazendo bem estar social para os administrados.

Palavras-chave: Direito Administrativo; Responsabilidade Civil do Estado; COVID-19; Sistema de saúde; Agente público.

ABSTRACT

The present course conclusion work aims to discuss ways and possibilities for the public agent to appear in the passive pole of the indemnity demand, arising from the civil liability of the State, an institute provided for in Art. 37, § 6 of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. This constitutional provision creates many discussions on the subject since the doctrine and jurisprudence are not unanimous in affirming the passive legitimacy of the public agent at the demand proposed by the victim of the event harmful, as well as regarding the effectiveness of these public agents, through unskilfulness, negligence or recklessness, cause damage to the administered. It also analyzed the precarious conditions to which these professionals are subjected within their work environment, often generating a catalytic effect of illegal conduct, especially in the current context of the pandemic caused by COVID-19, given that the State was not prepared. It is understood that the correct enforcement of civil liability goes much further than just the direct application of legal institutes, but it is necessary to understand the entire health system in which this health professional who committed an illicit act is inserted so action is necessary of the constitutional powers together, resulting in strict law enforcement and bringing social welfare to those administered.

Keywords: Administrative Law; Civil Liability of the State; COVID-19; Health system; Public servant; Legitimate passive.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
CF	Constituição Federal
EC	Emenda Constitucional
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Superior Tribunal Federal
LOS	Lei Orgânica da Saúde
OMS	Organização Mundial da Saúde
SARS-CoV-2	Síndrome respiratória aguda grave – coronavírus 2
SUS	Sistema Único de Saúde
Abramge	Associação Brasileira de Planos de Saúde
NIP	Notificação de Intermediação Preliminar

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	09
2	DIREITO À SAÚDE SOB O VIÉS PRINCÍPIOLÓGICO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 88	11
3	DA ORGANIZAÇÃO DO SUS E DA RELEVÂNCIA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL	22
4	PERSPECTIVA JURÍDICA DO REsp N° 1.089.955/RJ	35
4.1	PROMULGAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL N° 120 E APROVAÇÃO DA PL N° 2564/20	36
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	43
6	REFERÊNCIAS	45

1 INTRODUÇÃO

O direito à saúde é um direito essencial, mas somente veio receber um tratamento constitucional no Brasil com a Constituição de 1988, esta denominada como “constituição cidadã”, tal adjetivação não fora à toa, pois tal norma jurídica fora fruto de uma grande, intensa e conjunta participação popular.

O primeiro tópico do presente Trabalho discorrerá acerca da evolução dos conceitos de saúde e de direito demonstrando que o direito à saúde necessita de uma constante participação popular para que se possa ser delimitado, e não somente isso, o arcabouço normativo passa por grande transformação e aperfeiçoamento, sendo construído/complementado em conformidade com as exigências constitucionais. Ademais, iniciando no primeiro tópico e perpassando boa parte do segundo capítulo, este ressalta a importância desse direito essencial e como o Poder Público – devido à grande envergadura que esse direito social possui – é responsável pela correta aplicação e efetivação de tal garantia fundamental.

Busca-se não somente compreender a extensão desse direito, mas também verificar a correta implementação tanto na seara normativa como jurisprudencial, mas principalmente na forma prática. Analisam-se as implicações e responsabilizações que os entes federados sofrerão acerca de erros que seus agentes cometem no exercício de suas atribuições. O presente trabalho tem como principal objetivo, a partir de fundamentos jurídicos-constitucionais, delinear meios e medidas para que haja a correta efetivação da responsabilização dos entes decorrentes de atos ilícitos por parte do servidor público agente da conduta ilegal.

O trabalho está dividido em cinco partes, além da introdução e considerações finais. No primeiro capítulo é colocado a saúde sob o viés principiológico à luz da constituição brasileira de 1988, ou seja, discorre-se a respeito da evolução desse direito dentro da conjuntura nacional e sob a fundação da presente Carta Magna. No segundo capítulo vê-se a devida exposição acerca da organização do SUS e da apresentação e relevância jurídica do instituto da responsabilidade civil bem como a significação dos institutos que o integram.

Dentro do capítulo seguinte, permanece o devido delineamento daquela temática e acresce-se conceitos para a efetivação desse direito e não somente isso, mas a devida conceituação, correntes doutrinárias e divergências jurisprudências e conceituais. Prosseguindo para o capítulo quatro, têm-se a análise jurídica da

efetivação do direito à saúde a sua devida responsabilização dentro de um caso prático, por meio da análise do Recurso Especial do Rio de Janeiro nº 1.089.955. Já no último capítulo, vê-se a evolução legislativa através da Emenda Constitucional de nº 120, promulgada em 06 de maio de 2022 e seus possíveis efeitos que podem garantir uma melhor prestação do serviço público.

A metodologia utilizada se volta para o estudo acerca da possibilidade de execução na efetiva responsabilização desses profissionais e do Estado, será ele estudado e fundamentado por intermédio da análise de fontes secundárias que abordam o tema escolhido de diferentes maneiras, como livros, artigos científicos, documentos monográficos, textos disponíveis em sites confiáveis, entre outros locais que apresentam um conteúdo documentado, além da consulta de legislação correlata.

Assim, a técnica predominantemente adotada é a pesquisa bibliográfica, o que possibilita a análise profunda da aplicação da Responsabilidade Civil sob a ótica médica, bem como a apresentação de possíveis caminhos para efetivá-la.

Por fim, são abordados meios para que efetivem a correta responsabilização desses profissionais, assim como entender como a sua aplicação vem ocorrendo nos julgados pátrios. Ademais, será analisada toda a estrutura em saúde pelo qual o profissional está inserido e, conseqüentemente, efetivar a correta responsabilização desses profissionais analisando toda a estrutura que o cerca.

2 DIREITO À SAÚDE SOB O VIÉS PRINCIPOLÓGICO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

A presença do direito à saúde dentro do art. 6º da Constituição Federal foi fruto de uma grande força dos movimentos sociais da época que antecedeu as discussões sobre a Constituição de 1988, sobretudo ao se definir o que seria a saúde.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) preceitua que saúde é “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, não consistindo apenas na ausência de doença ou de enfermidade¹, mas algo muito mais completo do que a mera ausência de dor física. Foi nesse prisma que o referido direito social foi insculpido no bojo constitucional, ou seja, por se tratar de uma norma de eficácia plena e por se tratar de um direito social de 2ª geração², e que o Estado deve atuar de forma eficaz e ativa para a concretização de tal garantia fundamental., gerando assim para o Estado uma obrigação de fazer.

A completude da palavra saúde abrange não somente características físicas e individuais, mas também de cunho psicológico, social e principalmente coletivo. Inúmeros fatores afetam o bem-estar do indivíduo, dentre eles, fatores de cunho econômico, ambiental, social e sobremaneira o aspecto político. Doenças transmissíveis, por exemplo, transcendem a singularidade do indivíduo, devendo assim o Estado agir de forma ativa com o fito de minimizar tais enfermidades dentro da coletividade³.

O art. 4º da Constituição, pela primeira vez em todo o ordenamento jurídico nacional - prevê de forma expressa tal direito. Com o fito de assegurar tal garantia, os arts. 196 e seguintes do mesmo diploma normativo, por meio de políticas sociais e econômicas – instrumentalizam tal direito. O artigo inicial da Seção II da Carta Maior versa que a saúde é um direito de todos e – acima de tudo - dever do Estado. A grande evolução legislativa, além da previsão do termo “saúde”, veio com a implementação do Sistema Único de Saúde (SUS), este inclusive é considerado como um dos maiores e mais complexos sistemas de saúde pública do mundo, sendo

¹ Constituição da Organização Mundial da Saúde

² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14. Ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

³ Universidade de São Paulo (USP), Revista de direito sanitário, São Paulo v.9, n.3 p.3 - 8 Edição Novembro 2008/Fevereiro 2009.

diretamente responsável pela promoção de acesso à saúde a todos os cidadãos brasileiros⁴.

O art. 198, por exemplo, traz os princípios norteadores desse sistema, possuindo uma natureza descentralizada, ou seja, não estaria concentrado tão somente em um único ente, mas sim em todas as esferas de governo, seja municipal, distrital, estadual ou federal. Além disso, seu atendimento não seria tão somente paliativo, mas sim integral, não se focando apenas no tratamento, mas principalmente na prevenção. Importante evidenciar que o inciso III do presente artigo faz referência expressa à participação da comunidade dentro dessa estrutura.

Seu atendimento é de forma integral, com prioridade para as atividades preventivas⁵ e com ampla participação comunitária. Essa “reviravolta” legislativa aconteceu porque a introdução desse direito foi fruto direto de diversos movimentos populares precedentes, em que houve uma massiva participação popular na definição dos principais objetivos constitucionais ocorridos durante e após a execução da Assembleia Constituinte (como se verá logo mais adiante). Por esse motivo que a atual Constituição Federal é intitulada de “Constituição Cidadã”.

Engana-se quem acredita que o Sistema Único de Saúde está restrito apenas aos cuidados dentro do hospital. Tal sistema vai muito além disso, compete a este o controle e a fiscalização de procedimentos, produtos e substância de interesse coletivo para a saúde e na produção de medicamentos, imunobiológicos, dentre outros. Esse Sistema atua de forma crucial no que diz respeito à vigilância sanitária e principalmente epidemiológica (que, nas circunstâncias atuais, o termo epidemia nunca esteve tão em voga). A atribuição primária do Sistema Único de Saúde está também na formulação de políticas públicas para o saneamento básico, na utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos⁶.

