

1. PÓS-DOUTOR EM DIREITOS HUMANOS/PDHPCBE/USAL. DOUTOR E MESTRE EM DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS/PUC.SP. DOCENTE DA UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE/SP. DESEMBARGADOR NA 3ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA/SP.

<http://lattes.cnpq.br/6787362338964862>

Recebido: abril de 2019

Aprovado: maio de 2019

Proteção à saúde: Sinopse em função de destacados arestos do Supremo Tribunal Federal sobre responsabilidade civil do Estado brasileiro no último decênio

HEALTH PROTECTION: SYNOPSIS IN FUNCTION OF HIGHLIGHTS FROM THE SUPREME FEDERAL COURT ON CIVIL LIABILITY OF THE BRAZILIAN STATE IN THE LAST DECADE*

José Antonio Encinas Manfre

RESUMO

A saúde, um dos direitos sociais explicitamente concebidos pela vigente Constituição da República Federativa do Brasil, e que integra os considerados de segunda dimensão, tem destacada preeminência, pois, não bastasse consecutória do sobranceiro referente à vida, se assenta no princípio da dignidade da pessoa humana, que, além de síntese dos direitos essenciais e base dos ordenamentos jurídicos neste período do pós-modernidade, se traduz num dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito. Conquanto ainda se ressinta de maior implementação em concreto pelo Estado, a proteção à saúde primeiramente está revestida de normas constitucionais que, definidoras de direitos e garantias fundamentais, têm aplicação imediata ou direta, como reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, cujos julgados – conforme sinótica amostragem relativa ao último decênio – em matéria de responsabilidade civil do poder público traduzem, vista a diversificada gama dos danos sofridos, avançada diretiva para a cristalização dos direitos humanos no Brasil.

Palavras-chave: Saúde. Constitucional proteção pelo Estado. Dignidade da pessoa humana. Danos. Responsabilidade civil do poder público. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil.

ABSTRACT

Health, one of the social rights explicitly conceived by the current Constitution of the Federative Republic of Brazil, and which includes those considered of the second dimension, has outstanding preeminence, since it was not sufficient to refer to the concept of life, based on

the principle of the dignity of the person which, in addition to the synthesis of the essential rights and basis of legal systems in this period of postmodernity, is one of the foundations of our Democratic State. Although it still resents the greater concrete implementation by the State, health protection is firstly protected by constitutional norms that, defining fundamental rights and guarantees, have immediate or direct application, as recognized by the Federal Supreme Court, whose judgments - according to synoptic sampling regarding the last decade - in the area of civil responsibility of the public power translate, given the diverse range of damages suffered, an advanced directive for the crystallization of human rights in Brazil.

Keywords: Health. Constitutional protection by the State. Dignity of human person. Damage. Civil responsibility of the public authority. Jurisprudence of the Federal Supreme Court of Brazil.

Entre os direitos sociais explicitamente concebidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988, o relativo à saúde¹ - um dos doutrinários e internacionalmente reconhecidos de segunda geração ou dimensão² -, além de qualificar-se como fundamental e inerente a todas as pessoas e dever do Estado, consubstancia consectário do referente à vida. Logo, seja qual for o âmbito da respectiva atuação na organização federativa do país, o poder público não

pode revelar-se indiferente a esse essencial tema dos direitos humanos, o da saúde da população, sob pena de incidir em injustificável comportamento inconstitucional. Assim, o caráter programático da regra do artigo 196 dessa Magna Carta³ corporifica perene norte para concreção pelo Estado – sobranceira a dignidade da pessoa humana –, o qual submetido aos não menos diretivos e magnos preceitos do artigo 5º, *caput*, e parágrafo primeiro, como em suma, desde os albores deste século, se posiciona o Supremo Tribunal Federal⁴.

¹ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

² Referente a prestações positivas a cargo do Estado em específicas áreas (BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. 7 ed., São Paulo: Saraiva, 2018, p. 216).

³ “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.”

