



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

**A responsabilidade civil do Estado pela falta de leitos em UTI's nos hospitais públicos**

Letícia Rosa Werneck

Rio de Janeiro  
2013

LETÍCIA ROSA WERNECK

**A responsabilidade civil do Estado pela falta de leitos em UTI's nos hospitais públicos**

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.  
Professores Orientadores:  
Mônica Areal  
Néli Luiza C. Fetzner  
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2013

## **A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA FALTA DE LEITOS EM UTI'S NOS HOSPITAIS PÚBLICOS**

Letícia Rosa Werneck

Graduada pelo UniFOA – Centro  
Universitário de Volta Redonda em 2009.  
Advogada.

**Resumo:** Com o advento da Constituição da República de 1988, os direitos e garantias fundamentais ganharam mais força, gerando em contrapartida, uma busca mais efetiva por parte da população junto aos entes federativos (União, Estados e Municípios) pela concretização desses direitos. E dentre os direitos fundamentais a todos assegurados, destacamos no presente trabalho o direito à saúde, intrinsecamente conectado ao princípio máximo norteador da nossa Carta Magna, qual seja, a dignidade da pessoa humana e ao direito fundamental à vida. Assim, uma vez não prestada (custeada) a saúde pública de forma plena e digna àqueles que dela precisam, necessário se faz estabelecer uma análise sobre a responsabilidade civil do Estado (sentido amplo) perante a sua omissão, omissão esta que poderíamos considerar (in)constitucional. Dessarte, o presente trabalho busca abordar as facetas do direito constitucional à saúde, e verificar se há responsabilidade civil do Estado pela não implementação de políticas públicas capazes de atender toda a demanda por leitos em UTI's nos hospitais públicos, e em havendo, quais as consequências que esta responsabilidade implica na prática.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Responsabilidade Civil. Direito à saúde. Saúde pública. UTI's. Má prestação. Estado.

**Sumário:** Introdução. 1. Direitos fundamentais na Constituição de 1988. 1.1. Do direito fundamental à saúde. 1.2. A correlação entre os direitos fundamentais à saúde e à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana. 2. A especial necessidade de disponibilização de leitos em UTI's. 3. A responsabilidade civil do Estado pela (não) prestação do serviço de saúde pública. Conclusão. Referências.

### **INTRODUÇÃO**

No presente trabalho apresentar-se-á um panorama geral sobre a inserção dos direitos fundamentais na Constituição da República de 1988, bem como especificamente o direito à saúde.

Estabelecer a forma de aplicabilidade destes direitos, bem como esclarecer a *mens legislatoris* de conferir-lhes absoluta prioridade, se fazem necessários com vistas a descompatibilizar as controvérsias sobre a possibilidade de justiciabilidade e/ou judicialização das políticas públicas de saúde, quando omissos o Poder Público competente para a sua implementação, tal qual visualizar a eventual responsabilidade civil do Estado pela má prestação desse serviço público.

E na medida do corte realizado com foco na disponibilização de leitos em UTI's, serão apresentados os conceitos técnicos necessários à compreensão da especial atenção que deve ser dispensada àqueles que necessitam de internação em UTI's, aliado a um retrato geral da situação da saúde pública no Brasil.

E, após traçados os aspectos introdutórios necessários à compreensão do objetivo almejado por este trabalho, passar-se-á à análise da responsabilidade civil do Estado, tratando de uma evolução histórica, até o estabelecimento da responsabilidade objetiva do Estado, com fundamento no risco administrativo.

Dessarte, a partir dos parâmetros e conceitos estabelecidos será possível concluir pela responsabilidade civil ou não do Estado pela falta de disponibilização de leitos em UTI's nos hospitais públicos.

Destaca-se que todos os conceitos que serão analisados ao longo do presente trabalho possuem cada qual a sua relevância, pois que a compreensão da problematização do tema somente será possível (e completa) após uma compreensão geral e integrada de cada um dos atores envolvidos.

## 1. DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Ao iniciar-se o presente estudo, importante situar os direitos fundamentais na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), a fim de então especificar quais seriam tais direitos assegurados pela ordem constitucional vigente.

Contudo, antes mesmo de se adentrar de formar específica na norma que positivou esses direitos, torna-se válido fazer referência ao preâmbulo da Constituição de 1988, já que logo de início apresenta valores principiológicos, que no mínimo, indicam a tendência política a ser seguida pela Constituição<sup>1</sup>, quando então institui “um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social...”

É certo que o Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da ADI 2.076-5/AC<sup>2</sup>, de relatoria do Min. Carlos Veloso, já firmou o entendimento no sentido de que o preâmbulo é desprovido de relevância jurídica, porém, não se pode deixar de lado o fato de representar importante reflexão da posição ideológica assumida pelo constituinte, conforme expõe o Min. Celso de Mello<sup>3</sup>, bem como o sentido significativo de elemento natural representativo de “Constituições feitas em momentos de ruptura histórica ou de grande transformação político social”, nas palavras de Jorge Miranda<sup>4</sup>.

Desse modo, ainda que avesso a qualquer sentido jurídico relevante, o Preâmbulo traz fortes elementos indicativos da vertente social e protetiva de direitos fundamentais a serem assumidos pela Constituição, em um momento histórico em que o povo ansiava pelo

---

<sup>1</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2013.

<sup>2</sup>SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 2.076-5/AC., de 15 ago. 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375324>>. Acesso em: 13 mai. 2013.

<sup>3</sup>MELLO, Celso de, *apud* LENZA, p. 76.

<sup>4</sup>MIRANDA, Jorge, *apud* LENZA, p. 76.

reconhecimento e proteção de tais direitos. Essa Constituição passou até mesmo a ser conhecida como a Constituição Cidadã. Os princípios que do Preâmbulo decorrem, e passam a integrar explícita ou implicitamente o texto da Constituição, decerto assumem relevante papel jurídico informador da nova ordem constitucional que passa a vigor com a promulgação da CRFB/88.

Passa-se assim, à análise dos direitos fundamentais propriamente ditos<sup>5</sup>, os quais estão previstos no Título II da CRFB/88, o qual compreende os artigos 5º a 17, e trata dos direitos e garantias fundamentais, com subdivisão em cinco espécies, conforme ensina Pedro Lenza<sup>6</sup>, a saber: direitos individuais; direitos coletivos; direitos sociais; direitos à nacionalidade; direitos políticos.

Cabe esclarecer ainda que é possível a existência de outras normas fundamentais no corpo do texto da Constituição, fora dos artigos acima citados, bem como decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, mas nela não expressos, na forma do que dispõe o art. 5º, §2º da CRFB/88<sup>7</sup>.

Dispositivo de enorme relevância para o estudo que ora se propõe, é também aquele citado no art. 5º, §1º da CRFB/88, quando determina que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, o que os situa em condição de normas de eficácia plena ou contida (ambas de aplicabilidade imediata, mas de diferente gradação), não se inserindo, por outro lado, no campo das normas de eficácia limitada, pois que estas para serem aplicadas necessitam de norma integradora.

Nesse ínterim, cabe frisar que nada obstante esse importante instrumento colocado à disposição do intérprete do Direito, considerado em benefício do indivíduo que busca

---

<sup>5</sup> A questão relativa aos princípios constitucionais será tratada oportunamente em outro tópico, quando então traçaremos um paralelo entre o direito fundamental à saúde e o princípio da dignidade da pessoa humana, este tratado como valor supremo integrador e informador de toda a ordem jurídico-constitucional.

<sup>6</sup> LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 587.

<sup>7</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2013.

concretizar o seu direito fundamental assegurado pela Carta, o STF à míngua de raras decisões, não costuma enfrentar o preceito normativo contido no art. 5º, §1º da CRFB/88. Por outro lado, confere aplicação imediata aos direitos fundamentais pela simples posituação desses direitos pelo constituinte.