A noção de direito sofreu evolução congênere ao da saúde, pois já a partir do século XIX, para ser mais preciso, em meados do fim da década de 80 e início de 90 - com a implementação do conceito de Estado de Bem-Estar Social - instaurou-se um direito em sua essência bastante diferente daquele advogado pelos burgueses

⁴ HOSPITAIS, PROADI-SUS. Disponível em: <<https://hospitais.proadi-sus.org.br/noticias/130/conheca-os-principios-do-sus-que-garantem-democratizacao-da-saude-brasileira>>. Acesso em: 18 dez. 2021.

⁵ Art. 198, inciso II da CF

⁶ Universidade de São Paulo (USP), Revista de direito sanitário, São Paulo v.9, n.3 p.8 - 8 Edição Novembro 2008/Fevereiro 2009.

revolucionários: um direito público com maior amplitude de partícipes (não sendo somente no setor privado, mas também o poder público atuando de forma mais ativa), porém menos coator (direito dos serviços públicos); marcado pela efetivação da desigualdade material, desprezando-se o instituto da igualdade formal em nome da isonomia de fato⁷.

Sob essa nova ótica, viu-se o aparecimento da inclusão dos direitos subjetivos ao recebimento de prestações estatais e cuja eficácia deveria ser diretamente avaliada por terceiros (próprio poder Legislativo e administrados). Seguido por ideias mais conservadoras e levando-se em conta a generalização do intervencionismo do Estado, prevaleceu a ideia de regulamentar as políticas privadas, inclusive que serviu como base para orientar outros sistemas sociais (economia, educação, cultura etc.).

O direito à saúde passou a ser dirigido pela Administração Pública - não sendo somente regulamentado pela Carta Magna. Por se tratar de um direito tão importante, este foi bastante detalhado – por meio da elaboração de portarias e circulares destinadas ao público externo. Isso ocorreu para trazer maior efetividade às ações públicas com o fito de o sistema ser mais efetivo e uma vez que ele se caracteriza como um direito de princípios norteadores/diretores, exige-se que seus aplicadores realizem uma escolha entre os diversos interesses presentes no caso concreto, podendo dessa forma afirmar que o planejamento introduziu no direito uma lógica diametralmente oposta àquela que caracterizava o direito moderno.

Por isso, é de suma importância compreender e assimilar a grande complexidade envolta na construção normativa que efetiva esse direito, pois após a afirmação/ratificação constitucional da saúde como um direito de todos e um dever do Estado (preconizado diretamente e explicitamente dentro do texto constitucional promulgado em 1988), tendo em vista que a tutela sanitária é tarefa que deve incumbir não somente ao poder central, mas também de todas as esferas de poder político pertencente aos Entes federados.

A fim de delinear e organizar, as competências/atribuições foram enumeradas e categorizadas, sendo elas de caráter: comuns, privativas, concorrentes e exclusivas (art. 23 e seguintes da CF). Dentre aquelas, a proteção e defesa da saúde estão no rol de competências legislativas concorrentes, ou seja, a manutenção,

⁷ Universidade de São Paulo (USP), Revista de direito sanitário, São Paulo v.9, n.3 p.6 - 8 Edição Novembro 2008/Feveireiro 2009.

implementação e aperfeiçoamento de políticas públicas voltadas à área sanitária serão de responsabilidade de todas as pessoas jurídicas pertencentes à Administração Direta estatal.

O legislador ordinário - sabiamente - colocou o direito à saúde como competência concorrente porque, quanto mais entes engajados no melhoramento e na implementação das políticas públicas, mais a população tende a ser melhor assistida nessas demandas sociais, garantindo assim uma maior efetividade.

Conquanto, a fim de trazer uma maior organização, há um limitador constitucional, qual seja, caberá à União o estabelecimento de normas gerais, cabendo aos Estados, Distrito Federal e aos Municípios suplementá-las naquilo que couber (art. 24, XII c/c. art. 30, II). Com efeito, a Constituição Federal vigente não isentou nenhuma esfera do poder público da obrigação de defender, proteger e zelar pela saúde. Assim, a saúde — “dever do Estado” (art. 196) — é de completa responsabilidade de todos os entes federados.

Tratando especificamente da saúde, como parte integrante da seguridade social (art. 194), a Carta Magna abraçou a concepção moderna de saúde, que de acordo com a constituição da OMS - em seus primeiros artigos - apregoa que a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, ou seja a atual concepção sobre a saúde consiste não apenas na ausência de doença ou enfermidade, ou seja não é limitativa, exige-se a realização de políticas públicas que tenham como principal finalidade a redução do risco de doença e de outros agravos, assim como o acesso pleno, universal e igualitário às ações para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196).

Não somente isso, o legislador ordinário organizou o sistema público de saúde com uma série de princípios, dentre eles, a exigência de que todas as ações e os serviços de saúde devem integrar uma rede que tenha direção única em cada esfera de governo (Princípio da Unicidade). Na mesma toada de exigência - a Carta Maior apregou que, de forma igual, essa rede de saúde deverá prestar um atendimento integral às necessidades de saúde, bem como que haja uma organização considerando os seus diferentes níveis de complexidade das ações e dos serviços de saúde⁸.

⁸ Universidade de São Paulo (USP), Revista de direito sanitário, São Paulo v.9, n.3 p.11 - 8 Edição Novembro 2008/Feveireiro 2009.

De acordo com o art. 198 e balizado na ideia de que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, dispôs que todas as ações e serviços de saúde se realizem com a efetiva participação da comunidade. É importante evidenciar, todavia, que toda essa organização e abrangência desse Sistema Único de Saúde, fazendo com que esta seja garantida à população de uma forma universal, gera um dispêndio econômico expressivo para os Entes federados.

Visando isso, e respeitando o princípio da prévia fonte de custeio (art. 195, § 5º da CF), há previsão constitucional de que o sistema público deve ser financiado pelo orçamento da seguridade social e das respectivas esferas de governo. De mais a mais, a CF, no § 1º, do art. 198 - delinea como a saúde será financiada e como os recursos oriundos dessa arrecadação deverão ser aplicados. Importante salientar que tal diploma legal ainda estabelece percentuais mínimos para que houvesse a sua aplicabilidade⁹.

Durante o processo houve uma intensa pressão popular para que fossem vinculadas determinadas receitas ao financiamento do SUS, todavia o texto final acabou saindo com uma série de vetos ao texto original proposto. Em resposta a tais demandas sociais, o legislador promulgou a EC nº 29/2000, em que esta trouxe uma grande suplementação à essa garantia fundamental (a saúde), dentre elas definiram-se recursos mínimos a serem aplicados em ações e serviços públicos de saúde. Ficou consignado que o cálculo será com base em percentuais do produto da arrecadação de alguns impostos, para as esferas estadual e municipal, e na forma definida em lei complementar, para a União (art. 198, § 2º)¹⁰.

Todavia tal diploma integrador da norma - até hoje - ainda não editou a referida lei complementar. Os percentuais atualmente aplicados deveram-se a um acordo político tácito, em que se mantiveram os percentuais anteriormente já definidos de 12% para os Estados e 15% para os Municípios e que a União destinaria anualmente 10% das receitas correntes brutas dos orçamentos Fiscal e da Seguridade Social, constantes do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), contudo tal diploma normativo teve sua eficácia esgotada no ano de 2004.

⁹ CF Art. 198 §2º, incisos I e seguintes

¹⁰ Universidade de São Paulo (USP), Revista de direito sanitário, São Paulo v.9, n.3 p.11 - 8 Edição Novembro 2008/Fevereiro 2009.

A Carta Federal de 1988, além de expressar a autonomia administrativa e política dos Estados-membros, em que enumera alguns de seus bens e as competências privativas e de sugerir uma forma para a organização de seus serviços públicos, prevê que se deve reservar as competências residuais/remanescentes (CF, arts. 25, 26 e 18, § 4º). Um exame mais detido aos diplomas anteriormente citados vê-se que esses demonstram que as matérias assim caracterizadas se resumem a competências administrativas e financeiras¹¹.

Percebe-se que a esfera de poder que detém a maior parcela de responsabilidade pela execução das ações e serviços é o Município, pois é justamente esse quem está na base do sistema de saúde, conhecendo exatamente as demandas específicas dos seus administrados, inclusive sendo responsável pelos cuidados primários de saúde. Com efeito, o art. 30, inciso VII, explicita que os Municípios devem prestar uma cooperação não somente financeira, mas também técnica com a União e Estados através de serviços de atendimento à saúde da população.

Diante da notória relevância pública acerca das ações e serviços de saúde, a Lei Maior incumbiu diretamente ao Poder Público a competência para regulamentá-la, fiscalizá-la bem como controlá-la. Têm-se previsão expressa no art. 199 da CF, em que este dispositivo enumera, em *numerus apertus*, algumas dos princípios que o Sistema Único de Saúde (SUS) devera se balizar. Já o art. 200 do mesmo diploma prevê - em seus 8 incisos - as atribuições que seriam definidas para esse sistema de saúde como: a fiscalização de medicamentos, dentre outras inúmeras atribuições.

Assim, a efetivação da garantia do direito à saúde aos cidadãos perpassa o Poder Central/União Federal, sendo de suma importância a presença e o auxílio dos demais Entes federados, quais sejam: os Estados-membros e os Municípios. Supõe-se destes que, também haja a perfeita formalização dos sistemas sanitários respectivos (estadual e municipal). Com efeito, as diretrizes desses sistemas, em conformidade e obediência ao preceito nacional disposto no art. 198, obrigam-nos a, no gozo do poder político implícito à descentralização – princípio expresso também previsto dentro da seguridade social - realizar o atendimento integral da saúde, priorizando não somente o tratamento de saúde de fato, mas também atividades preventivas, sem quaisquer prejuízos aos serviços assistenciais, e – para que haja uma maior efetivação de tais

¹¹ ALMEIDA, F. D. M. **A repartição de competências na Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 153-166.

ações, estas contarão com a participação direta da comunidade tanto no que diz respeito a sua organização como também durante a execução.

