

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXIII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

PRISCILA PEDRON

**CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DECORRENTES DA MÁ PRESTAÇÃO
DO DIREITO À SAÚDE PELO ESTADO**

**CURITIBA
2015**

PRISCILA PEDRON

**CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DECORRENTES DA MÁ PRESTAÇÃO
DO DIREITO À SAÚDE PELO ESTADO**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Osório Moraes Panza.

**CURITIBA
2015**

TERMO DE APROVAÇÃO

PRISCILA PEDRON

CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DECORRENTES DA MÁ PRESTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELO ESTADO

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Osório Moraes Panza

Avaliador: _____

Curitiba, 03 de novembro de 2015.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 DIREITO À SAÚDE.....	7
2.1 CONCEITO DE SAÚDE	7
2.2 DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....	8
2.2.1 A origem do direito à saúde como direito fundamental	10
2.3 DEVER DO ESTADO EM PRESTAR AÇÕES E SERVIÇOS DE SAÚDE	15
2.4 POLÍTICAS PÚBLICAS RELACIONADAS À EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	20
2.5. MÁ PRESTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELO ESTADO	22
3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NOS CASOS DE MÁ PRESTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	26
3.1 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	26
3.2 RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO.....	29
3.3 DA CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NOS CASOS DE MÁ PRESTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	38
3.4 ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS.....	42
4. JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.....	46
4.1 AÇÕES CIVIS PÚBLICAS NO ÂMBITO DA GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE	60
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	63
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	67

RESUMO

O presente trabalho monográfico objetiva analisar as consequências jurídicas decorrentes da má prestação do direito à saúde pelo Estado. Primeiramente, apresenta-se uma análise jurídica acerca do direito à saúde, desde o conceito de saúde até a forma como este direito é tratado no ordenamento jurídico brasileiro, fazendo uma abordagem especial acerca das políticas públicas voltadas à implementação do direito à saúde e apresentando casos reais de má prestação de ações e serviços de saúde por parte do ente público. Em seguida, o texto examina o instituto da responsabilidade civil do Estado, seus elementos e, de modo especial, a responsabilidade civil do Estado decorrente de omissão do ente público, aplicando os conceitos analisados nos casos de má prestação da saúde pelo Estado. Por fim, analisa-se a judicialização do direito à saúde, tanto na forma individual quanto relacionada às demandas coletivas, apresentando os entendimentos doutrinários e entendimentos jurisprudenciais das cortes brasileiras acerca do tema.

Palavras-chave: Direito à saúde. Responsabilidade civil do Estado. Judicialização de políticas públicas.

1 INTRODUÇÃO

O direito à saúde é um tema de extrema relevância para o Direito, posto que é notória a correlação existente entre este direito e o próprio direito à vida.

A saúde está prevista no artigo 6º da Constituição Federal como um dos direitos sociais de todo cidadão. Além disso, dispõe o artigo 196 da Carta Política que é dever do Estado realizar a prestação do direito à saúde a todos.

Portanto, a saúde é um direito fundamental dos cidadãos, sendo um dever do Estado promovê-la por meio de políticas sociais e investimentos públicos.

Quando o Estado se omite na prestação dos direitos constitucionalmente previstos ou realiza estas prestações de forma insuficiente, este deve ser responsabilizado.

Na atual conjuntura social, não são raros os casos de má prestação do direito à saúde pelo ente público. Muitas vezes, o tratamento adequado para os doentes que estão internados na rede pública de saúde não pode ser realizado, pois o hospital não possui os medicamentos ou equipamentos que deveriam ser utilizados.

Assim, muitos pacientes perdem suas vidas sem que os médicos tenham tentado todos os caminhos possíveis para a cura, pois os mesmos não dispõem de itens necessários para a realização destes tratamentos.

Diante do exposto, o estudo em apreço busca compreender quais são as possíveis consequências jurídicas decorrentes da má prestação do direito à saúde pelo Estado.

Para o escopo deste trabalho, primeiramente, far-se-á a conceituação do vocábulo saúde para que se tenha noção da abrangência da palavra na apreciação jurídica deste direito.

Em seguida, será analisado o direito à saúde. Nesta análise, será trazida uma breve evolução histórica dos direitos fundamentais, buscando compreender quando a saúde passou a ser um direito e foi imposto ao Estado o dever de prestá-la.

Ainda sobre este tema, será realizada a abordagem do direito à saúde no âmbito da legislação brasileira, tanto com relação aos dispositivos constitucionais, quanto à Lei nº 8.080/1990, a qual instituiu o Sistema Único de Saúde como a forma do Estado realizar as ações e serviços de saúde.

Feito isso, demonstrar-se-á algumas políticas públicas instituídas pelo Estado no âmbito do SUS, contrapondo-as com casos concretos de má prestação do direito à saúde.

Posteriormente, far-se-á a análise das possíveis consequências jurídicas cabíveis em casos de má prestação de ações e serviços de saúde.

Neste sentido, será analisado, inicialmente, o cabimento da responsabilidade civil do Estado. Para isso, será estudado o conceito deste instituto, bem como cada um dos requisitos necessários para sua configuração.

Neste campo, será avaliada como se manifesta a responsabilidade civil do Estado em decorrência de condutas omissivas.

Posteriormente, far-se-á a aplicação destes conceitos nos casos de má prestação de saúde, para verificar se o Estado poderá ser responsabilizado.

Ademais, será feita, também, a análise da judicialização do direito à saúde, com o escopo de observar se esta poderá ser outra consequência jurídica decorrente da má prestação do direito à saúde pelo Estado.

2 DIREITO À SAÚDE

Visando esclarecer o objeto principal deste estudo, far-se-á um exame acerca do direito à saúde, para entender como este direito encontra-se presente no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 CONCEITO DE SAÚDE

A palavra saúde tem origem latina, derivando do adjetivo *saluus*, que significa inteiro, intacto, e do verbo *salveo*, que tem o significado de estar são.¹ Dessa feita, o termo saúde refere-se à integridade e ao bem estar.

Para a Organização Mundial da Saúde, a saúde é definida como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.²

Assim, saúde significa não apenas a falta de doenças, possuindo um sentido muito mais amplo, visto que compreende o bem estar completo da pessoa.

Na legislação brasileira, a Constituição Federal de 1988 versa acerca da saúde em seu artigo 196, dispondo que:

Art 196. 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.³

O aludido dispositivo garantiu aos indivíduos o direito à saúde em seu grau máximo, ao estabelecer a necessidade de ações e serviços que busquem a promoção, proteção e recuperação da saúde, além da instituição de políticas visando a redução do risco de doenças.

A Lei nº 8.080/1990, que instituiu o Sistema Único de Saúde - SUS no Brasil, estabelece diversas condições que são necessárias para a garantia da saúde.

¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 32.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

² ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Disponível em: <<http://www.who.int/about/governance/es/>>. Acesso em: 20 de março de 2015.

³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>. Acesso em 27 de março de 2015.

Segundo o artigo 3º da referida Lei, com redação dada pela Lei 12.864/2013, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais são determinantes e condicionantes para a saúde.⁴

O parágrafo único deste artigo dispõe ainda que as ações que buscam garantir condições de bem estar físico, mental e social às pessoas e à coletividade também dizem respeito à saúde.⁵

Neste aspecto, observa-se que a saúde é determinada por diversos fatores que, quanto mais positivos forem, mais contribuirão para o aumento do nível da qualidade de vida dos indivíduos.

Portanto, a saúde deve ser entendida como o bem estar completo dos indivíduos, conforme estabelece a Organização Mundial da Saúde. Neste viés, a legislação brasileira, em consonância com o que dispõe a referida Organização, garante o direito à saúde a todos os indivíduos, tanto no aspecto relativo à cura de doenças, quanto na promoção do bem estar físico, social e mental.

2.2 DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Primeiramente, deve-se verificar a que categoria de direitos está inserido o direito à saúde. Para isso, será necessário analisar, historicamente, quando a saúde passou a ser um direito dos indivíduos, análise esta que se obtém estudando a evolução histórica dos direitos fundamentais.

Antes disso, faz-se prudente avaliar o que são direitos fundamentais. Nas lições de Paulo Roberto de Figueiredo Dantas, os direitos fundamentais são:

aqueles que, fundamentados no princípio da dignidade humana e diretamente relacionados com o Estado Democrático de Direito, dizem respeito às esferas de interesses essenciais do gênero humano, destinando-se não só à tutela dos direitos individuais, como também dos

⁴ BRASIL. **Lei nº 8.080, de 10 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 30 de julho de 2015.

⁵ Id.

direitos políticos, dos direitos sociais, culturais e econômicos, além dos direitos de fraternidade e solidariedade.⁶

José Afonso da Silva conceitua os direitos fundamentais do homem como “aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”.⁷

Assim sendo, os direitos fundamentais são direitos essenciais dos seres humanos que têm como escopo garantir dignidade, liberdade e igualdade a todos.

Alexandre de Moraes defende que os direitos fundamentais:

colocam-se como uma das previsões absolutamente necessárias a todas as Constituições, no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação de poder e visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana.⁸

A instituição de direitos fundamentais, portanto, configura o verdadeiro Estado Democrático de Direito. Garantir estes direitos a todos os indivíduos é respeitar a dignidade da pessoa humana.

Neste aspecto, resta claro que o direito à saúde é um direito fundamental, posto que está estritamente ligado à garantia de uma vida digna. Não há como pensar em dignidade da pessoa humana sem que haja o respeito ao direito à saúde, este sendo entendido como a garantia do bem estar físico, mental e social do ser humano.

Patrícia Luciane de Carvalho afirma que:

o sistema constitucional brasileiro, considerando os avanços internacionais, protege a vida, mas a vida com dignidade, portanto, não há que se falar em vida digna sem saúde ou mesmo com a prestação do direito à saúde de forma limitada ou condicionada.⁹

⁶ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 270.

⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37.ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2014, p. 180.

⁸ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 02.

⁹ CARVALHO, Patrícia Luciane de. Análise Sistêmica da Proteção do Direito à Saúde. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (coords.). **Direitos Humanos: fundamento, proteção e implementação**. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 651.

Ainda sob este prisma, Nehemias Domingos de Melo dispõe que “a saúde é um dever do Estado e uma garantia inderrogável do cidadão, sendo indisponível por se traduzir em pressuposto essencial à vida com dignidade”.¹⁰

Por fim, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo afirmam que:

a dignidade da pessoa humana somente estará assegurada – em termos de condições básicas a serem garantidas pelo Estado e pela sociedade – onde a todos e a qualquer um estiver garantida nem mais nem menos do que uma vida saudável.¹¹

A prestação do direito à saúde, então, é extremamente relevante para que se possa alcançar uma vida com dignidade.

Neste ponto, Carvalho explica que uma vida digna corresponde ao padrão mínimo do homem mediano, sem excessos nem luxúrias; sendo que, para alcançar este padrão mínimo, deve ser garantida a saúde em sua completude.¹²

Dessa feita, o direito à saúde como direito fundamental, vinculado ao respeito da dignidade da pessoa humana, deve ser prestado de forma ampla e em seu grau máximo, sob pena de não ser suficiente para ensejar uma vida digna.

Após a verificação de que o direito à saúde é um direito fundamental, passa-se à análise de quando o direito à saúde foi inserido neste rol.

2.2.1 A origem do direito à saúde como direito fundamental

A evolução histórica dos direitos fundamentais está estritamente ligada à própria evolução histórica do ser humano e da sociedade, pois conforme a sociedade evolui, surge a necessidade da instituição de novos direitos a favor dos indivíduos.

Historicamente, estes direitos já estavam presentes nos diplomas legais da Idade Antiga, como o Código de Hammurabi, as leis da Grécia antiga e a Lei das

¹⁰ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico**: doutrina e jurisprudência. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 80.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde**: algumas aproximações. Disponível em: <revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 20 de julho de 2015.

¹² CARVALHO, Op. cit, p. 650.

Doze Tábuas, do direito romano. Estas legislações disciplinavam, principalmente, os direitos relativos à vida, à honra, à família e à propriedade.¹³

Na Idade Média, o cristianismo, com sua pregação de igualdade de todos os homens, influenciou diretamente a consagração dos direitos fundamentais.¹⁴

Entretanto, foi na Idade Moderna que a busca pelos direitos humanos teve sua grande evolução.

Para Moraes, os antecedentes históricos de maior importância que culminaram na consagração dos direitos humanos fundamentais, encontram-se, primeiramente, na Inglaterra, com a *Magna Charta Libertatum*, de 1215, a *Petition of Rights*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, o *Bill of Rights*, de 1689 e o *Act of Settlement*, de 1701. Todos estes diplomas buscaram garantir a liberdade individual e a limitação dos poderes do monarca, através do princípio da legalidade.¹⁵

A Revolução Norte-Americana também foi um fato histórico de extrema importância para a consagração dos direitos fundamentais, pois foram redigidos documentos que garantiam estes direitos. Um deles foi a Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, de 1776, o qual previa, preponderantemente, a limitação do poder do Estado. Além disso, sua Constituição, promulgada em 1787, também dispunha, de maneira expressa, diversos direitos e garantias fundamentais.¹⁶

Posteriormente, em 1789, foi elaborada, na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Paulo Bonavides, buscando explicar a importância desta declaração, afirma que:

as declarações antecedentes de ingleses e americanos podiam talvez ganhar em concretude, mas perdiam em espaço de abrangência, porquanto se dirigiam a uma camada social privilegiada (os barões feudais), quando muito a um povo ou a uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas, ao passo que a Declaração francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano.¹⁷

¹³ DANTAS, Op. cit.