Essa visão é compartilhada por Wilson Steinmetz<sup>8</sup>, quando revela que:

à luz da jurisprudência do STF, a força normativa plena de cada direito ou garantia fundamental decorre da própria institucionalização constitucional do direito ou garantia em questão, ou seja, de sua positividade constitucional, de seu caráter de norma jurídica e, em especial, de norma jurídico-constitucional.

Feitas essas prévias considerações, cabe, então, alocar o direito fundamental à saúde dentro dessa ordem jurídica constitucional vigente, o que de certo servirá como ponto de partida inicial para a conclusão que se busca ao fim da presente pesquisa.

## **1.1. DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE**

O direito fundamental à saúde inclui-se dentre aqueles denominados no Título II, Capítulo II, como direitos sociais, especialmente previsto no art. 6º da CRFB/88. Entretanto, mais especificamente o direito à saúde vem tratado também nos artigos 196 a 200, todos da CRFB/88, razão pela qual se fez necessário pontuar previamente que os direitos fundamentais previstos nesta Constituição não necessariamente precisam estar previstos nos artigos 5º a 17, podendo ser encontrados de forma esparsa por todo o texto constitucional.

A alocação dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, como abrangente dos direitos relacionados à ordem social, remete à propriedade da fala de José

---

<sup>8</sup> STEINMETZ, W. O dever de aplicação imediata de direitos e garantias fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e nas interpretações da literatura especializada. In: SARLET, Ingo Wolfgang; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 116.

Afonso da Silva<sup>9</sup>, ao lecionar que “juntamente com o título dos direitos fundamentais, a ordem social forma o núcleo substancial do regime democrático”.

Essa ideia do núcleo essencial, já então trabalhada por José Afonso da Silva, é importante, ainda que aqui aproveitada pelo autor como forma genérica de se tratarem todos os direitos fundamentais em relação ao regime democrático adotado por nossa ordem constitucional, incluídos os direitos sociais, mas que no desenvolver do presente trabalho, ganhará maior especificidade ao tocar o próprio núcleo do direito fundamental à saúde em si considerado.

Por ora, analisar-se-á o direito fundamental à saúde como norma geral, direito de todos e dever do Estado. Para tanto, se faz importante a conceituação do termo saúde, para que se possa compreender a abrangência desse direito, e a partir de então averiguarem-se os meios necessários à sua garantia, a uma prestação adequada enquanto dever do Estado.

O conceito hoje propalado pela Organização Mundial de Saúde (OMS)<sup>10</sup> consiste em “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.<sup>11</sup>

Ou seja, a garantia do direito à saúde plena deve ser ampla, pois que perpassa minimamente pelos conceitos de bem-estar físico, mental e social, assumindo, portanto, três vertentes, não se esgotando na ideia ultrapassada de ausência de doenças.

Dessarte, para o fiel cumprimento pelo Estado do dever constitucional que lhe assiste, e por expressa previsão, necessária a formulação de políticas públicas de saúde

---

<sup>9</sup> SILVA, José Afonso da, *apud* LENZA, p. 710.

<sup>10</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Disponível em <[http://www.who.int/topics/mental\\_health/es/](http://www.who.int/topics/mental_health/es/)>. Acesso em: 16 abr. 2013.

<sup>11</sup> Quanto a este conceito, informamos haver estudos datados desde o ano de 1983, visando a inclusão de um estado espiritual como fator igualmente determinante da saúde, o que para efeito do que se busca no presente trabalho, não se tornará relevante o aprofundamento quanto à discussão. (FLECK, Marcelo Pio da Almeida *et al.* *Desenvolvimento do WHOQOL, módulo espiritualidade, religiosidade e crenças pessoais*. Rev. Saúde Pública: São Paulo, v. 37, n. 4, ago. 2003. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-89102003000400009&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102003000400009&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 16 abr. 2013. <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-89102003000400009>.)

abrangentes, de modo a propiciar ao indivíduo titular de direitos, uma existência digna, plena de saúde.

Se visto pelo Estado de forma séria e em um contexto macro, o direito à saúde se efetivamente assegurado por este, somente incluir-se-á como benefício que retornará ao próprio Estado, pois que o povo que goza de saúde plena deixa de consumir determinados benefícios previdenciários, exerce atividade laboral com maior regularidade, gerando renda e circulação de moeda no país, conseqüentemente contribuindo mais para os cofres públicos com o recolhimento de tributos. Ao final, acaba por tornar-se um ciclo vicioso, onde todos saem beneficiados, o indivíduo, o Estado e a sociedade.

Em razão dessa necessidade de uma prestação eficiente do serviço público com vistas a preservar e garantir a saúde, e a constante inércia do Estado (*lato sensu*), seja no sentido de deixar de formular políticas públicas assecuratórias da fruição desse direito de forma plena, ou ainda por deixar de aplicar de forma eficiente aquelas já estabelecidas, é que se acabou por chegar a um estágio de justiciabilidade do direito fundamental à saúde, que poderia em suma traduzir-se na possibilidade de busca de tais direitos junto ao Poder Judiciário.

Referido conceito de justiciabilidade reconhecido pelo STF<sup>12</sup> não deve ser confundido com o conceito de judicialização, o qual ao contrário, nas palavras de Luís Roberto Barroso<sup>13</sup>, significa “que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais [...]”

Nesse ponto, importante destacar que na doutrina e jurisprudência são encontradas muitas controvérsias a respeito da judicialização dos direitos fundamentais, denominada ainda

---

<sup>12</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE n. 271.286, de 12 set. 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 19 mar. 2013.

<sup>13</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2013.

de ativismo judicial. Há quem defenda a violação à separação dos poderes no momento em que o Poder Judiciário passa a decidir questões de ordem eminentemente política, assumindo papel legislativo onde não lhe competia, na medida em que estaria “criando” direitos não estabelecidos e/ou positivados na norma. Por outro lado, outros defendem a possibilidade da atuação do Poder Judiciário quando presente a inequívoca omissão dos demais Poderes na formulação de políticas públicas, pois que ainda que não regulamentados em legislação específica, os direitos fundamentais encontram expressa previsão e proteção na Constituição da República, e são de aplicabilidade imediata.

Ou seja, a depender do interesse em questão, os posicionamentos são divergentes, ora em favor do cidadão, ora em favor do Estado. Assim, torna-se imperiosa a realização da ponderação dos direitos fundamentais, de modo a proferir soluções ao caso concreto que se adeque à *mens legis*, como meio de assegurar o idealizado pelo legislador constituinte, como forma de garantia da melhor Justiça, mas sem olvidar especial atenção às necessidades contemporâneas.

## **1.2. A CORRELAÇÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À SAÚDE E À VIDA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

O constituinte originário conferiu proteção aos direitos fundamentais, com absoluta prioridade, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual serve como parâmetro norteador para a compreensão e interpretação de todo o ordenamento jurídico-constitucional vigente.

Definir o conceito do princípio da dignidade da pessoa humana não é tarefa das mais simples, quiçá há aqui essa pretensão. Desse modo, optou-se no presente estudo, trazer a ideia apresentada por Ingo Sarlet<sup>14</sup>, quando diz que:

[...] importa lembrar a conhecida e largamente acatada (...) formulação de Kant sobre o tema, no sentido de que o homem, por ser pessoa (no que se distingue das coisas), constitui um fim em si mesmo e, portanto, não pode ser considerado como simples meio, ou seja, mero objeto da ação do Estado, da sociedade e da própria pessoa, de tal sorte que vedada a instrumentalização e degradação (...). Embora elementar que o reconhecimento de uma dignidade à pessoa humana não se processa apenas na esfera do Direito e na medida em que pelo Direito é reconhecida, também se revela evidente que o Direito exerce um papel crucial na sua proteção e promoção, de tal sorte que, especialmente quando se cuida de aferir a existência de ofensas à dignidade, não há como prescindir (...) de uma clarificação quanto ao que se entende por dignidade da pessoa, justamente para que se possa constatar e, o que é mais importante, coibir eventuais violações da dignidade.