Seguindo o princípio expresso da Diversidade da Base de Financiamento, previsto expressamente no art. 198 da Carta Maior, os sistemas sanitários subnacionais devem, de igual maneira, serem financiados com recursos do orçamento da seguridade social, da União, do Estado e dos Municípios, além de outras fontes.

É importante consignar que, apesar de as competências serem de todos os Entes, a enumeração constitucional não implica somente nos respeitos aos princípios, mas também na responsabilidade direta no cumprimento dessas diretrizes, gerando assim um poder/dever na realização dessas tarefas, ou seja, trata-se de encargos que os entes estão obrigados a assumir, seja qual for a atividade necessária para sua efetivação. O art. 198, inciso I preceitua justamente acerca da descentralização da saúde, trazendo uma direção única em cada esfera de governo.

É importante rememorar que quando o legislador constituinte cita o termo “direção única”, este (na realidade) reserva aos poderes políticos autonomia com relação a matéria de saúde¹². Todavia, no que concerne a esta autonomia, é importante elucidar que nenhum produto normativo, inclusive os de ordem constitucional estadual, podem, portanto, negar as afirmações e preceitos constantes na Carta Maior (princípio da hierarquia das normas jurídicas¹³), implicando assim na indispensável compatibilização do mandamento federal e o disposto pelos Estados através de suas constituições estaduais e dos municípios, através de suas leis orgânicas.

Com isso, não se pode supor que a falta de referência expressa à capacidade normativa estadual - em matéria de saúde – possa significar a sua inexistência. Destarte a organização federativa e a inequívoca redação dos artigos que disciplinam o assunto para toda a República, não permite assim quaisquer conclusões diferentes. A respeito do Ente Municipal, a Carta Maior declarou de maneira expressa sua autonomia na Constituição Federal, no art. 18 e seguintes fora afirmado que tal ente é competente para dispor, tanto de forma legal quanto de forma material.

¹² A atribuição constitucional da competência sanitária municipal encontra-se discutida em pormenores em DALLARI, S. G. Competência municipal em matéria de saúde. Revista de Direito Público, São Paulo v. 22 n. 92, p. 172-177, 1989.

¹³ POGGETTI, Donata. RELEMBRANDO A PIRÂMIDE DE KELSEN. PARTE 01. Équilibré Cursos e Treinamentos. Disponível em: <<http://equilibrecursos.com.br/2015/09/relembrando-a-piramide-de-kelsen-parte-01/>>. Acesso em: 18 dez. 2021.

Esse Ente possui ingerência direta e exclusiva sobre os assuntos de interesse local, inclusive sendo oportuno consignar que a Carta Magna vigente - antes a desta atual - versava que: os Municípios tinham assegurados sua autonomia em tudo quanto respeitasse ao “seu peculiar interesse” (expressão do art. 68, da Constituição de 1891). Este conceito e as tentativas de definição desse interesse foram inúmeras, gerando – por um bom tempo – certa dúvida entre os doutrinadores.

Apenas por volta da década de 50, alcançou-se uma definição que trazia relativo respeito. A definição celebrada e adotada pela doutrina tratava-se daquela que, após distinguir o privativo do peculiar concluiu que: “O entrelaçamento dos interesses dos Municípios com os dos Estados, e com os interesses da Nação, decorre da natureza mesma das coisas, diferenciando-se assim a predominância, da exclusividade.”¹⁴.

Foi justamente esse mesmo critério — da predominância do interesse — que norteou a repartição de competências dos entes federados. Com efeito, é curial citar que – diante das atuais conjunturas globais, já praticamente não existem mais problemas que tenham reflexos circunscritos exclusivamente no âmbito a nível local, com isso, conclui-se que os assuntos de interesse local – na realidade - devem ser compreendidos como aqueles referentes ao peculiar interesse municipal que, dentro da técnica legislativa mais adequada, serão definidos analisando-se caso a caso qual o interesse predominante para a fixação da competência do Município. Inclusive fora essa a interpretação levada pelo Constituinte originário ao versar sobre a saúde na atual Constituição.

Destarte, a fim de que os preceitos constitucionais sejam, de fato, obedecidos e efetivados, a CF dispõe de um capítulo denominado das Funções Essenciais à Justiça. Esse sistema foi previsto com o objetivo de garantir que os direitos previstos para o administrado sejam de fato efetivados. Dentro desse sistema há 2 Entidades autônomas importantíssimas, quais sejam: Ministério Público e Defensoria Pública.

Aquele possui como uma das competências expressas na CF atribuídas o dever de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e das ações, principalmente dos serviços de saúde aos direitos constitucionalmente assegurados, promovendo assim as medidas necessárias à sua garantia (CF, art. 129, II). Já este é parte integrante

¹⁴ Cf. DÓRIA, Sampaio. A. Autonomia dos Municípios. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, São Paulo, v. 24, p. 419-432, 1928.

desse modelo de efetivação das políticas públicas, pois tem o dever de orientar e defender juridicamente, em todos os graus, os necessitados (CF, art. 134). Visa-se assim que todos aqueles que necessitarem, terão seus direitos assegurados.

Essas duas instituições - de natureza administrativa - constituem uma forma concreta que garante a efetivação do direito à saúde na ausência de maior especialização, pois qualquer que seja a situação econômica do indivíduo ou do grupo organizado, existirá uma previsão formal de uma instituição que deverá agir para efetivar a garantia do direito à saúde, inclusive valendo-se da via judicial.

Trazendo maior complemento a essa garantia, em meados de setembro de 1990, foi aprovada a Lei de nº 8.080/90 que versa sobre a Lei Orgânica da Saúde (LOS). É de curial importância assinalar que, durante a promulgação da referida lei, alguns artigos bastante importantes foram vetados, dentre os quais destacavam dispositivos que versavam acerca da participação direta da comunidade na gestão do SUS bem como as transferências entre governos de recursos financeiros na área da saúde. Todavia diante de grande pressão popular ao Executivo e Legislativo, fora promulgada – no mesmo ano, em complemento a já existente, a Lei nº 8.142/90 em que esta versava sobre assuntos prejudicados/revogados na Lei nº 8.080/90.

A Lei Orgânica da Saúde (LOS) tem como principal objetivo, conforme a dicção do *caput* do seu artigo 1º, regular, “em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde executados, isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado” (Lei nº 8.080/90, art. 1º).

Não somente isso – em consonância ao texto constitucional – ele esclarece que o Sistema Único de Saúde é constituído pelas ações e serviços públicos de saúde, envolvendo dessa forma um conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público bem como em ação conjunta com a iniciativa privada que prestará auxílio nos serviços em caráter suplementar (Lei nº 8.080/90, art. 4º).

Um dos grandes avanços dentro da executoriedade desse direito social foi a abertura para que outros setores também atuassem em sua execução, ou seja, deixou de ser algo de competência exclusiva do Estado, abrindo com isso a possibilidade de haver a participação e a exploração da iniciativa privada. O art. 199 – por exemplo - é

claro nesse sentido em que apregoa que a assistência à saúde será de livre iniciativa privada, e que tais instituições poderão participar de forma complementar mediante contrato de direito público ou de convênio.

Todavia, o legislador ordinário impôs duas restrições explícitas dentro do texto constitucional (§§ 2º e 3º, do art. 199). Veda-se a destinação de recursos públicos para auxílios/subvenções às instituições privadas com fins lucrativos e no que se refere a proibição de participação de capital estrangeiro.

Com o fito de facilitar a execução de algumas das competências do Sistema Único de Saúde (SUS) previstas no bojo da Constituição, mais precisamente no art. 200 como o de: controle e fiscalização de procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde, participação na formulação da política e na execução das ações de saneamento básico, as ações de vigilância sanitária e epidemiológica e as de saúde do trabalhador (CF art. 200, I, II e IV) — a LOS define um conjunto de ações capaz de não somente diminuir, mas também de eliminar e até mesmo prevenir os riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente.

Outras ações de extrema importância estão na: produção e circulação de bens, na prestação de serviços de saúde e de vigilância sanitária; ações complementares que proporcionem o conhecimento, a detecção ou a prevenção de qualquer mudança nos fatores determinantes e condicionantes de saúde individual ou coletiva, com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças, vigilância epidemiológica; e a promoção e proteção da saúde dos trabalhadores, bem como a sua recuperação e reabilitação (Lei nº 8.080/1990, art. 6º, §§ 1º, 2º, 3º).

De mais a mais a Lei Orgânica de Saúde esclarece a necessidade da integração, em nível executivo, das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico (Lei nº 8.080/1990, art. 7º, X), ou seja, todos os entes federados deverão, em seus respectivos âmbitos administrativos, definirem as instâncias e mecanismos de controle, avaliação e fiscalização das ações e serviços de saúde, assim como acompanhar, avaliar e divulgar o nível de saúde da população e das condições ambientais, além disso organizar e coordenar um sistema de informação em saúde, com a elaboração de normas técnicas e o estabelecimento de padrões de qualidade para promoção da saúde do trabalhador com a elaboração de normas técnico-científicas de promoção, proteção e recuperação da saúde; definir as instâncias e mecanismos de

controle e fiscalização inerentes ao poder de polícia sanitária; fomentar, coordenar e executar programas e projetos estratégicos e de atendimento emergencial (Lei nº 8.080/1990, art. 15, I, III, IV, XVI, XX, XXI).

Além de todas essas atribuições, a União também deverá estabelecer normas e executar a vigilância sanitária de aeroportos, portos e fronteiras e executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica em circunstâncias especiais, como na ocorrência de agravos inusitados à saúde, que possam escapar do controle da direção estadual do SUS ou que representem risco de disseminação nacional (Lei nº 8.080/1990, art. 16, VII e parágrafo único), caso bastante recente e emblemático, podemos citar o combate a pandemia ainda vigente de SARS-CoV-2.