⁴ AgR no RE 271.286, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ de 24 de novembro de 2000. Ainda

Portanto, responsável por serviços e ações de saúde⁵, está o poder público sujeito a proporcionar as correspondentes prestações e a reparar danos que, mediante ação ou omissão, possa gerar aos destinatários.

Aliás, a Carta Magna ora vigente concebeu amplificado o conceito de direito a saúde, motivo, com efeito, de aplicação direta ou imediata⁶, ou seja, a cujo respeito desnecessário editar-se específica legislação infraconstitucional, não bastassem as características de cogência e vinculação⁷.

Submete-se, portanto, o poder público a vínculo institucional consistente em proporcionar efetividade a esse dever⁸, propriamente, obrigação que, descumprida – mediante ação ou omissão –, redundará

dessa Corte: AgR na STA 175/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 30 de abril de 2010; e AgR no RE 668.722, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe 25 de outubro de 2013. Disponíveis em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em março de 2018.

⁵ Com essas expressões, a Constituição os distingue da *assistência à saúde*, a qual é da iniciativa privada, que ela também reconhece e cujas instituições, complementarmente, poderão participar do sistema único de saúde (SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 35 ed., São Paulo: Malheiros 2012, p. 834).

⁶ Art. 5º, parágrafo §1º, da Constituição Federal de 1.988. STF, RE 271.286/RS e 393.175/RS, Rel. Min. Celso de Mello, respectivamente julgados em 12 de setembro de 2000 e 12 de dezembro de 2006, e AI 616.551, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 23 de outubro de 2007. Disponíveis em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em março de 2018.

⁷ AgR no RE 581.352/AM, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJe 29 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em abril de 2018.

⁸ STF, AgR na STA 175/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 30 de abril de 2010. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em março de 2018.

em responsabilização estatal, não raro, reconhecida pelo Poder Judiciário que, de diferentes modos, conforme a situação particular, assim procura reequilibrar o quadro decorrente da lesão, no mais das vezes, infligida a pessoas mais vulneráveis⁹.

A propósito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da responsabilização civil do Estado para proteção à saúde neste decênio¹⁰, além da consolidação de posições favoráveis à tutela de direitos fundamentais, verifica-se sensível evolução compatível ao caráter plúrimo, solidarista e aberto da Constituição Federal de 1988 e aos influxos do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

⁹ A inexistência de condições satisfatórias para a prestação do serviço de saúde, notadamente às camadas menos favorecidas da população, torna a controvérsia recorrente nos tribunais do país (STF, RE 684.612 RG/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 6 de junho de 2014).

¹⁰ No Brasil, cujo direito remonta ao *civil law*, sempre se teve mais apego à lei e a construções doutrinárias do que propriamente à jurisprudência. Essa tradição, porém, paulatinamente, foi cedendo dimensão. Com efeito, na atualidade deste século, realçam-se o relevo e a influência da jurisprudência, por sinal, também alcançando a doutrina (FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *op. cit.*, p. 1.013). Nessa conformidade, retrato de influência do sistema do *common law*, destacam-se as *súmulas vinculantes* [do Supremo Tribunal Federal], obrigatórias em todos os graus de jurisdição (art. 103-A, da Constituição Federal), além dos *incidentes de julgamento dos recursos repetitivos* pelo Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça (art. 1.036 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015), assim como as decisões desse Pretório Excelso a cujo respeito se tenha reconhecido *repercussão geral*, precedente este também de observância compulsória (DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros editora, 2 ed., 2017, p. 42 a 44).

Por força do autêntico princípio constitucional da responsabilidade civil do Estado prescrito no parágrafo 6º do artigo 37 da Carta Maior¹¹, e como cumpre-lhe resguardar a ordem jurídica¹², está sujeito ele a reparar danos que vier a causar em decorrência de atividades ou omissões¹³ dos respectivos agentes pelos quais se manifeste, integrem ou não a carreira estatal ou tenham postos mais altos ou de menor expressão¹⁴. Aliás, o Supremo Tribunal Federal considera de somenos a

¹¹ Como assinalado, preceito normativo autoaplicável, ou seja, não dependente de intermediação legislativa ou executiva para assegurar-se ao terceiro ofendido o direito subjetivo de obter reparação correspondente, como julgou esse Supremo Tribunal a propósito da violação a direitos fundamentais (RE 580.252-MS, relator para o acórdão o Min. Gilmar Mendes, DJe de 11 de setembro de 2017).