Com propriedade sobre o assunto, e evidenciado viés social, tratou também Gonçalves Loureiro<sup>15</sup> ao dispor que a dignidade da pessoa humana deve ser compreendida como uma norma de imposição de respeito pela pessoa, a indicar o próprio “florescimento humano”.

Assim, não há como olvidar, que o princípio em destaque sirva como parâmetro de compreensão dos direitos fundamentais, aqui em evidência os direitos à vida e à saúde. Ora, a Constituição assegura a todos o direito à uma vida digna, a qual impescinde do direito à saúde.

Não há como assegurar uma vida digna, fundada no princípio da dignidade da pessoa humana se não há a devida preocupação por parte deste mesmo Estado em assegurar a devida prestação do direito à saúde, com condições mínimas de salubridade, bom atendimento, disponibilização de tecnologias e profissionais capacitados, além de espaços destinados especialmente à proteção e garantia do tratamento digno como busca de assegurar a saúde da pessoa humana, e conferir-lhe por via de consequência uma vida digna.

---

<sup>14</sup> SARLET, I. W. Notas sobre a dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARLET, Ingo Wolfgang; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 40-41.

<sup>15</sup> LOUREIRO, Gonçalves, *apud* SARLET, p. 43.

Ora, se o estado do paciente que necessita de cuidados em saúde é crítico e demanda mais cuidados, ou se simplesmente prescinde de cuidados mais específicos, aos olhos do Estado não pode haver qualquer diferenciação, pois que a todos é assegurado o direito à saúde, aqui incluído ainda mais um princípio constitucional, que é a isonomia.

O princípio da dignidade da pessoa humana deve irradiar a todo momento reflexos na defesa do direito à vida e à saúde. Tais direitos são indissociáveis entre si e do princípio da dignidade da pessoa humana. Ao intérprete da norma cabe conjugar estes três elementos, a fim de conferir melhor justiça e se aproximar da melhor forma ao desejado pelo legislador constituinte.

A conquista desses direitos decorreu de lutas incontáveis pelo povo, e desse modo, ao povo deve ser assegurado com absoluta prioridade a observação e cumprimento de tais direitos.

Por outro lado, não se pode deixar de alertar para o fato de que conforme bem pontuado por Sidney Guerra e Lilian Márcia Balmant Emerique<sup>16</sup>,

Embora haja uma preocupação significativa com os direitos fundamentais no Brasil e com a valorização da dignidade da pessoa humana, na medida em que estão tutelados e declarados no Texto Constitucional, infelizmente observa-se a violação contínua dos referidos direitos e o aviltamento da dignidade humana.

Portanto, a leitura do texto constitucional, mais do que priorizada a sua literalidade, deve ser realizada de forma sistemática, de modo a compatibilizar todas as normas (direitos e princípios) na busca pela melhor justiça, alcançando o sentido global do texto constitucional.

Princípio da dignidade da pessoa humana, direito à vida e direito à saúde são normas correlatas, que impescindem de análise conjunta. Assim, o fim que será alcançado será a

---

<sup>16</sup> GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. *Rev. da Faculdade de Direito de Campos*, ano VII, n. 9, p. 379-397, dez. 2006. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista09/Artigos/Sidney.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2013.

justiça. E nesse sentido, com propriedade tratou o jurista uruguaio Eduardo Juan Couture<sup>17</sup> ao elaborar a obra *Os Mandamentos do Advogado*, em pensamento tão difundido no meio jurídico, correspondente ao 4º mandamento, de onde se extrai que “teu dever é lutar pelo direito, mas no dia em que encontrares o direito em conflito com a justiça, luta pela justiça”. Citado pensamento não apenas restringe-se à classe dos advogados, mas tem aplicabilidade a todos que de uma forma ou de outra trabalham nesta seara do direito, almejando assim a concretização do direito aos olhos da justiça.

## **2. A ESPECIAL NECESSIDADE DE DISPONIBILIZAÇÃO DE LEITOS EM UTI’S**

No presente trabalho optou-se por restringir a análise da responsabilidade civil do Estado com relação à falta de oferta de leitos especificamente em UTI’s (Unidades de Tratamento Intensivo), por entender-se ser um problema recorrente, e de enorme relevância como será demonstrado a seguir, em razão da fragilidade da saúde, e por consequência, da vida dos pacientes que de tal socorro necessitam.

A fim de melhor compreender a urgência que há para a preservação da vida e da dignidade da pessoa humana com a garantia do direito à saúde consistente na oferta de leitos em UTI’s, importante traçar, antes de tudo, o conceito básico que envolve a criação e funcionamento das UTI’s.

UTI (Unidade de Tratamento Intensivo) ou CTI (Centro de Tratamento Intensivo) são as nomenclaturas utilizadas para a designação do ambiente de cuidado crítico de pacientes. São assim,

Locais de grande especialização e tecnologia, identificados como espaços laborais destinados a profissionais médicos e de enfermagem com grande diferenciação de

---

<sup>17</sup> COUTURE, Eduardo Juan. *Los mandamientos del abogado*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 2009. p. 9-10.

conhecimento, grande habilidade e destreza para a realização de procedimentos que, em muitos momentos, representavam a diferença entre a vida e a morte<sup>18</sup>.

Nesse contexto, torna-se válido mencionar que a percepção de uma necessidade de separação de pacientes conforme o estado crítico de saúde que apresentavam, remonta do século XIX, quando então em meio à guerra da Criméia a enfermeira Florence Nightingale demonstrou a necessidade e as vantagens de separação dos pacientes (naquela ocasião soldados feridos), conforme o estado grave ou não em que se encontravam, demandando ou não maior atenção do profissional de saúde, o que levou faticamente, com a evolução tecnológica, à criação do conceito de UTI tal como hoje é compreendido<sup>19</sup>.

Nesse mesmo sentido, vale mencionar os ensinamentos de Divani de Vargas e Ana Lúcia Braga<sup>20</sup> ao citarem LINO; SILVA quando explicam que

As UTIs foram criadas a partir da necessidade de atendimento do cliente cujo estado crítico exigia assistência e observação contínua de médicos e enfermeiros. Esta preocupação iniciou-se com Florence Nightingale, durante a guerra da Criméia no século XIX, que procurou selecionar indivíduos mais graves, acomodando-os de forma a favorecer o cuidado imediato (LINO; SILVA, 2001).

Importante nesse mesmo contexto esclarecer que as ações empreendidas em tal sentido pela enfermeira Florence Nightingale levaram a enorme redução da taxa de mortalidade, sendo de 40% para 2%<sup>21</sup>. Essa estatística demonstra desde aquele tempo, em que o atendimento era ainda precário por falta de tecnologia e equipamentos à disposição dos

---

<sup>18</sup> MINISTÉRIO DA SAÚDE, Portaria n. 1.071, de 04 jul. 2005. Anexo I - Política de Atenção ao Paciente Crítico. Disponível em: <<http://www.sobрати.com.br/ms-politica-critico.htm>>. Acesso em: 22 abr. 2013.

<sup>19</sup> SOCIEDADE PAULISTA DE TERAPIA INTENSIVA. *A rotina no corredor da vida*. Disponível em: <[http://www.sopati.com.br/lermais\\_materias.php?cd\\_materias=67&friurl=-A-rotina-no-corredor-da-vida->](http://www.sopati.com.br/lermais_materias.php?cd_materias=67&friurl=-A-rotina-no-corredor-da-vida->)>. Acesso em: 23 abr. 2013.

<sup>20</sup> BRAGA, Ana Lúcia; VARGAS, Divani. *O enfermeiro de unidade de tratamento intensivo: refletindo sobre seu papel*. Disponível em: <<http://www.unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistafafibeonline/sumario/10/19042010093459.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2013.