3 A ORGANIZAÇÃO DO SUS E A RELEVÂNCIA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O SUS, desde a sua criação e implementação, passou por diversas mudanças e evoluções. Percebendo-se assim a tamanha envergadura e importância desse sistema sanitário, o presente trabalho tratará de pontos específicos dentro de todo esse enorme sistema de saúde, qual seja, a análise e a devida efetivação da responsabilidade dos agentes públicos que, em nome da administração pública, cometem ilícitos civis em desfavor dos administrados, sendo este e os atores que o compõem e o efetivam, o principal objeto de estudo deste trabalho de conclusão de curso.

Urge salientar que o instituto em si não passou por muitas modificações ao longo do tempo. A mudança ocorrida, na realidade, foi na forma de como enfrentar os danos sofridos em decorrência de um ato praticado em descumprimento a um dever de conduta. No caso em comento - a conduta médica.

Este trabalho possui como premissa trazer um debate a respeito das condutas realizadas pelos profissionais da saúde dentro dos hospitais públicos. Esse tema - inclusive - vem ganhando bastante notoriedade, principalmente pelo fato de as pessoas terem mais acesso à saúde, outro fator que o traz a maior evidência, seria o advento da pandemia que assola todo o mundo e sobremaneira o nosso país, mas não somente isso, analisar toda a infraestrutura de saúde que o cerca é de crucial importância, pois se é visto que este não consegue acompanhar a presente evolução no número de pessoas que necessitam utilizar esse sistema de saúde.

A relevância jurídica se faz presente porque os desdobramentos das condutas ilícitas afetam diretamente a vida dos pacientes que estão sendo atendidos, levando a sequelas graves - muitas vezes irreversíveis - e, até mesmo, ao infortúnio do óbito. A respeito do instituto da responsabilidade civil, ela poderá ser objetiva ou subjetiva, neste há a necessidade de se provar a culpa do médico em uma de suas modalidades, já naquela não ocorre, pois, a culpa é presumida.

A responsabilidade do profissional da saúde, regra geral, é subjetiva, pois há uma obrigação de meio, tendo em vista que a medicina não é uma ciência exata e o médico não é obrigado a sempre conseguir o êxito em seus procedimentos.

Já na responsabilidade objetiva, definida por obrigação de resultado, o êxito é inerente ao procedimento em *strictu sensu* como, por exemplo, nas cirurgias plásticas, cabendo ao médico - nessa modalidade de culpa - provar a isenção de sua responsabilidade. Tanto na responsabilidade objetiva quanto na responsabilidade subjetiva, o dever de reparação à vítima pode ser afastado em duas hipóteses: caso fortuito ou força maior. Além de o ilícito poder advir da conduta do profissional, outros fatores importantes também devem ser levados em consideração, pois também são causadores do aumento das ações envolvendo responsabilidade civil dos médicos.

A falta de estrutura também acaba por influenciar sobremaneira no aumento de erros médicos, e não somente isso, a sobrecarga de trabalho ao qual esses profissionais estão sujeitos, excesso de jornada de trabalho e a carência de profissionais devidamente qualificados são outros fatores que agravam ainda mais a situação. O atual Código Civil adotou – em regra - a teoria subjetiva da responsabilidade civil, em que se exige a prova robusta da culpa do agente causador do dano, e, em determinados casos, ela é presumida. Esse diploma normativo define que todo aquele que, mediante ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, comete ato ilícito art. 186 (Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito).

Já o art. 187, por exemplo, veio para ampliar a noção de ato ilícito, estabelecendo o instituto da ilicitude, quando se viola o fim econômico, social ou os limites da boa-fé e bons costumes por intermédio de exercício de um direito que violar o seu fim. Houve, portanto, o condicionamento do exercício de um direito a certos limites que vedam seu uso de forma abusiva.

Por esse motivo, o Código Civil vigente impõe a necessidade de reparação do dano causado por ato ilícito (arts. 186 e 187), independentemente de culpa, nos casos especificados pela lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar risco para os direitos de outrem. Essa conceituação define a teoria do risco, de forma que Cavalieri Filho ensina que, “todo o prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa¹⁵”

¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p 136.

Noronha, contudo, afirma que:

em decorrência principalmente dos riscos trazidos pela revolução industrial, fazendo crescer as demandas de reparação de danos decorrentes das máquinas, a exigência de uma conduta culposa norteada pelo século XIX não era compatível com a necessidade social de se assegurar a reparação dos danos, mesmo que seu causador não houvesse agido com culpa. O direito não deveria preocupar-se somente com o comportamento do agente, precisava olhar o lado do prejudicado também¹⁶.

A premissa inicial do Direito é a busca pela pacificação social, por intermédio de normas e técnicas de solução de conflitos. É nesse prisma que o instituto da responsabilidade civil permeia a evolução dos povos antigos, havendo assim uma constante evolução deste instituto. O dano decorrente de ato ilícito sempre foi produto unânime a ser combatido pelo Direito, por isso a importância de sua devida conceituação.

Porquanto, o presente Código Civil, conforme explicitado anteriormente, acolheu a teoria do risco em determinados casos, em que o simples exercício de uma atividade perigosa impõe a obrigação de indenizar os danos eventualmente causados, não havendo a necessidade de comprovação da culpa do agente que causou o dano. O art. 927, parágrafo único é claro nesse sentido.

Art. 927 - Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

[...]

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Vê-se que, enquanto no Direito Privado tem-se a adoção da culpa presumida como caráter de exceção, no Direito Público, mais especificamente na doutrina administrativista, vemos a adoção da teoria do risco como caráter de regra. Themístoles Brandão Cavalcanti¹⁷ explicita que: “A distribuição dos encargos pela coletividade é uma espécie de seguro coletivo que garante a cada um contra os danos que venha a sofrer, e obriga a todos a contribuir na medida de sua participação fiscal, para indenização de prejuízos”.

¹⁶ NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. I, p 537 - 538

¹⁷ CAVALCANTI, Themístoles Brandão, Curso de Direito Administrativo, 5ª Ed. São Paulo, Freitas Bastos, 1958, p.126

Todavia, de maneira geral, a culpa continua a ser o fundamento da responsabilidade civil, juntamente com o risco, na teoria objetiva. De mais a mais, a evolução da responsabilidade civil é marcada pela noção de reparabilidade por um mal causado a alguém. O arcabouço jurídico a ser utilizado para a abordagem da problemática a ser enfrentada são: o Código Civil, em que este, esmiúça a responsabilidade civil em sentido *latu*, o código de médica e a doutrina administrativista.

Conceituado assim as nuances desse instituto (responsabilidade civil) e a base teórica pela qual seguirá o presente trabalho urge salientar que a atuação dos profissionais de saúde dentro da estrutura pública estatal, transmuta de uma mera relação de consumo/privada para uma relação direta com o poder público, pois haverá responsabilização direta da Administração Pública, tendo em vista que a partir do momento que o profissional de saúde exerce uma atividade pública, este transmuta-se e passa a ser um agente público de fato.

Essa conclusão é abarcada pela Teoria da Imputação Volitiva em que o indivíduo que atua pela Administração Pública não se trata de um particular atuando *de per de si*, mas sim no próprio ente público atuando de fato, respondendo diretamente pelos atos praticados por intermédio de seus agentes¹⁸. A caracterização do agente é no sentido mais amplo possível, inclusive o agente que atue sem receber remuneração, ainda assim o Estado responderá diretamente pela sua conduta, como é o caso dos Agentes Honoríficos (mesário de eleições, por exemplo).

Acerca da extrema abrangência para caracterizar o agente causador do dano como servidor público para fins de responsabilização civil, Bacellar Filho¹⁹ brilhantemente esclarece acerca da noção de agente público:

Cabe repetir que a noção de agente público deve ser entendida de forma ampla. Agente público para os efeitos de responsabilidade é toda pessoa física ou jurídica, investida em função pública, independente do vínculo que ostenta. Incluem-se, por conseguinte, os colaboradores da administração, que responderão (I) diretamente se estiverem exercendo atividade administrativa por sua conta e risco (como é o caso das concessionárias ou permissionárias de serviços públicos), (II) por via de

¹⁸ ALEXANDRINO, Marcelo. Direito administrativo descomplicado. 23º ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015

¹⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil da Administração Pública – aspectos relevantes. A Constituição Federal de 1988. A questão da omissão. Uma visão a partir da doutrina e da jurisprudência brasileiras. In: FREITAS, Juarez (organizador). Responsabilidade Civil do Estado. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 330-331

ação regressiva se não estiverem agindo por sua conta e risco. São abrangidas, assim, todas aquelas pessoas que tomam decisões ou realizam atividades de alçada, em virtude do desempenho de um mister público, ressalta-se, em qualquer escalão.

Finalmente, o rito da ação regressiva é o ordinário, de consonância com o preceituado na parte final do §6º do artigo 37 da Constituição Federal, sujeito ao Código de Processo Civil, devendo esta ser instaurada somente entre a pessoa de direito público interessada e o agente culpado, no intuito de ressarcimento dos cofres públicos

Por conseguinte, é importante trazer à baila que no Código de Conduta Ética da Medicina, há a definição sobre o que seria o erro médico. A Resolução CFM de nº 2217/18 - em seu capítulo terceiro - discorre sobre as responsabilidades do profissional da saúde. As modalidades de culpa previstas no normativo anteriormente citado são: a negligência, imperícia e imprudência.

