

Direito à saúde - Art. 196 da CF/88 - Dever assegurado constitucionalmente - Falta do serviço por parte do SUS - Contratação de serviços particulares - Custeio próprio - Pretensa indenização por parte do Estado pelo não cumprimento do dever constitucional - Descabimento - Existência de meios jurídicos para obter a prestação devida - Não utilização - Culpa exclusiva do próprio autor - Omissão que não conduz ao resultado de perda de parte do seu patrimônio - Indenização indevida

Ementa: Apelação cível. Ressarcimento de internação hospitalar. Omissão administrativa. Direito à assistência integral pelo SUS, que não se confunde com o dever de indenizar. Opção individual que não autoriza a responsabilidade civil. Culpa exclusiva.

- O dever de assistência integral ao meio curativo não sustenta a imposição de responsabilidade civil dos entes da Federação para pagamento de despesas geradas por opção do próprio autor, pela só alegação da falta do serviço eficiente, porque a só opção de internação particular literalmente afasta a responsabilidade estatal, diante da culpa exclusiva do autor em contratar serviços particulares por sua própria e livre vontade.

Provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0479.10.009517-9/001 - Comarca de Passos - Apelante: Município de Passos - Apelado: Paulo Marcos Cerqueira - Relator: DES. JUDIMAR BIBER

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, EM PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 12 de abril de 2012. - *Judimar Biber* - Relator.

Notas taquigráficas

Trata-se de apelação promovida pelo Município de Passos, que se insurge contra a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido inicial, condenando o apelante ao ressarcimento do valor de R\$ 10.000,00, em decorrência de sessões de oxigenoterapia realizada em hospital particular, conforme notas fiscais de f. 31 e 35, com juros e correção monetária.

Nas razões de recurso sustenta o Município a ausência de competência para a imposição resultante da sentença, afirmando que a obrigação de fornecimento do meio de tratamento exigido seria de completa

responsabilidade da União, fazendo uma longa consideração sobre o tema.

Faz uma longa consideração acerca das estruturas do próprio SUS e sobre a impossibilidade de suportar a imposição financeira resultante da sentença, trazendo uma série de julgados que entende aplicáveis ao caso.

Aduz que o direito de obtenção de assistência à saúde não comportaria a determinação imposta na sentença, ou da escolha do local da prestação, fazendo considerações sobre a universalização do direito e o interesse particular, para concluir que a imposição não se coaduna com a legalidade.

Requer o provimento do recurso para reformar a sentença produzida, afastando a condenação imposta.

Em sede de contrarrazões, sustenta o apelado a decisão hostilizada, em virtude das condições de necessidade do próprio meio curativo, fazendo uma longa consideração sobre a responsabilidade solidária e o SUS para o meio curativo.

Pugna pelo não provimento do recurso aviado.

É o relatório.

Passo ao voto.

O recurso é regular e tempestivo, dele conheço.

Em que pesem as ponderações da digna Juíza e as razões expostas pelas partes, após palmilhar os autos o que vejo é que a pretensão, tal como deduzida, não se amolda à garantia constitucional prevista no art. 196, *caput*, da Constituição Federal, porque o que pretende o autor é impor responsabilidade civil ao Município réu, em função de demora produzida por procedimento que, ao final, foi por ele contratado com o particular, ante a omissão da autoridade competente.

A decisão produzida pela digna Juíza partiu de um dever assegurado constitucionalmente, quando a razão jurídica declinada pelo autor na inicial nada tem a ver com o direito subjetivo público do réu ao tratamento integral.

Isso porque o dever de assistência curativa integral não se confunde com o dever de ressarcimento que dele decorresse, porque da só omissão administrativa não decorreria a razão determinante para a responsabilidade civil do Município.

Conquanto tenha o cidadão o direito de exigir dos gestores do Sistema Único de Saúde adotem, dentro de suas competências próprias e por força da imposição de coordenação em responsabilidade solidária, o meio curativo integral garantido pela norma constitucional, não tem o particular como impor ao SUS a determinação de ressarcimento de valores que tenha despendido por iniciativa própria com contratação de serviços particulares, em hospital não conveniado com o próprio sistema, pelo só fato da existência da obrigação legal, porque dela não decorre o próprio direito de obter a responsabilidade civil pela falta do serviço.