<sup>21</sup> CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Medicina Intensiva*, de jul. de 2009. Edição 261. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Jornal&id=1183>>. Acesso em: 23 abr. 2013.

profissionais, que o atendimento prestado em uma UTI é de extrema relevância para efeitos de expectativa de sobrevivência de um paciente.

Ou seja, o que torna relevante a internação do indivíduo/paciente em uma UTI é exatamente o grau de risco que determinada doença traz à preservação de sua vida em determinado momento (muitas das vezes por prazo indeterminado), sendo certo que, segundo Colleen Norton<sup>22</sup>, a doença grave é repentina, inesperada e frequentemente ameaçadora para o paciente e sua família.

Em tais casos, no momento da descoberta pelo paciente ou por sua família da necessária e urgente internação em uma UTI, em grande parte das vezes acarreta *prima facie* um nível de estresse e desequilíbrio ante as incertezas que lhe aguardam com a internação neste ambiente.

Entretanto, a verdade é que as UTI's são centros de tratamentos dotados da mais alta tecnologia e de uma equipe de profissionais (de saúde e de apoio) extremamente capacitados para atenderem às demandas recebidas, aptos a conduzirem todas as situações a seu melhor desfecho.

Ocorre que, para a manutenção de um sistema complexo de disponibilização de infraestrutura física, equipamentos de tecnologia cada vez mais avançados e exigíveis, bem como a equipe multidisciplinar necessária por 24 horas diárias, acaba por elevar os custos do Estado para a disponibilização que seja de um leito a mais em cada unidade desta, conforme ensina Dorrie Fontaine<sup>23</sup> ao esclarecer que “os cuidados críticos ocorrem em ambientes em que a tecnologia mantém os pacientes vivos a um custo cada vez mais crescente”.

Nesse sentido, surge um embate entre a necessidade de manutenção da vida que reclama por cuidados específicos e direcionados, além de urgentes, e o orçamento do Estado

---

<sup>22</sup> NORTON, Colleen. A experiência da família com a doença crítica. In: MORTON, Patricia Gonce *et al.* *Cuidados críticos de enfermagem: uma abordagem holística*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2007. p. 28.

<sup>23</sup> FONTAINE, Dorrie K. Impacto do ambiente de cuidados críticos sobre o paciente. In: MORTON, Patricia Gonce *et al.* *Cuidados críticos de enfermagem: uma abordagem holística*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2007. p. 38.

necessário para fazer vezes ao custeio desse sistema. Há nítido conflito entre normas constitucionais. E é nesse ponto que o direito fundamental à saúde encontra seus maiores entraves, pois que o Estado utiliza a seu favor a tese da reserva do possível, a indicar a escassez de recursos financeiros para os investimentos necessários.

Porém, essa teoria é de causar estranheza ao ser confrontada com as verbas bilionárias que são vertidas pelo Estado para obras outras, como no momento atual para a realização da Copa do Mundo de 2014 e das Olimpíadas de 2016<sup>24</sup>. Colocam-se por terra obras que há pouco foram realizadas com investimentos altíssimos, para a construção de outras de igual dispêndio orçamentário, em detrimento da saúde pública que há anos (incontáveis) se encontra à mercê de poucos recursos, sem os investimentos necessários. Portanto, é de constitucionalidade duvidosa a teoria largamente defendida pelo Estado para a não implementação de políticas públicas de saúde.

Retomando à questão da urgência em internação em UTI's, em situações tais como descrito acima, com demonstração clara de doença grave e indicação médica para a internação do indivíduo em um ambiente de cuidados críticos, o que tem ocorrido ao buscar a assistência à saúde assegurada pelo SUS (Sistema Único de Saúde), é a enorme dificuldade encontrada por aquele para conseguir a internação imediata nas UTI's, sob o pálido argumento de faltas de leitos disponíveis.

Imaginar situações como a de um indivíduo que se vê acometido por eventos súbitos, como um acidente vascular encefálico (AVE), ou ainda um infarto agudo do miocárdio (IAM), ou mesmo vítimas de traumas por projétil de arma de fogo (PAF), entre outros que

---

<sup>24</sup> Sobre as obras realizadas para a Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas de 2016, toda a mídia (televisada ou escrita) vem alardeando sobre os superfaturamentos e os descasos com o dinheiro público. Estamos em um momento em que a sociedade está acordando e indo às ruas reivindicar por mais transparência, ética e moralidade por parte dos agentes públicos. Em todo o país vem ocorrendo manifestações populares de protestos pelas ruas. Os caras-pintadas estão de volta! Nesse sentido podemos citar algumas fontes indicativas do que ora se acrescenta e vem ocorrendo pelo Brasil afora, de norte a sul, de leste a oeste: [http://www.portalpopulardacopa.org.br/index.php?option=com\\_k2&view=item&id=220:auditoria-indica-superfaturamentoestadio-brasil](http://www.portalpopulardacopa.org.br/index.php?option=com_k2&view=item&id=220:auditoria-indica-superfaturamentoestadio-brasil); <http://sportv.globo.com/site/programas/sportv-news/noticia/2013/04/parque-julio-delamare-fecha-portas-e-gera-protestos-de-atletas-e-dirigente.html>; <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2013/06/dilma-anuncia-cinco-medidas-em-resposta-manifestacoes.html>. Acessos em 25 jun. 2013.

inspirem cuidados imediatos e intensivos, necessitando muitas vezes de ventilação mecânica, bem como acesso a outras tecnologias, geralmente disponíveis apenas em UTI's, como melhor forma de garantia da possibilidade de sobrevivência daquele paciente; ou ainda as inúmeras vezes em que as salas das emergências acabam por fazer este papel, mantendo pacientes internados sem os cuidados intensivos necessários, (e ainda travando leitos que deveriam estar disponíveis para atender a livre demanda emergencial), torna-se problemático a partir do instante em que essa vida deixa de ser priorizada em razão de omissão do Poder Público, que em momento oportuno, deixou de cumprir com seu dever constitucional de promover a saúde como direito fundamental a todos assegurado.

Os cuidados que precisam ser dispensados a estes pacientes em estado crítico de saúde, em suma demandam urgência no atendimento, atendimento este que tantas das vezes é postergado pela falta de leitos disponíveis em UTI's, o que acaba por evoluir para um óbito que poderia ser evitado se o paciente tivesse recebido o tratamento adequado.

O médico Marcelo Maia<sup>25</sup>, coordenador de determinado Centro de Terapia Intensiva, afirma em entrevista que o tratamento do paciente em estado crítico deve ocorrer o mais rápido possível, de modo a aumentar a sua expectativa de sobrevivência, considerando assim como cruciais os três primeiros dias.

Contudo, o que se vê no dia a dia, é que o direito à vida e à saúde têm ficado relegados em segundo plano, frente ao curto orçamento do Estado que é direcionado aos investimentos na área de saúde, especialmente no que tange à criação e autorização de mais leitos nas UTI's. E em tal hipótese, o que fazer o indivíduo que tem apenas à sua disposição o SUS, sem possibilidades de custear um hospital particular, sem fazer jus a um seguro saúde?!

Ademais, além do número já escasso de leitos nas UTI's, é preciso ainda contar com leitos reservados pelos próprios hospitais à espera de indivíduos que o possam procurar

---

<sup>25</sup> SOCIEDADE PAULISTA DE TERAPIA INTENSIVA. *A rotina no corredor da vida*. Disponível em: <[http://www.sopati.com.br/lermais\\_materias.php?cd\\_materias=67&furl=\\_-A-rotina-no-corredor-da-vida-](http://www.sopati.com.br/lermais_materias.php?cd_materias=67&furl=_-A-rotina-no-corredor-da-vida-)>. Acesso em: 23 abr. 2013.

diretamente em situação crítica, fazendo dessa forma que não sejam aceitas transferências de outras unidades hospitalares nas quais já se encontram pacientes em estado crítico a demandar por essa internação. Temos ainda hipóteses de influência política a interferir no fluxo normal dos encaminhamentos de internação nas UTI's.