¹² BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988). São Paulo: Saraiva, 3º Volume, Tomo III, 1992, p. 169.

¹³ Não bastasse se verificar mediante ação, “A omissão do Poder Público, quando lesiva aos direitos de qualquer pessoa, induz à responsabilidade civil objetiva do Estado, desde que presentes os pressupostos primários que lhe determinam a obrigação de indenizar os prejuízos que os seus agentes, nessa condição, hajam causado a terceiros”, decidiu essa Suprema Corte (AI 655.277/MG, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ de 12 de junho de 2012. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em fevereiro de 2018). Conforme também: MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 20 ed., 2016, p. 432.

¹⁴ Como preconizara Miguel Seabra Fagundes em relação à futura Carta constituinte, avanço que se materializou com o sobredito preceito da Constituição ora vigente, apropriado substituir-se a expressão *funcionários* pela referente a *agentes públicos*, mais abrangente e precisa. Com isso, incorporar-se-ia ao texto – como verificou-se – a lição dos tribunais para ficar assente que, “do gari e do praça de pré ao presidente da República, todo e qualquer servidor estatal compromete, quando agindo nessa qualidade, a responsabilidade civil por dano a terceiro, da entidade a que serve” (Revista de Direito Administrativo, 168, 5/10, n. 4, Rio de Janeiro, 1987).

licitude da ação administrativa como óbice à reparação de dano: importa, isso sim, que, padecendo a pessoa lesão por força da atividade estatal no interesse da coletividade, regular ou não, se impõe a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais: não seria justo que alguém suportasse sozinho os ônus decorrentes de uma atividade pública exercida em benefício de toda a sociedade¹⁵.

E a concepção teórica informadora do princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do poder público¹⁶, a do *risco administrativo*, faz emergir da mera ocorrência do dano causado à vítima pelo Estado a obrigação de indenizá-la, seja pessoal (moral)¹⁷ e/ou

¹⁵ Nessa diretriz está aresto desse Supremo Tribunal relativo ao RE 571.969, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJe de 18 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em março de 2018.

¹⁶ A Constituição da República Federativa do Brasil, editada em 1988, corporificou muito significativos avanços, consoante expresso no artigo 37, parágrafo 6º, que concebeu a supradita doutrina do risco administrativo, de cunho objetivo: “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”. Desse jaez, também, o artigo 43 do Código Civil em vigor (Lei 10.406/2002), conquanto não se refira às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.

¹⁷ “O dano moral indenizável é o que atinge a esfera legítima de afeição da vítima, que agride seus valores, que humilha, que causa dor” (STF, AgReg no RE 387.014, Rel. Min. Carlos Velloso, DJe de 25 de junho de 2004. Disponível no site <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em fevereiro de 2018.) Acerca desse dano imaterial, oportuno consignar-se que, ainda da jurisprudência comparada, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos infligira condenação à República Portuguesa da ordem de quinze mil euros em favor de uma mulher que, por não ter respeitado

patrimonial essa lesão. Conforme, aliás, julgado do Supremo Tribunal Federal¹⁸ editado próximo ao início deste século, e cuja eficácia – também com foros de doutrina – se estende aos presentes dias, são os seguintes os elementos componentes da estrutura dessa responsabilização civil: a) o dano; b) causalidade material entre esse evento lesivo e o comportamento positivo – ação – ou negativo – omissão – do agente público (ou o relativo à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço ao Estado); c) a oficialidade dessa atividade causal e danosa independente da licitude ou não; e d) ausência de causa excludente dessa responsabilidade¹⁹.