¹⁴ MORAES, Op. cit.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ DANTAS, Op. cit.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27.ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2012, p. 580.

Assim, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, foi a primeira a possuir um caráter universal, buscando garantir direitos a todos os seres humanos, sem distinção.

Composta por dezessete artigos, a Declaração previu diversos direitos fundamentais, como “o direito de liberdade (inclusive religiosa), de igualdade, de propriedade, de associação política e de livre manifestação de pensamento”.¹⁸ Objetivava, portanto, a instituição de direitos a favor do povo.

Para Bonavides, os direitos nela previstos eram “direitos naturais, inalienáveis e sagrados, direitos tidos também por imprescritíveis, abraçando a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”.¹⁹

Portanto, os direitos dispostos na Declaração de 1789 consagravam, essencialmente, direitos relacionados à liberdade dos indivíduos. Vieram como uma resposta à conjuntura política da época, em que os monarcas absolutistas, em razão do imenso poder que detinham, não respeitavam os direitos individuais dos seus súditos.²⁰

Didaticamente, os direitos individuais acima mencionados são chamados de direitos fundamentais de primeira geração. Como surgiram da necessidade de proteger o homem do poder estatal, estes direitos são fundamentados, principalmente, no princípio da liberdade e impõe ao Estado um conjunto de prestações negativas, pois o ente estatal deve abster-se de desrespeitá-los.²¹

Posteriormente, no início do século XX, as preocupações de cunho social ingressaram no campo dos direitos fundamentais.²²

Dantas afirma que, a partir deste século:

os direitos e garantias fundamentais foram consideravelmente incrementados, passando os diversos Estados internacionais a também prever, em suas Constituições, um conjunto de normas de ordem social e econômica, tanto para a redução das desigualdades sociais, como igualmente para incentivar o desenvolvimento nacional.²³

¹⁸ DANTAS, Op. cit, p. 275.

¹⁹ BOVAVIDES, Op. cit, p. 580.

²⁰ DANTAS, Op. cit.

²¹ Ibidem.

²² MORAES, Op. cit.

²³ DANTAS, Op. cit, p. 275.

Neste sentido, os direitos fundamentais saíram do campo das liberdades individuais para também albergarem os direitos sociais e econômicos, buscando reduzir as desigualdades sociais e impulsionar o desenvolvimento dos países.

José Afonso da Silva explica que a inclusão destes novos direitos adveio da insuficiência das garantias formais anteriormente afiançadas, posto que, embora estas garantias reconhecessem liberdade a todos, muitas pessoas não dispunham de condições materiais para exercê-las.²⁴

Dessa feita, os direitos sociais surgem da constatação de que apenas o reconhecimento dos direitos individuais não era suficiente para garanti-los a todos, sendo necessário buscar meios efetivos para que a população em geral pudesse exercê-los, impondo ao Estado o dever de proporcionar a efetividade dos direitos fundamentais.

Uma das principais normas que consagrou direitos fundamentais neste aspecto social foi a Constituição Mexicana de 1917, a qual garantiu direitos individuais com tendências sociais, como os direitos dos trabalhadores.²⁵

Outro texto que abarcou os direitos sociais e econômicos foi a Constituição de Weimar, instituída na Alemanha em 1919. Dantas afirma que esta legislação previu:

a especial proteção do indivíduo em relação ao trabalho (artigo 157), a liberdade de associação para a defesa e melhoria das condições de trabalho e de vida (artigo 159), bem como um sistema de seguridade social para a conservação da saúde e da capacidade de trabalho, proteção da maternidade e prevenção dos riscos da idade, da invalidez e das vicissitudes da vida (art 161).²⁶

Buscava-se ampliar o rol dos direitos fundamentais, incluindo nesta categoria outros direitos, como o direito ao trabalho e à saúde.

Por estarem relacionados a uma nova concepção de direitos fundamentais, os direitos sociais, econômicos e culturais foram classificados como direitos fundamentais de segunda geração, também denominados de liberdades concretas, positivas ou reais.²⁷

Acerca disso, Dantas explica que:

²⁴ SILVA, Op. cit.

²⁵ MORAES, Op. cit.

²⁶ DANTAS, Op. cit, p. 276.

²⁷ DANTAS, Op. cit.

o simples reconhecimento de direitos fundamentais nem sempre se mostra suficiente para que os indivíduos possam efetivamente gozá-los, tamanha a desigualdade que existe no meio social. (...) É indispensável, portanto, que o Estado consagre um conjunto de direitos fundamentais destinados justamente à obtenção, tanto quanto possível, da desejada igualdade material entre as pessoas. Estão incluídas nessa categoria de direitos fundamentais, por exemplo, os direitos relacionados ao trabalho, à saúde, à previdência social e à proteção da velhice.²⁸

Os direitos fundamentais de segunda geração buscam, portanto, combater a desigualdade social, com o objetivo de se alcançar a igualdade material.

Bonavides alega que estes direitos fazem parte de um novo conceito de direitos fundamentais, na medida em que fazem do “Estado um artífice e um agente de suma importância para que se concretizem os direitos fundamentais de segunda geração”.²⁹

Além disso, Silva afirma que os direitos sociais são:

prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressuposto do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.³⁰

Assim, os direitos fundamentais de segunda geração, em oposição aos de primeira geração, necessitam de uma ação do Estado para sua realização. É ônus do Estado proporcionar a efetiva prestação destes direitos, os quais buscam garantir melhores condições de vida aos menos necessitados, com o intuito de igualizar situações sociais desiguais.

É neste contexto que o direito à saúde passou a ser visto como um direito fundamental. Ele é considerado um direito social na medida em que, para que todos tenham este direito garantido, é necessário impor ao Estado o dever de fornecê-lo.

José Joaquim Gomes Canotilho leciona que o direito à saúde está inserido no rol dos direitos de prestação social, em razão de que o particular tem o direito de obter saúde através do Estado.³¹

²⁸ DANTAS, Op. cit, p. 277.

²⁹ BONAVIDES, Op. cit, p. 585.

³⁰ SILVA, Op. cit, p. 288.

³¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

Dessa feita, por ser um direito que necessita de uma ação positiva do Estado para que o particular possa gozá-lo, o direito à saúde é considerado um direito fundamental de segunda geração.

A Constituição Federal de 1988 abarca o direito à saúde como um direito social, ao dispor, em seu artigo 6º, que:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.³²

Carvalho observa que a Constituição atual foi a primeira constituição brasileira a estabelecer a saúde como um direito fundamental social³³.

Sarlet e Figueiredo mencionam que, no período anterior à Constituição atual, a proteção do direito à saúde estava presente apenas em algumas normas esparsas³⁴.

Constata-se que, ao elencar o direito à saúde como direito social na Constituição Federal, lei suprema do país, o legislador reconheceu a saúde como direito essencial do ser humano e buscou dar a ela máxima proteção.

Em suma, o direito à saúde é um direito fundamental de cunho social, garantido constitucionalmente a toda a população. Este direito está estritamente ligado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, o que o torna de extrema importância no ordenamento jurídico brasileiro.

2.3 DEVER DO ESTADO EM PRESTAR AÇÕES E SERVIÇOS DE SAÚDE

Conforme visto, o direito à saúde está inserido no rol dos direitos fundamentais de segunda geração, mais especificamente como um direito social. Na medida em que a Constituição Federal coloca o direito à saúde como direito social,

³² BRASIL, Constituição (1988), Op. cit.

³³ CARVALHO, Op. cit.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional:** uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pd>. Acesso em: 08 de agosto de 2015.

ela estabelece o dever do Estado em prestá-lo, em razão de que os direitos sociais têm como alicerce uma ação estatal para sua efetividade.

Deste modo, passa-se à análise de alguns dispositivos constitucionais que determinam a obrigação do Estado em garantir o direito à saúde para a população.

Neste sentido, estabelece o artigo 196 da Carta Constitucional, já citado, que é dever do Estado realizar ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde a todos.

Silva leciona que “o direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperam”.³⁵

Portanto, deve o Estado garantir o direito à saúde a todos, devendo esta prestação ser de forma universal e igualitária.

Sarlet e Figueiredo explicam que:

ao referir-se à “recuperação”, a Constituição de 1988 conecta-se com a chamada “saúde curativa”, quer dizer, a garantia de acesso dos indivíduos aos meios que lhes possam trazer, senão a cura da doença, pelo menos uma sensível melhora na qualidade de vida, o que, de modo geral, ocorre nas hipóteses de tratamento contínuo. Além disso, as expressões “redução do risco de doença” e “proteção” parecem guardar relação com a ideia de “saúde preventiva”, isto é, a efetivação de medidas que tenham por escopo evitar o surgimento da própria doença, inclusive pelo contágio. O termo “promoção”, enfim, atrela-se à busca da qualidade de vida, por meio de ações que objetivem melhorar as condições de vida e saúde das pessoas.³⁶

Assim, observa-se que o texto constitucional buscou garantir aos indivíduos o direito à saúde de forma ampla, impondo ao Estado diversas ações necessárias para garantir a concretização deste direito.

O artigo 197 da Constituição Federal determina que as ações e serviços de saúde são de relevância pública e que deve o Poder Público dispor acerca de sua regulamentação, fiscalização e controle, sendo que sua execução deverá ser realizada diretamente ou por terceiros, inclusive por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.³⁷

Observa-se que o legislador constituinte autorizou que as pessoas jurídicas de direito privado executassem ações e serviços de saúde, porém estabeleceu que

³⁵ SILVA, Op. cit, p. 844.

³⁶ SARLET; FIGUEIREDO, **Reserva**, Op. cit.

³⁷ BRASIL, Constituição (1988), Op. cit.

é obrigação do Poder Público regulamentar e fiscalizar estes serviços, mantendo o dever do Estado em zelar acerca do direito à saúde.

Sobre a forma como o Estado deverá realizar a prestação do direito à saúde para a população, dispõe o artigo 198 que:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.³⁸

A saúde, então, deverá ser prestada através de uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único, porém descentralizado, o qual deverá garantir atendimento integral à população e contar com a participação da comunidade.

Neste aspecto, Luciana Gaspar Melquíades Duarte afirma que o artigo alhures mencionado:

alberga o mandamento de que os entes federativos colaborem entre si para a consecução dos resultados afetos ao sistema de saúde. Tais entes deverão preconizar, ainda, de acordo com as determinações constitucionais, a descentralização dos serviços, a integralidade do atendimento (com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais) e a participação da comunidade. À luz, portanto, do sistema instituído pela Constituição de 1988, a responsabilidade pela prestação dos serviços de saúde pública é imputada a todos os entes federativos, e não pode haver a escusa da oferta de determinado bem ou serviço por qualquer deles sob o fundamento da ausência de competência. Todas as tarefas inerentes às políticas públicas de saúde são atribuídas às diferentes esferas de governo, num regime de solidariedade.³⁹

Assim, é obrigação de todos os entes da federação garantir à população o acesso às ações e serviços de saúde, da forma como preconiza o texto constitucional.

Acerca do titular do direito à saúde, Silva estabelece que:

³⁸ BRASIL, Constituição (1988), Op. cit.

³⁹ DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. **Possibilidades e Limites do Controle Judicial sobre as Políticas Públicas de Saúde**: um contributo para a dogmática do direito à saúde. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 141.

o sistema único de saúde, integrado de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, constitui o meio pelo qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde que tem no polo ativo qualquer pessoa e a comunidade, já que o direito à promoção e à proteção da saúde é também um direito coletivo.⁴⁰

Destarte, o direito à promoção e à proteção da saúde é um direito coletivo de toda a população e também um direito individual de cada pessoa, que deverá ser cumprido por parte do Estado.

Em 19 de setembro de 1990, foi editada a Lei nº 8.080/1990, a qual é conhecida como Lei Orgânica da Saúde. A referida lei versa sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde e, ainda sobre a organização e o funcionamento dos serviços relacionados à saúde.

O artigo 4º da Lei 8.080/1990 dispõe que:

o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).⁴¹

Dessa feita, o Sistema Único de Saúde (SUS) passa a ser o meio pela qual o governo realiza as ações e serviços de saúde à população.

O financiamento do Sistema Único de Saúde está disposto nos parágrafos 1º e 2º do artigo 198 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000, da seguinte forma:

Art. 198 [...]

§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. (Parágrafo único renumerado para § 1º pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

I – no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

⁴⁰ SILVA, Op. cit, p. 844.

⁴¹ BRASIL. Lei nº 8.080, de 10 de setembro de 1990, Op. cit.