Quando o indivíduo e/ou sua família se depara com a realidade da doença grave e a eminente necessidade de internação, como julgar os métodos utilizados para almejar o fim desejado (a internação na UTI), se de certo processos de seletividade acontecem a cada dia, a cada hora, uma vez que não há nem haverá (a tempo de atender essa demanda urgente) leitos suficientes?! Trata-se claramente da luta pela sobrevivência, ausência de escolha imposta pelo poder público. Triste situação que anseia por mudanças.

Ou seja, a absoluta prioridade que a Constituição de 1988 buscou conferir aos direitos fundamentais (*in casu*, vida e saúde) não tem sido observada em situações como a descrita, e que fazem parte da praxe das unidades hospitalares.

Existem ainda situações em que se faz necessário o sopesamento de valores do próprio direito à vida e à saúde, em que diante da vacância de um único leito na UTI, entre a internação de um idoso que já aguardava por este leito a dias e um jovem que dê entrada na unidade naquele mesmo dia em que surgiu a vaga, em vista da expectativa de sobrevida, a opção é certa pela internação na UTI do jovem, permanecendo o idoso à espera de nova vaga, se assim resistir.

Mas a verdade é que os problemas de óbito e ponderação de valores nesses casos somente se fazem necessários em vista da falta de leitos, ou seja, de investimentos nesta seara. O que falta de certo é um melhor planejamento do Estado no sentido de promover de forma efetiva o direito à saúde, conferindo dignidade aos usuários do Sistema Único de Saúde. Frise-se que, o direito é de todos, com necessária observância do princípio da isonomia.

É verdade que o art. 8º da Lei n. 8.080/90<sup>26</sup> trata da participação complementar da iniciativa privada, como uma alternativa da qual o Estado poderia se utilizar nos casos de atendimento dessas demandas reprimidas, mas que, porém, o deixa de fazer devido ao custo. Mas frise-se, essa é tão somente uma opção para a hipótese de necessidade, o que não traz uma solução eficaz para o problema ora levantado, pois que a demanda de que se trata como reprimida nos hospitais públicos sem leitos disponíveis em UTI's é enorme.

Outro ponto que merece atenção por parte do Estado, é com relação às parcerias que precisam ser implementadas entre os entes federados, de modo que haja um diálogo entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios na priorização pela vida, pois que são frequentes situações em que há vaga em UTI em hospitais de municípios vizinhos, mas que, porém, não são autorizadas transferências devido ao repasse que ocorrerá para o outro município.

Por outro lado, a verdade que se estende à nossa frente é a de que, muitas das vezes, o simples planejamento não há de ser suficiente, pois que este anualmente ocorre, por força legal. Ao contrário, o que se faz imperativo nesse caso, é que se opere enorme mudança no pensamento daqueles que têm em suas mãos o poder, delegado pelo próprio povo, de modo que tenham real, verdadeiro e comprometido interesse na realização do bem comum, na promoção da saúde como forma de conferir dignidade e preservar a vida.

Apenas como exemplo da realidade da saúde pública do país, torna-se válido citar trecho da matéria publicada em 15 de julho de 2011 no jornal eletrônico Envolverde – Jornalismo e Sustentabilidade, escrita por Frei Marcos Sassatelli<sup>27</sup> (doutor em Filosofia pela Universidade de São Paulo e em Teologia Moral pela Pontifícia Faculdade de Teologia Nossa Senhora da Assunção, em São Paulo, membro da Comissão Dominicana Justiça e Paz do

---

<sup>26</sup>BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 set. 1990. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2013.

<sup>27</sup>SASSATELLI, Frei Marcos. *As mortes do sistema público de saúde: quem vai responder por elas?* Disponível em: <<http://envolverde.com.br/saude/saude-publica-saude/as-mortes-do-sistema-publico-de-saude-quem-vaireponder-por-elas/>>. Acesso em: 14 mai. 2013.

Brasil - PUC-GO), no qual demonstra um caos na saúde do Estado de Goiás, com estatísticas alarmantes, conforme se vê a seguir:

Pergunto: quem vai responder judicialmente pelos 62 pacientes que, em um mês, morreram no Hugo e nos Cais de Goiânia, enquanto aguardavam uma vaga de UTI? Reparem: em média, são duas pessoas mortas por dia só em Goiânia. Trata-se de verdadeiros assassinatos do sistema público de saúde. Será que essa trágica realidade não diz nada às nossas autoridades? Parece que nós nos acostumamos a conviver com ela como algo natural.

Impossível não destacar aqui essa ironia: o povo confere o poder a seus representantes, eleitos legitimamente, mas este mesmo poder do qual o povo é o titular, acaba sendo empregado contra o próprio povo, que morre em filas de espera por um atendimento, à espera pela dignidade, à espera pelo último suspiro de vida.

### **3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA (NÃO) PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE SAÚDE PÚBLICA**

O termo responsabilidade, conforme ensina José dos Santos Carvalho Filho<sup>28</sup>, vem do vocábulo latino *respondere*, o qual traduz-se pelos significados responder, replicar, sentidos esses também transportados para o Direito quando este trata do instituto da responsabilidade, sendo certo que de fato “induz de imediato a circunstância de que alguém, o responsável, deve responder perante a ordem jurídica em virtude de algum fato precedente”.

Ponto importante a ser observado quando o tema a ser tratado é a responsabilidade, de fato é a pré-existência de um fato que tenha ocorrido, o qual tenha sido capaz e suficiente para causar dano a alguém, hipótese na qual ao responsável pela ocorrência desse dano caberá

---

<sup>28</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. rev., ampl. e atual. até a Lei 12.587, de 3.1.2012. São Paulo: Atlas, 2012. p. 541.

fornecer a resposta adequada, ou seja, com a devida imputação da responsabilidade que lhe cabe.

A responsabilidade pode assumir três naturezas distintas, a depender do fato originador do dano e a norma jurídica que seja apta a fornecer-lhe a resposta adequada. São elas: natureza civil, natureza administrativa e natureza penal. No presente trabalho será abordada somente a natureza civil da responsabilidade, e especialmente quando o agente causador do dano for o Estado, tendo em vista que o objetivo é traçar uma conclusão a respeito da responsabilidade do Estado pela não prestação do serviço de saúde pública consistente na falta de oferta de leitos nas UTI's.

A responsabilidade civil deve ser reconhecida como aquela que decorre da violação de uma norma de direito privado, prevista de forma genérica especialmente no Código Civil, artigos 186, 187 e 927 e especificamente no que tange à responsabilidade civil do Estado por atos praticados por seus agentes, no art. 37, §6º da Constituição da República.

Entretanto, importante consolidar os requisitos para a verificação da responsabilidade civil, quais sejam: a conduta (comissiva ou omissiva), o nexos causal e o dano. José dos Santos Carvalho Filho<sup>29</sup> nos ensina que “o sujeito só é civilmente responsável se sua conduta, ou outro fato, provocar dano a terceiro. Sem dano, inexistente responsabilidade civil”. Assim, pode-se concluir pela indispensável configuração do dano quando o tema é a responsabilidade civil, sendo a conduta inerente à causação do dano. Quanto ao nexos de causalidade, mais à frente será visto que em algumas hipóteses este elemento poderá ser dispensado.

Em palestra proferida pelos defensores públicos da União Alexandre Mendes Lima Oliveira e Paulo Rogério Cirino de Oliveira<sup>30</sup>, com clareza foi definida a responsabilidade

---

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 543.