Essa responsabilização, como assinalado, embasa-se na supracitada doutrina (risco administrativo), porque, malgrado objetiva, não se reveste de caráter absoluto – fosse assim, seria a integral –; com efeito, por meio dela se

compromisso de se submeter a esterilização por lacagem de trompas, padecera em razão de seis dos filhos terem sido colocados numa instituição para efeito de adoção. Também por força desse *decisum*, a ela então se assegurou o direito de visita a esses descendentes (Caso Soares de Mello contra Portugal. Queixa 72.850/2014, acórdão, Estrasburgo, 16 de fevereiro de 2016. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-162118"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)). Acesso em abril de 2018).

¹⁸ RE 109.615/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 2 de agosto de 1996. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em fevereiro de 2018.

¹⁹ Do Direito Espanhol, não obstante a Constituição se refira apenas aos casos de força maior como excludentes da responsabilidade civil estatal, o respectivo Tribunal Supremo considerou ter essa força – a do afastamento – o atuar negligente da vítima (RJ 2003/3872, j. 30.4.2003), aliás, também nessa hipótese, com similaridade ao direito brasileiro.

reconhece possível a exclusão da respectiva obrigação, assim como o abrandamento, em situações excepcionais, cuja prova incumbe ao Poder Público, de caso fortuito e força maior²⁰, além de culpa exclusiva da pessoa ofendida²¹ e a de terceiro²².

Importante não se olvidar, sem prejuízo do exposto, que, nesta quadra do século XXI, se está frente a nova fase em relação à responsabilidade civil do Estado: a

²⁰ Trata-se de causa excludente de responsabilidade civil expressamente prevista na Constituição de Espanha (artigo 106, alínea 2), como supradito.

²¹ “(...) a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva com base no risco administrativo, é abrandada ou excluída pela culpa da vítima” (RE 234.010, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ de 23 de agosto de 2002. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em janeiro de 2018). Dessa Suprema Corte ainda registra-se acórdão segundo o qual, em específica hipótese de suicídio de paciente internado em hospital público, reconhecido culpa exclusiva da vítima, e que, portanto, não houvera possibilidade de interferência do poder público (RE 318.725 AgR-RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 27 de fevereiro de 2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em fevereiro de 2018). Da jurisprudência internacional comparada, outrossim, registra-se o seguinte trecho de outro julgado do Tribunal Supremo de Espanha acerca da não responsabilização civil e estatal em situação relacionada à prestação de saúde, cuja fundamentação é similar a essa da Corte brasileira, pelo qual excluído devesse a Administração reparar dano em favor de um paciente, uma vez que este, enfermo, dera causa à lesão que padecera: “*improcedencia de indemnización por los daños sufridos como consecuencia de sufrir el paciente una paraplejía. Culpa exclusiva de la víctima: el enfermo no siguió las pautas aconsejadas i ¿posiblemente ! con ellas se hubiera evitado el daño*” (STS, 3ª, 27.1.2010 (RJ 2010 \ 228). Disponível em: http://nanopdf.com/download/tema-6-responsabilidad-civil-de-las-administraciones-publicas_pdf. Acesso em dezembro de 2017).

²² Para ilustração, a supradita hipótese de exclusão da responsabilidade civil, malgrado o gravíssimo crime de latrocínio (RE 369.820-RS. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em fevereiro de 2018).

correspondente a ser ele garantidor dos direitos fundamentais desde a proteção à vida à referente ao perigo do uso pacífico da energia nuclear.

Assim, ao Estado não basta a tradicional postura de abstenção para não lesar direitos fundamentais ou humanos: também se lhe impõe assumir postura ativa de resguardar a todos, proteger, em relação a agressões de terceiros²³, ainda que da autoria de particulares²⁴. Por sinal, o Supremo também reconheceu cabível a eficácia dos direitos fundamentais em relações privadas²⁵, e, da jurisprudência do direito comparado, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a propósito de outro caso concreto, decidiu nessa conformidade²⁶.