Conceitua-se imprudência como uma conduta comissiva positiva, tendo-se como exemplo o caso do médico anestesista que realiza duas cirurgias simultaneamente, ou seja, o agente assume o risco e por descuido, pratica um ato causador de danos a terceiros. A negligência é uma conduta negativa, um “não fazer”, podendo ser exemplificada no caso do médico que não toma as cautelas necessárias durante o processo cirúrgico/pós-operatório do paciente. Já a imperícia - que assim como a imprudência também se trata de uma conduta positiva - é aquela em que o médico não possui a devida qualificação e mesmo assim se propõe a executar tal ação (clínico que decide realizar cirurgia estética sem ser especialista na respectiva área).

Definido o que seria erro médico, importante explicitar e conceituar os elementos que compõem a responsabilidade civil. É denominada como culpa, propriamente dita, ato ilícito e sem dolo que enseja um dano de monta patrimonial e/ou ato causador do dano estético, material e moral, independentemente ou cumulativamente, devendo o agente causador de tal conduta reparar à vítima. Já o nexo causal - elemento de ligação entre a conduta culposa e o resultado danoso, é o motivo determinante do dano. Logo, se houver a exclusão de um dos três itens supracitados, não haverá responsabilidade.

Tanto na responsabilidade objetiva quanto na subjetiva o dever de reparação à vítima, conforme já citado anteriormente, pode ser afastado em duas hipóteses: através do caso fortuito ou força maior. Essas hipóteses afastam a efetivação da responsabilização do agente, porque se trata da ocorrência de efeitos inevitáveis,

eventos esses alheios ao alcance do sujeito, ou seja, impossíveis de evitá-los. A redação do art. 393 da Lei nº 10.406/02 é clara nesse sentido:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir.

Destarte é de curial importância conceituar que o caso fortuito é um evento da natureza, já a força maior, evento ocorrido devido a uma conduta humana inesperada²⁰. Durante esses 2 últimos anos, no plano social, a invocação desse instituto nunca esteve tão em voga. O motivo ensejador para tal, se trata da atual pandemia de Covid-19 em que toda a humanidade ainda está enfrentando, ensejando assim consequências das mais diversas ordens. Com o advento da pandemia, muitos contratos tiveram de ser descumpridos ou repactuados com o fito de readequá-los a essa nova realidade.

Essas consequências não estão adstritas somente ao plano social, mas principalmente no plano jurídico, especialmente na seara contratual, por isso esses dois institutos foram sobremaneira colocados no centro das discussões nos últimos tempos.

A força maior e o caso fortuito têm utilização rotineira dentro das previsões contratuais, e no uso da disciplina pelos tribunais pátrios. Conquanto, nunca receberam um grande foco doutrinário. Poucos foram os estudiosos do direito que se detiveram a tratar com maior minúcia sobre o assunto, havendo algumas exceções como no clássico “Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão” publicado, na década de 1930, por Arnaldo Medeiros da Fonseca, outro doutrinador de peso, mais contemporâneo, como Flávio Tartuce define caso fortuito como um evento totalmente imprevisível, já a força maior como um evento previsível, mas inevitável.

Importante explicitar que, apesar de haver certa discordância entre a similitude ou não dessas duas excludentes de responsabilização, a jurisprudência pátria, bem como a legislação nacional não faz distinção de tais, por isso, o presente trabalho não se adentrará em discorrer acerca de possíveis diferenças, levando-se em consideração assim que ambos são similares.

²⁰ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. Caso fortuito e teoria da imprevisão. 2. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943.

Com o advento da pandemia, a situação se alterou de forma drástica, pois as excludentes fortuito/força maior (muitas vezes tratados como sinônimos) corresponderam a uma das grandes parcelas possíveis de respostas jurídicas à rescisão contratual a fatos supervenientes ao nascimento do vínculo, passando assim a ser lembrado como fonte dos mais diversos efeitos, desde a tradicional liberação do devedor, até a revisão contratual.

Uma das fundamentações mais utilizadas pela Administração Pública para afastar a culpa dos profissionais de saúde são balizadas nesses dois institutos, por isso faz-se necessário retornar mais uma vez ao tema, de modo a rememorar os contornos que definem essas excludentes de responsabilização civil, conforme previsto no art. 393 do Código Civil já explicitado logo acima.

Importante ressaltar que o erro médico pode ser dividido em dois grandes grupos: quando o erro é causado pela atuação pessoal/direta do médico (profissional autônomo) e quando a falha decorre da atividade empresarial de clínicas, laboratórios e hospitais. Nesta situação, a prestação de serviços médicos em hospitais/congêneres - pela sua natureza, envolvem inúmeros riscos.

Quando ocorrer a ação/omissão geradora da conduta ilícita dentro da estrutura pública de saúde, a responsabilidade será objetivamente da Administração Pública administradora da entidade de saúde, ou seja, o Ente público responde pelo serviço defeituoso independentemente da existência de culpa (aplicação da teoria objetiva). A melhor doutrina, liderada por Bandeira de Mello²¹, assim dispõe:

Responsabilidade objetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano.

Logo, por exemplo, caso haja a aplicação de um medicamento de forma incorreta, perfuração de órgão durante cirurgia, dosagem incorreta... são erros do corpo técnico, ligada a atividade direta do servidor público, já com relação à falha de equipamento utilizado em procedimento, fratura ocasionada por queda no ambiente hospitalar, ausência de equipamentos para realização de procedimentos, dentre outros. Estes acontecimentos se inserem nos erros estruturais.

²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26ª edição. São Paulo: Malheiros editores, 2009, p. 995.

Vale ressaltar novamente que o erro médico causado ao paciente em hospitais e instituições públicas, em regra, é regido pela responsabilidade civil objetiva. Essa responsabilização deve ser olhada sob um enfoque puramente objetivo, prescindindo assim o dolo na conduta do agente, ou seja, o administrado que se sinta lesado, deverá tão somente comprovar o dano e seu nexos causal²². A previsão constitucional para a efetivação desse direito está dormitada no art. 37, § 6º em que este versa o seguinte:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Todavia, essa prerrogativa do administrado não é absoluta, poderá a Administração Pública – desde que assegurada o contraditório e a ampla defesa ao servidor público causador do dano - mover uma ação de regresso contra o agente causador do dano. Conforme brilhantes palavras de Juarez Freitas, a “previsão constitucional direta, titularizada por qualquer pessoa jurídica exercente de função administrativa, da competência pública de determinar, frente aos agentes públicos responsáveis, a recomposição dos prejuízos imputados ao patrimônio do sujeito administrativo²³.

A responsabilidade civil é efetivada de forma direta em desfavor do Ente Público, isso ocorre devido a sua maior solvibilidade em relação ao agente causador do dano, tendo em vista que a Administração Pública possui meios mais efetivos de garantir a execução do direito do administrado lesado. Acerca do direito de regresso, a doutrina entende que - na realidade - se trata de um poder/dever, ou seja, um direito de exercício obrigatório, irrenunciável, imodificável, intransferível e imprescritível.

²² OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O Direito de Regresso do Estado Decorrente do Reconhecimento de Responsabilidade Civil Extracontratual no Exercício da Função Administrativa. In: Alexandre Dartanhan Guerra (Org.). Responsabilidade Civil do Estado. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010. p. 1123.

²³ FREITAS, Juarez. Curso de Responsabilidade Civil. 1ª edição. São Paulo: Malheiros editora, 2006, p. 177

Isso ocorre sob o fundamento da salvaguarda do erário público e dos princípios constitucionais explícitos, como a moralidade administrativa e implícitos, como o da soberania estatal e indisponibilidade do interesse público, tratando-se assim como uma medida de justiça e moralidade

Contudo, a ação de regresso não poderá ocorrer no curso da mesma lide, pois isso geraria grande prejuízo ao administrado, tendo em vista que haveria a necessidade de retorno dos autos à sua gênese, visto que haveria a inclusão de dois elementos bastante complexos de análise jurídica, qual seja, o dolo e a culpa, devendo-se assim aplicar a teoria da Dupla Garantia.

A teoria supra versa a respeito de que o servidor poderia ser demandado, *a posteriore*, pela Administração Pública, por meio de ação de regresso, e, conseqüentemente, a vítima do evento danoso deveria ingressar com ação judicial apenas em face da pessoa jurídica de direito público, devido a sua inegável solvibilidade em relação ao particular que causou o dano, ou seja, o ônus de discutir os elementos subjetivos dolo/culpa da atuação do agente causador do dano seria da Administração Pública e não do agente que sofreu o dano/ilícito.

Com relação à efetivação do direito de regresso em face do servidor público causador do dano, tem-se previsão não somente constitucional, mas também infraconstitucional, mais especificamente no art. 37 §6º da Constituição Federal e no art. 125, II do Código de Processo Civil, em que aquele prevê que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso por parte da Administração Pública, nos casos de dolo ou culpa. Já na seara do direito privado, o artigo anteriormente citado, que está dormitado no Código de Processo Civil, afirma acerca da denunciação à lide do agente causador do dano por meio de ação regressiva.

De mais a mais, a doutrina advoga a tese a respeito da impossibilidade de pôr em análise a Ação de Regresso dentro do mesmo processo. A corrente majoritária está fundada na tese de que, em diversas situações, a discussão/comprovação da culpa é bastante complexa, tendo em vista que a parte acionada trará alegações (muitas vezes de ordem subjetiva) eximindo-se da culpa, gerando naturalmente uma maior morosidade dentro do processo, e com isso danos para o administrado que não terá seu

pleito atendido rapidamente, ferindo de forma direta os princípios da eficiência e celeridade processual.

Boa parte da doutrina vê como um desacerto, dentro do âmbito do Direito Público, abraçar uma teoria mais ampliativa no que se refere a legitimidade passiva entre particular e terceiros lesado por atos praticados por agentes públicos agindo em função do respectivo do Ente. Por esse motivo que há a impossibilidade da aplicabilidade de institutos como a denúncia a lide.