<sup>30</sup> OLIVEIRA, Alexandre Mendes Lima; OLIVEIRA, Paulo Rogério Cirino de. *Responsabilidade civil do Estado*. In: Curso breve sobre responsabilidade civil do estado e reparação de danos. Disponível em:

civil como consistente “no dever de reparar ou compensar a violação do dever jurídico originário de agir conforme o ordenamento jurídico”, sintetizando-a como um “dever jurídico sucessivo (de indenizar o prejuízo)”.

Surge então um novo conceito interligado à noção de responsabilidade civil, que é o dever de indenização. Assim, esclarece-se que o dever de indenização é a consequência do reconhecimento da responsabilidade civil imputada ao agente, ou seja, a sanção que este terá por ter violado o ordenamento jurídico, e que se reverterá em benefício do indivíduo que tenha suportado o dano.

A indenização surge como um dever pecuniário que é imposto na modalidade sanção, variando conforme o dano experimentado, o qual pode assumir a natureza material (meramente patrimonial), mora ou ainda estético, sendo já reconhecida a autonomia entre essas três espécies, conforme entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça nas Súmulas 37 e 387<sup>31</sup>, cujos enunciados seguem *in verbis*:

Enunciado da Súmula 37. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

Enunciado da Súmula 387. É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.

Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho<sup>32</sup>, “a conclusão, assim, é a de que, tendo ocorrido o fato ensejador da responsabilidade civil e perpetrado o dano ao lesado, tem este, contra o responsável, direito à reparação dos prejuízos ou, em outras palavras, faz jus à devida indenização”.

Porém, aqui cabe traçar as peculiaridades encontradas no ordenamento jurídico e bem delineadas pela doutrina, quando se trata da responsabilidade civil que cujo agente

---

<[http://www.jfdf.jus.br/juizadosEspeciaisFederais/cursos\\_conteudo/Palestra%20Responsabilidade%20civil%2do%20estado%20-%20Alexandre%20Mendes%20e%20PR%20Cirino.PDF](http://www.jfdf.jus.br/juizadosEspeciaisFederais/cursos_conteudo/Palestra%20Responsabilidade%20civil%2do%20estado%20-%20Alexandre%20Mendes%20e%20PR%20Cirino.PDF)>. Acesso em: 23 abr. 2013.

<sup>31</sup>BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula 37 e 387. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=@docn&tipo\\_visualizacao=RESUMO&menu=SIM](http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=@docn&tipo_visualizacao=RESUMO&menu=SIM)>. Acesso em: 20 mai. 2013.

<sup>32</sup> CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 544.

causador do dano é o Estado. Nesse sentido, necessária se faz uma breve alusão às teorias que historicamente explicavam essa responsabilidade do Estado, concluindo pela que hoje prevalece e deverá servir de parâmetro para a conclusão a respeito da caracterização ou não da responsabilidade civil do Estado pela falta de leitos nas UTI's, especialmente nos hospitais públicos.

É certo que há na doutrina de Direito Administrativo autores que citam as várias teorias evolutivas da responsabilidade civil do Estado, existindo, portanto, classificações distintas, às vezes com mera alteração de nomenclatura, pelo que optou-se no presente trabalho por adotar aquelas apresentadas por José dos Santos Carvalho Filho<sup>33</sup>, o qual aponta quatro teorias de acordo com os momentos históricos vividos pela Administração Pública (O Estado). São elas: 1. Irresponsabilidade do Estado; 2. Responsabilidade com culpa; 3. Culpa administrativa; e 4. Responsabilidade objetiva (teoria do risco administrativo).

A primeira teoria defendida na metade do século XIX era, portanto, a teoria da irresponsabilidade do Estado, ou seja, a completa ausência de responsabilidade deste por qualquer dano que pudesse causar a terceiros, o que segundo Carvalho Filho<sup>34</sup>, levava em consideração as condições políticas da época, já que naquela época vigia o Estado Liberal, como sendo aquele que somente esporadicamente intervinha nas relações entre particulares.

Progressivamente, a teoria da irresponsabilidade do Estado passou a não mais ser aplicada, surgindo a Teoria da Responsabilidade com Culpa, a qual ainda visava conferir determinada proteção ao Estado frente às suas condutas que pudessem causar danos aos particulares, porém com determinada margem de responsabilidade. Para tanto, dividia os atos do Estado em atos de império e atos de gestão.

Os atos de império eram aqueles que decorriam do poder soberano do Estado, e por essa razão, por serem coercitivos, não acarretavam a responsabilização do Estado, ao passo

---

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 544/547.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 544.

que os atos de gestão eram passíveis de responsabilizar o Estado pelos danos que causassem aos particulares. Os atos de gestão passíveis de responsabilizar o Estado deveriam pressupor a culpa deste, sendo possível, entretanto, a identificação do agente público causador do dano, conforme nos ensinam os defensores públicos da União Alexandre Mendes Lima Oliveira e Paulo Rogério Cirino de Oliveira<sup>35</sup> em palestra proferida sobre a Responsabilidade Civil do Estado.

Porém, essa mitigação da irresponsabilidade do Estado não foi suficiente para solucionar os problemas que surgiam decorrentes da intervenção do Estado na vida dos particulares, ao contrário, como leciona José dos Santos Carvalho Filho<sup>36</sup>, acabou “provocando grande inconformismo entre as vítimas de atos estatais, porque na prática nem sempre era fácil distinguir se o ato era de império ou de gestão”.

Superada essa teoria, passou a ser difundida a Teoria da Culpa Administrativa, a qual não mais buscava diferenciar a natureza do ato do Estado, mas tão somente requeria a comprovação da culpa do Estado por dano causado em decorrência do mau funcionamento do serviço público, tornando ainda desnecessário o apontamento do agente causador do dano, como antes exigido. Ou seja, uma vez comprovada a culpa em decorrência do mau funcionamento do serviço público, o Estado era responsabilizado. Segundo Carvalho Filho<sup>37</sup>, “a doutrina, então, cognominou o fato como *culpa anônima* ou *falta do serviço*” (grifos no original).

Um passo a mais na evolução das teorias da responsabilidade civil do Estado, e surge a Teoria da Responsabilidade Objetiva, a qual passa a preocupar-se tão somente com a comprovação do fato e do dano por este causado, dispensando o elemento culpa como elemento essencial para a caracterização da responsabilidade civil do Estado.

---

<sup>35</sup> OLIVEIRA; OLIVEIRA, *op. cit.*

<sup>36</sup> CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 545.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 545.

José dos Santos Carvalho Filho<sup>38</sup> fundamenta a Teoria da Responsabilidade Objetiva no fato de que seria injusto com o particular a atribuição ao próprio do ônus no empenho para a conquista do direito à reparação dos danos suportados, tendo em vista a posição privilegiada que o Estado ocupa frente ao particular, seja jurídica, política ou economicamente.

Ocorre que, ainda nessa hipótese, não há como se admitir uma responsabilidade geral e irrestrita do Estado frente ao particular, de modo a evitar possíveis abusos na conduta dos particulares, razão pela qual, conforme o autor acima citado indica, esta teoria subdivide-se em outras três: risco integral, risco administrativo, e risco social.

Pela teoria do risco integral, o Estado responsabilizar-se-ia por todo e qualquer dano causado ao particular, independentemente da comprovação de culpa ou da verificação de nexo causal, sem admitir qualquer espécie de excludente de responsabilidade. Não é esta a teoria adotada no Brasil, pois que levaria àquelas situações de abuso se considerada a responsabilidade irrestrita do Estado.

Pela teoria do risco administrativo, o lesado continua dispensado da comprovação do elemento culpa, bastando para tanto a comprovação do nexo causal entre a conduta e o dano, admitindo as excludentes de responsabilidade pautadas na culpa exclusiva (não responsabilização) ou culpa concorrente (responsabilização parcial) da vítima. Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho<sup>39</sup>, “a responsabilidade civil decorrente do risco administrativo encontra limites”, limites estes os quais entende-se serem necessários para se evitar a ocorrência de abusos por parte dos particulares. Esta é a teoria adotada no Brasil, consubstanciada no artigo 37, parágrafo 6º, da CRFB/88 e também mais recentemente no artigo 43 do CC/02.