Chama também atenção que, contra o Estado brasileiro, se verificou o primeiro precedente desse Tribunal Internacional acerca da violação de direitos humanos de pessoa com deficiência mental – logo, acerca de não prestação referente a saúde – por um estabelecimento particular que se

²³ NETTO, Felipe Braga. Manual da Responsabilidade Civil do Estado. Salvador: Juspodivm editora, 4 ed., 2017, p. 95.

²⁴ STF, HC 104.410/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJe de 27 de março de 2012. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em fevereiro de 2018.

²⁵ RE 201.819-RJ, relator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 27 de outubro de 2006. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em abril de 2018.

²⁶ Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo). Nesse sentido: BARBERO, Natalia. Protección Internacional de los Derechos Humanos. Los Derechos Humanos a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tomo IV. Argentina: Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2014, p. 17.

deveria incumbir do trato de pacientes acometidos de moléstia do gênero²⁷.

Portanto, na configuração contemporânea da responsabilidade civil do poder público, estão entre grandezas maiores os valores da primazia do interesse da vítima [logo, acima da posição do sujeito provocador da lesão], o da máxima reparação do dano e o da solidariedade social²⁸, e máxime em função da prestação à saúde – imanante ao direito à vida – quer os escopos sejam o preventivo ou o reparatório.

Por sinal, a respeito do primeiro deles também considera-se primordial que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao julgar, preze como encargo principal do Estado tutelar e assegurar, sobretudo, os direitos da vítima vulnerados e, com brevidade, repare as consequências desse atingimento mediante o pagamento de uma indenização patrimonial²⁹.

²⁷ Então, entre o mais, essa Corte impôs que o Estado brasileiro indenizasse os familiares de Ximenes Lopes pelos danos materiais e morais, além de haver ordenado várias outras obrigações, a exemplo de, em prazo razoável, garantir processo interno voltado a investigar e punir os responsáveis pelo fato. Destaca-se ainda dessa condenação, que “As obrigações erga omnes que têm os Estados de respeitar e garantir as normas de proteção, e de assegurar a efetividade dos direitos, projetam seus efeitos para além da relação entre seus agentes e as pessoas submetidas à sua jurisdição, pois se manifestam na obrigação positiva do Estado de adotar as medidas necessárias para assegurar a efetiva proteção dos direitos humanos nas relações interindividuais.” (PAIVA, Caio Cesar; ARAGON HEEMANN, Thimotie. Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, sentença de 4 de julho de 2006. 2 ed., Belo Horizonte: Editora CFI, 2017, p. 312-314)

²⁸ LÔBO, Paulo. Direito Civil, Obrigações. São Paulo: Saraiva editora, 2 ed., 2011, p. 23.

²⁹ Com efeito, garantir, reparar e indenizar

Acerca ainda de destacados arestos do Supremo Tribunal brasileiro, consignase haver assentado ele, mediante julgado revestido de repercussão geral³⁰, que, em hipótese de omissão³¹, será objetiva a responsabilidade civil do Estado sob a doutrina do risco administrativo, desde que ao poder público recaia específico dever legal de garantir proteção e reúna ele possibilidade de agir para obstar o resultado lesivo.

Nessa esteira de resguardo aos direitos humanos fundamentais, se destaca aresto outro dessa Suprema Corte brasileira concernente aos direitos à vida e à saúde, dado uma das unidades federadas se haver omitido no desempenho da obrigação de proporcionar níveis eficientes e apropriados de segurança pública³², e, com isso, ter dado azo a que uma vítima de

constituem os principais eixos da obrigação prevista no artigo 63 [1.] da Convenção Americana (CADH): ao Estado, responsabilidade para o futuro, isso é, *dar respuesta ante la víctima*, o que se traduz em restituir-lhe poder fruir e exercer os direitos dos quais se tenha visto obstada por injusta atuação do Estado. (SOTTO, Alfredo M.; TRUCCO, Marcelo F., *op. cit.*, p. 85-112).