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000).⁴²

A Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012 estabeleceu os valores mínimos a serem aplicados anualmente pelas quatro esferas de governo em ações e serviços de saúde.

Conforme artigo 5º da referida Lei, a União deverá aplicar em ações e serviços públicos de saúde, anualmente, o montante correspondente ao valor despendido no exercício financeiro anterior, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual.⁴³

Os Estados, segundo disposto no artigo 6º da mesma lei, deverão aplicar, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea “a” do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios.⁴⁴

Por fim, os Municípios e o Distrito Federal por sua vez, conforme disposto no artigo 7º da lei acima citada, devem aplicar anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea “b” do inciso I do caput e o § 3º do art. 159, todos da Constituição Federal.⁴⁵

Deste modo, do exame dos dispositivos legais acima analisados, compreende-se que o legislador buscou garantir amplamente aos indivíduos as ações e serviços voltadas à saúde, impondo ao Estado o dever de efetivá-las, inclusive através da fixação de um valor mínimo a ser investido pelos entes públicos.

⁴² BRASIL, Constituição (1988), Op. cit.

⁴³ BRASIL. **Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012**. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nºs 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm>. Acesso em 07 de junho de 2015.

⁴⁴ Id.

⁴⁵ BRASIL. **Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012**, Op. cit.

2.4 POLÍTICAS PÚBLICAS RELACIONADAS À EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Como dito, a Constituição Federal de 1988 estabelece que o direito à saúde deve ser prestado através de políticas sociais e econômicas.

Neste sentido, o poder público realiza as ações para a promoção, proteção e recuperação da saúde através de políticas públicas, que, nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, são “metas e instrumentos de ação que o Poder Público define para a consecução de interesses que lhe incumbe proteger”.⁴⁶

Duarte define as políticas públicas como:

um conjunto de ações e omissões que manifestam uma modalidade de intervenção do Estado como resultado do conflito de interesses divergentes, confrontos e negociações entre várias instâncias instituídas ou arenas e entre os atores que dela fazem parte, caracterizando formas de ação governamental aptas a alcançar finalidades públicas em implementar, portanto, os propósitos do Estado de Bem-Estar Social.⁴⁷

É através das políticas públicas que o Estado cumpre o dever constitucional de realizar medidas para a implementação dos direitos sociais.

Duarte ainda expõe que as políticas públicas têm como finalidade a promoção e proteção dos direitos fundamentais e que são resultado da ponderação dos direitos conflitantes para que seja realizada a alocação de bens e recursos públicos limitados.⁴⁸

Di Pietro leciona que:

a definição de políticas públicas implica opções a serem feitas pelo Poder Público. Essas opções são externadas por vários instrumentos, como a Constituição, as emendas à Constituição, os atos normativos do Poder Legislativo, do Poder Executivo e de órgãos e entidades da Administração Pública.⁴⁹

No tocante ao direito à saúde, a autora estabelece que a própria Constituição Federal impõe ao Poder Público a realização de políticas sociais e econômicas visando a redução de risco de doenças e outros agravos, bem como o acesso

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p, 899.

⁴⁷ DUARTE, Op. cit, p. 71.

⁴⁸ Id.

⁴⁹ DI PIETRO, Op. cit, 2015, p. 899.

universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde.⁵⁰

A doutrinadora afirma, ainda, que a necessidade e importância das políticas públicas derivam do fato de que, “dentre tantas metas propostas pela Constituição, as políticas públicas definem as que devem ser atendidas prioritariamente”.⁵¹

Deste modo, as políticas públicas relacionadas à área do direito à saúde derivam de uma análise pelo ente público acerca da melhor maneira de alocar os recursos públicos destinados à saúde para efetivar a prestação deste direito à população.

O Sistema Único de Saúde – SUS executa políticas públicas relacionadas a ações e programas voltados para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Como um exemplo de programa voltado para a promoção da saúde, pode-se citar a Academia da Saúde, que visa a implantação e implementação de espaços físicos com equipamentos, estrutura e profissionais qualificados, a fim de contribuir para a promoção da saúde e incentivar a população a realizar de hábitos de vida saudáveis.⁵²

Quanto à proteção da saúde, um dos programas que objetiva esta finalidade é o Saúde da Família, o qual, segundo informações do Ministério da Saúde, busca “atuar na manutenção da saúde e na prevenção de doenças, alterando, assim, o modelo de saúde concentrado em hospitais”.⁵³

Outro exemplo extremamente importante para a proteção da saúde é o Programa Nacional de Imunizações, o qual tem como objetivo principal “oferecer todas as vacinas com qualidade a todas as crianças que nascem anualmente em nosso país, tentando alcançar coberturas vacinais de 100% de forma homogênea em todos os municípios e em todos os bairros.”⁵⁴

Além dos programas voltados à promoção e proteção da saúde, o Sistema Único de Saúde ainda possui diversos instrumentos que visam à recuperação da saúde dos indivíduos.

⁵⁰ DI PIETRO, Op. cit, 2015, p. 899.

⁵¹ Ibid, p. 901.

⁵² PORTAL DA SAÚDE, **Programa Academia da Saúde**. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=13812&Itemid=766>. Acesso em: 17 de julho de 2015.

⁵³ PORTAL DA SAÚDE. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/acoes-e-programas>>. Acesso em: 17 de julho de 2015.

⁵⁴ MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Sistema de Informação do Programa Nacional de Imunizações**. Disponível em: <<http://pni.datasus.gov.br/apresentacao.asp>>. Acesso em: 17 de julho de 2015.

Um deles é o Programa Mais Médicos, que:

é parte de um amplo esforço do Governo Federal, com apoio de estados e municípios, para a melhoria do atendimento aos usuários do Sistema Único de Saúde (SUS). Além de levar mais médicos para regiões onde há escassez ou ausência desses profissionais, o programa prevê, ainda, mais investimentos para construção, reforma e ampliação de Unidades Básicas de Saúde (UBS), além de novas vagas de graduação, e residência médica para qualificar a formação desses profissionais.⁵⁵

A Política Nacional de Urgência e Emergência também é um instrumento voltado à recuperação da saúde. Seu objetivo, segundo o Ministério da Saúde, é estruturar e organizar a rede de urgência e emergência do país.⁵⁶

Neste aspecto, foi criada a Rede de Atenção às Urgências e Emergências, a qual tem por escopo:

articular e integrar todos os equipamentos de saúde para ampliar e qualificar o acesso humanizado e integral aos usuários em situação de urgência/emergência nos serviços de saúde de forma ágil e oportuna. A Rede de Urgências é pensada de forma integrada e coloca à disposição da população serviços mais próximos de sua residência. Com as Centrais de Regulação do SAMU 192, o Ministério da Saúde trabalha na organização da estrutura disponível. Quando uma ambulância do programa é enviada para o atendimento, os profissionais de saúde já sabem para onde levarão o paciente. É o fim da peregrinação à procura de um leito, com a ambulância buscando onde deixar o paciente.⁵⁷

Portanto, é notório que, no âmbito brasileiro, há um inúmero aparato de programas e projetos visando efetivar a prestação do direito à saúde.

2.5. MÁ PRESTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELO ESTADO

Em que pese os diversos programas na área da saúde supostamente desenvolvidos pelo Estado, na realidade, infelizmente, a saúde pública no Brasil é prestada de forma precária.

⁵⁵ MAIS MÉDICOS. Disponível em: <<http://maismedicos.gov.br/conheca-programa>>. Acesso em: 17 de julho de 2015.

⁵⁶ PORTAL DA SAÚDE. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/secretarias/454-sas-raiz/dab/upa/l1-upa/9667-documento-prioritario>>. Acesso em: 17 de julho de 2015.

⁵⁷ Id.

Diariamente são divulgados pelos meios de comunicação inúmeros casos de má prestação do direito à saúde na rede pública. Falta de hospitais com leitos suficientes para internação, de profissionais da saúde, como médicos e enfermeiros, e até mesmo remédios, dentre outros problemas, são a causa da morte de diversas pessoas.

Por todo o país, os hospitais do Sistema Único de Saúde apresentam déficit no atendimento à população.

Em Teresina, capital do Piauí, 193 pessoas morreram no Posto 1 do Hospital de Urgência da cidade, entre 10 de abril e 11 de maio de 2015, segundo dados da Sociedade de Terapia Intensiva do Piauí.⁵⁸ Kelson Veras, médico intensivista do referido hospital, afirma que:

a quantidade de mortes, em termos numéricos ela é relevante. Contudo, mais relevante ainda é a forma como essas pessoas morreram: elas morreram precisando de um suporte que lhes daria alguma chance de sobreviver a doença grave que possuíam.⁵⁹

Acrescente-se que o estado do Piauí possui 170 leitos de UTI do Sistema Único de Saúde, entretanto, o próprio SUS admite que o número adequado de leitos para atender a população seria 310.⁶⁰

Na data de 28 de agosto de 2015, uma recém-nascida morreu em decorrência da falta de leitos de UTI neonatal no hospital em que ela estava internada, em Mucuri, na Bahia. Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, menos de 3% dos municípios baianos possuem leitos de UTI neonatal.⁶¹

Em Divinópolis, em Minas Gerais, de fevereiro a abril de 2015, 72 pessoas morreram na Unidade de Pronto Atendimento da cidade, aguardando transferência para leitos hospitalares. O Ministério Público do estado ingressou com demanda judicial requerendo que o poder público de Minas Gerais implantasse leitos emergenciais para atendimento dos pacientes internados na unidade de pronto atendimento de Divinópolis. Em agosto de 2015, a ação interposta pelo órgão

⁵⁸ JORNAL NACIONAL. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2015/05/medicos-denunciam-mortes-por-falta-de-leitos-de-uti-em-teresina.html>>. Acesso em: 17 de julho de 2015.

⁵⁹ Id.

⁶⁰ Id.

⁶¹ BOM DIA BRASIL. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2015/08/faltam-utis-neonatais-em-93-dos-municipios-do-pais.html>>. Acesso em: 17 de julho de 2015.

ministerial foi julgada procedente. Entretanto, a referida decisão ainda não fora cumprida visto que pende de análise de recurso interposto pelo governo do estado.⁶²

Não obstante, o Conselho Federal de Medicina constatou que, entre julho de 2010 e julho de 2014, quase 15 mil leitos de internação, destinados a pacientes que precisam permanecer em um hospital por mais de 24 horas, foram desativados na rede pública de saúde. A entidade afirma que estas informações foram apuradas junto ao Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde, do Ministério da Saúde.⁶³ Segundo o presidente do Conselho Federal de Medicina, Carlos Vital:

a insuficiência de leitos para internação ou realização de cirurgias é um dos fatores que aumenta o tempo de permanência dos pacientes nas emergências. Por falta desses leitos, os pacientes acabam 'internados' nas emergências à espera do devido encaminhamento ou referenciamento". [...] a falta de leitos para internação é considerada a principal causa da superlotação e do atraso no diagnóstico e no tratamento, que, por sua vez, aumentam a taxa de mortalidade.⁶⁴

Ademais, o Conselho Federal de Medicina ainda alerta que o Brasil possui um dos piores indicadores de número de leitos de UTI por habitantes em comparação com outros países que possuem sistemas universais de saúde. O último relatório de Estatísticas de Saúde Mundiais da Organização Mundial da Saúde indicou que o Brasil possuía 2,3 leitos hospitalares (públicos e privados) para cada grupo de mil habitantes no período de 2006 a 2012. Esta taxa é equivalente à média das Américas, mas é inferior à média mundial (2,7) e às taxas de países como França (6,4), Espanha (3,1) e Argentina (4,7).⁶⁵

Desta forma, resta claro que Sistema Único de Saúde brasileiro está muito aquém de atender às necessidades essenciais da população, sendo que as políticas públicas realizadas pelo Estado não estão sendo suficientes à devida prestação do direito à saúde.

Assim, não são raros os casos de pessoas que morrem pela falta de recursos dos hospitais públicos em que estão internadas. Muitas vezes, o tratamento adequado para estes doentes não pode ser realizado, pois o hospital não possui os

⁶² G1.GLOBO. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mg/centro-oeste/noticia/2015/09/apos-prazo-judicial-falta-de-leitos-de-uti-pelo-sus-continua-em-divinopolis.html>>. Acesso em: 17 de julho de 2015.

⁶³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=25153:em-quatro-anos-sus-perde-147-mil-leitos-de-internacao&catid=3>. Acesso em: 17 de julho de 2015.

⁶⁴ Id.

⁶⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, Op. cit.

medicamentos ou equipamentos que deveriam ser utilizados. Em razão disso, diversos pacientes falecem não por consequência da doença que os acometeu, mas sim pela falta de estrutura dos hospitais em que estavam internados.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NOS CASOS DE MÁ PRESTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Conforme já verificado, o Estado possui o dever constitucional de prestação do direito à saúde. Entretanto, muitas vezes, o direito à saúde não é proporcionado de forma adequada por parte do ente público, não sendo realizados os tratamentos e procedimentos que os pacientes necessitam para a cura de suas enfermidades.