Dentre os doutrinadores, Hely Lopes²⁴, assim esposou:

A ação regressiva da Administração contra o causador direto do dano está instituída pelo §6º do art. 37 da CF como mandamento a todas as entidades públicas e particulares prestadoras de serviços públicos. Para o êxito desta ação exigem-se dois requisitos: primeiro, que a Administração já tenha sido condenada a indenizar a vítima do dano sofrido; segundo, que se comprove a culpa do funcionário no evento danoso. Enquanto para a Administração a responsabilidade independe da culpa, para o servidor a responsabilidade depende da culpa: aquela é objetiva, esta é subjetiva e se apura pelos critérios gerais do Código Civil.

Como ação civil, que é destinada à reparação patrimonial, a ação regressiva (Lei 8.112/90, art. 122, §3º) transmite-se aos herdeiros e sucessores do servidor culpado, podendo ser instaurada mesmo após a cessação do exercício no cargo ou não função, por disponibilidade, aposentadoria, exoneração ou demissão.

Conquanto é importante ressaltar que a jurisprudência pátria vem flexibilizando esse entendimento, inclusive doutrinadores de peso como Odete Medauar²⁵, assim expôs:

[...] não é preciso que o Estado denuncie à lide para exercer o seu direito de regresso. Em outras palavras, ele continua com o direito de regresso contra o agente mesmo se não o chamar ao processo em que a vítima pede indenização.

Sedimentando ainda mais, e comprovando a flexibilização de tal entendimento, a jurisprudência pátria afirma que a denúncia da lide não é de caráter volitivo, mas sim facultativo. Todavia, no plano do instituto da responsabilidade civil

²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 38 ed., 2012, p. 725.

²⁵ MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. Ed. Belo Horizonte: Fórum. 2018, p. 304

estatal, essa denunciação à lide poderá ser aceita, desde que não venha causar prejuízo à economia e à celeridade processual²⁶

No que se refere ao prazo prescricional para a proposição da Ação Regressiva, a fundamentação jurídica está dormitada no art. 37, §5º da Carta Magna, em que versa que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento. A doutrina de Lucas Furtado²⁷ é cirúrgica, em que este assim discorre:

A leitura do dispositivo acima, especialmente da sua parte final, deixa assente que lei deve fixar prazos de prescrição para responsabilizar os agentes públicos pela prática de qualquer ilícito. A Constituição Federal fixa, todavia, a regra de que lei não pode fixar prazo prescricional para as ações de ressarcimento propostas pelo Estado contra seus agentes. Esta regra deve ser aplicada tanto às situações em que o agente tenha causado danos diretamente ao Estado quanto àquelas outras em que o agente tenha causado danos a terceiros e o Estado seja compelido a propor ação regressiva contra o agente.

Conquanto, tal posicionamento não é unanimidade, tendo em vista que Marçal Filho²⁸ assim advoga:

Reputa-se que a imprescritibilidade não pode ser albergada, sob pena de gerar efeitos incompatíveis com a própria Constituição Federal, que prestigia a segurança jurídica. Não se pode admitir que o Estado manteria o direito de ação de modo eterno.

No entanto, há julgados no sentido da imprescritibilidade de ações fundadas em danos ao erário. No entanto, existem situações muito distintas que podem ser consideradas e que até o presente não foram claramente solucionadas pela jurisprudência. Assim, suponha-se o caso de um dano cuja pronúncia pressuponha a pronúncia de invalidade de um ato administrativo. Decorridos mais de cinco anos da consumação do ato, opera-se a decadência do direito de promover a sua invalidação. Até o presente, não existe orientação sobre a questão nem há julgado que tenha afirmado que a disciplina constitucional seria incompatível com a norma

²⁶ ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ERRO MÉDICO. DENUNCIÇÃO DA LIDE. FACULDADE. Nas demandas em que se discute a responsabilidade civil do Estado, a denunciação da lide ao agente causador do suposto dano é facultativa, cabendo ao magistrado avaliar se o ingresso do terceiro ocasionará prejuízo à economia e celeridade processuais. Agravo Regimental não provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp: 139358 SP 2012/0030135-1, Relator: Ministro Ari Pargendler, Data de Julgamento: 26/11/2013, Primeira Turma, Data da Publicação: DJe 04/12/2013).

²⁷ FURTADO, Lucas Rocha Furtado. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.1018-1019.

²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 8.ed., Belo Horizonte, Fórum, 2012, p. 1273.

legal que fixou prazo de decadência para a invalidação de atos administrativos.

Com o fito de sedimentar ainda mais a discussão, Carvalho Filho defende que, na realidade, o prazo prescricional para se efetivar a ação do regresso, na realidade, não deve ser aplicado o prazo de 3 anos, pois por se tratar do erário público, e com o fito de assegurar a coletividade, o prazo deveria ser indeterminado, ou seja, a ação de regresso contra o servidor causador do dano, com o objetivo de haver um ressarcimento civil por parte da administração pública, seria imprescritível. Carvalho Filho assim expõe:

Primeiramente, a imprescritibilidade abrange apenas a ação que vise ao ressarcimento de prejuízos causados por atos de agentes do Poder Público, ou seja, daqueles que, mediante título jurídico formal conferido pelo Estado, sendo servidores ou não, estejam no exercício de função pública. Destarte, se o causador do dano é terceiro, sem vínculo com o Estado, não se aplica o art. 37, par. 5º, da CF. Incide, pois, na hipótese, a regra geral para a prescrição da pretensão de reparação civil, contemplada no art. 206, par. 3º, V, do Cód. Civil, que fixa o prazo de três anos. Nesse caso, observar-se-á o postulado normal da prescritibilidade das pretensões, com escora no princípio da segurança jurídica.

O segundo aspecto concerne aos sujeitos da garantia constitucional. Embora a Carta não o diga expressamente, a imprescritibilidade alcança apenas as pessoas jurídicas de direito público, ou seja, as pessoas federativas, autarquias e fundações autárquicas, e, por essa razão, não atingem as empresas públicas e sociedades de economia mista, pessoas de direito privado. É que, tecnicamente, só se pode falar em “agentes públicos” - expressão cunhada no art. 37, par. 5º, CF – quando se trata de pessoas de direito público.

Por último, cabe lembrar que a norma se aplica somente no caso dos efeitos danosos (prejuízos) advindos das condutas ilícitas de natureza civil. Quer dizer: outras pretensões do Estado decorrentes de responsabilidade civil do agente, que não tenham cunho ressarcitório pela ausência de prejuízos, não estão incluídas na garantia da imprescritibilidade. (negrito do autor)

Conforme já fundamentando anteriormente o respaldo normativo para a aplicação da responsabilização civil não será o Código de Defesa do Consumidor e Código Civil, mas sim o art. 37, § 6º da Constituição Federal, pois não se trata de uma relação de consumo, mas sim da atuação da Administração Pública para com os seus administrados. Sobre essa responsabilização extracontratual por parte da Administração Pública, assim apregou brilhantemente Di Pietro²⁹:

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 623

“(...) corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos.”

Quando o erro médico é vislumbrado a partir da atuação pessoal do profissional, fora do ambiente hospitalar público e este profissional não esteja imputado ao Ente Estatal entende-se que a prestação do serviço pode envolver uma obrigação de meio ou de resultado e será regida pelas normas do direito privado como Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor.

De todo modo, é responsabilidade do médico empregar todo o conhecimento científico existente com o objetivo de cura/tratamento do paciente. No entanto, as limitações da ciência não permitem que o profissional garanta o êxito/cura. Nesse sentido é que se emprega, na relação médico-paciente, a expressão “obrigação de meio”. Por consequência, se a intervenção médica não atingiu o pretendido pelo paciente, não se pode falar, *a priori*, em descumprimento do dever contratual. O que ocorrerá será o inadimplemento se o profissional causou o erro médico por culpa.

4 PERSPECTIVA JURÍDICA DO REsp Nº 1.089.955/RJ

Muitos dos elementos que configuram o conceito jurídico da saúde, delineados sob a égide da carta constitucional em 1988 sequer foram enfrentados pelos tribunais pátrios. Todavia, durante os últimos anos, está havendo um enfrentamento paulatino sobre a temática, tendo em vista a crescente judicialização desse direito. No que pertine à construção jurisprudencial, se percebeu que ela vem acontecendo de forma errática e que os tribunais superiores vêm cada vez mais enfrentando a discussão da política de saúde

A afirmação constitucional tem demonstrado vigor, haja vista o grande desenvolvimento normativo, conforme à compreensão contemporânea; e que o controle judicial da realização da política sanitária vem se escalonando. A casuística que será enfrentada, bem como que serviu de Acórdão paradigma para advogar a tese esposada em todo o corpo deste Trabalho, se trata do Recurso Especial nº 1.089.55/RJ interposto pelo Estado do Rio de Janeiro em desfavor de uma pessoa física.

Tem-se a seguinte situação: o pai de uma criança moveu uma ação de indenização civil por danos morais e materiais contra o Estado do Rio de Janeiro. O fundamento utilizado para gerar a suposta indenização civil foi a ausência de êxito da equipe médica que atendeu a *de cujus*, o ato ilícito se consubstanciou em um serviço defeituoso que fora prestado pelos profissionais de saúde em uma rede de saúde pública do referido estado.

A parte autora aduziu na ação que o atendimento à paciente não logrou êxito devido a ocorrência de inúmeros erros médicos. Nesse contexto a entidade estatal requereu a denunciação à lide de todos aqueles profissionais que efetuaram o atendimento à vítima. Em primeira instância, o Juízo *a quo* indeferiu o pedido de denunciação alegando haver prejuízo à celeridade processual, com isso fora interposto agravo de instrumento.

