

ção de serviços. Mas, sobre tal divisão cumpre acrescentar várias outras que, tomando por modelo a prestação de serviços distinguem aqueles realizados por profissional "intelectual" dos demais. Ou, considerando apenas os produtos cujo uso possa afetar a saúde, separam os medicamentos dos cosméticos e dos pesticidas e esses dos alimentos.

A complexidade de todo o sistema de responsabilidade, que para ser justo necessita fornecer ao juiz critérios múltiplos para valoração dos fatores envolvidos na causa, pode ser ilustrada pelo exame da responsabilidade do pessoal médico<sup>(23)</sup>. Nesse caso, pode estar em causa, no âmbito da responsabilidade, a distinção entre trabalho intelectual e técnico a caracterizar a responsabilidade civil ou penal pela prestação de serviço. Mas também a responsabilidade administrativa decorrente seja de omissão, seja de ação de funcionário ou de servidor público, pode estar caracterizada.

#### IV. RESPONSABILIZAÇÃO PELA SAÚDE: EXIGÊNCIA DO ESTADO DE DIREITO

O Estado Democrático de Direito, da Constituição brasileira, ou o Estado de Direito Democrático, da Constituição portuguesa, ou o Estado Social e Democrático de Direito, da Constituição espanhola<sup>(24)</sup>, se caracteriza pela vinculação dos poderes públicos, incorporando também obrigações que requeiram prestações positivas para garantia dos direitos sociais.

É de difícil compreensão o fato de que o campo mais importante de vinculação constitucional dos poderes públicos se refira à proibição do uso da força refletida no direito punitivo, penal ou de polícia administrativa. Assim, no Estado de Direito Liberal, cujas regras garantem os direitos fundamentais dos cidadãos impondo limitações aos seus poderes, geralmente a fixação de normas violando aquelas é causa de inexistência de tais normas. Por outro lado, o enunciado constitucional dos direitos a prestações estatais positivas não foi acompanhado de garantia social (técnica de defesa e justificação) adequada à sua tutela. Bem ao contrário o aterrador quadro pintado por Bobbio evidencia que a multiplicação das funções públicas na área econômica e social frequentemente foi realizada às custas dos, por ele denominados, subgoverno; cripto

(23) Apenas a título exemplificativo veja-se: PAISIO, F. *Responsabilité juridique del personale delle Unitá Sanitarie locali*, Parma, Casanova, 1982; GRAD, F. *Public health law manual*, Washington, American Public Health Association, 1970; e LEMAIRE, J. et IMBERT, J. *La responsabilité médicale*, Paris, Presses Universitaires de France, 1985.

(24) Veja-se a respeito o alentado estudo do professor José Afonso da Silva em seu *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989, págs. 99-108.

governo e poder onívvido<sup>(25)</sup>. Ou seja, na brilhante lição de Ferrajoli "não foi, enfim, nem teorizado nem realizado um estado social de direito caracterizado — em lugar de concessões — por obrigações taxativamente lecionadas e sancionadas, por direitos claramente definidos e articulados em frente de órgãos públicos exatamente individualizados, e portanto, pela legalidade e pela igualdade na satisfação das expectativas"<sup>(26)</sup>.

A delimitação da responsabilidade pela saúde, publicizando o poder no Estado Democrático de Direito, é função indelével do Poder Judiciário brasileiro, sob pena de ação inconstitucional.

São Paulo, março de 1990.

(25) cf. BOBBIO, N. *A democracia e o poder invisível. In O Futuro da Democracia*, de Janeiro, Paz e Terra, 1986, págs. 83-106.

(26) cf. FERRAJOLI, L. *Diritto e Ragione: teoria del garantismo penal*, de Terra, 1989, págs. 90-4.