Configurada esta falha na prestação do serviço público de saúde por parte do Estado, observa-se que este não cumpriu o princípio da integralidade de assistência disposto no artigo 7º, II, da Lei 8.080/90, segundo o qual deve haver um “conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema”.⁶⁶

Neste aspecto, passa-se à análise das consequências jurídicas que podem ser impostas ao Estado pela má prestação do direito à saúde, sendo que a primeira delas refere-se à responsabilização do Estado.

3.1 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A Constituição Federal de 1988 dispôs acerca da responsabilidade civil do Estado em seu artigo 37, § 6º, da seguinte forma:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 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.⁶⁷

Com relação a este dispositivo legal, Hely Lopes Meirelles afirma que o mesmo:

⁶⁶ BRASIL. Lei nº 8.080, de 10 de setembro de 1990, Op. cit.

⁶⁷ BRASIL. Constituição (1988), Op. cit.

seguiu a linha traçada nas Constituições anteriores e, abandonando a privatística teoria subjetiva da culpa, orientou-se pela doutrina do Direito Público e manteve a responsabilidade civil objetiva da Administração, sob a modalidade do risco administrativo.⁶⁸

Di Pietro explica que “no dispositivo constitucional estão compreendidas duas regras: a da responsabilidade objetiva do Estado e a da responsabilidade subjetiva do agente público”.⁶⁹

Desta feita, a Constituição Federal Brasileira determina a responsabilização do Estado pelos danos que os atos de seus agentes nessa qualidade causarem a terceiros sem a necessidade de configuração da culpa dos mesmos. Entretanto, a Carta Constitucional autoriza também que, caso o agente público tenha agido com dolo ou culpa, o ente público poderá ingressar com a ação de regresso contra ele para reaver os valores pagados ao lesado a título de indenização.

O Código Civil de 2002 também estabelece regras acerca da responsabilidade civil do Estado.

Neste sentido, dispõe o artigo 43 do referido diploma legal que:

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos de seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores de dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.⁷⁰

José dos Santos Carvalho Filho elenca três elementos necessários para a configuração da responsabilização do ente público, a saber: fato administrativo, dano e nexos causal.⁷¹

O referido autor conceitua o elemento fato administrativo como:

qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao poder público. Ainda que o agente estatal atue fora de suas funções, mas a pretexto de exercê-las, o fato é tido como administrativo, no mínimo pela má escolha do agente (*culpa in eligendo*) ou pela má fiscalização de sua conduta (*culpa in vigilando*).⁷²

⁶⁸ MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Decio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 38.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 717.

⁶⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p 705.

⁷⁰ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 de julho de 2015.

⁷¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 10 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

⁷² Ibid, p. 440.

Di Pietro argumenta que, para que seja caracterizada a responsabilidade, o agente público deve estar no exercício de sua função, ou seja, agindo nessa qualidade de agente público, conforme entendimento do artigo 37, § 6º da Constituição Federal e o artigo 43 do Código Civil de 2002.⁷³

Outro elemento necessário para a responsabilização do ente público é o dano, que, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, deve incidir sobre um direito do lesado e ser real, podendo ser atual ou futuro, desde que seja certo.⁷⁴

Rui Stoco afirma que o dano:

é elemento essencial e indispensável à responsabilização do agente, seja essa obrigação originada de ato lícito, nas hipóteses expressamente previstas, seja de ato ilícito, ou de inadimplemento contratual, independente, ainda, de se tratar de responsabilidade objetiva ou subjetiva.⁷⁵

Assim, observa-se que o dano deve estar presente em todas as obrigações relativas à responsabilidade civil, independente de sua classificação, posto que, se não houver dano, não há obrigação de indenizar.

Sergio Cavalieri Filho conceitua o dano como:

subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade, etc. Em suma, dano é a lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral.⁷⁶

Logo, o dano é o prejuízo experimentado pela vítima em decorrência da conduta do agente. Este dano decorre da perda ou diminuição de um bem jurídico e pode ser tanto patrimonial ou moral.

Por fim, o último pressuposto necessário para configuração da responsabilidade estatal é o nexa causal entre o fato administrativo e o dano.

Carvalho Filho explica que:

⁷³ DI PIETRO, Op. cit, 2012.

⁷⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2012, p. 1038.

⁷⁵ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: doutrina e jurisprudência. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 128

⁷⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 77.

o nexo de causalidade é fator de fundamental importância para a atribuição de responsabilidade civil do Estado. [...] Para que se tenha uma análise absolutamente consentânea com o mandamento constitucional, é necessário que se verifique se realmente houve um fato administrativo (ou seja, um ato imputável à Administração), o dano da vítima e a certeza de que o dano proveio efetivamente daquele fato.⁷⁷

Deste modo, presentes estes três requisitos, têm-se configurada a responsabilidade civil do Estado.

3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO

O Estado pode ser responsabilizado por causar danos a outrem através da ação ou omissão de seus agentes.

Acerca da omissão, Cavalieri Filho leciona que a mesma:

adquire relevância jurídica, e torna o omitente responsável, quando este tem dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, dever, esse, que pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente, criando o risco da ocorrência do resultado, devendo, por isso, agir para impedi-lo.⁷⁸

Destarte, apenas responde por um comportamento omissivo aquele que tinha o dever de agir, a obrigação de impedir a ocorrência do dano, e não o fez.

Nas condutas omissivas, Cavalieri Filho explica que “embora a omissão não dê causa a nenhum resultado, não desencadeie qualquer nexo causal pode ser causa para não impedir um dano”.⁷⁹ Continua o autor afirmando que:

não impedir significa permitir que a causa opere. O omitente, portanto, coopera na realização do evento com uma condição negativa: ou deixando de se movimentar, ou não impedindo que o resultado se concretize. Responde por esse resultado não porque o causou com a omissão, mas porque não o impediu, realizando a conduta a que estava obrigado.⁸⁰

Neste aspecto, obtém-se o nexo de causalidade na conduta omissiva analisando se a ação não realizada pelo agente seria suficiente para impedir a ocorrência do dano e se o mesmo estava obrigado a agir.

⁷⁷ CARVALHO FILHO, Op. cit, p. 441.

⁷⁸ CAVALIERI FILHO, Op. cit, p. 25.

⁷⁹ Ibidem, p.67.

⁸⁰ Id.

No que tange à responsabilidade civil do Estado nos casos omissivos, há divergência doutrinária quanto a teoria a ser adotada, existindo diferentes posicionamentos dos doutrinadores a este respeito.

Alguns doutrinadores entendem que nos casos de omissão do ente público deverá ser adotada a teoria da responsabilidade subjetiva.

Stoco defende este posicionamento afirmando que:

a obrigação de indenizar do Estado tanto pode decorrer da responsabilidade objetiva (art. 37, § 6º, da CF/88), como da responsabilidade subjetiva, por força da teoria do ato ilícito, a significar que a omissão do Estado, seja específica de seu preposto, ou decorrente de falta ou falha anônima do serviço, emprenha a identificação de culpa, informada pela teoria subjetiva.⁸¹

Para o autor:

a omissão do Estado é anônima, posto que se traduz em algo que a própria Administração não fez, quando deveria fazer. Não tomou providências quando estas eram exigidas. Omitiu-se, danosamente, quando exigia um comportamento ativo. O serviço falhou sem que houvesse participação direta de qualquer agente público. Se assim é, o comportamento omissivo do próprio Poder Público não se encaixa nem no art. 37, § 6º, da CF, nem no art. 43 do CC e, portanto, emprenha responsabilidade subjetiva.⁸²

Assim, para fundamentar a aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva e a necessidade de comprovação da culpa por parte do Estado, Stoco defende que a responsabilidade do ente público por omissão não se enquadra nos dispositivos legais que determinam a responsabilidade objetiva do Estado, posto que o dano não foi causado por um agir do ente público, mas sim por uma falta de ação do mesmo.

Corroborando com este entendimento, Mello leciona que:

quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo.⁸³

⁸¹ STOCO, Op. cit, p. 997.

⁸² Ibid, p. 1000.

⁸³ MELLO, Op. cit, p. 1029.

Dessa feita, para Mello, o Estado só poderá ser responsabilizado pela omissão ocorrida se tinha o dever de impedir o evento danoso e não o fez.

Então, “é necessário que o Estado haja incorrido em ilicitude, por não ter ocorrido para impedir o dano ou por haver sido insuficiente neste mister, em razão de comportamento inferior ao padrão legal exigível”.⁸⁴

Pede-se, portanto, que a atitude estatal em omitir-se seja ilícita, tanto porque não agiu quando deveria, quanto por ter agido de forma ineficiente e não ter impedido o evento danoso.

No tocante à ilicitude da atitude estatal, referido autor explica que:

sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado [...] que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva.⁸⁵

Neste aspecto, ao determinar que a conduta omissiva do Estado deve ser ilícita, Mello prescreve que a mesma deve ser pautada pela culpa *strictu sensu* ou pelo dolo.

O ilustre autor ainda doutrina que, caso fosse aceita apenas a configuração da omissão estatal e do dano sofrido para ensejar a responsabilização, o Estado seria responsabilizado por danos que não causou, não tendo esta responsabilidade qualquer fundamento racional ou jurídico. Por isso, é necessária a análise da culpa, devendo o ente público reparar apenas os danos que tinha a obrigação e possibilidade de impedir, através de atuação diligente, e não o fez por negligência, imprudência ou imperícia, ou até mesmo por dolo, na prestação do serviço.⁸⁶

Acerca da prova da culpa do ente público para ensejar sua responsabilização nos casos de omissão, Mello estabelece que:

nos casos de “falta do serviço” é de admitir-se uma presunção de culpa do Poder Público, sem o quê o administrado ficaria em posição extremamente frágil ou até mesmo desprotegido ante a dificuldade ou até mesmo impossibilidade de demonstrar que o serviço não se desempenhou como deveria. O administrado não pode conhecer toda a intimidade do aparelho estatal, seus recursos, suas ordens internas de serviço, os meios

⁸⁴ MELLO, Op. cit, p. 1030.

⁸⁵ Ibid, p. 1029.

⁸⁶ Ibidem.

necessários e técnicos de que dispõe ou necessita dispor para estar ajustado às possibilidades econômico-administrativas do Estado. Ora, quem quer os fins não pode negar os meios necessários. Se a ordem jurídica quer a responsabilidade pública nos casos de mau funcionamento do serviço, não pode negar as vias de direito indispensáveis para a efetiva responsabilização do Estado – o que, na verdade, só ocorrerá eficientemente com o reconhecimento de uma presunção *juris tantum* de culpa do Poder Público, pois, como regra, seria notavelmente difícil para o lesado dispor dos meios que permitiriam colocá-la em jogo. Razoável, portanto, que nestas hipóteses ocorra a inversão do ônus da prova.⁸⁷

Deste modo, defende o doutrinador que, nos casos de falta do serviço, a culpa necessária para configurar a responsabilização do ente público deve ser presumida, posto que obrigar o lesado a provar esta culpa seria dificultar a garantia do seu direito.

Isso não significa dizer que o Estado será responsável em todos os casos omissivos, pois, conforme preceitua Mello, “se a entidade pública provar que sua omissão – propiciatória do dano – não decorreu de negligência, imprudência ou imperícia (hipóteses de culpa) ou de dolo, ficará excluída a responsabilidade”.⁸⁸

Portanto, para o autor, haverá uma presunção da culpa do Estado, não necessitando a parte lesada fazer prova disso, mas se o ente público provar que sua omissão não foi culposa ficará livre da responsabilização.

Di Pietro também se filia à corrente da aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva na conduta omissiva do Estado, doutrinando que:

nos casos de omissão do Poder Público os danos em regra não são causados por agentes públicos. São causados por fatos da natureza ou de terceiros. Mas poderiam ter sido evitados ou minorados se o Estado, tendo o dever de agir, se omitiu. Isto significa dizer que, para a responsabilidade decorrente de omissão, tem que haver o dever de agir por parte do Estado e a possibilidade de agir para evitar o dano.⁸⁹

Por conseguinte, para que possa ser responsabilizado, o Estado deve ter deixado de realizar um ato que tinha a obrigação e a possibilidade de fazê-lo.

Acerca da possibilidade de agir para evitar o dano, Di Pietro estabelece que:

tem que se tratar de uma conduta que seja exigível da Administração e que seja possível. Essa possibilidade só pode ser examinada diante de cada caso concreto. Tem aplicação, no caso, o princípio da reserva do possível,

⁸⁷ MELLO, Op. cit, p. 1032.

⁸⁸ Ibid, p. 1033.

⁸⁹ DI PIETRO, Op. cit, 2012, p. 710.

que constitui aplicação do princípio da razoabilidade: o que seria razoável exigir do Estado para impedir o dano.⁹⁰

Sendo assim, há a necessidade de se verificar no caso concreto se a ação a ser imputada ao Estado era uma obrigação legal do mesmo e, mais, se era razoável exigir do Estado que realizasse a conduta para impedir o dano.