---

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 546.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 547.

Por último, cabe citar a teoria do risco social, que segundo José dos Santos Carvalho Filho<sup>40</sup>, tem sido desenvolvida nos tempos atuais, citando o professor Sergio Cavalieri Filho, com a transferência do foco da responsabilidade civil do Estado para a vítima, ficando a reparação a cargo de toda a coletividade. Porém, o autor tece críticas a essa teoria, por entendê-la como um viés da teoria do risco integral, prejudicial ao Estado e à própria coletividade.

A digressão feita até aqui, foi importante, na medida em que forneceu elementos suficientes e seguros para tratar-se especificamente da responsabilidade civil ou não do Estado pela (não) prestação do serviço público de saúde com a falta de leitos nas UTI's, já que estabeleceu-se ser a teoria da responsabilidade objetiva pelo risco administrativo a adotada, baseada no dispositivo constitucional supracitado (art. 37, §6º, da CRFB/88), o qual será analisado mais detidamente, aplicado à hipótese em estudo.

Relevante se faz transcrever o texto constitucional que prevê a responsabilidade civil do Estado frente aos particulares, conforme abaixo se pode ver:

Art. 37 - (...)

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.<sup>41</sup>

Pelo citado dispositivo, no caso das unidades hospitalares, independentemente de serem configuradas na forma de pessoa jurídica de direito público (exemplo autarquias, ou pertencentes à própria administração direta), ou na forma de pessoa jurídica de direito privado (exemplo fundações públicas com personalidade de direito privado), sua responsabilidade sempre será objetiva, pela teoria do risco administrativo, pois sempre atenderão ao requisito

---

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 547.

<sup>41</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2013.

da necessária prestação do serviço público, já que se trata *in casu*, do direito à saúde e à prestação desse direito enquanto serviço público que deve ser disponibilizado pelo Estado, e mais especificamente com a oferta de leitos nas UTI's.

Entretanto, cumpre delimitar o campo de estudo aos hospitais públicos, não sendo intenção no presente trabalho tratar da responsabilidade da prestação ou não do serviço nos hospitais particulares. O corte se restringe àquele indivíduo/paciente que procura por uma unidade hospitalar de natureza pública, nada obstante em ponto pretérito tenha sido tratado da possibilidade da prestação do serviço por meio de parcerias com os hospitais privados.

Isso porque, ainda que seja dever do Estado encaminhar o indivíduo que esteja a depender da internação em um leito de UTI para um hospital particular quando o público não puder atender à demanda, é certo que podem os hospitais particulares não terem leitos disponíveis também, e nesse ponto, a responsabilidade do Estado não se pautará por não ter prestado o serviço no hospital particular, mas sim pela sua falha na oferta de leitos nos hospitais públicos. Pode-se falar que o hospital particular nesse ponto funciona como um apoio à Administração Pública em caso de necessidade. Mas não é este o fundamento da responsabilidade civil do Estado, até mesmo porque se assim fosse, o indivíduo que necessitasse do serviço poderia procurar diretamente o hospital particular e requerer a sua internação sem custos.

E, uma vez superada a questão da delimitação do tema como influente na responsabilidade civil do Estado, necessário tecer alguns breves comentários sobre alguns elementos da responsabilidade civil objetiva do Estado.

O texto constitucional (seguido pelo Código Civil de 2002) expressamente consigna que o Estado será responsável pelos atos causados por seus agentes nessa qualidade, o que como bem ensinado por José dos Santos Carvalho Filho<sup>42</sup>, encontra fundamento no fato de

---

<sup>42</sup> CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 552.

que o Estado sendo pessoa jurídica, não poderia por si mesmo causar dano a ninguém, sendo, portanto, imprescindível a presença do agente, pessoa física, capaz de exteriorizar essa vontade real do Estado.

No caso ora tratado, a falta de leitos em UTI's decorre da não implementação de políticas públicas pelos agentes que possuem a competência para tanto, seja no âmbito do Poder Executivo ou do Poder Legislativo.

Outrossim, cabe-nos frisar que a responsabilidade objetiva do Estado dispensa a comprovação de culpa por parte do Estado (pelos agentes que o representam). Basta para a configuração que seja demonstrado o dano e o nexo causal, além do fato administrativo, como nos ensina José dos Santos Carvalho Filho<sup>43</sup>, o qual consiste em qualquer forma de conduta, que aplicado à problematização ora enfrentada, se verificaria em razão da conduta omissiva do Estado.

Assim, se forem aplicados os pressupostos da responsabilidade objetiva do Estado à falta de disponibilização de leitos em UTI's, outra não poderá ser a conclusão, que não pela responsabilidade do Estado (se também presentes os demais requisitos), pois que no caso, a ausência de implementação de políticas públicas de saúde com vistas a aumentar (e aqui tratando de um aumento real e considerável) o número de leitos em UTI's dos hospitais públicos, de modo a possibilitar atendimento a toda a demanda existente, representa hipótese clara de omissão por parte do Estado que “fecha os olhos” diante de uma forte realidade social.

Porém, para a configuração final da responsabilidade civil do Estado, a análise deverá ser casuística, uma vez que caberá ao particular demonstrar o dano sofrido e o nexo causal, o que não é de difícil comprovação, se pensar-se, por exemplo, em uma hipótese (muito recorrente) de óbito de um particular por não ter conseguido a necessária internação na

---

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 554.

UTI em razão da falta de leito, ou seja, o óbito é o dano (sofrido pelo familiar que requer a indenização) e a necessidade da internação na UTI como única forma de garantir sobrevivência ao paciente é onexo causal, ambos decorrentes do fato de não existirem leitos suficientes por conta da omissão estatal na implementação de políticas públicas para a saúde.

Portanto, apesar de casuística a demonstração do dano e do nexocausal, o dever do Estado de indenizar com espeque na responsabilidade objetiva é patente, pois que sua conduta omissiva é potencial causadora de lesão ao particular, e de fácil comprovação.

## **CONCLUSÃO**

No presente trabalho, buscou-se apresentar um panorama sintético da responsabilidade civil do Estado pela falta de leitos em UTI's. Para tanto, foi apresentada uma análise inicial a respeito da previsão constitucional dos direitos fundamentais, com novos paradigmas traçados pelo constituinte de 1988. Análise esta de crucial importância para o alcance desejado no que tange ao foco principal deste trabalho, que é compreender o direito à saúde como direito fundamental assegurado pela Constituição da República e de observância obrigatória pelo Estado.

Restaram demonstradas em sequência, as facetas específicas do direito fundamental à saúde, estabelecendo a correlação necessária com o direito fundamental à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, como normas indissociáveis entre si. Estabelecer esses parâmetros de indissociabilidade torna-se imperioso na medida em que somente a partir desse panorama se faz possível compreender a (igual) relevância do direito à saúde enquanto direito fundamental assegurado pela Constituição da República.

Assim, traçados os conceitos jurídicos a respeito do tema desenvolvido, inseriu-se um capítulo com a finalidade de introduzir o leitor em aspectos mais específicos e técnicos para

melhor compreensão do corte realizado no presente trabalho, ao tratar especificamente da responsabilidade civil do Estado pela falta de leitos em unidades de tratamento intensivo (UTI's). Isso porque, nada obstante o direito à saúde contemple aspectos gerais (simples ou complexos) como um estado de completo bem-estar físico, mental e social, há peculiaridades importantes quanto à necessidade de internação em leitos de UTI's.

Ademais, é corriqueira, diária, ora expressa ora encoberta, a enorme escala de óbitos oriundos da falta de internação de leitos em UTI's pela má prestação do Estado em disponibilizar infraestrutura física e técnica (profissionais qualificados, equipamentos) como aparato de garantia à efetiva promoção da saúde dos indivíduos que deste sistema necessitam.