³⁰ “A exigência da repercussão geral vale para todos os recursos extraordinários independentemente da natureza da matéria neles veiculada (cível, criminal, trabalhista ou eleitoral)”, conforme decidiu esse Supremo Tribunal, AI 664.567/RS QO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJe de 6 de setembro de 2007. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em abril de 2018. Ainda: NEGRÃO, Theotônio. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. São Paulo: Saraiva, 4 ed., 2018, p. 84.

³¹ RE 841.526-RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 1º de agosto de 2016. Nesse sentido, são de ilustração, ainda, outros acórdãos desse Supremo Tribunal: Ag no RE 662.563, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 2 de abril de 2012; RE 594.902, Rel. Min. Carmen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 9 de setembro de 2010. Disponíveis em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em março de 2018

³² Artigo 144 da Constituição Federal.

crime contra o patrimônio padecesse tetraplegia e, destarte, necessitasse se submeter a implante do instrumento denominado *marcapasso frênico*, cujo custeio – logo, responsabilização civil –, por fim, em suma, viera esse Tribunal impor ao poder público, aliás, entre outros fundamentos, porque, além desse mínimo, preponderantes os caracteres cogente e vinculante das normas constitucionais, programáticas ou não, que instrumentalizam diretrizes de políticas públicas de saúde³³, não bastasse, assim, proporcionar também o que considerou *direito à busca da felicidade*, uma das decorrências do respeito à dignidade da pessoa humana³⁴.

Mediante aresto outro nessa consonância, e especialmente a envolver saúde de crianças e adolescentes, essa mais alta Corte brasileira, no limiar do século, julgara incumbir ao Estado (gênero), por meio do Sistema Único de Saúde, responsabilizar-se de modo linear envolvendo União, os estados-membros, o Distrito Federal e municípios³⁵.

³³ Artigos 6º, 196 e 197 dessa Constituição da República.

³⁴ Então, a bem ainda de promover e garantir esse relevante direito fundamental, o Tribunal concebeu colmatação relativa a omissões inconstitucionais mediante apropriado controle de atos da administração pública pelo Judiciário. E acrescentou ter-se atividade de fiscalização justificável pela imprescindibilidade da observância de determinados padrões constitucionais – proibição de retrocesso social, resguardo ao mínimo existencial, vedação de proteção insuficiente e proibição de excesso – e, portanto, ajustamento ao Direito Internacional.

³⁵ RE 195.192-3/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 22 de fevereiro de 2000. Nesse

Ademais, exarara outro acórdão a admitir, no concernente a essas políticas públicas, verificar-se *judicialização do direito à saúde*, além dessa solidariedade na responsabilização das pessoas jurídicas componentes da Federação³⁶.

Acerca do direito à saúde, ademais, essa Corte tem reconhecido objetiva a responsabilidade da Administração em situações nas quais o *eventus damni* se dê em hospitais públicos³⁷ (ou mantidos pelo Estado), decorra de tratamento médico inadequado ministrado por agente público, promane de conduta positiva (ação) ou negativa (omissão)³⁸ atribuível a servidor com atuação na área médica³⁹ e ainda nas seguintes hipóteses: necessidade do

sentido: AgRg no RE 255.627-1, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 21 de novembro desse ano: “(...) a falta de regulamentação municipal para o custeio da destinação não impede fique assentada a responsabilidade do Município (...)”. Esses acórdãos integram ainda a fundamentação do relativo à Suspensão de Segurança (SS) 374, Rel. Min. Gilmar Mendes, presidente, DJ de 3 de junho de 2009. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em março de 2018.

³⁶ AgRg na STA 175/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 30 de abril de 2010. Nesse sentido, e com repercussão geral, RE 855.178-SE, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 16 de março de 2015. Ainda: AgRg no RE com Ag 1.049.831-PE, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 8 de novembro desse ano. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em março de 2018.

³⁷ AgR no ARE 727.864/PR, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJe 13 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em maio de 2018.

³⁸ AgR no AI 852.237/RS, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJe 9 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em maio de 2018.