Ademais, a autora ainda leciona que:

o lesado não precisa fazer a prova de que existiu a culpa ou dolo. Ao Estado é que cabe demonstrar que agiu com diligência, que utilizou os meios adequados e disponíveis e que, se não agiu, é porque a sua atuação estaria acima do que seria razoável exigir; se fizer esta demonstração, não incidirá a responsabilidade.⁹¹

Têm-se a inversão do ônus da prova a favor do lesado, de forma que, se o mesmo fizer a demonstração do dano e comprovar que este ocorreu em razão da inação do Estado, a culpa do ente público estará presumida, cabendo a este provar agiu de forma diligente ou que, se não agiu, foi porque não era razoável esperar do mesmo esta conduta.

Outros doutrinadores, por sua vez, defendem teses que, de certa forma, abarcam ambas as teorias.

Carvalho Filho, em sua obra, prescreve que a responsabilidade civil do Estado por atos omissivos só ocorrerá quando presentes os elementos necessários para a caracterização da culpa, a qual se desenha como o descumprimento do dever legal de impedir o dano.⁹²

Entretanto, afirma que, nestes casos, deve ser adotada a teoria da responsabilidade objetiva. Para o autor:

se é verdadeiro que a omissão estatal é sempre caracterizada como conduta culposa, não é menos verdade que a responsabilidade objetiva, sendo um plus em relação à responsabilidade subjetiva, pode ser sempre aplicável para condutas estatais, ainda que estas sejam revestidas de culpa. Mesmo que culposa a conduta, estarão presentes os pressupostos suficientes para caracterizar a responsabilidade objetiva do Estado.⁹³

⁹⁰ DI PIETRO, Op. cit, 2012, p. 710.

⁹¹ Ibid, p. 711.

⁹² CARVALHO FILHO, Op. cit.

⁹³ Ibid, p. 447.

Assim, Carvalho Filho adota a caracterização da culpa, elemento presente na teoria da responsabilidade subjetiva, mas defende a aplicação da responsabilidade objetiva. Para ele, a responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas deverá ser culposa, entretanto, mesmo configurada a culpa, a teoria a ser adotada será a da responsabilidade objetiva.

Cavaliere Filho, por sua vez, defende a tese que, mesmo nos atos omissivos, poderá ser adotada a teoria da responsabilidade objetiva.

Segundo o autor “o artigo 37, § 6º, da Constituição, não se refere apenas à atividade comissiva do Estado; pelo contrário, a ação a que alude engloba tanto a conduta comissiva quanto omissiva”.⁹⁴

Acerca da omissão, porém, o autor afirma que ela pode se apresentar de duas formas, quais sejam: a omissão específica e a omissão genérica.⁹⁵

No que tange à omissão específica, esta se apresenta quando:

o Estado estiver na condição de garante (ou de guardião) e por omissão sua cria situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo; a omissão estatal se erige em causa adequada de não se evitar o dano. Em outras palavras, a omissão específica pressupõe um dever especial de agir do Estado, que, se assim não o faz, a omissão é causa direta e imediata de não se impedir o resultado.⁹⁶

Já a omissão genérica é aquela que ocorre quando:

não se pode exigir do Estado uma atuação específica; quando a Administração tem apenas o dever legal de agir em razão, por exemplo, do seu poder de polícia (ou de fiscalização), e por sua omissão concorre para o resultado, caso em que deve prevalecer o princípio da responsabilidade subjetiva.⁹⁷

Deste modo, para Cavaliere Filho, a omissão específica é aquela em que o Estado estava na condição de garante e possuía o dever de impedir o resultado lesivo, enquanto na omissão genérica a inação do ente público concorre para a ocorrência do dano.

Após fazer esta distinção, o ilustre doutrinador conclui que:

⁹⁴ CAVALIERI FILHO, Op. cit, p. 267.

⁹⁵ Ibidem.

⁹⁶ Ibid, p. 268.

⁹⁷ Id.

no caso de omissão é necessário estabelecer a distinção entre estar o Estado obrigado a praticar uma ação, em razão de específico dever de agir, ou ter apenas o dever de evitar o resultado. Caso esteja obrigado a agir, haverá omissão específica e a responsabilidade será objetiva; será suficiente para a responsabilização do Estado a demonstração de que o dano decorreu da sua omissão.⁹⁸

Logo, nos ensinamentos de Cavaliere Filho, o Estado pode responder tanto objetiva quanto subjetivamente quando a sua omissão causar dano a outrem.

Para o autor, deverá ser analisado o tipo de omissão ocorrida no caso concreto para que se possa verificar o tipo de responsabilidade que incidirá. Se a omissão for específica, ou seja, quando o Estado tinha o dever de impedir o dano e não o fez, a responsabilidade é objetiva, enquanto que, nos casos de omissão genérica, a teoria a ser adotada será a da responsabilidade subjetiva, devendo o lesado fazer prova da culpa por parte do Estado.

Por fim, existe a corrente que defende aplicação da responsabilidade objetiva em todos os atos estatais, sejam eles comissivos ou omissivos.

Filia-se a este entendimento o nobre doutrinador Meirelles, dispondo que:

na substituição da responsabilidade individual do servidor pela responsabilidade genérica do Poder Público, cobrindo o risco da sua ação ou omissão, é que se assenta a teoria da responsabilidade objetiva da Administração, vale dizer, da responsabilidade sem culpa, pela só ocorrência da falta anônima do serviço, porque esta falta está, precisamente, na área dos riscos assumidos pela Administração para a consecução de seus fins.⁹⁹

Isto posto, o referido autor entende que, mesmo nos casos omissivos, o Estado deverá responder de forma objetiva, pela aplicação da teoria do risco administrativo.

Para o nobre jurista:

incide a responsabilidade civil objetiva quando a Administração Pública assume o compromisso de velar pela integridade física da pessoa e esta vem a sofrer um dano decorrente da omissão do agente público naquela vigilância. Assim, alunos da rede oficial de ensino, pessoas internadas em hospitais públicos ou detentos, caso sofram algum dano quando estejam sob a guarda imediata do Poder Público, têm direito à indenização, salvo se ficar comprovada a ocorrência de alguma causa excludente daquela responsabilidade estatal.¹⁰⁰

⁹⁸ CAVALIERI FILHO, Op. cit, p. 269.

⁹⁹ MEIRELLES, Op. cit, p. 719.

¹⁰⁰ Id.

O Estado, então, responderá objetivamente, nas lições do referido doutrinador, se deveria velar pela integridade física da pessoa e não o fez, omitindo-se deste dever e, com isso, gerando lesão à pessoa que estava sob a sua guarda.

O autor ainda estabelece que:

o artigo 37, § 6º, só atribui responsabilidade objetiva à Administração pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros. Portanto, o legislador constituinte só cobriu o risco administrativo da atuação ou inação dos servidores públicos; não responsabilizou objetivamente a Administração por atos predatórios de terceiros, nem por fenômenos naturais que causem danos a particulares. Para indenização destes atos e fatos estranhos e não relacionados com a atividade administrativa observa-se o princípio geral da culpa civil, manifestada pela imprudência, negligência ou imperícia na realização do serviço público que causou ou ensejou o dano – culpa, essa, que pode ser genérica.¹⁰¹

Neste aspecto, portanto, entende o estudioso que deverá ser analisado, no caso concreto, se o dano decorreu especificamente da ação ou omissão do agente público, caso em que deverá ser aplicada a teoria da responsabilidade objetiva. Para ele, caso o dano tenha decorrido de atos de terceiros ou eventos da natureza, há de se aplicar a responsabilidade subjetiva, com a necessidade de configuração da culpa na realização do serviço público.

Yussef Said Cahali também adere ao posicionamento de aplicação da teoria da responsabilidade objetiva na responsabilização por atos omissivos do Poder Público. O autor inicia sua argumentação acerca do tema estabelecendo que:

a omissão de conduta exigível da Administração, na execução de obra ou na prestação de serviço, induz a responsabilidade civil do Estado pelos danos consequentes dessa omissão.¹⁰²

Traz como exemplo desta omissão ou deficiência na execução ou manutenção de obras serviços públicos as que dizem respeito a:

a) acidentes de trânsito – bueiros e obras não sinalizadas nas vias públicas; pontes malconservadas; semáforos com defeito; animais na rodovia e via pública, queda de árvores; b) atividade de risco – guarda e fiscalização de coisas perigosas; c) assistência médico-hospitalar e internação; d) cartórios e serventuários; e) certidões e certificados expedidos; f) concessão de alvarás e licenças; g) dever de guarda e

¹⁰¹ MEIRELLES, Op. cit, p. 720.

¹⁰² CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 220.

vigilância; h) estabelecimentos de ensino, recolhimento, lazer e esporte; i) estacionamentos públicos; j) conservação e fiscalização de obras públicas; k) invasão de terras públicas e particulares; l) inundações, enchentes e desmoronamentos; m) movimentos multitudinários; n) omissão dos agentes policiais¹⁰³.

Em todos estes casos compreende o ilustre doutrinador que incide a responsabilidade civil do Estado quando o mesmo se omitir em realizar uma ação que lhe fosse exigível e, com isso, causar dano a outrem.

Para Cahali:

desde que exigível da Administração a execução da obra ou a prestação do serviço que teriam prevenido ou evitado o evento danoso sofrido pelo particular, identifica-se na conduta omissiva estatal a causa bastante para determinar a responsabilidade objetiva do Estado por sua reparação: no simples conceito de descumprimento de obrigação exigível já está embutida a ideia de culpa, só elidível se não demonstrada a excludente da inexigibilidade do ato omitido, posto como causa do dano, se demonstradas as exceções convencionais do caso fortuito, da força maior ou do próprio ato do ofendido.¹⁰⁴

Assim, para o autor, nos casos de responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva deverá ser aplicada a teoria da responsabilidade objetiva. Ainda, acerca do elemento culpa, defende que este já está presente no simples fato da Administração Pública não cumprir com uma ação que lhe foi imbuída, sendo que caberá à mesma demonstrar alguma causa excludente desta responsabilidade.

Estabelece o doutrinador que a questão:

desloca-se para o âmbito da exigibilidade da conduta estatal omitida, invocada como causa do dano reparável; mais propriamente, a questão se insere, com melhor adequação, em sede de exigibilidade da obra ou do serviço não prestado.¹⁰⁵

Dessa maneira, defende o ilustre escritor que o ponto principal a ser analisado nos casos de responsabilização do ente estatal por atos omissivos é se havia a exigibilidade de que este realizasse a obra ou o serviço, que, por sua não realização, geraram o dano à vítima.

Em síntese, conclui-se que os doutrinadores possuem diversas teorias acerca da responsabilidade civil do Estado por atos omissivos. Alguns defendem a tese que

¹⁰³ CAHALI, Op. cit, p. 223.

¹⁰⁴ Ibid, p. 221.

¹⁰⁵ Id.

de que a responsabilidade, nestes casos, será subjetiva, sendo necessária a configuração do elemento culpa, e, para outros, a responsabilidade estatal é objetiva, sem a necessidade de comprovação de culpa por parte do poder público.

3.3 DA CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NOS CASOS DE MÁ PRESTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Como visto, para caracterizar a responsabilidade civil do ente estatal, faz-se necessária a existência de certos elementos imprescindíveis. Sendo assim, com o intuito de demonstrar, não só a responsabilização do Estado, como também a ocorrência destes elementos, faz-se um estudo específico da configuração de cada um deles nos casos de danos decorrentes da má prestação do direito à saúde por parte do Estado.

Conforme já fora verificado no decorrer deste estudo, a conduta é um dos elementos necessários para a configuração do dever de indenizar, podendo ser exteriorizada na forma comissiva ou omissiva.

No que tange aos casos de danos causados pela má prestação do direito à saúde na rede pública, têm-se caracterizada a omissão do Estado na prestação deste direito, já que o texto constitucional determina a obrigação do ente público em fornecer saúde aos seus administrados por meio do Sistema Único de Saúde. Ademais, os princípios presentes na lei que instituiu este Sistema ratificam o dever do Estado em garantir acesso às serviços e ações de saúde à população.

Na falta de leitos em número suficiente nos hospitais para atender a demanda, falta de medicamentos ou outros itens necessários para o tratamento de doenças e até mesmo na falta de médicos e enfermeiros, fere-se a determinação constitucional de atendimento integral na prestação do direito à saúde, prevista no artigo 198, II, da Constituição Federal.

Neste aspecto, a omissão configura-se quando o agente, tendo o dever de agir para impedir o resultado danoso, não o faz, ensejando a ocorrência da lesão¹⁰⁶.

¹⁰⁶ CAVALIERI FILHO, Op. cit, p. 25.

Assim, caracteriza-se a conduta omissiva do ente estatal em não fornecer adequadamente o direito à saúde, ocasionando danos a pacientes que dependem da rede pública de saúde para realizar seu tratamento de saúde.