O mérito do agravo, basicamente se consubstanciava em o Estado advogar a tese de que seria ilegal o juízo não admitir a denunciação a lide da equipe médica, a Corte de origem – todavia - manteve a referida decisão, o relator embasou seu voto no argumento de que se restou caracterizado a culpa anônima do serviço ou responsabilidade objetiva decorrente do risco administrativo e por isso não caberia denunciação a lide justamente pela premissa de que se estaria trazendo aos autos novos

fatos/fundamentos a ação já em litígio, incorrendo em ferimento à celeridade processual, trazendo assim prejuízo à parte autora

De mais a mais, a Corte também sinalizou que o direito do Estado do Rio de Janeiro não estaria sendo cerceado, tendo em vista que este ainda poderia acionar – através de ação regressiva - os servidores públicos causadores da suposta ilegalidade civil, conquanto em uma ação dispare/autônoma, o colegiado do Tribunal não impossibilitou da prática do direito, todavia com ressalvas, adequando a fruição de tal direito com os princípios constitucionais, como a celeridade processual, por exemplo.

O deferimento da denúncia à lide acaba por manifestar uma ofensa ao princípio da celeridade na prestação jurisdicional, porque ao trazer o agente pessoa física causador do dano à lide, além de trazer à baila uma discussão referente ao Ente público, se houve ou não ato ilícito que justificasse uma reprimenda legal, haveria uma discussão sobre a devida caracterização acerca de qual responsabilização deveria se enquadrar, se objetiva ou subjetiva, gerando assim a necessidade de disponibilizar ao agente denunciado defender-se acerca da verificação da responsabilidade subjetiva entre o ente público e o agente causador do dano, a qual é desnecessária e irrelevante para o eventual ressarcimento do particular. No acórdão, o relator acrescentou também, segundo palavras do juízo *a aquo*, em folhas 43 dispondo: ``nova demanda dentro do feito originário``, por isso impossibilitando o deferimento do referido pleito,

A fundamentação daquela Corte segue condizente com os Tribunais Superiores, pois o próprio Superior Tribunal de Justiça já possui entendimento uníssono e consolidado no sentido de que - apesar de haver a previsão expressa no art. 70, inciso III do Código de Processo Civil a respeito da obrigatoriedade da denúncia da lide, essa vinculação é flexibilizada nos casos de responsabilidade civil objetiva do Estado.

Com efeito, a Administração Pública acionada deverá acionar o agente supostamente responsável pelo ato lesivo em ação de indenização na modalidade regressiva e de forma autônoma, não estando obrigada a denunciar à lide, porque, além de impor ao autor manifesto prejuízo à celeridade na prestação jurisdicional, tal pretensão regressiva não será prejudicada, pois poderá ser objeto em uma ação autônoma posterior (CF/88, art. 37, § 6º).

A respeito da responsabilidade estatal por atos ilegais em face de seus administrados, no ordenamento jurídico pátrio, importante destacar o que já se

encontra sedimentada a respeito da responsabilidade civil do Estado, a qual, via de regra, é objetiva, valendo-se o Ente Público da ação de regresso contra o agente causador do dano. Devendo-se sempre observar se a conduta desse possuiu caráter doloso ou culposo.

De mais a mais, tem-se inclusive pacificação nesse sentido, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ocorrida no julgamento do Recurso Extraordinário 841.526/RS³⁰, veiculado no Informativo 819 da Corte, pelo qual se definiu que o Estado deve ser responsabilizado objetivamente quando a omissão for específica, porquanto também não paira qualquer dúvida sobre a modalidade subjetiva aplicada na responsabilidade ao agente público causador do dano no viés regressivo, todavia devendo o Estado comprovar o dolo ou a culpa do seu agente, para que possa reaver os valores das indenizações que foram pagas.

A orientação da Corte Superior de Justiça é uníssona nesse sentido. Nos Embargos de Divergência do REsp nº 128.051/RS³¹, de Relatoria do Ministro Franciulli Netto assim dispôs:

“Da análise do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, conclui-se que buscou o constituinte, ao assegurar ao Estado o direito de regresso contra o agente público que, por dolo ou culpa, cause danos a terceiros, garantir celeridade à ação interposta, com fundamento na responsabilidade objetiva do Estado. Dessarte, ainda que, a teor do que dispõe o artigo 70, III, do CPC, seja admitida a denunciação da lide em casos como tais, não é ela obrigatória.

A anulação do feito baseada no indeferimento da denunciação da lide ofenderia a própria finalidade do instituto, que é garantir a economia processual na entrega da prestação jurisdicional. Mais a mais, a não-aceitação da litisdenuciação não impede o exercício do direito de regresso, tendo em vista que a Constituição Federal o assegura ao Estado para que, em ação própria, obtenha o ressarcimento do prejuízo.
Embargos de Divergência rejeitados.”.

Em linha símile, o Ministro José Delgado, no bojo do REsp nº 835.325/SC³² assim esposou:

1. Cuida-se de agravo de instrumento nos autos de Ação de Reparação de Danos ajuizada por COMÉRCIO E TRANSPORTES RAMTUHN LTDA.

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal Federal. REExt nº 841.526/RS 2.200-2/2001, Relator: Ministro Luiz Fux, Data de Julgamento: 30/03/2016, Plenário).

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp nº 128.051/RS 2012/0022015-4, Relator: Ministro Franciulli Netto, Data de Julgamento: 1º/09/2013, Primeira Turma).

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 835.325/SC 2006/0030135-1, Relator: Ministro Jose Delgado, Data de Julgamento: 31/08/2006, Primeira Turma)

contra a UNIÃO (sucessora do DNER). As razões do agravo visam reformar decisão que aceitou denúncia à lide da empresa SBOG – Sociedade Brasileira de Obras Gerais Ltda, sugerida pela UNIÃO, determinando-se a suspensão do processo e a citação da denunciada para contestação.

O TRF/4ª Região deu provimento ao agravo de instrumento, decidindo que a denúncia à lide só é obrigatória para garantir o direito de ação regressiva pelo denunciante, não estando obrigado o julgador a processá-la se entender que onerará a prestação jurisdicional. Recurso especial da União fundamentado na alínea 'a' apontando violação do art. 70, III, CPC. Defende, em suma, que o art. 70, III, do CPC, permite denunciar à lide aquele que estiver obrigado pela lei ou pelo contrato a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda. Sem contra-razões.

2. A 1ª Seção desta Corte, por ocasião do julgamento dos EREsp 313.886/RN, Relª. Minª. Eliana Calmon, DJ 22/03/04, firmou o entendimento de que 'a denúncia da lide só é obrigatória em relação a denunciante que, não denunciando, perderá o direito de regresso, mas não está obrigado o julgador a processá-la, se concluir que a tramitação de duas ações em uma só onerará em demasia uma das partes, ferindo os princípios da economia e da celeridade na prestação jurisdicional. (...) A denúncia da lide ao agente do Estado em ação fundada na responsabilidade prevista no art. 37, § 6º, da CF/88 não é obrigatória, vez que a primeira relação jurídica se funda na culpa objetiva e a segunda na culpa subjetiva, fundamento novo não constante da lide originária.'

3. Merece ser confirmado o aresto recorrido que indeferiu a denúncia à lide da empresa referida. Não sendo hipótese de obrigatória denúncia da lide para assegurar o direito de regresso, atenta contra o princípio da celeridade processual admitir no feito a instauração de outra relação processual que verse fundamento diverso da relação originária, a demandar ampliação da dilação probatória, onerando a parte autora.

4. Recurso especial não-provido

Todavia, conforme já perpassado em capítulos anteriores, essa regra não é *juris tantum*, no Agravo Regimental ao Agravo do Recurso Especial de nº 139.358/SP³³ o Ministro Ari Pargendler ao proferir seu voto, assim concluiu:

[..] Relativamente ao tema em pauta, observo que questões análogas já foram apreciadas por esta Corte Superior, que concluiu que a denúncia da lide fundada no inc. III do art. 70 do CPC é facultativa, o que basta à conclusão de não ser ilegal a decisão recorrida.

Com o fito de sedimentar mais ainda acerca da faculdade da aplicação, tal sodalício (Superior Tribunal de Justiça), com arrimo justamente no artigo. do CPC, que versa a respeito da denúncia a lide (artigo 70, inciso III), por muitas vezes já afirmou a respeito da inexistência de proibição *ad nutum* de tal instituto, veja-se o que

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp: 139358 SP 2012/0030135-1, Relator: Ministro Ari Pargendler, Data de Julgamento: 26/11/2013, Primeira Turma, Data da Publicação: DJe 04/12/2013).

fora decidido no bojo do Recurso Especial de nº 150.310/SP34, de relatoria do Ministro Castro Filho:

'RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. ARTIGO 70, III, CPC. DENUNCIÇÃO FACULTATIVA. PRECEDENTES. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO.

[...]

II – A denúncia da lide prevista nos casos do inciso III do artigo 70 do Código de Processo Civil, na linha da jurisprudência desta Corte, **não é obrigatória.**

Conquanto, a denúncia a lide, apesar de grande parte da doutrina e jurisprudência advogar a tese de que se trataria de uma conduta ilícita, por “tumultuar” o processo, em determinados caso haverá sim a possibilidade de ser invocada, desde que não traga prejuízo às partes envolvidas, sobremaneira para o administrado, que é a parte mais frágil dessa relação jurídica.