Isso porque o direito de obter o meio curativo integral não abarca o dever de indenização pelo ato omissivo que decorresse da inação estatal, e o que busca a

presente ação, na real verdade, é a responsabilização do Estado pelo só fato da demora na solução de providência que o autor reputava urgente e que o levou à contratação particular.

No entanto, a responsabilidade civil do Estado, por ato omissivo, não se sustenta dentro da teoria objetiva, conforme nos dá conta o Professor José Cretella Júnior, que argumenta:

[...] a omissão configura a culpa *in omittendo* e culpa *in vigilando*. São casos de inércia, casos de não atos. Se cruza os braços ou não vigia, quando deveria agir, o agente público omite-se, empenhando a responsabilidade do Estado por inércia ou incúria do agente. Devendo agir, não agiu. Nem como o *bonus pater familiae*, nem como o *bonus administrator*. Foi negligente. Às vezes imprudente e até imperito. Negligente, se a solércia o dominou; imprudente, se confiou na sorte; imperito, se não previu as possibilidades de concretização do evento. Em todos os casos, culpa, ligada à idéia de inação, física ou mental. (*Tratado de direito administrativo*. Ed. Forense, 1970, p. 210.)

Na linha de defesa da tese da responsabilidade subjetiva, também Celso Antonio Bandeira de Mello argumenta e, verificando a situação derivada da norma constitucional, observa que a objetividade jurídica tutelada se dirige ao ato comissivo, afastando o ato omissivo, pelo fato de que a omissão importaria em condição da ocorrência do dano, e não sua causa primária, o que importa no afastamento da teoria objetiva como fonte para fixar a responsabilidade do Estado por omissão administrativa.

Contrariamente à posição defendida por Celso Antonio, está a de Toshio Munkai e Álvaro Lazzarini, que acreditam que, “sendo a causa um fenômeno de transcendência jurídica capaz de produzir um poder jurídico pelo qual alguém tem o direito de exigir de outrem uma prestação (de dar, de fazer ou não fazer)”, o ato omissivo pode ser incluído na situação de causa, “desde que deflagrador primário do dano praticado por terceiro”, reconhecendo, nesses casos, que a culpa seria subjetiva.

Rui Stoco defende a tese de que, se a omissão administrativa do funcionário foi a causa eficiente do dano, deve a Administração responder, observando que há convergência da doutrina em pelo menos um ponto, na teoria francesa da *faute du service*, lembrando Celso Antonio Bandeira de Mello, que pontifica:

A responsabilidade por omissão é responsabilidade por comportamento ilícito. E é responsabilidade subjetiva, porquanto supõe dolo ou culpa em suas modalidades de negligência, imperícia ou imprudência, embora possa tratar-se de uma culpa não individualizada na pessoa de tal ou qual funcionário, mas atribuída ao serviço estatal genericamente. É a culpa anônima ou *faute du service* dos franceses, entre nós traduzida por ‘falta de serviço’. É dispensável localizar-se, no Estado, quem especificamente descumpriu o dever de agir, omitindo-se propositadamente ou apenas por incúria, por imprudência, ao negligenciar a obrigação de atuar e atuar tempestivamente. Cumpre tão só que o Estado estivesse obrigado a certa prestação e faltasse a ela, por descaso, por imperícia ou por desatenção no cumprir seus

deveres, para que desponte a responsabilidade pública em caso de omissão. (*Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. Ed. RT, p. 369.)

Da visão doutrinária sobre a extensão da responsabilidade do Estado por ato omissivo não discrepa a posição pacífica do Supremo Tribunal Federal, senão vejamos:

Constitucional. Administrativo. Civil. Responsabilidade civil do Estado. Ato omissivo do poder público: detento ferido por outro detento. Responsabilidade subjetiva: culpa publicizada: falta do serviço. CF, art. 37, § 6º, I. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, em sentido estrito, esta numa de suas três vertentes - a negligência, a imperícia ou a imprudência - não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. II. - A falta do serviço - *faute du service* dos franceses - não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. III. - Detento ferido por outro detento: responsabilidade civil do Estado: ocorrência da falta do serviço, com a culpa genérica do serviço público, por isso que o Estado deve zelar pela integridade física do preso. IV. - RE conhecido e provido. (RE 382054, Relator: Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 03.08.2004, DJ de 01.10.2004, p. 37, Ement. v. 2166-02, p. 330, RT v. 94, nº 832, 2005, p. 157-164, RJAdcoas v. 62, 2005, p. 38-44, RTJ v. 192-01, p. 356.)