³⁹ AgRg no RE 495.740-DF, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 14 de agosto de 2009. Ainda, dentre mais no tema, acórdão desse Supremo Tribunal relativo: ED no AgRg no AI 734.689-DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 24 de agosto de 2012. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: abril de 2018.

fornecimento de medicamentos⁴⁰, especial conferência de alimentação a criança que padecia alergia alimentar⁴¹, inaplicabilidade da denominada *reserva do possível* sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o *mínimo existencial*⁴², obrigação solidária dos entes federados em função do Sistema Único de Saúde - SUS⁴³ (do qual também decorre comportamento afirmativo de juízes e tribunais e positiva criação jurisprudencial⁴⁴), ampliação e melhoria no atendimento de gestantes, etc.

Outrossim, tem o Supremo Tribunal Federal consolidado avançada jurisprudência de direitos humanos em relação à liberdade de preferência ou concepção no terreno da sexualidade,

⁴⁰ AgR no AI 822.882/MG, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, DJe de 10 de junho de 2014; AgRg no ARE 952.614/SC, redator do acórdão o Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, DJe de 28 de abril de 2017 (por sinal, com imposição de multa ao Estado pelo abuso no direito de recorrer) etc. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em maio de 2018.

⁴¹ AgR no ARE 1049831/PE, Rel. Min. Edson Fachin, 2ª Turma, DJe 8 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em maio de 2018.

⁴² AgR no RE 581.352/AM, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJe 29 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso abril de 2018.

⁴³ Conjunto de ações e serviços de saúde prestados por órgão e instituições públicos nos três âmbitos da federação – administrações direta ou indireta –, incluídas as de controles de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, sangue, hemoderivados e equipamentos (RE 855.178 RG/SE, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe de 16 de março de 2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em abril de 2018.

⁴⁴ AgR no ARE 727.864/PR, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJe 13 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em maio de 2018.

consoante aresto a respeito do qual assim assentou: “ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de seus direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual”⁴⁵. Faz-se também referência a esse posicionamento do Pretório Excelso para, nessa diretriz, se considerar acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pelo qual se reconheceu responsabilidade civil contra hospital dado neste se haver recusado atendimento médico de emergência em detrimento de paciente transgênero⁴⁶.

Efetivamente: vistos esses precedentes sob guaridas constitucional e de diplomas jurídicos internacionais, tem-se suficiente medida para concluir que, neste decênio do século, essencialmente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal represente consolidada evolução concernente à responsabilização civil do Estado brasileiro em decorrência da violação de direitos humanos, especificamente, em hipóteses de não à proteção à saúde. Aliás, com interpretação pautada na primazia da norma mais favorável à dignidade e à efetiva tutela da pessoa natural.

Também realça-se, não bastassem as destacadas aplicação e produção dessa

Corte Maior na matéria, o não menos crescente ajustamento ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, realidades cujas grandezas, por um lado, tendem a coibir recidivos agravos a esses interesses maiores e, de outro, confluem ao aprimoramento do exigível e correspondente resguardo.

Destarte, e como confirma-o a progressiva sobrecarga pela recorrência ao Poder Judiciário brasileiro em todas as instâncias, não obstante ainda deficiências contra as quais perenes esforços são empreendidos, se pode concluir que vítimas e familiares, estes também atingidos – direta ou reflexivamente, conforme a hipótese particular –, têm encontrado estímulo a demandar para efeito de responsabilização civil do poder público, o qual, aliás, lhes deveria proporcionar a maior proteção referente a esses preponderantes bens e interesses.

Ainda: sem olvido ao Estado brasileiro ter sofrido condenação infligida na matéria pela Corte Interamericana de Direitos Humanos⁴⁷, não é desarrazoado se conceber, dado ser posterior sobre tema da espécie, que o Supremo Tribunal Federal, nessa linha de avanços na tutela de direitos humanos, tenha influenciado sentença desse Tribunal internacional⁴⁸, pela qual

⁴⁵ AgRg no RE 477.554-MG, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em abril de 2018.