Duarte defende que:

a omissão do Estado perante o núcleo essencial dos direitos sociais inaugura a sua responsabilidade civil. Em relação ao direito à saúde, restou sedimentado que o seu núcleo essencial alberga as *demandas de saúde de primeira necessidade*, assim entendidas aquelas prestações necessárias para a preservação da vida humana. Desta maneira, caracterizada a exigência de um medicamento, de um tratamento hospitalar, de um equipamento, etc. para a manutenção da vida, densificado estará o dever estatal de provê-la ou de responder civilmente caso quede inoperante (grifo é do autor).¹⁰⁷

Portanto, na visão da autora, o Estado deverá ser responsabilizado quando não agir de maneira a preservar o direito à vida, o que ocorre nos casos em que o paciente necessitou de um medicamento, tratamento ou equipamento para alcançar a cura de sua doença e a ausência desta prestação por parte do Estado gerou um grave dano ou até mesmo o levou ao óbito.

Sobre o outro requisito para configuração da responsabilidade civil do Estado, o dano, este vem a ser a perda ou redução de qualquer bem jurídico, podendo ser de natureza patrimonial ou moral.¹⁰⁸

Sendo assim, ocorrendo violação do direito à saúde, violado está o direito à vida dos pacientes que necessitavam da rede pública de saúde para realizar um tratamento e não o obtiveram de forma adequada, caracterizando-se o dano.

Destarte, não há bem maior a ser protegido do que o direito à vida, posto que “a vida é pressuposto para a fruição de todas as outras manifestações do direito à saúde”.¹⁰⁹

Outro elemento caracterizador do dever de indenizar vem a ser o nexo de causalidade, que é a certeza de que o dano adveio efetivamente do fato administrativo.¹¹⁰

Cavaliere Filho leciona que, em casos omissivos, o nexo causal se configura quando o omitente, devendo agir para impedir o evento danoso, não o fez.¹¹¹

¹⁰⁷ DUARTE, Op. cit, p. 339.

¹⁰⁸ CAVALIERI FILHO, Op. cit, p. 77.

¹⁰⁹ DUARTE, Op. cit, p. 161.

¹¹⁰ CARVALHO FILHO, Op. cit, p. 441.

¹¹¹ CAVALIERI FILHO, Op. cit, p. 67.

Sendo assim, se, no caso concreto, ficar comprovado que, em razão da não realização do tratamento adequado, o paciente veio a sofrer algum dano à sua saúde, ou seja, que o não internamento em leitos hospitalares, a não medicação ou o não atendimento médico agravou seu estado de doença e ensejou o dano, e mais, que o tratamento adequado não foi realizado por falta de estrutura do hospital da rede pública de saúde em que o paciente estava sendo atendido, estará configurada a relação de causalidade.

Ademais, por se tratar de um caso de responsabilidade civil do Estado por omissão, em que há divergência doutrinária acerca da teoria a ser adotada para a responsabilização do ente estatal, necessário realizar o enquadramento do estudo deste trabalho nas teorias apresentadas.

Mello defende que quando o dano decorreu de uma omissão do Estado na *faute du service*, ou seja, o serviço não funcionou, funcionou tardia ou de modo ineficiente, deve ser aplicada a teoria da responsabilidade subjetiva, apenas responsabilizando o ente público nos casos em que o mesmo estava obrigado a impedir o dano.¹¹²

Da mesma forma, Stoco leciona que nos casos de falta do serviço, a inexistência, o mau funcionamento ou o retardamento do serviço o Estado deve responder pela teoria da responsabilidade subjetiva.¹¹³

Di Pietro, também se filiando a esta corrente, esclarece que a responsabilidade decorrente da omissão só se figura quando o Estado tem o dever e a possibilidade de agir para evitar o evento danoso.¹¹⁴

Trazendo estes ensinamentos para o caso em comento, tem-se que, por lei, o Estado é obrigado a fornecer saúde aos seus administrados, devendo impedir que os mesmos venham a sofrer danos por não receberem o tratamento adequado em decorrência da falta de infraestrutura dos hospitais da rede pública de saúde.

Acrescente-se que, por acreditarem que na conduta omissiva do ente público é aplicada a teoria da responsabilidade subjetiva, os autores defendem que deverá haver a configuração da culpa.

¹¹² MELLO, Op. cit, p. 1029.

¹¹³ STOCO, Op. cit, p. 1000.

¹¹⁴ DI PIETRO, Op. cit, 2012, p. 710.

Acerca disso, Mello entende que, nos casos de falta de serviço, a culpa do Estado deve ser presumida, para facilitar a defesa dos direitos da parte lesada. Assim, defende o autor que deverá ocorrer a inversão do ônus da prova.¹¹⁵

Di Pietro também adere a este posicionamento, entendendo que o lesado não precisa provar que o Estado agiu com culpa ou dolo, ao ente público é que cabe demonstrar que agiu com diligência, utilizando-se dos meios razoáveis e possíveis ou que, se não agiu, é porque não era razoável exigir do mesmo aquela ação.¹¹⁶

Assim sendo, nos casos de danos decorrentes da má prestação do direito à saúde por parte do Estado, nas lições dos doutrinadores alhures mencionados, a culpa do ente público seria presumida, ensejando sua responsabilização caso o mesmo não provasse que não agiu culposamente.

Carvalho Filho também entende que, em caso de omissão do ente público, deverá haver a configuração de culpa por parte do Estado, que se apresenta através do descumprimento do dever legal de impedir o dano. Porém, para o autor, mesmo com a comprovação da culpa deverá ser adotada a teoria da responsabilidade objetiva.¹¹⁷

Neste aspecto, também deveria ser o Estado responsabilizado por danos decorrentes da falta de tratamento adequado na rede pública de saúde, caso fosse provado que estes decorreram da falta de infraestrutura do hospital em que os doentes estavam internados, posto que, neste caso, o ente público descumpriu o dever legal de fornecer saúde.

Cavaliere Filho entende que, caso o Estado seja obrigado a praticar uma ação, haverá a configuração da omissão específica e o mesmo responderá de forma objetiva, bastando somente a demonstração de que o dano decorreu de sua omissão.¹¹⁸

Nas lições do nobre jurista, de igual forma haveria a responsabilização do Estado nos danos decorrentes da má prestação do direito à saúde, posto que, comprovado que a falta de infraestrutura da rede pública de saúde ensejou a não realização do tratamento adequado ao paciente, estaria caracterizada a omissão do ente público na prestação de serviços de saúde.

¹¹⁵ MELLO, Op. cit, p. 1032.

¹¹⁶ DI PIETRO, Op. cit, 2012, p. 711.

¹¹⁷ CARVALHO FILHO, Op. cit, p. 447.

¹¹⁸ CAVALIERI FILHO, Op. cit, p. 269.

De outra banda, Meirelles defende que nos casos em que a omissão do Estado venha a causar um dano, este responderá de forma objetiva. Para o autor, quando o Estado tem a obrigação de velar pela integridade física da pessoa e esta sofre um dano em razão da omissão do ente público nesta vigilância, o mesmo deverá ser responsabilizado objetivamente.¹¹⁹

Deste modo, o Estado tinha o dever de velar pela integridade física do paciente que estava sendo tratado em um hospital da rede pública de saúde, e se, por sua omissão, o tratamento adequado ao paciente não foi realizado, deve o Estado ser responsabilizado.

Cahali também entende que a responsabilidade do Estado por conduta omissiva deverá ser objetiva. Para o autor, se for exigível do ente público a prestação do serviço que teria prevenido ou evitado o evento danoso, a própria conduta omissiva do Estado já é causa suficiente para sua responsabilidade objetiva, sendo que no descumprimento da obrigação que a ele era exigível já está presente a ideia de culpa.¹²⁰

Neste sentido, o Estado responderia objetivamente pelos danos causados aos pacientes que não receberam tratamento apropriado na rede pública de saúde, se ficasse comprovado que a prestação do serviço de saúde de maneira adequada teria prevenido ou evitado os danos sofridos pelos pacientes.

Portanto, observa-se que, no entendimento de todos os doutrinadores, seria possível a responsabilização do Estado nos casos de danos decorrentes da má prestação do direito à saúde na rede pública, desde que comprovado que o dano adveio da falta de tratamento adequado. O ente público poderia afastar sua responsabilização, segundo os doutrinadores que adotam a teoria subjetiva, caso comprovasse que não agiu culposamente ou que não tinha a possibilidade de agir.

3.4 ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS

A fim de demonstrar o entendimento das Cortes brasileiras acerca da responsabilidade civil do Estado pela má prestação do direito à saúde, apresentam-se algumas jurisprudências sobre o tema.

¹¹⁹ MEIRELLES, Op. cit, p. 719.

¹²⁰ CAHALI, Op. cit, p. 221.

No julgamento realizado pela 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, os ilustres Desembargadores entenderam pela caracterização da responsabilidade civil do Estado por omissão no atendimento médico em estabelecimentos estaduais do Sistema Único de Saúde, conforme ementa que segue:

RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS EM FACE DO ESTADO E RESPECTIVA AUTARQUIA - **DANO À SAÚDE POR OMISSÕES DE ATENDIMENTO MÉDICO AO LONGO DO TEMPO** - Autor que sofreu corte no pulso esquerdo com lesão do nervo, e cujas idas e vindas por estabelecimentos estaduais do SUS resultaram inúteis, depois de um ano de meio de demora no trâmite do seu caso - Cirurgia não realizada na época oportuna, ou seja, o quanto antes após a lesão - Inutilidade da cirurgia depois disso - Redução da capacidade de movimentar a mão - Circunstâncias suficientes para caracterizar a responsabilidade civil moral - Sentença de procedência parcial (quanto aos danos morais) - Ratificação da sentença (artigo 252 do Regimento Interno/2009) com acréscimo de fundamentação - Apelações, do autor e das rés, não providas.¹²¹ (grifo é nosso)

Em outro julgamento acerca do tema, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu pela incidência da responsabilidade objetiva do Estado no caso de demora na prestação de tratamento de saúde na rede pública, segundo teor da ementa:

Apelação cível. Ação indenizatória. Agravo retido do município-réu. Hospitais públicos municipal e estadual. Cirurgia para fixar placas em razão de fratura de fêmur em idosa (85 anos). Processo infeccioso decorrente da rejeição do material utilizado em hospital municipal. Autora que foi internada para uma segunda cirurgia em outro hospital público para retirada de placa e parafusos, colocando-se fixadores. Transferência para a emergência de terceira unidade hospitalar, em razão do encerramento da ala de ortopedia no nosocômio onde ocorrera a segunda operação. Autora idosa que outrossim deve ter tratamento preferencial. Regras impositivas do Estatuto do Idoso. Direito fundamental haurido da Constituição Federal. Responsabilidade objetiva. Subsunção à regra do art. 37 § 6º CF/88. Violação do princípio da eficiência do serviço público. Adequação, segurança, rapidez e eficácia que integram a ideia de eficiência inexistente na hipótese. **Proteção constitucional do direito à vida e à saúde. Risco administrativo que gera a responsabilidade civil objetiva da administração.** Paciente que teve que se submeter a longas esperas para a realização de procedimentos cirúrgicos. Decisão judicial mandamental.

¹²¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS EM FACE DO ESTADO E RESPECTIVA AUTARQUIA - DANO À SAÚDE POR OMISSÕES DE ATENDIMENTO MÉDICO AO LONGO DO TEMPO. Apelação cível nº 00048262520128260495 SP 0004826-25.2012.8.26.0495. Claudemir Dodo de Oliveira e Fazenda do Estado de São Paulo. Relator: Desembargador Ponte Neto. 10 jun. 2015. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/197558759/apelacao-apl-48262520128260495-sp-00048262520128260495>>. Acesso em: 08 de setembro de 2015.

Prolongamento da dor física e dos incômodos trazidos pelos procedimentos cirúrgicos. Períodos de internação prolongadas com processos infecciosos mal cuidados. Dano moral in re ipsa. Dever de indenizar que se reconhece. Solidariedade do Estado e do Município. Inteligência do art. 942 CC/02. Sucumbência imposta aos réus. Isenção de custas que alcança a taxa judiciária. Honorários advocatícios fixados conforme art. 20 § 4º CPC. Sentença de improcedência que se reforma. Provimento do recurso da autora e desprovimento do agravo retido¹²². (grifo é nosso).