Conquanto a não aceitação da responsabilidade civil objetiva por atos omissivos do Estado seja voz corrente e de aceitação quase unânime na doutrina, o fato é que a preexistência do dever de manutenção dos serviços públicos eficientes importaria mesmo na condição de fundamentar a necessidade de agitar a responsabilidade civil, impondo-se a visão de que a falta de adequação do serviço público fornecido, quando importe em geração de dano, acaba por justificar a responsabilidade do Estado, já que nessas hipóteses a culpa derivaria do mau fornecimento do próprio serviço público.

Em virtude da própria estrutura do ato comissivo, supera-se a necessidade de identificação do agente público causador do dano, para impor a responsabilidade pelo dever preexistente de manutenção de serviços públicos adequados e eficientes, o que em última análise seria afastar uma das situações subjetivas da responsabilidade, porque a culpa derivaria da falta do próprio serviço, impondo-se a conclusão de que a Administração responde em situação em que seja obrigada a arrostar o mal causado a terceiro, o que gera, inevitavelmente a responsabilidade por culpa *in omittendo*, situação que, afinal, só poderia ser afastada em se demonstrando responsabilidade de terceiro, seja por culpa recíproca ou exclusiva, caso fortuito, legítima defesa ou força maior, e importa na conclusão de que a presunção de culpa derivaria da própria norma jurídica e importaria na assunção da teoria do risco administrativo integral, em que seria

necessária apenas a prova do nexo de causalidade para exsurgir a responsabilidade civil do Estado.

A constatação de tal realidade só não foi feita até o presente momento porque a insistência da doutrina tem se esquecido de que o elemento identificador da responsabilidade subjetiva importa em situação de demonstração da culpa, quando a própria responsabilidade pela falta do serviço importa no seu afastamento, já que é dever primário da Administração prestar serviços públicos eficientes e adequados, o que gera, inevitavelmente, a imposição legal de culpa e, em última análise, afasta a perquirição dos eventuais elementos subjetivos que importem na responsabilidade.

Veja-se Aguiar Dias tratando da responsabilidade pelo fato da coisa, observando:

O que se torna preciso aceitar entre nós, em última análise, já que as diversas correntes coincidem na solução, é a presunção invariavelmente reconhecida no direito francês. A esse propósito, consideramos infundado o vivo debate, travado na jurisprudência francesa, sobre se tal pressuposto se refere à culpa ou à responsabilidade: a presunção é de causalidade; o que se presume é o nexo de causa e efeito entre o fato da coisa e o dano. O dever jurídico de cuidar das coisas que usamos se funda em superiores razões de política social, que induzem, por um ou outro fundamento, à presunção da causalidade aludida e, em consequência, a responsabilidade de quem se convencionou chamar de guardião da coisa, para significar o encarregado dos riscos dela decorrentes.

E arremata:

[...] Temos a impressão de que o problema ganha em simplicidade e fica com sua solução facilitada se estabelecermos que, em face daquela presunção de causalidade, ao dono da coisa incumbe, ocorrido o dano, suportar os encargos dele decorrentes, restituindo o ofendido ao *status quo* ideal, por meio da reparação. Essa presunção não é irrefragável. Mas ao dono da coisa cabe provar que, no seu caso, ela não tem cabimento. (*Da responsabilidade civil*. 10 ed. revista e atualizada. Ed. Forense, v. II, p. 397-398.)

Noutra oportunidade, discutindo especificamente sobre a fase do direito público francês, afirma:

Na culpa administrativa, portanto, decorrendo a responsabilidade da falta anônima do serviço público e não se cogitando da culpa do funcionário, é sem utilidade a distinção entre culpa pessoal e culpa profissional, asserção que é válida também para a doutrina do risco social. No sistema em que a responsabilidade só se configura em face da culpa de determinado agente do poder público, esta distinção é necessária, porque a falta pessoal, ainda quando praticada no exercício do cargo, só empenha a responsabilidade do agente, ao passo que a falta do serviço acarreta a responsabilidade do Estado, como inerente à função. (Ob. cit., p. 566.)