⁴⁶ Apelação 70068327774, Rel. Des. Túlio de Oliveira Martins, DJe de 8 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em abril de 2018.

⁴⁷ Exemplos: os Casos Ximenes Lopes e Gomes Lund, este relativo à denominada Guerrilha do Araguaia, a respeito, em suma, de inconveniência da lei 6.683/1973 – “Lei da Anistia”.

⁴⁸ Caso Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica, 28 de novembro de 2012.

reformado decisório da Suprema Corte costarriquenha obstativa de fertilização *in vitro* no país. Para essa Corte Internacional, com a decisão *a quo* se violara direitos à liberdade pessoal e à vida privada, o que inclui autonomia e acesso aos serviços de saúde reprodutiva. Por sinal, como a vedação para essa fertilização se baseara em texto da Convenção Americana (CADH) – em geral, proteção à vida desde a concepção –, a Corte (CInDH) empreendeu profunda análise relativa ao artigo 4º (CADH) sob interpretação baseada nos seguintes critérios: a) o da conformidade; b) o sistemático e o histórico; c) o evolutivo; e d) o referente ao sentido e à finalidade do tratado⁴⁹.

⁴⁹ Logo, esse Tribunal Internacional regional concluiu “(...) que o embrião não pode ser considerado pessoa nos termos da Convenção Americana e que a concepção teria início com a implantação do embrião no útero. Essa decisão está em linha com o que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal no caso da ‘pesquisa com células-tronco’” (ADI 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 29-5-2008, Plenário, DJE de 28-5-2010) cf. RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 4 ed., 2ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 408.

REFERÊNCIAS

BARBERO, Natalia. Protección Internacional de los Derechos Humanos. Los Derechos Humanos a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tomo IV. Argentina: Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2014.

BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. 7 ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de

1988). São Paulo: Saraiva, 3º Volume, Tomo III, 1992.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos. Teoria Geral do Novo Processo Civil. São Paulo: Malheiros editora, 2 ed., 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. Novo Tratado de Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2015.

LÔBO, Paulo. Direito Civil, Obrigações. São Paulo: Saraiva editora, 2 ed., 2011.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 20 ed., 2016.

MENEZES, José Euclimar Xavier de; OLIVEIRA, Waldemar. Resistência e poder constituinte dos direitos humanos.. **Diálogos Possíveis**, [S.l.], v. 17, n. 2, feb. 2019. ISSN 2447-9047.

Disponível em: <<http://revistas.unisba.edu.br/index.php/dialogospossiveis/article/view/511/371>>.

Acesso em Feb. 2019.

NEGRÃO, Theotônio. Código de Processo Civil e legislação procesual em vigor. São Paulo: Saraiva, 4 ed., 2018.

NETTO, Felipe Braga. Manual da Responsabilidade Civil do Estado. Salvador: Juspodivm editora, 4 ed., 2017.

PAIVA, Caio Cesar; ARAGON HEEMANN, Thimotie. Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, sentença de 4 de julho de 2006. 2 ed., Belo Horizonte: Editora CFI, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 4 ed., 2ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 35 ed., São Paulo: Malheiros 2012.

SOTTO, Alfredo M.; TRUCCO, Marcelo F. La Reparación por Violación a Derechos Humanos y sus Nuevas Dimensiones en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana. In: Derecho Internacional de los Derechos Humanos: manifestaciones, violaciones y respuestas actuales. Dirección: Daniel Pavón Piscitello. Córdoba: Editora Universidad Católica de Córdoba – EDUCC, Tomo II, 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Endereço eletrônico disponível em: <http://portal.stf.jus.br>.

Diálogos
possíveis

REVISTA DIÁLOGOS POSSÍVEIS

Editor: Professor Doutor José Euclimar Xavier Menezes

Centro Universitário Social da Bahia (UNISBA)

Avenida Oceânica 2717, CEP – 40170-010
Ondina, Salvador – Bahia.

E-mail: dialogos@unisba.edu.br

Telefone: 71- 4009-2840