

**A FALTA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SAÚDE PELO ESTADO E O
DEVER DE INDENIZAR DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL
DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO.**

Andrew Guilherme Rocha Gomes¹

RESUMO

O direito à saúde expresso na Constituição Federal de 1988 é um direito social, bem como direito fundamental de segunda geração, devendo ser assegurado pelo Estado. Neste sentido é dever do Estado garantir mediante política públicas a promoção do acesso igualitário à saúde, dessa forma foi criado o Sistema Único de Saúde – SUS, de acesso integral, universal e gratuito à todo cidadão. Entretanto apesar das políticas públicas para assegurar a promoção, proteção e recuperação da saúde estabelecida pelo diploma constitucional, o Estado não tem fornecido de forma satisfatória a prestação dos serviços de saúde, sendo omissa na prestação do serviço. Em face deste cenário de falta dos serviços de saúde, o presente trabalho tem por objetivo fazer, pelo método indutivo, um estudo sobre o direito de saúde, e sobre a responsabilidade civil do Estado, bem como elucidar o dever de indenizar em face da falta de prestação dos serviços de saúde, recorrendo-se, para tal, da análise de acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no período de janeiro de 2019 a dezembro de 2019.

Palavra-chave: Responsabilização; Estado; Omissão; Saúde; Rio de Janeiro

ABSTRACT

The right to health expressed in the Federal Constitution of 1988 is a social right, as well as a second generation fundamental right, and must be guaranteed by the State. In this sense, it is the duty of the State to guarantee, through public policies, the promotion of equal access to health, thus creating the Unified Health System - SUS, with full, universal and free access to every citizen. However, despite public policies to ensure the promotion, protection and recovery of health established by the constitutional law, the State has not provided satisfactorily the provision of health services, being silent on the provision of the service. In view of this scenario of lack of health services, the present study aims to conduct, through the inductive method, a study on health law, and on the State's civil liability, as well as elucidating the duty to indemnify in the face of the lack provision of health services, using, for this purpose, the analysis of judgments of the Court of Justice of Rio de Janeiro, from January 2019 to December 2019.

Keyword: Accountability; State; Omission; Health; Rio de Janeiro.

¹ Acadêmico de Direito pela Universidade do Grande Rio (UNIGRANRIO) – Campus Duque de Caxias, orientado pela professora Lucia Helena Ouvernei Braz de Matos.

1- INTRODUÇÃO

O direito à saúde é um direito social, bem como um direito fundamental de segunda dimensão, sendo disciplinado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que o assegura como direito de todos e dever do Estado, sendo a saúde e a vida, juntamente com a dignidade da pessoa humana, bens jurídicos constitucionalmente protegidos.

Conforme previsto nos artigos 23, II e 196 da Constituição de 1988², o Estado deve garantir, mediante políticas sociais e econômicas, a redução do risco de doença e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde. Para tanto criou o Sistema Único de Saúde – SUS, regulado pela Lei nº 8.080 de 1990, que constitui 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.”³

Apesar do mandamento constitucional e dos demais dispositivos legais que asseguram ao cidadão brasileiro a promoção, proteção e recuperação de sua saúde, o estado não vem fornecendo de forma satisfatória os serviços de saúde pelo SUS, seja pela recorrente falta de medicamento, bem como de recursos humano e tecnológico, como também pelas omissões na prestação do serviço. Em consequência desse descompromisso social torna-se crescente a crescente judicialização da saúde seja com aplicação de medidas preventivas para garantir a prestação de serviço ao administrado, ou coercitiva para sanar o dano pelo serviço prestada da forma inadequada ou não prestado.

De acordo com estudo elaborado, em 2019, pelo Insper (Instituto de Ensino e Pesquisa) para o Conselho Nacional de Justiça o Relatório, entre os anos de 2008 e 2017 houve um aumento de 130% nos números de processos relacionados à saúde. A pesquisa indica, ainda, que

o setor de saúde foi responsável por 498.715 processos de primeira instância distribuídos em 17 tribunais de justiça estaduais, e 277.411 processos de segunda instância, distribuídos entre 15 tribunais de justiça estaduais. Os números refletem no orçamento do Ministério da Saúde, que registrou um crescimento, em sete anos, de aproximadamente 13 vezes nos gastos com demandas judiciais, alcançando R\$ 1,6 bilhão em 2016.⁴

² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em 30 de out de 2020.

³ BRASIL. **Lei nº 8.080**, de 19 de setembro de 1990, Art. 4º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm Acesso em 30 outubro de 2020.

⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Demandas judiciais relativas à saúde crescem 130% em dez anos**. 2019. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/demandas-judiciais-relativas-a-saude-crescem-130-em-dez-anos/>> Acesso em 27 novembro de 2020.

De acordo com a pesquisa realizada pelo Insper, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro foi um dos 6 mais classificados. A pesquisa mostra que dentre os principais assuntos levados ao judiciário carioca estão a Saúde com 35% dos casos; os Planos de Saúde com 33% dos casos; outros com 20% dos casos; Seguro com 10% dos casos e serviços hospitalares com 2% dos casos.⁵

Diante desses números o presente trabalho tem por objetivo fazer, pelo método indutivo, um estudo sobre a Responsabilidade Civil do Estado pela falha no fornecimento do serviço de saúde pelo SUS com a análise de acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no período de janeiro 2019 a dezembro de 2019.

2- DO DIREITO A SAÚDE

A Declaração Universal dos direitos Humanos trouxe à saúde em seu bojo, mais precisamente no art. XXV, o qual define:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.⁶

Logo o direito à saúde é intimamente ligado ao direito à vida e a dignidade da pessoa humana⁷ fundamentos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O direito à saúde foi positivado na CRFB/88, sendo considerado direito social de segunda geração, foi elevado a direito fundamental, possuindo previsão legal nos artigos 6º e 196 a 200, da Carta Magna, bem como outras leis infraconstitucionais.

Cabe ressaltar que os direitos fundamentais constituem um desdobramento da perspectiva de Estado democrático de Direito⁸ e a República Federativa do Brasil.

Ingo Wolfgang Sarlet conceitua os direitos fundamentais, lecionando:

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como aquelas posições jurídicas concernente às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentabilidade material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, pelo seu objeto e significado, possam lhes ser equiparados, tendo ou não, assento na Constituição formal (aqui consideramos a abertura material consagrada no art. 5º, § 2º, da CF/88 (LGL 1988/3), que prevê o reconhecimento de direitos fundamentais

⁵ Idem.