Desse modo, não podem os titulares dos direitos esculpidos na Constituição da República submeterem-se tão somente à discricionariedade do Poder Público em estabelecer políticas públicas de saúde. A saúde não é um bem que possa aguardar a disponibilidade eventual do Poder Público.

Por tal razão, é que se torna relevante a análise da responsabilidade civil do Estado quanto à falta de leitos em UTI's. Como não reparar aquele parente que perdeu um ente querido pela e para a inércia do Estado, ou mesmo daquele que por suas próprias forças (e ou do desconhecido) venceu a fase crítica de saúde sem o necessário aparato do Estado?!

É certo que o Estado muitas das vezes alega como matéria de defesa a reserva do possível, aduzindo falta de orçamento para a concretização de tais direitos. Este argumento poderia ser considerado, não fossem os bilionários investimentos do Estado em outras obras públicas, em uma verdadeira relação de *pão e circo*. Contemporaneamente têm-se exemplos das inúmeras e superfaturadas obras destinadas à realização da Copa do Mundo de 2014 e das Olimpíadas (2016). A pergunta que se faz é como para inequívocos interesses estatais o orçamento está sempre disponível, e para obras públicas de relevância social (e necessárias ao bom desenvolvimento do nosso país) a “reserva do possível” se apresenta como entrave?

Explicação jurídica não há. Explicação moral não há.

Por tais razões, é que defende-se a justiciabilidade bem como a judicialização das políticas públicas destinadas à promoção do direito à saúde. E, nesse sentido, entende-se pela necessária responsabilização civil do Estado em face das famílias que perderam seus entes queridos ou daquele que não teve o aparato necessário do Estado quando necessitou do leito em uma UTI, pois que este é meio imprescindível à manutenção da saúde, proporcionando expectativa de sobrevida, como já esclarecido.

Urge frisar que revela-se até mesmo um dano de maior intensidade em razão da situação de extrema fragilidade e sensibilidade vivenciada por aqueles envolvidos na situação de eminente risco de morte e a completa ausência de recursos para livrar-se daquela situação, colocando-se diante dos “braços cruzados” do Estado, à espera pelo pior.

Este é um quadro que deseja-se seja modificado no cenário nacional, pois a dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental, deve ser a todos assegurada de forma isonômica. Somente aquele que um dia necessitou do serviço público de saúde e obteve uma negativa por parte do Estado, sentindo completo desprezo e desespero, na luta pela vida, própria ou do ente querido, é capaz de descrever o sentimento de impotência, e compreender os valores do Estado brasileiro, o qual vem mascarando as suas indiferenças para com o povo (o seu povo!) e mostrando um lado rico do país que não representa a realidade do Brasil.

Por fim, sugere-se ao leitor que se dedique a pensar e refletir sobre o tema ora apresentado, ainda que de forma breve, pois do que adianta a Constituição da República trazer expressa a existência de cláusulas pétreas, as quais não podem ser modificadas, se no plano prático o Estado opta por não conferir-lhes efetividade, relegando os direitos fundamentais às suas conveniências?! À sociedade (também) cabe fiscalizar o cumprimento integral das normas inseridas na CRFB/88.

Por essas razões é que a condenação do Estado à reparação pelos danos causados aos particulares pela falta de disponibilização de leitos em UTI's nos hospitais públicos, com fundamento na responsabilidade objetiva, deve ser uma realidade (se presentes todos os pressupostos), pois além de legal e legítima, servirá como meio de sugerir mudanças necessárias no comportamento daqueles que detém a competência para mudar o cenário atual.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2013.

BRAGA, Ana Lúcia; VARGAS, Divani. *O enfermeiro de unidade de tratamento intensivo: refletindo sobre seu papel*. Disponível em: <<http://www.unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistafafibeonline/sumario/10/19042010093459.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2013.

BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2013.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula 37 e 387. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=@docn&tipo\\_visualizacao=RESUMO&menu=SIM](http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=@docn&tipo_visualizacao=RESUMO&menu=SIM)>. Acesso em: 20 mai. 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. rev., ampl. e atual. até a Lei 12.587, de 3.1.2012. São Paulo: Atlas, 2012.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Medicina Intensiva, de jul. de 2009. Edição 261. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Jornal&id=1183>>. Acesso em: 23 abr. 2013.

COUTURE, Eduardo Juan. *Los mandamientos del abogado*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 2009. p. 9-10.

FLECK, Marcelo Pio da Almeida *et al.* *Desenvolvimento do WHOQOL, módulo espiritualidade, religiosidade e crenças pessoais*. Rev. Saúde Pública: São Paulo, v. 37, n. 4, ago. 2003. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S003489102003000400009&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S003489102003000400009&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 16 abr. 2013.

FONTAINE, Dorrie K. Impacto do ambiente de cuidados críticos sobre o paciente. In: MORTON, Patricia Gonce *et al.* *Cuidados críticos de enfermagem: uma abordagem holística*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2007.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. *Rev. da Faculdade de Direito de Campos*, ano VII, n. 9, p. 379-397, dez. 2006. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista09/Artigos/Sidney.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2013.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOUREIRO, Gonçalves, *apud* SARLET, I. W. Notas sobre a dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARLET, Ingo Wolfgang; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MELLO, Celso de, *apud* LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria n. 1.071, de 04 jul. 2005. Anexo I: Política de Atenção ao Paciente Crítico. Disponível em: <<http://www.sobрати.com.br/ms-politica-critico.htm>>. Acesso em: 22 abr. 2013.

MIRANDA, Jorge, *apud* LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

NORTON, Colleen. A experiência da família com a doença crítica. In: MORTON, Patricia Gonce *et al.* *Cuidados críticos de enfermagem: uma abordagem holística*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2007.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Disponível em: <[http://www.who.int/topics/mental\\_health/es/](http://www.who.int/topics/mental_health/es/)> Acesso em: 16 abr. 2013.

OLIVEIRA, Alexandre Mendes Lima; OLIVEIRA, Paulo Rogério Cirino de. *Responsabilidade civil do Estado*. In: Curso breve sobre responsabilidade civil do estado e reparação de danos. Disponível em: <[http://www.jfdf.jus.br/juizadosEspeciaisFederais/cursos\\_conteudo/](http://www.jfdf.jus.br/juizadosEspeciaisFederais/cursos_conteudo/)>

[Palestra%20Responsabilidade%20civil%20do%20estado%20-%20Alexandre%20Mendes%20e%20PR%20Cirino.PDF](#)>. Acesso em: 23 abr. 2013.

SASSATELLI, Frei Marcos. *As mortes do sistema público de saúde: quem vai responder por elas?* Disponível em: <<http://envolverde.com.br/saude/saude-publica-saude/as-mortes-do-sistema-publico-de-saude-quem-vai-responder-por-elas/>>. Acesso em: 14 mai. 2013.

SILVA, José Afonso da, *apud* LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

SOCIEDADE PAULISTA DE TERAPIA INTENSIVA. *A rotina no corredor da vida*. Disponível em: <[http://www.sopati.com.br/lermais\\_materias.php?cd\\_materias=67&friurl=-A-rotina-no-corredor-da-vida-](http://www.sopati.com.br/lermais_materias.php?cd_materias=67&friurl=-A-rotina-no-corredor-da-vida-)>. Acesso em: 23 abr. 2013.

SARLET, I. W. Notas sobre a dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARLET, Ingo Wolfgang; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 40-41.

STEINMETZ, W. O dever de aplicação imediata de direitos e garantias fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e nas interpretações da literatura especializada. In: SARLET, Ingo Wolfgang; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 116.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 2.076-5/AC., de 15 ago. 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375324>>. Acesso em: 13 mai. 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE n. 271.286, de 12 set. 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 19 mar. 2013.