Logo, malgrado persista a teoria da 3ª fase do direito público francês na visão doutrinária do direito brasileiro atual para fins de responsabilidade civil do Estado, o fato é que a teoria do risco social e suas consequências mais imediatas para o queixoso permanecem, se não idênticas, quase as mesmas daquela imposta pela teoria do risco

integral. Isso porque, nesses casos, basta demonstrar o nexo de causalidade entre a omissão e o dano, para que o seu pedido tenha possibilidade de ganhar a prestação jurisdicional positiva, já que há presunção de culpa *in omittendo*, não havendo qualquer necessidade de se perquirir sobre a culpa ou não do agente, ou do Estado, na eclosão do evento danoso, porquanto se impõe a presunção evidente de responsabilidade pela falta do próprio serviço público, tornando verdadeira a assertiva de que seria absoluta inutilidade se perquirir a situação omissiva que causou o dano, o que leva à inversão do ônus da prova.

Mas, no caso dos autos, o próprio pressuposto para a imposição de ressarcimento não se mostraria juridicamente sustentável, porque a omissão no direito de obtenção do meio curativo integral não supõe que possa o cidadão eleger hospital particular que contratou por vontade própria e impor o dever de ressarcimento ao Município, pela via do Sistema Único de Saúde, na medida em que o próprio regime constitucional não confere ao particular o direito de obter o ressarcimento, a não ser que demonstrasse as condições objetivas que conduzissem à indenização por razão jurídica diversa.

Ocorre que, no caso dos autos, não há uma só prova de que deva a Administração ser responsabilizada civilmente pela própria prestação substitutiva, na medida em que não há nos autos quaisquer elementos que conduzam à indenização pela presumida culpa *in omittendo*. Se não há confissão expressa por parte do autor de que, ao contrário de exigir a prestação que lhe seria devida, por força da garantia constitucional que teria respaldo na Lei Federal 8.080/90, simplesmente preferiu optar pela contratação particular, realizando o pagamento dele decorrente, cuja causa se deveu a sua livre e espontânea opção, o que daria azo à culpa exclusiva pelo pagamento contratado.

Tinha o autor à sua disposição mecanismo eficiente para obstar a omissão, mas preferiu, *sponte propria*, partir para o tratamento particular, situação que não autoriza a imposição indenizatória declinada na inicial, até mesmo pela própria confissão da opção legítima feita pelo autor de investir o seu próprio patrimônio em solução que entendia mais adequada ao seu caso.

Nesse contexto, o dispêndio dos valores devidos a título de contratação do tratamento particular não pode ser atribuído à omissão municipal, que, muito embora tivesse o dever de buscar os meios indispensáveis para a realização do meio curativo indicado no caso do autor, não tinha como ser responsabilizada pela opção particular do autor.

A omissão não conduz ao dano noticiado, pelo só fato de que a culpa pela açodada ação empreendida, que culminou na perda de parte de seu patrimônio, decorreu de sua própria opção de não exigir, pelos meios jurídicos existentes, a satisfação integral da obrigação que lhe foi imposta e cujo conteúdo pressupunha a indicação

do local onde se realizaria o procedimento necessário ao meio curativo.

Nesse contexto, não há dúvida de que impossível seria agitar a responsabilidade do Estado pela indenização dos danos causados em função da culpa exclusiva do próprio autor, que fez a opção de não promover os meios necessários para satisfazer a obrigação imposta ao Estado, não tendo, portanto, direito de ser ressarcido pelo valor que contratou por sua livre e espontânea vontade.

Portanto, a determinação de ressarcimento imposta na sentença, tal como produzida, não se mostraria mesmo escorreita do ponto de vista jurídico, ante a ausência de nexo de causalidade entre o dano noticiado, o dever de pagamento da contratação e a obrigação de satisfazer a garantia constitucional e legal ao meio curativo integral à custa do próprio SUS.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso, para julgar improcedente a ação de ressarcimento pretendida pelo autor, invertendo, por conseguinte, os ônus derivados da sucumbência, respeitadas as condições da assistência judiciária gratuita deferida.

Custas e despesas processuais do presente recurso, pelo apelado, respeitadas as condições de assistência judiciária gratuita já deferida, nos termos do art. 20, § 1º, do Código de Processo Civil.

DES. KILDARE CARVALHO (Revisor) - De acordo com o Relator.

DES. DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA - De acordo com o Relator.

Súmula - PROVERAM O RECURSO.