⁶ **Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III)** em 10 de dezembro 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>> Acesso em : 28/11/2020

⁷

⁸ **Direito à saúde na Constituição federal – Direito à Saúde na CF/88.** Disponível em: https://youtu.be/qDYdc_7eHRQ Acesso em: 28/11/2020.

implícitos, decorrentes do regime e dos princípios da Constituição, bem como direitos expressamente positivados em tratados internacionais⁹.

Em síntese, Sarlet, afirma que os direitos fundamentais são assuntos importantes colocados no texto constitucional, que não admitem disponibilidade, por isso não podem ser transacionáveis, bem como que existem direitos fundamentais não previstos no art. 5º da Carta Magna, contudo, são previstos em outros artigos do diploma como direitos fundamentais implícitos.

A saúde prevista como direito social, compõe a estrutura da seguridade social, juntamente com a previdência e a assistência social, devendo o poder público de forma integrada assegurá-las. Conforme inteligência do artigo. 194 da CFRB/88 que diz ser “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”¹⁰.

Cabe Ressaltar que antes da Constituição Federal de 1988 a prestação de serviço público de Saúde era restrita somente aos trabalhadores inseridos no mercado de trabalho formal. Conforme dispõe Barroso:

A partir da Constituição Federal de 1988, a prestação do serviço público de saúde não estaria mais restrita aos trabalhadores inseridos no mercado formal. Todos os brasileiro, independentemente de vínculo empregatício, passaram a ser titulares do direito à saúde.¹¹

Salienta ainda que somente após a Promulgação da Constituição Federal de 1988, os serviços públicos de saúde foram estendidos aos estrangeiros e demais brasileiros que não trabalhavam formalmente, invalidando a ideia que somente parte da população poderia ser abarcada pela assistência¹².

Ademais a Carta Magna de 1988 assegurou que à saúde é direito de todos e dever do estado, direito este constitucionalmente tutelado.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais na constituição de 1988**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, V. 30, P.97-119, abr 1999, apud CASTRO, Artur Soares, OLIVEIRA, João Carlos Cabreton, **Direito Fundamental à Assistência Social: Algumas considerações**. [Revista da SJRJ nº 36 – Direito Penal e Processual Penal – Criminal Law and Criminal Procedural Law](https://www.sjrj.jus.br/revista-sjrj/artigo/direito-fundamental-assistencia-social-algumas-consideracoes-fundamental-right) Páginas: 151-172 Disponível em: <<https://www.sjrj.jus.br/revista-sjrj/artigo/direito-fundamental-assistencia-social-algumas-consideracoes-fundamental-right>> acesso em: 28/11/2020.

¹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 25 de novembro de 2020.

¹¹ BARROSO, Luis Roberto, Da Falta de Efetividade à Judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. P.14. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>> acesso em: 28 de novembro de 2020

¹² idem

Prova disso é o que dispõe o art. 196 da CRFB/88¹³:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Além disso, a Constituição de 1988 atribui aos entes federativos no que tange a prestação do serviço de saúde a responsabilidade solidária, assegurando ainda mais o indivíduo. Dispõe nesse sentido o art. 23 da CRFB/88 “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...]II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.”¹⁴

Diante do disposto no artigo 23 da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal, tese em sede de recurso repetitivo, Recurso Extraordinário – RE 855178 ED / SE – SERGIPE (Tema 793), entendeu há solidariedade dos entes da federação quando do serviço de saúde pública

são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

Note-se que anteriormente a prestação de saúde no Brasil antes de 1988,” a saúde pública não era universalizada em sua dimensão curativa, restringindo-se a beneficiar os trabalhadores que contribuía para os institutos de previdência”¹⁵, após promulgação da Constituição Federal de 1988 à saúde começou a ser universalizada, sendo considerada dever do Estado.

Ao final, compreende-se que à saúde como direito fundamental privilegiando toda a sociedade, foi um marco para o povo brasileiro.

3- A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

3.1 DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil pode ser entendida como um “dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”¹⁶.

¹³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 28 de novembro de 2020

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização excessiva**: direito á saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. P.13. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>> acesso em: 28 de novembro de 2020

¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio, **Programa de Responsabilidade Civil**. 9ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2010. P. 2.

Melhor dizendo, aquele que viola um dever jurídico primário vindo a causar dano a outrem incorre no dever jurídico secundário que é o de indenizar os prejuízos sofridos.

Dessa maneira, como leciona Sergio Cavalieri Filho, a responsabilidade civil busca restabelecer o equilíbrio jurídico-econômico até então existente de modo a reconduzir a vítima ao seu *status quo ante*. Para Cavalieri tal restabelecimento só se torna possível mediante o pagamento pelo ofensor de uma indenização ao ofendido, indenização está que atender o princípio da *reparação integral do dano*¹⁷, previsto no artigo 944 do Código Civil de 2002, ou seja, a indenização mede-se pela extensão do dano, devendo abranger, efetivamente, todos os danos causados.

Para Gagliano e Paplona Filho, a responsabilidade civil nada mais é do que “assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados”.¹⁸ Essa afirmação vem de encontro com o entendido por Rosenvald que entende que Responsabilidade Civil tem além da função reparatória, como previsto nos artigos 187 e 927 do Código Civil de 2002, também uma função preventiva, podendo ser trabalhada, por exemplo, em tutelas inibitórias.¹⁹

Nesse sentido, Rosenvald diz que

A responsabilidade civil absorve quatro funções fundamentais (sendo as duas primeiras pacificadas na civil law): a) a função de reagir ao ilícito danoso, com a finalidade de reparar o sujeito atingido pela lesão; b) a função de repristinar o lesado ao status quo ante ao qual o lesado se encontrava antes de suportar a ofensa; c) a função de reafirmar o poder sancionatório (ou punitivo) do Estado; d) a função de desestímulo para qualquer pessoa que pretenda desenvolver atividade capaz de causar efeitos prejudiciais a terceiros.²⁰

Nas palavras da doutrinadora Maria Helena Diniz, o conceito de responsabilidade civil corresponde a

Aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral e/ou patrimonial causado a terceiro em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda, ou, ainda, de simples imposição legal. A responsabilidade civil requer prejuízo a terceiro, particular ou Estado, de modo que a vítima poderá pedir

¹⁷ CAVALIERI FILHO. Op. Cit. p.13.