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 150.310/SP 2002/00110187, Relator: Ministro Castro Filho, Data de Julgamento: 17/10/2002, Terceira Turma)

4.1 Promulgação da Emenda Constitucional nº 120 e aprovação da PL nº 2564/20

Em meados de maio de 2022 o Congresso Nacional promulgou importante emenda na seara da saúde pública nacional. A emenda constitucional de número 120 acrescentou ao artigo 198 da Constituição Federal os parágrafos 7 a 11, tais dispositivos discorrem acerca da responsabilidade financeira da União no tocante ao estabelecimento do piso nacional para os profissionais da área da saúde, sendo esta corresponsável pelo Sistema Único de Saúde no tocante a política remuneratória e na valorização desses profissionais.

O parágrafo sétimo preconiza que o vencimento dos agentes comunitários de saúde e de combate às endemias ficará sob a responsabilidade da União, bem como, que caberá aos demais entes federados estabelecer, além de outros consectários, vantagens, incentivos, e quaisquer outros auxílios que valorizem o trabalho desses profissionais, tendo em vista a grande importância dos mesmos.

Em obediência ao Princípio Constitucional da Prévía Fonte de Custeio (art. 195, § 5º da CF) o parágrafo seguinte (oitavo) consigna que os recursos destinados ao pagamento desses vencimentos a maior dos profissionais de saúde de uma forma geral, deverão constar no orçamento geral da União havendo dotação própria e exclusiva. A emenda também trouxe uma importância mudança, no que diz respeito ao estabelecimento de piso salarial não inferior que 2 salários mínimos, sendo repassados pela União aos entes federados.

Outra importante mudança legislativa ocorrida também no mesmo mês deste ano, toca no que se diz respeito ao estabelecimento de piso salarial para a categoria da enfermagem, bem como dos técnicos de enfermagem e parteiros. A Câmara dos Deputados promulgou a PL 2564 de 2020. Importante frisar que até a presente defesa desse trabalho de conclusão, o texto ainda está pendente de eficácia pois ainda seguirá para a sanção presidencial e ainda não está definido a indicação da prévía fonte de custeio estatal para prover os aumentos aprovados e estabelecidos em lei.

Essas previsões legislativas foram de suma importância tendo em vista o protagonismo que esses profissionais tiveram e ainda têm durante o período mais crítico de surto de COVID-19. A proposta de lei não fora aprovada unanimemente

devido a preocupação, daqueles que emitiram voto desfavorável a proposta, acerca da questão orçamentária.

Segundo estimativa do grupo de trabalho da Câmara dos Deputados³⁵, serão onerados do erário público por volta de R\$ 16,3 bilhões de reais ao ano, já na seara privada, esses valores estarão por volta de R\$ 10,5 bilhões. Importante salientar que desde a promulgação da atual constituição, em 1989, o Congresso Nacional já discute o piso salarial da categoria (através da PL 4499/89).

De acordo com dados da Associação Brasileira de Planos de Saúde³⁶ (Abramge) a diferença na remuneração dos enfermeiros do Nordeste em relação à média nacional está por volta de -16,4%, ou seja, as regiões Norte e Nordeste são as que piores remuneram os profissionais da saúde e – com isso - serão as mais beneficiadas, em termos salariais, com a aprovação dessa lei.

Segundo dados da mesma associação, o número de planos médicos aumentou cerca de 4%³⁷ de setembro 2019 a setembro de 2021, saltando de 47 milhões para 48,6 milhões. O aumento não se deu somente no número de planos médicos, mas também na sinistralidade no setor, este sofreu um forte aumento, só de 2020 para 2021, cerca de 15%, em resposta devido ao número de casos de COVID-19.

Em setembro de 2021 o número de reclamações registradas no sistema NIP (Núcleo de Intermediação Preliminar) foi de 134,1 mil, dessas reclamações, cerca de 95,9% foram resolvidas sem a necessidade de judicialização, ou seja, apesar do forte aumento, vê-se a eficiência dessa ferramenta dentro do programa de saúde nacional.

Criado em 2010, o sistema NIP é uma ferramenta para recebimento de reclamações e conflitos administrada pela Agência Nacional de Saúde (ANS). Esse sistema tem por objetivo não somente registrar, mas também intermediar as demandas e reclamações de beneficiários.

O fluxo para a solução da reclamação funciona da seguinte forma, o reclamante registra sua queixa no canal online da ANS, esta repassa para a operadora, que deverá trazer uma solução em até 10 dias úteis a depender da natureza da

³⁵ Agência da Câmara, Deputados aprovam projeto que cria piso salarial da enfermagem. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/noticias/871744-deputados-aprovam-projeto-que-cria-piso-salarial-da-enfermagem>>. Acesso em: 22 maio. 2022.

³⁶ Revista Cenário Saúde, São Paulo v.6, n.4 p.23 Edição Novembro 2021

³⁷ Revista Cenário Saúde, São Paulo v.6, n.4 p.3 Edição Novembro 2021

reclamação. A administradora de saúde deverá trazer uma solução para o caso, caso não ocorra, a partir daí haverá o prosseguimento do processo para a seara judicial.

Segundo dados da Abrange, desde o início da implementação desse sistema, até setembro de 2021, foram registradas cerca de mais de 600 mil reclamações, uma média anualizada de pouco menos de 121 mil reclamações, em que mais de 90% foram resolvidas. Conquanto, urge salientar a importância que esse canal vem se mostrando no que se diz respeito a resolução de conflitos, sendo assim uma importante ferramenta extrajudicial para a resolução dos conflitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante a exposição desse trabalho percebeu-se que muitos dos elementos que configuraram o conceito jurídico da saúde, que ganharam foro constitucional em 1988 sequer foram enfrentados pelos tribunais superiores. Todavia, durante os últimos anos, principalmente devido à atual pandemia de COVID-19, está havendo um enfrentamento paulatino sobre a temática., no que pertine à construção jurisprudencial, se percebeu que ela vem acontecendo de forma errática e que os tribunais superiores vêm enfrentando a discussão da política de saúde desenhada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A afirmação constitucional tem demonstrado vigor, haja vista o grande desenvolvimento normativo conforme à compreensão contemporânea; e que o controle judicial da realização da política sanitária vem se escalonando

De mais a mais, diante de toda a problemática apresentada, vê-se que todas essas normas jurídicas deverão se demonstradas e aplicadas no sentido exato do termo etimológico da palavra saúde, albergado não somente por determinados indivíduos, mas sim por toda aquela comunidade que dela necessitar. Aplicar esse direito social de segunda geração em nosso atual século exige que se verifique em cada momento da deliberação e da execução da política sanitária a obediência à Constituição, tanto preservando o valor saúde nela conceituado, quanto também buscando ouvir toda a comunidade para definir as ações que concretamente garantirão a saúde naquela situação específica. Em suma, na sociedade contemporânea o direito à saúde exige tanto a participação do Parlamento, que é o legítimo representante dos interesses envolvidos, tendo em vista que este faz parte no processo de produzir e consumir quanto de controlar os riscos sanitários, bem como também na participação dos cidadãos na elaboração e na implementação das normas e ações destinadas à promoção, à proteção e à recuperação da saúde.

Diante de todos os fatos e conceitos esposados neste Trabalho de Conclusão de Curso é possível concluir, portanto, que tanto a noção de direito como a de saúde, no atual Estado contemporâneo de direito, implicam diretamente na mais ampla compreensão do ambiente em que será efetivado o direito à saúde. Logo, é imperioso que todos os agentes envolvidos nesse sistema (legislador, administrador público e juiz) possam orientar-se em meio a tantas variáveis sociais, econômicas e

culturais que participam da definição do estado de saúde das pessoas atendidas no Sistema Único de Saúde.

Dentre as soluções para a problemática, cabe ao executivo, dispor de melhor gestão dos recursos públicos para proporcionar melhores condições orgânicas e salariais de trabalho para os profissionais que estão inseridos dentro do sistema de saúde pública, já com relação ao legislador, é necessário instrumentalizar essas formas através de normas jurídicas, ao judiciário, imperioso fazer cumprir aquilo que está previsto em lei, bem como executar e efetivar a aplicação da responsabilização civil dos agentes causadores do dano da forma mais célere e efetiva possível para o administrado lesado pelo dano ilícito.

REFERÊNCIAS

Constituição da Organização Mundial da Saúde

SILVA, JOSÉ AFONSO DA. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14. Ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

Universidade de São Paulo, **Revista de direito sanitário**, São Paulo v.9, n.3 p.3 Edição Novembro 2008/Feveiro 2009

ALMEIDA, F. D. M. **A repartição de competências na Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 153-166.

A atribuição constitucional da competência sanitária municipal encontra-se discutida em pormenores em DALLARI, S. G. Competência municipal em matéria de saúde. **Revista de Direito Público**, São Paulo v. 22 n. 92, p. 172-177, 1989.

POGGETTI, Donata. **RELEMBRANDO A PIRÂMIDE DE KELSEN. PARTE 01**. **Équilibré Cursos e Treinamentos**. Disponível em: <<http://equilibrecursos.com.br/2015/09/relembrando-a-piramide-de-kelsen-parte-01/>>. Acesso em: 18 dez. 2021.

Cf. DÓRIA, Sampaio. A. **Autonomia dos Municípios**. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, São Paulo, v. 24, p. 419-432, 1928.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p 136.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. I, p 537 - 538

CAVALCANTI, Themístoles Brandão, **Curso de Direito Administrativo**, 5ª Ed. São Paulo, Freitas Bastos, 1958, p.126

ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito administrativo descomplicado**. 23º ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Responsabilidade civil da Administração Pública** – aspectos relevantes. A Constituição Federal de 1988. A questão da omissão. Uma visão a partir da doutrina e da jurisprudência brasileiras. In: FREITAS, Juarez (organizador). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 330-331

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. 2. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo. 26ª edição.**
São Paulo: Malheiros editores, 2009, p. 995

CF Art. 198 §2º, incisos I e seguintes