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, ao se manifestar acerca do tema, também entendeu pela responsabilidade objetiva do ente público nos casos de danos decorrentes da má prestação do direito à saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde, conforme ementa a seguir transcrita:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO – PRETENDIDO REEXAME DA CAUSA – CARÁTER INFRINGENTE – INADMISSIBILIDADE – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO – ELEMENTOS ESTRUTURAIS – TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO – FATO DANOSO (MORTE) PARA O OFENDIDO (MENOR IMPÚBERE) RESULTANTE DE TRATAMENTO MÉDICO INADEQUADO EM HOSPITAL PÚBLICO – PRESTAÇÃO DEFICIENTE, PELO DISTRITO FEDERAL, DO DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE, INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. - Não se revelam cabíveis os embargos de declaração, quando a parte recorrente – a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão ou contradição – vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa. Precedentes. - Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o “eventus damni” e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes. **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. Doutrina. Precedentes.** - A jurisprudência dos Tribunais em geral tem reconhecido a responsabilidade civil objetiva do Poder Público nas hipóteses em que o “eventus damni” ocorra em hospitais públicos (ou mantidos pelo Estado), ou derive de tratamento médico inadequado, ministrado por funcionário público, ou, então, resulte de conduta positiva (ação) ou negativa (omissão) imputável a servidor público com atuação na área médica. - Configuração de todos os pressupostos primários determinadores do reconhecimento da responsabilidade

¹²² RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação cível nº 00044675-94.2010.8.19.0001. Doralice Doraci de Araujo e Município do Rio de Janeiro e outro. Relatora: Desembargadora Cristina Tereza Gaulia. 05 mai. 2015. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004C8FFEBE1DF8A10D6AFCFA488025AF94CC5031383F14>>. Acesso em: 08 de setembro de 2015.

civil objetiva do Poder Público, o que faz emergir o dever de indenização pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido¹²³. (grifo é nosso)

Por fim, têm-se o entendimento da 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, com o entendimento de que, nos casos de omissão no atendimento público de saúde, deve-se aplicar a teoria da responsabilidade subjetiva, conforme ementa a seguir transcrita:

AGRAVO REGIMENTAL. SUPOSTA OMISSÃO NO ATENDIMENTO PÚBLICO DE SAÚDE. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO SUBJETIVA. NEXO CAUSAL AUSENTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. **A responsabilidade civil do Estado por atos omissivos é subjetiva.** Precedentes desta eg. Corte e do c. STJ. 2. Não comprovado o nexo de causalidade entre o atendimento médico dispensado pelo corpo clínico do nosocômio público e as sequelas apontadas pela autora, resta evidente a improcedência do pedido indenizatório. 3. Agravo Regimental conhecido e improvido¹²⁴. (grifo é nosso)

Assim, pela análise dos entendimentos jurisprudenciais acima, constata-se que os danos decorrentes de falhas no atendimento em hospitais da rede pública de saúde ensejam a responsabilidade civil do Estado. Acrescente-se, ainda, que é dominante entre os tribunais, inclusive no Supremo Tribunal Federal, o emprego da responsabilidade objetiva do ente público nestes casos.

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO – PRETENDIDO REEXAME DA CAUSA – CARÁTER INFRINGENTE – INADMISSIBILIDADE – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO – ELEMENTOS ESTRUTURAIS – TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO – FATO DANOSO (MORTE) PARA O OFENDIDO (MENOR IMPÚBERE) RESULTANTE DE TRATAMENTO MÉDICO INADEQUADO EM HOSPITAL PÚBLICO – PRESTAÇÃO DEFICIENTE, PELO DISTRITO FEDERAL, DO DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE, INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. Embargos de declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 734.689. Distrito Federal e Alberdan Nascimento Araújo e outros. Relator: Ministro Celso de Mello. 26 jun. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2622730>>. Acesso em: 08 de setembro de 2015.

¹²⁴ BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. AGRAVO REGIMENTAL. SUPOSTA OMISSÃO NO ATENDIMENTO PÚBLICO DE SAÚDE. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO SUBJETIVA. NEXO CAUSAL AUSENTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. Agravo Regimental 201201113059981 Apelação Cível. Maria Cristina de Brito e Distrito Federal. Relator: Desembargador J.J. Costa Carvalho. 03 jun. 2015. Disponível em: <

4. JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Nos casos em que um paciente necessita de um tratamento de saúde e não o obtém no âmbito da rede pública de saúde, observa-se que o indivíduo teve ferido o seu direito constitucional, enquanto que o Estado deixou de realizar o seu dever constitucional de prestar saúde para toda a população.

Assim, tendo-se em vista que os pacientes que necessitavam de tratamentos de saúde tiveram seus direitos lesados, resta configurado o dano, o qual se manifesta no prejuízo experimentado pelos indivíduos.

Em razão da má prestação deste direito, é cabível a responsabilização do ente público, na forma já acima analisada. Entretanto, antes que a má prestação gere consequência mais graves, é possível, além da responsabilização do Estado, que o paciente busque a tutela do Poder Judiciário para que o ente público seja compelido a realizar a prestação de saúde a que se omitiu e é a isso que se chama de judicialização do direito à saúde.

Duarte explica que a denominação judicialização da política ou ativismo judicial vem a ser a provocação do Poder Judiciário para proceder ao controle da constitucionalidade das leis, bem como para apresentar seu entendimento sobre celeumas jurídicos e realizar o controle dos atos institucionais dos outros dois poderes.¹²⁶

Neste sentido, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes, quando da apreciação do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47, do estado de Pernambuco, assim se manifestou acerca da judicialização do direito à saúde, em voto proferido em 17 de março de 2010:

o fato é que o denominado problema da “judicialização do direito à saúde” ganhou tamanha importância teórica e prática, que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área da saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão entre os elaboradores e os executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos

¹²⁶ DUARTE, Op. cit.

governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias (grifo é do autor).¹²⁷

Isto posto, observa-se que a judicialização do direito à saúde ocorre quando o Poder Judiciário é provocado para tutelar direitos referentes à prestação de ações e serviços de saúde por parte do Estado, sob a alegação de que o ente público está sendo omissos nesta obrigação.

Ocorre que, conforme pontuado pelo Excelentíssimo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, esta interferência do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas de saúde estabelecidas pelos governos pode ser causa de tensões entre os poderes, razão pela qual a questão deve ser analisada com cautela.

Inicialmente, acerca da configuração da omissão do Estado em casos de não prestação ou prestação insuficiente da saúde, estabelece o Excelentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, ao proferir seu voto no julgamento da ação acima mencionada que:

o objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de proteção do direito à saúde, traduz-se meta cuja não realização qualificar-se-á como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público, ainda mais se se tiver presente que a Lei Fundamental da República delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser, (necessariamente) implementado mediante adoção de políticas públicas consequentes e responsáveis.¹²⁸

Ademais, ainda consignou o ilustre Ministro que, ao Poder Judiciário, poderá ser atribuída, ainda que excepcionalmente, a incumbência de implementação de políticas públicas fundadas na Constituição Federal, nos casos em que os órgãos estatais competentes vierem a descumprir os encargos político-jurídicos que sobre

¹²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Artigo 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvam direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47. Estado de Pernambuco e União e outros. Relator: Gilmar Ferreira Mendes. 17 mar. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610254>>. Acesso em: 05 de setembro de 2015.

¹²⁸ Id.

eles incidem e este descumprimento venha a comprometer a eficácia e integridade de direitos individuais e coletivos constitucionalmente garantidos.¹²⁹

Portanto, observa-se que, quando ao Poder Público recai a obrigação constitucional de realização de determinada política pública e este não a institui, está o ente público agindo de forma omissa, sendo que, se esta omissão vier a lesar direitos constitucionalmente garantidos, o Poder Judiciário estará legitimado a implementar as políticas públicas que não foram implementadas pelo ente competente.

Quanto à titularidade do direito à saúde, Sarlet e Figueiredo afirmam que:

o direito à saúde é, antes de tudo (e também), um direito de cada pessoa, visto que intimamente ligado à proteção da vida, da integridade física e corporal e da própria dignidade inerente a cada ser humano considerado como tal. Isso significa que, a despeito da dimensão coletiva e difusa de que se possa revestir, o direito à saúde, inclusive quando exigido como direito a prestações materiais, jamais poderá desconsiderar a tutela pessoal e individual que lhe é inerente e inafastável.¹³⁰

Logo, além de possuir titularidade coletiva por ser um direito social, o direito à saúde, devido ao fato de estar estritamente ligado ao direito à vida, à integridade física e corporal e à dignidade da pessoa humana, também é de titularidade individual, sendo entendido neste aspecto como o direito que cada pessoa possui de receber do Estado as prestações necessárias para a promoção, proteção e recuperação de sua saúde.

Em razão disso, estabelece Sarlet que, no caso do direito à saúde:

o reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais (ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana), diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável de qualquer Estado (social ou não) que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a justiça.¹³¹

Sendo assim, o direito a prestações materiais individuais no âmbito da saúde, especificamente as prestações necessárias para a proteção da vida, encontra respaldo na própria Constituição Federal, devendo o Estado respeitá-lo e cumpri-lo,

¹²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47, Op. cit.

¹³⁰ SARLET; FIGUEIREDO, **O direito**, Op. cit.

¹³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 217.

com a realização de ações e serviços de saúde, em observância ao que determina a própria norma constitucional brasileira.

Neste sentido também é o entendimento do Ministro Celso de Mello, o qual, ao proferir seu voto no julgamento do Recurso Extraordinário nº 271.286, assim asseverou:

o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas, que visem a garantir aos cidadãos [...] o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.¹³²

Deste modo, conclui-se, pelos ensinamentos acima aludidos que, sendo o direito à saúde um direito a prestações individuais, a não prestação de ações e serviços de saúde a um indivíduo que deles necessite para a proteção de sua vida configura a omissão do Estado em realizar um dever constitucional.

Por conseguinte, configurada esta omissão, é garantido ao paciente que teve seus direitos lesados demandar judicialmente para obter a prestação individual que necessita, podendo o Poder Judiciário, nestes casos, compelir o ente público a realizar a referida prestação e, até mesmo, implementar as políticas públicas que não foram realizadas pelo Estado.

No tocante à judicialização da saúde, a reserva do possível é um dos temas mais relevantes a serem abordados. Sarlet estabelece que “a reserva do possível constitui, em verdade [...], espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais”.¹³³

Neste aspecto, afirma o autor que a:

reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange: a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AIDS/HIV. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES. LEGISLAÇÃO COMPATÍVEL COM A TUTELA CONSTITUCIONAL DA SAÚDE (CF, ART.196). PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 271.286. Município de Porto Alegre, Estado do Rio Grande do Sul e Diná Rosa Vieira. Relator: Ministro Celso de Mello. 02 ago. 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 05 de setembro de 2015.

¹³³ SARLET, Op. cit, p. 287.

receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas, administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.¹³⁴

Assim, observa-se que a reserva do possível, além de levar em consideração aspectos jurídicos, pauta-se, também, na análise fática, em especial com relação aos recursos públicos necessários para a implementação dos direitos fundamentais.

Gustavo Amaral estabelece que:

quanto às prestações positivas, mesmo depois de apreciado o pleito será necessário o consumo de recursos para seu atendimento. (...) São necessários também recursos para fazer uma cirurgia ou fornecer um remédio. Estes recursos são finitos e, exatamente por isso, são escassos, já que as necessidades públicas são sempre infinitas ou tendentes ao infinito.¹³⁵

Destarte, a reserva do possível advém da constatação de que, para a realização de prestações positivas, inclusive no tocante ao direito à saúde, é necessário demandar recursos públicos e estes são escassos.

Em decorrência desta constatação, Sarlet dispõe que, nos casos dos direitos sociais a prestações, onde está inserido o direito à saúde:

seu “custo” assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando, pelo menos para significativa parcela da doutrina, que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se dependa de algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica, já que aqui está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas (grifo é do autor).¹³⁶

Portanto, visto que para a efetivação de medidas referentes ao direito à saúde deve haver a utilização de recursos públicos, e que estes, como já dito, são escassos, deve-se haver a ponderação quanto à utilização dos recursos públicos e, de certa forma, quanto à reserva do possível.

¹³⁴ SARLET, Op. cit, p. 288.

¹³⁵ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 117.

¹³⁶ Ibid, p. 286.

Neste viés, encontram-se diferentes posicionamentos doutrinários relativos à influência da reserva do possível no tocante às prestações de ações e serviços de saúde por parte do Estado.

Marcos Maselli Gouvêa entende que:

os direitos prestacionais previstos na Constituição Federal e nas leis, e mesmo outros que defluam de imperativo existencial, devem ser implementados; que somente não o serão diante da total ausência de recursos financeiros, ou da demonstração suficiente de que os recursos empregados na realização da prestação pretendida farão falta a outras prestações, igualmente certas, prioritárias e urgentes.¹³⁷

Assim, para o autor, não basta a simples alegação da reserva do possível por parte do ente público, este deve provar que não há recursos para realizar a prestação ou que os recursos existentes serão usados para outras prestações de igual importância.

Duarte, ao se manifestar sobre a questão, inicialmente apresenta uma divisão acerca das demandas relacionadas ao direito à saúde, classificando-as como demandas de saúde de primeira necessidade e demandas de saúde de segunda necessidade.

Para a autora, as demandas de saúde de primeira necessidade são aquelas referentes às “prestações estatais imprescindíveis à garantia do direito à vida, inerente ao direito à saúde”.¹³⁸

Podem ser consideradas demandas de saúde de primeira necessidade “todas as prestações estatais, urgentes ou não, divisíveis ou indivisíveis, módicas ou vultuosamente onerosas, preventivas ou terapêuticas, necessárias para a sobrevivência”.¹³⁹

Em contrapartida:

para aludir às prestações estatais aptas a aumentar o bem-estar físico, mental e social do homem e, portanto, igualmente contempladas pelo direito à saúde, porém, desconexas da preservação da vida, será usada a expressão demandas de saúde de segunda necessidade.¹⁴⁰

¹³⁷ GOUVÊIA, MARCOS MASELLI. **O Controle Judicial das Omissões Administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 400.