¹⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**. Volume único. São Paulo: Saraiva, 2017. 1. p. 855

¹⁹ ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: editora Atlas, 2013. p.76.

²⁰ Idem.

reparação do dano, traduzida na recomposição do statu *quo ante* ou em uma importância em dinheiro.²¹

3.1.1 – Da teoria dualista da responsabilidade civil

A Responsabilidade civil pode ser subjetiva ou objetiva. De acordo com Cavalieri, por muito tempo a Responsabilidade Civil no nosso sistema Jurídico era subjetiva e fundamentada na culpa do ofensor, a qual deveria ser provado pelo ofendido, conforme previa o Código Civil de 1916 “ que traduzia o ideário liberalista do século XX. Livre, o homem é responsável, e a culpa o corolário da liberdade.”²² Ocorre que a culpa aos poucos foi perdendo seu estrelismo na responsabilidade civil, vindo, por meio de leis especiais, a ceder espaço para a responsabilidade objetiva em face do anseio de justiça dado os acidentes decorrentes da implantação da indústria, transformações dos meios de transportes e expansão do maquinismo, bastando para determinados casos, em que atividade por sua natureza implicar risco a terceiros, a prova do dano e do nexo causal.²³

Aos poucos passamos de um sistema simples, baseado na responsabilidade civil subjetiva, fundada na culpa do agente, para um sistema complexo e dualista, no qual convivem lado a lado a Responsabilidade civil Subjetiva e Objetiva.

A responsabilidade Objetiva surgiu em nosso sistema jurídico com a chamada lei das Estradas de Ferro de 1912, sendo prevista também nas leis de acidente do trabalho, na lei do Seguro Obrigatório, na lei do Dano ao Meio Ambiente, na Constituição Federal de 1946 para administração pública, ganhando força com a Constituição Federal de 1988 e principalmente com o Código de Defesa do Consumidor, lei 8.078/9, que transferiu o risco do consumo do consumidor para o fornecedor de serviços, consolidando-se com o Código Civil de 2002²⁴, que além de prever a cláusula geral de responsabilidade civil subjetiva no caput do artigo 927 combinado com o artigo 186, previu três cláusulas gerais de responsabilidade civil objetiva, que de acordo com Cavalieri Filho são: o abuso de direito, conjunção do caput do artigo 927 com o artigo 187, ambos do Código Civil; nos casos específicos em lei, parágrafo único do artigo 927 do Código Civil; e quando o risco é inerente a atividade, conforme prevê o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil.²⁵

3.1.2. Dos pressupostos da responsabilidade civil

²¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 20.ed. Saraiva: São Paulo, 2006. p.40. Apud. . Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/breve-reflexao-sobre-a-saude-como-direito-fundamental/>. Acesso em: 11 de novembro de 2020.

²² CAVALIERI FILHO. Op. Cit. p. 5.

²³ Idem.

²⁴ Idem. p. 6.

²⁵ Idem. p. 7.

O artigo 927 do Código Civil de 2002 diz que “aquele que, por ato ilícito (artigo 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.²⁶ Da redação desse artigo tem-se como pressupostos da responsabilidade civil o ato ilícito, o dano e o nexo causal. Mister-se faz, ainda, adicionar a esses elementos, quando a responsabilidade civil for subjetiva o elemento culpa.

De acordo com Farias, Rosenvald e Netto, o ato ilícito é um fato antijurídico capaz de produzir efeitos contrários ao ordenamento jurídico ou contrato, portanto, consiste em uma transgressão a um dever jurídico imposto a alguém.²⁷ Essa transgressão pode ser decorrente de uma conduta comissiva ou omissiva. A Conduta omissiva consiste no agir contrário a lei ou contrato, enquanto a conduta comissiva consiste no ato de não agir conforme determinado em lei ou contrato.

A fim de melhor compreender colaciona entendimento de Sergio Cavalieri Filho:

Entende-se, pois, por conduta o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas. A ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo, da conduta, sendo a vontade o seu aspecto psicológico, ou subjetivo.²⁸

O nexo causal pode ser compreendido como o vínculo que existe entre a conduta do agente e o resultado por ele produzido, ou seja, constitui-se em uma relação de causa e efeito entre a conduta ilícita e o resultado danoso.

O dano é a lesão a um bem jurídico de ordem patrimonial ou extrapatrimonial causado por uma conduta ilícita omissiva ou comissiva. Nosso sistema reconhece algumas espécies de danos além do material e moral, tais como: o dano material reflexo, o dano moral reflexo, o dano estético, o dano existencial, os danos coletivos, os danos sociais, a perda de uma chance e o dano ao projeto de vida. Logo sem que tenha ocorrido dano a alguém, não há que se falar em responsabilidade civil. Sobre o elemento dano ensina Sergio Cavalieri Filho

(...) conceituar o dano como sendo lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.²⁹

²⁶ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 De Janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm. Acesso em 25 de novembro de 2020.

²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves, ROSENVALD, Nelson, NETTO, Felipe Peixoto Braga. Curso de direito civil: Responsabilidade Civil. Salvador: Edidora JusPODIVM, 2014, p. 165

²⁸ CAVALIERI FILHO. Op. Cit. p. 35

²⁹ Idem. p. 87

E por último temos a culpa normativa ou objetiva, pressuposto da responsabilidade civil subjetiva que consiste na inobservância de uma regra de conduta ou diligência que é devida de acordo com os padrões sociais ou profissionais, ou seja, se caracteriza pela falta de cuidado ou atenção do agente, tendo como modelo de referência ideal e abstrato a conduta diligente do homem médio para saber qual seria a conduta correta a ser realizada no caso concreto.³⁰

Cavaliere Filho, diz que a falta de cuidado é a essência da culpa, motivo pelo qual “vamos sempre encontrar a falta de cautela, atenção, diligência ou cuidado como razão ou substrato final da culpa.”³¹ Nesse sentido, o referido autor prossegue dizendo que a imprudência, negligência e imperícia são formas de exteriorização da conduta culposa.

3.1.3 Da divisão da responsabilidade civil

A doutrina separa metodologicamente a responsabilidade civil em contratual e extracontratual a depender da norma violada, se de conduta geral ou contratual. Preexistindo vínculo obrigacional derivada de um contrato a responsabilidade contratual, denominada como ilícito contratual ou relativo, contudo se o dever de indenizar nascer onde nem a vítima nem o ofensor tenham um vínculo jurídico que os una, existe a responsabilidade extracontratual, denominada também de Aquiliana ou absoluta.

Sobre o tema ensina Sergio Cavaliere Filho

Se a transgressão se refere a um dever gerado em negócio jurídico, há um ilícito negocial comumente chamado ilícito contratual, por isso que mais frequentemente os deveres jurídicos têm como fonte os contratos. Se a transgressão pertine a um dever jurídico imposto pela lei, o ilícito é extracontratual, por isso que gerado fora dos contratos, mais precisamente fora dos negócios jurídicos.³²

Ressalta-se que tanto na responsabilidade contratual como a extracontratual é necessário a violação de um dever jurídico preexistente. Essa distinção ocorre na origem desse dever. Existirá a responsabilidade contratual sempre que ocorrer um inadimplemento contratual ou ilícito contratual possuir previsão expressa no contrato, ressalvado as cláusulas gerais contratuais. Bem como por esse contrato estabelecer um vínculo entre as partes, pode-se dizer que existe uma relação jurídica preexistente entre as partes. Por outro lado existirá a responsabilidade extracontratual quando for violado dever jurídico previsto na lei, e não em contrato.

3.2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

3.2.1 Da transformação da responsabilidade civil do Estado

³⁰FARIAS, ROSENVALD E NETO. Op. Cit. . p. 212.

³¹ CAVALIERE FILHO. Op. Cit. p.23.

³² Idem. p. 24.

Na era absolutista vigorava o princípio da irresponsabilidade, logo não existiam a ideia de responsabilização da administração pública, o que se considerava um entrave à execução dos serviços. Representam muito bem essa época as tão conhecidas expressões

O rei não erra” (The king can do no wrong), “O Estado sou eu” (L’État c’est moi), O que agrada o príncipe tem força de lei” etc. Esse pensamento pairava, pois, o Estado se mantinha longe do problema, sendo incapaz de praticar ou ser responsabilizado por seus atos.³³

Posteriormente surgiram as teorias civilistas das quais se pode mencionar: Teoria sobre os atos de império (aqueles em que o Estado exerce por meio de seus atos coercitivos) e atos de gestão (aqueles em que o Estado atuava conforme o particular, gerindo o serviço público)³⁴; b) Teoria da culpa cível ou da responsabilidade subjetiva: verificavam se o Estado: no exercício de suas funções por meio da culpa causavam danos a um particular. Por que o serviço, não funcionou; funcionou atrasado; ou funcionou mal.³⁵

Num terceiro momento, aparecem as Teorias Publicistas, como: Teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço público: A teoria de culpa administrativa, nas palavras de BITTENCOURT “desvincula a responsabilidade do Estado da ideia de culpa do funcionário, passando a entender como centro da responsabilidade do Estado a culpa do serviço público. Esta culpa anônima do serviço público compreende três formas, estabelecidas na jurisprudência do Conselho de Estado francês: quando o serviço prestado não funciona (culpa in omittendo), funcionou mal (culpa in committendo) ou funcionou tardiamente”³⁶; e Teoria do risco integral : é a modalidade extrema da doutrina, pois a Administração ficaria obrigada a indenizar todo qualquer dano suportado por terceiros, ainda que este contribua com culpa ou dolo.)³⁷.

Adentrando ao tema, entende-se por responsabilidade civil do estado, a obrigação imposta a Fazenda Pública de ressarcir o dano causado à terceiros por omissão ou por atos de seus agentes públicos, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las. Ademais o Estado age por meio de seus agentes, pessoas físicas que possuem função estatal, e estão

³³ Idem. p. 256.

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010., p. 644. apud **A evolução da responsabilidade civil do Estado no Ordenamento jurídico brasileiro**. <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46632/a-evolucao-da-responsabilidade-civil-do-estado-no-ordenamento-juridico> > acesso em: 28 de novembro de 2020.

³⁵ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, **Princípios gerais do Direito Administrativo**, v.II 482-483, Forense, 1989. apud CAVALIERI FILHO, Sergio, **Programa de Responsabilidade Civil**. 9ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2010. P. 241.

³⁶ BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. Manual de direito administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 168/169. apud. Disponível em: < <https://migalhas.uol.com.br/depeso/26283/responsabilidade-extracontratual-do-estado> > acesso em 28 de novembro de 2020 .

³⁷ CAVALIERI FILHO. Op. Cit. p. 244.

fadados a cometer danos ou prejuízos aos indivíduos gerando a obrigação de reparar, o que decorre da responsabilidade civil.)³⁸.

Entende-se que o Estado se submeterá à responsabilidade civil, a Constituição Federal preceitua que as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviço público irão responder pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito regressivo contra o responsável em eventual caso de comprovação de dolo ou culpa.³⁹

Nosso ordenamento jurídico adotou de acordo com o art. 37, § 6º, da CF/88⁴⁰ a Teoria do Risco Administrativo, que preceitua que todo e qualquer ente estatal que ocasionar dano a terceiros, no exercício de sua função ou por simplesmente exercê-las, nos casos de risco criado por sua atividade, tem o dever de reparar, independente de comprovação de culpa do agente causador do dano.⁴¹.

Sergio Cavalieri Filho define essa responsabilidade em apertada síntese: “a teoria do risco administrativo importa atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa”⁴²

Por fim, cabe informar que o Estado tem o dever de realizar suas atividades na esfera administrativa, ainda que perigosa ou que produza riscos, com total segurança de modo que em momento algum o terceiro possa ser lesado, intimamente vinculado ao dever de cuidado, e caso seja violado ensejará o dever de indenizar independentemente de culpa.

3.2.2 Dos pressupostos da responsabilidade civil do Estado

A Carta magna de 1988 consagrou a responsabilidade civil em seu art. 37, § 6º da CRFB/88, que dispõe:

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 e culpa.⁴³

³⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **A responsabilidade civil objetiva e subjetiva do Estado**. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista55/Revista55.pdf. Acesso em : 28 de novembro de 2020.

³⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em 21 de novembro de 2020

⁴⁰ Idem.

⁴¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **A responsabilidade civil objetiva e subjetiva do Estado**. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista55/Revista55.pdf. Acesso em : 28 de novembro de 2020.

⁴² CAVALIERI FILHO. Op. Cit. p. 243

⁴³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em 21 de novembro de 2020

Procedendo a análise do dispositivo legal, entende-se que o Estado somente responderá objetivamente pelos danos que seus agentes causarem a terceiros. Logo por meio do termo por meio de seus agentes, vê-se que o Estado adotou a teoria do risco administrativo, ou seja responderá objetivamente nos casos em que houver um nexo de causalidade entre o dano sofrido e a ação do agente público.

Atente-se que o exercício da função não precisa ser a causa eficaz do dano, mas sim que seja identificado que a condição de funcionário público oportunizou ao agente a prática do ato ilícito, ou seja, o Estado será responsabilizado sempre que haja nexo de causalidade entre o ato do agente e a atuação administrativa, ainda que ocorra fora do exercício da função, ocasionando dano a terceiros.⁴⁴

Entende-se que a responsabilidade civil do Estado, possui os seguintes pressupostos de acordo com o : RE 481.110 Ag. Reg. Recurso Extraordinário, da relatoria do Ministro rel. min. Celso de Mello, j. 6-2-2007, 2ª T, DJ de 9-3-2007.⁴⁵

Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes. O dever de indenizar, mesmo nas hipóteses de responsabilidade civil objetiva do Poder Público, supõe, dentre outros elementos (RTJ 163/1107-1109, v.g.), a comprovada existência do nexo de causalidade material entre o comportamento do agente e o *eventus damni*, sem o que se torna inviável, no plano jurídico, o reconhecimento da obrigação de recompor o prejuízo sofrido pelo ofendido.

Para melhor entendimento faz-se necessário delinear os elementos que compõem a responsabilidade civil, iniciando pela alteridade do dano, que consiste em que o prejuízo gerado pela conduta omissiva ou comissiva tenha sido suportado por outra pessoa diferente do agente. Pois sem o dano não se pensa em responsabilidade civil.

Observa-se como segundo elemento a causalidade material entre o evento e o comportamento do agente público, qual seja a ocorrência do fato, este elemento está intimamente ligado ao vínculo existente entre a ação ou omissão do agente e ocorrência do evento danoso. Para Cavalieri⁴⁶ “nexo causal é o vínculo, a ligação ou a relação causa e feito entre a conduta e o resultado”. Cabe

⁴⁴ CAVALIERI FILHO. Op. Cit., p. 247.

⁴⁵BRASIL. **Supremo Tribunal Federal Recurso Extraordinário 471.110**. Relator Min. Celso de MELLO, Brasília Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=409350> .

⁴⁶ CAVALIERI FILHO. Op. Cit. p. 47.

ressaltar que sobre o assunto pairam várias teoria da equivalência dos antecedentes, teoria do dano direto e imediato e a teoria da causalidade adequada.

O Código Civil Brasileiro adotou a teoria da causalidade direta ou imediata, conforme se extrai da leitura do artigo 403, que dispõe:

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.⁴⁷

Preceituando assim que a teoria da causalidade direta e imediata para parte da doutrina e da jurisprudência entendem que ela acabou positivada. Contudo a teoria adotado por maior parte dos tribunais e a teoria da causalidade adequada, que compreende-se segundo o Des. Martinho Garcez Neto

“A teoria dominante na atualidade é a da causa adequada, segundo o qual nem todas as condições necessárias de um resultado são equivalentes: só o são, é certo e concreto, isto é, considerando-se o caso particular, não, porém em geral ou abstrato, que é como se deve plantar o problema [...].”⁴⁸

Para essa teoria basta saber qual dos fatos foi o mais importante para a configuração do evento danoso.

Como terceiro elemento necessário a configuração da responsabilidade civil do Estado a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional, entende-se que não é exigido que o agente esteja no exercício de função pública, mas que figure na qualidade de agente público.

Para Sergio Cavalieri, para a Configuração desse elemento é necessário que :

Que a condição do agente do Estado tiver contribuído de algum modo para a prática do ato danoso, ainda que simplesmente lhe proporcionado a oportunidade para o comportamento ilícito, responde o Estado pela obrigação ressarcitória. Não se faz mister, portanto, que o exercício da função a causa eficiente para o evento danoso; basta que ela ministre a ocasião para praticar-se o ato. A nota constante é a existência de uma relação entre a função pública pelo agente e o fato gerador do dano.

Desse modo, não é necessário que o dano realizado pelo agente público seja no exercício de suas funções, mas sim que o dano seja causado com relação a sua função pública.

Por fim o último elemento informado pela Suprema Corte a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal, quais sejam o caso fortuito, força maior, fato de vítima e fato de terceiro, haja vista que tais eventos não são causados por sua atividade⁴⁹.

⁴⁷BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 De Janeiro De 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 29 de novembro de 2020

⁴⁸ Idem. Ibidem. p. 50.

⁴⁹ CAVALIERI FILHO. Op. Cit. p. 249.

Verifica-se que caso ocorra uma das causas excludentes de responsabilidade do Estado, não existirá o dever de indenizar.

Logo, para que haja a ocorrência da responsabilidade civil do Estado é necessário no entendimento do Ministro Celso de Mello a presença dos seguintes requisitos: a) alteridade do dano, b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público; c) oficialidade da causa lesiva e a d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.

Assim, é necessário a presença de todos os pressupostos para que haja a responsabilização civil do Estado de forma objetiva, haja vista que sem tal comprovação, não é possível responsabilizar o causador do dano.

3.2.3 Das espécies de responsabilidade civil do Estado

Cabe ressaltar que com relação ao Estado, em regra, a responsabilidade é objetiva em face do no risco administrativo, conforme disposto no art. 37, §6º da Constituição Federal de 1988 e previsto no artigo 15 do Código Civil de 2002.

Ocorre, todavia, que excepcionalmente a responsabilidade civil do Estado pode ser subjetiva. Para Celso Antônio Bandeira de Mello a responsabilidade da administração pública será subjetiva sempre que o dano for proveniente de uma conduta omissiva

a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por ato ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo).⁵⁰

Todavia, de acordo com Cavaliere Filho a responsabilidade civil subjetiva do Estado “só tem lugar nos casos de omissão genérica”, ou seja, por culpa anônima ou falta de serviço, sendo que na omissão específica a responsabilidade do Estado é objetiva.⁵¹

Ensina o renovado jurista que “haverá responsabilidade específica quando o Estado estiver na condição de garante(ou guardião) e por omissão sua cria situação propicia para a ocorrência do evento que tinha o dever de agir para impedi-lo”⁵². Ela pressupõe um dever específico do Estado que o obriga a agir de modo a evitar o resultado danoso, tomando-se emprestada o conceito de omissão previsto no § 2º do artigo 13 do Código Penal

⁵⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello . **Curso de direito administrativo**, 15. ed., Malheiros, p. 871-872 apud. CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9.ed. – São Paulo: Atlas, 2010.

⁵¹ CAVALIERI FILHO, Sergio.

Disponível em:

https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista55/Revista55_10.pdf Acesso em 27 nov. 2020.

⁵² Idem.

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

[...]§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;

b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado

Para Sergio Cavalieri filho omissão específica é:

Haverá omissão específica quando o Estado estiver na condição de garante (ou de guardião) da pessoa ou coisa, e, por omissão sua, criar situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo; a omissão estatal se erige em causa adequada de não se evitar o dano. Em outras palavras, a omissão específica pressupõe um dever especial de agir do Estado, que, se assim não o faz, a omissão é causa direta e imediata de não se impedir o resultado danoso.⁵³

Logo a omissão específica pode ser caracterizada como o dever individualizado de agir do Estado quando este se coloca na condição de garantidor.

Já a omissão genérica, de acordo com Cavalieri, existe naquelas hipóteses que não se pode exigir do Estado uma atuação específica, “tendo ela apenas um dever legal de agir em razão por exemplo, do poder de polícia(ou de fiscalização), e por sua omissão concorre para o resultado.”⁵⁴ A Inação do Estado, para Cavalieri não se apresenta como causa direta e imediata do dano “ razão pela qual deve o lesado provar que a falta do serviço(culpa anônima) concorreu para o dano, que se houvesse uma conduta positiva praticada pelo poder público o dano poderia não ter ocorrido.”⁵⁵ Assim, para se responsabilizar o Estado por omissão genérica mister se faz provar que houve *faute du service*, ou seja, que o serviço não funcionou, e se funcionou funcionou mal ou tardiamente causando um dano.

Assim conclui-se, com a fala de Sergio Cavalieri Filho:

quando não se pode exigir do Estado uma atuação específica, tendo este, contudo, um dever genérico de agir, e o serviço não funciona, funciona mal ou funciona tardiamente, haverá omissão genérica, pela qual responde a Administração subjetivamente com base na culpa anônima; quando o Estado tem dever específico de agir e a sua omissão cria a situação propícia para a ocorrência do evento danoso, em situação que tinha o dever de agir para impedi-lo, haverá omissão específica e o Estado responde objetivamente.⁵⁶

4- DA FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE SAÚDE PELO ESTADO

A Constituição Federal de 1988 ao definir bases para a implantação do Sistema Único de Saúde (SUS) e reconhecer a saúde como um direito social da população e um dever

⁵³ Idem.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ Idem.

do Estado em garantir a sua promoção, proteção e manutenção, assim como a prevenção, tratamento e reabilitação de doenças ou agravos. Assim, o Estado por meio do sistema SUS passou a prover o serviço de saúde a população.

Assim como numa relação de consumo, o Estado se compromete a prestação de serviços de saúde respondendo pelos danos decorrentes da má prestação dos mesmos, ou seja, pelas suas falhas que constituem, de acordo com Cavalieri, a *faute du servisse* de modo a caracterizar a omissão genérica do Estado, sendo hipótese de responsabilidade. Devendo o lesado comprovar a não prestação do serviço, ou a prestação retardada ou má prestação, devendo em todos os casos comprovar a culpa.

Além disso, a Constituição de 1988 atribui aos entes federativos no que tange a prestação do serviço de saúde a responsabilidade solidária, assegurando ainda mais o indivíduo. Dispõe nesse sentido o art. 23 da CRFB/88⁵⁷:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...)

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência

Ressalta-se que o Supremo Tribunal Federal no que tange a solidariedade dos entes federativos a prestação de saúde pública, fixou tese em sede de recurso repetitivo, Recurso Extraordinário – RE 855178 ED / SE – SERGIPE (Tema 793), dessa forma:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

Desse modo, entende-se que a responsabilidade civil do Estado por falta do serviço é subjetiva e não objetiva, cabendo a vítima comprovar a não prestação do serviço, ou a prestação retardada ou má prestação, sendo necessário em todos os casos a comprovação de culpa, observando a responsabilidade solidária dos entes federativos.

5- ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A presente análise tem como objetivo verificar em que casos esse Tribunal responsabiliza o Estado por falha na prestação de serviço de saúde.

5.1 METODOLOGIA

⁵⁷BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 28 de novembro de 2020.

Por meio de pesquisa no site do TJ/RJ buscou-se acórdãos proferidos no período de 01 de janeiro de 2019 a 31 de dezembro de 2019. Para a pesquisa se restringir a decisões que examinassem casos de responsabilidade pela falha no fornecimento de saúde, no campo pesquisa livre, para busca dos acórdãos as palavras “SAÚDE”, “PÚBLICA”, “ATENDIMENTO”, “FALHA”, “RESPONSABILIDADE”, “ESTADO”.

A busca com tais especificações resultou em 14 documentos.

Após análise desses 14 acórdãos conclui-se que apenas 11 tratam do objeto de pesquisa, uma vez que o acórdão nº 0000393-04.2018.8.19.0061 trata de ação de obrigação de fazer; os acórdãos de nº 0269998-73.2017.8.19.0001 e nº 0183081-90.2013.8.19.0001 tratam de responsabilidade de plano de saúde.

Dos julgados analisados:

CAMARA CIVEL	TIPO DE RECURSO	NÚMERO	DATA
6ª	Apelação Civil	0093998-49.2013.8.19.0038	23/10/2019
6ª	Apelação Civil	0114333-64.2017.8.19.0001	03/07/2019
8ª	Apelação Civil	0166322-27.2008.8.19.0001	17/10/2019
21ª	Apelação Civil	0293075-92.2009.8.19.0001	30/07/2019
12ª	Apelação Civil	0324898-79.2012.8.19.0001	22/08/2019
21ª	Apelação Civil	0011213-38.2015.8.19.0045	13/08/2019
16ª	Apelação Civil	0243143-67.2011.8.19.0001	10/09/2019
23ª	Apelação Civil	0180149-71.2009.8.19.0001	09/08/2019
22ª	Apelação Civil	0119694-72.2011.8.19.0001	09/02/2019
27ª	Apelação Civil	0015566-96.2016.8.19.0042	03/07/2019
7ª	Apelação civil	0012519-08.2015.8.19.0024	05/04/2019

Observou-se, na análise destes julgados que os seguintes pontos:

a) Os 11 julgados são unânimes no entendimento que quando há um comportamento positivo por parte do ente público, por conta da teoria do risco administrativo, a responsabilidade é objetiva por força do disposto no artigo 36, §7º da Constituição Federal.

b) Dos 11 julgados, 7 entendem que quando há um comportamento negativo, ou seja, omissão por parte do ente público deve-se investigar o tipo de omissão, sendo necessário perquirir se o ente público estaria obrigado a praticar uma ação em razão de um dever específico ou não. Os acórdãos de nº 0015566-96.2016.8.19.0042, 0093998-49.2013.8.19.0038, 0114333-64.2017.8.19.0001, 0166322-27.2008.8.19.0001, 0324898-79.2012.8.19.0001, 0243143-

67.2011.8.19.0001, 0180149-71.2009.8.19.0001 não fazem distinção entre omissão genérica e específica, considerando a falha como uma conduta omissiva por negligência ou imperícia.

c) Os julgados nº 0012519-08.2015.8.19.0024 e 0119694-72.2011.8.19.0001 entendem como omissão específica a demora ou falta de transferência de paciente da UPA para hospital dotado de UTI.

d) O julgado nº 0293075-92.2009.8.19.0001 entendeu que a demora ou falta de transferência de paciente da UPA para hospital dotado de UTI constitui omissão genérica, sendo a Responsabilidade Civil do Estado Subjetiva.

e) Dos 11 julgados 5 entendem os entes federados envolvidos na falha do serviço como responsáveis solidários.

f) Dos 11 julgados apenas o de nº 0293075-92.2009.8.19.0001 citou o verbete da sumula 115 que diz "A solidariedade dos entes públicos, no dever de assegurar o direito à saúde, não implica na admissão do chamamento ao processo".

g) Dos 11 julgados apenas o de nº 0324898-79.2012.8.19.0001 citou o enunciado 65 do TJ que diz: Deriva-se dos mandamentos dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal de 1988 e da Lei nº 8080/90, a responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios, garantindo o fundamental direito à saúde e consequente antecipação da respectiva tutela".

Ressalta-se que o processo nº 0011213-38.2015.8.19.0045 tem seu trâmite em segredo de justiça, alegando postergação da cirurgia, contudo entende o julgado pela responsabilidade objetiva do Estado pautado na Teoria do Risco Administrativo, ligado a conduta omissiva dos agentes públicos

Observa-se que na maior parte dos acórdãos estudados foram deferidos os danos morais pleiteados, ou seja, existindo o dano comprovado a dever de indenizar. O posicionamento das Câmaras Cíveis, se pautou no sentido de existência de nexo causal entre a conduta do agente público e o dano sofrido pelo lesado, em virtude da falha na prestação de saúde.

Desse modo, percebe-se que o entendimento a cerca da falha no fornecimento de saúde tem se solidificado no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sendo a tese predominante de que a falha na prestação de saúde deriva-se de uma conduta omissiva por negligência e imperícia, ensejando a indenização por dano moral.

7.CONCLUSÃO

Inicialmente verificou-se nessa pesquisa com a análise da lei e doutrina que o direito à saúde é um direito social e fundamental, e um dever do Estado promovê-lo, contudo, antes da Constituição Federal de 1988 o direito à saúde era prestado apenas para às pessoas que possuíam trabalho formal e contribuíam para o fornecimento do serviço.

Observou-se que a Constituição Federal de 1988, visando universalizar o direito à saúde, garantiu a saúde como direito de todos e dever do Estado, trazendo em seu bojo, ainda, a solidariedade dos entes federativos, na prestação do serviço de saúde, através do SUS.

Verifica-se que embora haja previsão constitucional do direito social à saúde o qual possui status de direito fundamental, existe uma falha na prestação dos serviços de saúde no Brasil, resultando em omissões genéricas por parte do Estado, que fomentam o aumento de ações no âmbito da saúde, quais sejam, fornecimento de insumos, medicamentos e procedimentos cirúrgicos e ambulatoriais.

Observou-se também que em relação à modalidade de responsabilidade a ser aplicada, existe certa divergência entre os aplicadores e juristas. Verificou-se na presente pesquisa que parte da jurisprudência compreende que quando o serviço é fornecido ou prestado de forma ineficiente pelo Estado, o indivíduo lesado por esse mau serviço deverá provar a falha no serviço, uma vez tratar-se de omissão genérica, tratando-se, portando de responsabilidade subjetiva do Estado.

Verificou-se , também, que outra parte da jurisprudência analisada entende que há omissão específica do Estado quando esse deixa de agir como deveria em função de lei, bastando para nascer a Responsabilidade do Estado a ocorrência do fato, do nexo causal e o dano para imputá-lo o dever de indenizar, uma vez ser a responsabilidade objetiva. Logo quando o Estado deixa de agir, desviando-se do que foi imposto mediante lei, não prestando o serviço de forma devida, devendo reparar o dano decorrente de tal omissão.

Pelo entendimento retirado do tribunal do Rio de Janeiro observa-se que em grande maioria dos fundamentos de suas decisões encontram-se a tese da responsabilidade objetiva do Estado diante da omissão no serviço de saúde, bem como a solidariedade dos entes federativos em promover a prestação dos serviços de saúde.

8. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto, **Da Falta de Efetividade à Judicialização excessiva: direito á saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. P.14. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf> > acesso em: 28 de novembro de 2020

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Manual de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 168/169. apud. Disponível em: < <https://migalhas.uol.com.br/depeso/26283/responsabilidade-extracontratual-do-estado> > acesso em 28 de novembro de 2020

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Demandas judiciais relativas à saúde crescem 130% em dez anos**. 2019. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/demandas-judiciais-relativas-a-saude-crescem-130-em-dez-anos/> > Acesso em 27 novembro de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 25 de novembro de 2020

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 De Janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 25 de novembro de 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.080**, de 19 de setembro de 1990, Art. 4º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm Acesso em 30 outubro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal Recurso Extraordinário 471.110 Pernambuco. Relator Min. Celso de MELLO, Brasília Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=409350>

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação cível nº 0012519-08.2015.8.19.0024**. Apelante: Município de Itaguaí, Estado do Rio de Janeiro Apelados: Catia Regina Teixeira, Cristiane Maria Teixeira e Cristina Maria Teixeira, Relatora: Desembargador Caetano Ernesto da Fonseca Costa. Disponível em: < <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004BAFD0D0BF7BEAE6C444C009EC3CF10DBC50A0A444C47> >. Acesso em 28 de novembro de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 0015566-96.2016.8.19.0042**. Apelante: Município de Petrópolis. Apelado: Joselene Ferreira Peres de Freitas e outro. Relator: Desembargador Antonio Carlos dos Santos Bittencourt. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00046B128ED4455F42AAE9956A4C3249D4AEC50A43491B31> >. Acesso em 28 de novembro de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 0119694-72.2011.8.19.0001**. Apelante: Estado do Rio de Janeiro e Adriana Rodrigues de Carvalho (recurso adesivo). Apelada: Adriana Rodrigues de Carvalho e Estado do Rio de Janeiro Relator: Desembargador: Rogerio de Oliveira Souza . Disponível em: < <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00046E84F42187EA647822252FDB7AE0AE1FC50A1F431B0C> > . Acesso em 28 de novembro de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 0180149-71.2009.8.19.0001**. Apelante: Claudete Ramos Rodrigues. Apelado: Estado do Rio de Janeiro e Científica Produtos Laboratoriais. Relatora: Desembargadora Murilo Kieling. Disponível

em:<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004E46ED91BD9DFDD84E635E51C10A7B26CC50A5A210504> > . Acesso em 28 de novembro de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 0243143-67.2011.8.19.0001**. Apelante: Marcos Welber dos Santos Mesquita. Apelado: Estado do Rio de Janeiro. Relator: Desembargador Mauro Dickstein. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00043C646F6023C6F570249AD538E8803D7DC50B12315D51>> . Acesso em 28 de novembro de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 0324898-79.2012.8.19.0001** Apelante: Município do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro e Adeilson de Araujo Rocha (adesivo). Apelado: Os mesmos. Relator: Desembargador José Acir Lessa Giordiani Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000488C05608EA1DBF59E6F5441551999949C50A635C3D20>> . Acesso em 28 de novembro de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível 0293075-92.2009.8.19.0001**. Apelante: Município do Rio de Janeiro, Jailton Marques de Oliveira, Josafa Marques de Oliveira, Jose Nilton Marques de Oliveira, Jailza Marques de Oliveira e Josenice Marques de Oliveira. Apelado: Os mesmos. Relator: Desembargador Regina Lucia Passos. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000423C069482292E4AF9200D1D9A8441AD2C50A552E0B51>> . Acesso em 28 de novembro de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível 0166322-27.2008.8.19.0001**. Apelante: Priscila Ramos Schreiber, Andre Schrebeir Representado por sua mãe Priscila Ramos Schreiber, Angelica Ramos Raymundo, Marinete dos Santos, Paulo Sergio dos Santos Ferreira. Apelado: Estado do Rio de Janeiro . Relator: Desembargador Cesar Augusto Rodrigues Costa. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004FCA26F981119243011B1D25B4C44CDACC50B280A1B16>> . Acesso em 29 de novembro de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 0114333-64.2017.8.19.0001**. Apelante: Estado do Rio de Janeiro, Natália Lima da Silva e Maria Etelvina Lima Apelado: Os mesmos. Relator: Desembargador Benedicto Abicaí. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000477AE43CA9CA20859EB19278FE1B53AC8C50A434B3250>> . Acesso em 28 de novembro de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 0093998-49.2013.8.19.0038**. Apelante:. Estado do Rio de Janeiro Apelado: Cristina Santos de Araújo. Relator: Desembargador Benedicto Abicaí. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00046D24A5B7010B9527ACC0516DEAF1C1ACC50B2E3E5154>> . Acesso em 28 de novembro de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 0011213-38.2015.8.19.0045**. Apelante: Segredo de Justiça Apelado: Segredo de Justiça. Relator: Desembargador Regina Lucia Passos. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00046D24A5B7010B9527ACC0516DEAF1C1ACC50B2E3E5154>> . Acesso em 28 de novembro de 2020.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio **Curso de direito administrativo**, 15. ed., Malheiros, p. 871-872 apud. CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9.ed. – São Paulo: Atlas, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sergio, **Programa de Responsabilidade Civil**. 9ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2010. P. 2

CAVALIERI FILHO, Sergio. A responsabilidade civil objetiva e subjetiva do Estado. Disponível em:

https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista55/Revista55.pdf. Acesso em : 28 de novembro de 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 20.ed. Saraiva: São Paulo, 2006. p.40. Apud. . Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/breve-reflexao-sobre-a-saude-como-direito-fundamental/>. Acesso em: 11 de novembro de 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves, ROSENVALD, Nelson, NETTO, Felipe Peixoto Braga. Curso de direito civil: **Responsabilidade Civil**. Salvador:Edidora JusPODIVM, 2014.p. 165

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III)** em 10 de dezembro 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>> Acesso em : 28/11/2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**. Volume único. São Paulo: Saraiva, 2017. 1. p. 855

ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: editora Atlas, 2013. p.76

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais na constituição de 1988**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, V. 30, P.97-119, abr 1999. apud CASTRO, Artur Soares , OLIVEIRA, João Carlos Cabrelon, **Direito Fundamental à Assistência Social**: Algumas considerações. [Revista da SJRJ nº 36 – Direito Penal e Processual Penal – Criminal Law and Criminal Procedural Law](https://www.sjrj.jus.br/revista-sjrj/artigo/direito-fundamental-assistencia-social-algumas-consideracoes-fundamental-right) Páginas: 151-172 Disponível em:< <https://www.jfrj.jus.br/revista-sjrj/artigo/direito-fundamental-assistencia-social-algumas-consideracoes-fundamental-right> > acesso em: 28/11/2020.