¹³⁸ DUARTE, Op. cit, p. 132.

¹³⁹ Id.

¹⁴⁰ Id.

Ao realizar a divisão do direito à saúde em demandas de saúde de primeira e segunda necessidade, a autora visa separar as ações relacionadas à saúde que devem ser realizadas para preservar a vida dos indivíduos das ações que servem para garantir o bem estar.

Neste binômio, as demandas de saúde de primeira necessidade possuem maior relevância do que as demandas de saúde de segunda necessidade, em razão daquelas serem relacionadas à garantia da vida.

Feito isso, a autora defende que “quando cotejados com a vida humana, os recursos financeiros não podem merecer maior peso”.¹⁴¹

Sendo assim, afirma a doutrinadora que:

a ausência de verbas suficientes para a satisfação das demandas de saúde de primeira necessidade de todos será um indicativo de que as decisões alocativas de recursos públicos, quando da elaboração do orçamento, observaram critérios jurídicos equivocados, e que, assim, são merecedores de reparo em juízo. Dessa forma, um pleito individual de oferta de uma demanda de saúde de primeira necessidade não disponível na rede pública deverá ser atendido, uma vez que a ausência do serviço denotará a antijuridicidade da política pública consagrada no orçamento¹⁴².

Deste modo, para Duarte, nos casos das demandas de saúde que envolvam diretamente ações e serviços necessários para a garantia do direito à vida, não é possível a alegação de falta de recursos financeiros por parte do Estado, devendo o Poder Judiciário determinar que o ente público forneça o necessário para a sobrevivência do indivíduo.

Entretanto, quando às demandas de saúde de segunda necessidade, a autora estabelece que, para a satisfação destas demandas deverá haver a observância dos princípios financeiros, sendo que o Estado não deve fornecer aos indivíduos um nível de qualidade de vida que não pode custear.¹⁴³

Neste sentido:

um pedido referente às demandas de saúde de segunda necessidade impõe um trabalho mais complexo para o juiz. A ausência de sua disponibilidade não implicará, de pronto, uma inconstitucionalidade, uma vez que tais espécies de demanda disputam os limitados recursos públicos com os demais direitos. Deve-se, portanto, nesta oportunidade, averiguar quais espécies de direitos foram merecedores de verbas públicas e

¹⁴¹ DUARTE, Op. cit, p. 187.

¹⁴² Ibid, p. 298.

¹⁴³ Id.

proceder ao exame do acerto ou não, sob o lume do postulado da proporcionalidade, da decisão alocativa que os privilegiou. Caso se constate que os direitos de menor peso receberam recursos público em detrimento das demandas de saúde de segunda necessidade de maior essencialidade que eles, haverá, também, espaço para a ingerência judicial, determinando ao Poder Público a satisfação da demanda. Se, ao avesso, não for apurada a equivocada distribuição de recursos públicos, não será devido o provimento jurisdicional do pedido.¹⁴⁴

Sendo assim, Duarte defende que, quando se está diante de uma demanda de saúde de segunda necessidade, haverá a incidência da reserva do possível, cabendo ao Poder Público, através do princípio da proporcionalidade, analisar houve correta alocação de recursos pelo ente público e se a demanda requerida pelo indivíduo é realmente devida.

Já Sarlet, ao se posicionar sobre o assunto, alega que:

negar ao indivíduo os recursos materiais mínimos para a manutenção de sua existência (...) pode significar, em última análise, condená-lo à morte por inanição, por falta de atendimento médico etc. Assim, há como sustentar – na esteira da doutrina dominante – que ao menos na esfera das condições existenciais mínimas encontramos um claro limite à liberdade de conformação do legislador.¹⁴⁵

Ademais, ainda estabelece o autor que:

no que diz aos direitos sociais a prestações como direitos subjetivos, notadamente no que diz com sua condição de direitos originários a prestações, convém repisar e melhor explicitar que ao advogarmos o entendimento de que na esfera de garantia do mínimo existencial (que não poderá ser reduzido ao nível de um mero mínimo vital, ou, em outras palavras, a uma estrita garantia de sobrevivência física) há que se reconhecer a exigibilidade (inclusive judicial!) da prestação em face do Estado, não estamos (...) afastando a possibilidade de direitos subjetivos a prestações que ultrapassem estes parâmetros mínimos, mas apenas afirmando que neste plano (de direitos subjetivos para além do mínimo existencial) o impacto de diversos limites e objeções ao reconhecimento destes direitos (especialmente o comprometimento de outros bens fundamentais) poderá, a depender das circunstância do caso, prevalecer.¹⁴⁶

Isto posto, para o autor, no âmbito do mínimo existencial, ou seja, das prestações necessárias para a garantia da vida com dignidade, não é correta a alegação das restrições da reserva do possível, devendo ser reconhecida, inclusive pela via judicial, a exigibilidade da prestação pelo ente público.

¹⁴⁴ DUARTE, Op. cit, p. 298.

¹⁴⁵ SARLET, Op. cit, p. 355.

¹⁴⁶ Ibid, p. 357.

Entretanto, quando se está diante de prestações que transcendem ao mínimo existencial, defende o doutrinador que deve haver a ponderação da reserva do possível, podendo, no caso concreto, prevalecer os limites e objeções ao direito pleiteado pelo indivíduo.

Por consequência, observa-se que o posicionamento de Sarlet é, de certa forma, semelhante ao que defende Duarte, no tocante à impossibilidade de aplicação das restrições da reserva do possível diante de prestações necessárias para a garantia do direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

Ao trazer os ensinamentos dos doutrinadores para as prestações relativas ao direito à saúde têm-se, então, que os limites da reserva do possível apenas não poderão ser levados em conta se a prestação requerida pelo paciente for necessária para a garantia de sua sobrevivência em padrões mínimos de dignidade.

Amaral, por sua vez, pondera que:

a escassez de recursos, a escassez de meios para satisfazer direitos, mesmo fundamentais, não pode ser descartada. Surgindo esta, o Direito precisa estar aparelhado para dar respostas. Certamente quase na totalidade dos países não se conseguiu colocar a todos dentro do padrão aceitável de vida, o que comprova não ser a escassez, quanto ao mínimo existencial, uma excepcionalidade, uma hipótese limite e irreal que não deva ser considerada seriamente.¹⁴⁷

Deste modo, para o autor, a escassez de recursos públicos para satisfazer os direitos de todos pode atingir até mesmo o mínimo existencial dos direitos fundamentais.

Para trazer uma solução a este empasse, estabelece Amaral que:

as prestações positivas são exigíveis pelo cidadão, havendo o dever do Estado ou de entregar a prestação, através de um dar ou fazer, ou de justificar o porque não o faz. Esta justificativa será apenas a existência de circunstâncias concretas que impedem o atendimento de todos que demandam prestações essenciais e, assim, tornam inexoráveis escolhas trágicas, conscientes ou não. Estando presentes circunstâncias deste tipo, haverá o espaço de escolha, no qual o Estado estabelecerá critérios de alocação de recursos e, conseqüentemente, de atendimento às demandas, o que tornará legítima a não entrega da prestação demandada para aqueles que não estão enquadrados nos critérios.¹⁴⁸

¹⁴⁷ AMARAL, Op. cit, p. 185.

¹⁴⁸ Ibid, 214.

Logo, para o doutrinador, havendo circunstâncias concretas em que não há como atender a todos que demandam prestações essenciais, o ente público possui o espaço de escolha, onde realizará a alocação de recursos, sendo que, nestes casos, é legítima a não entrega da prestação àqueles que não se enquadrarem no critério escolhido.

Entretanto, Amaral defende que, para aceitação do espaço de escolha por parte do Poder Público, deve haver a confrontação do binômio grau de essencialidade x grau de excepcionalidade.¹⁴⁹

Para o autor, “o grau de essencialidade está ligado ao mínimo existencial, à dignidade da pessoa humana. Quão mais necessário for o bem para a manutenção de uma existência digna, maior será o grau de essencialidade”.¹⁵⁰

Então, “quanto mais essencial for a prestação, mais excepcional deverá ser a razão para que ela não seja atendida”¹⁵¹, sendo que “se a essencialidade for maior que a excepcionalidade, a prestação deve ser entregue, caso contrário, a escolha estatal será legítima”.¹⁵²

Sendo assim, conclui o autor que:

o judiciário, ao apreciar demandas individuais ou coletivas relativas a prestações positivas, deve ponderar o grau de essencialidade da prestação, em função do mínimo existencial e a excepcionalidade da situação, que possa justificar a decisão alocativa tomada pelo Estado que tenha resultado no não atendimento da pretensão.¹⁵³

Desta forma, constata-se que, para Amaral, o Poder Judiciário somente poderá conceder prestações positivas, inclusive as relacionadas ao direito à saúde, se constatar que o ente público realizou escolhas alocativas, que geraram a não entrega da prestação ao demandante, baseado em uma excepcionalidade que não era suficiente para afastar a prestação requerida pelo indivíduo, tendo em vista o grau de essencialidade que esta possui.

A doutrinadora Di Pietro, por sua vez, apresenta um posicionamento diferente dos já mencionados acerca da judicialização das políticas públicas.

Para a autora:

¹⁴⁹ AMARAL, Op. cit

¹⁵⁰ Ibid, p. 215.

¹⁵¹ Ibid, p. 216.

¹⁵² Id.

¹⁵³ Ibid, p. 228.

nenhuma atribuição é outorgada ao Poder Judiciário para a definição ou implementação de políticas públicas, sendo o seu papel o de controlador da constitucionalidade das leis e legalidade dos atos administrativos pertinentes às políticas públicas, inclusive no que diz respeito às omissões antijurídicas.¹⁵⁴

Como consequência disso, defende Di Pietro que:

não pode o Poder Judiciário interferir em políticas públicas, naquilo que a sua definição envolver aspectos de discricionariedade legislativa ou administrativa. O cumprimento das metas constitucionais exige planejamento e exige destinação orçamentária de recursos públicos. Estes são finitos. Não existem em quantidade suficiente para atender a todos os direitos nas áreas social e econômica. Essa definição está fora das atribuições constitucionais do Poder Judiciário. Este poder pode corrigir ilegalidades e inconstitucionalidades, quando acionado pelas medidas judiciais previstas no ordenamento jurídico, mas não pode substituir as escolhas feitas pelos poderes competentes.¹⁵⁵

Neste sentido, para a autora, o Poder Judiciário não tem competência para realizar políticas públicas, não podendo, em razão disso, interferir nas escolhas alocativas realizadas pelos outros poderes e, nem mesmo, substituir estas escolhas.

No âmbito do direito à saúde, estabelece Di Pietro que:

se depende de políticas sociais e econômicas, não se pode afirmar que o direito à saúde tem efetividade que decorre diretamente da Constituição. Se tem que garantir o acesso universal e igualitário, o direito à saúde não pode ser reconhecido em ações individuais que privilegiam alguns (nem sempre os que mais necessitam) em detrimento do interesse da coletividade. Essas ações individuais, que são propostas em grande quantidade, com fortes impactos orçamentários na área da saúde (e às vezes atingindo outras áreas), afrontam o dispositivo constitucional, porque não observam qualquer política social ou econômica e descumprem o princípio da isonomia.¹⁵⁶

Portanto, nos ensinamentos da doutrinadora, o Poder Judiciário não pode garantir o direito a ações e serviços de saúde sem que o ente público tenha implementado as políticas sociais e econômicas para este fim.

Quanto às ações individuais, defende a autora que, nestes casos:

não há interferência direta nas políticas públicas, porque o que se objetiva é a garantia de um direito subjetivo individual. É o caso das ações em que se pleiteiam medicamentos, exames ou tratamentos médicos (...). Embora não haja interferência direta com as políticas públicas, na prática se verifica uma interferência indireta, provocada pela grande quantidade de ações deste

¹⁵⁴ DI PIETRO, Op. cit, 2015, p. 902.

¹⁵⁵ Id

¹⁵⁶ Ibid, p. 903.

tipo. O custo global das prestações positivas assim obtidas é de tal ordem que acaba por praticamente obrigar o administrador público a destinar, para este fim, verbas que estariam previstas no orçamento para atender a outros objetivos. Por exemplo, a construção de hospitais ou postos de saúde (que podem atender ao mínimo existencial de toda uma coletividade) pode ficar frustrada pela necessidade de dar cumprimento às decisões judiciais proferidas em casos concretos. Como se verifica, corrige-se, parcialmente, uma omissão do Poder Público, beneficiando o cidadão que recorre ao Judiciário, mas se produz um mal maior para a coletividade, que fica privada da implementação de determinada política pública que viria em benefício de todos. Por outras palavras, garante-se o direito a uma parcela da população, porém afronta-se o princípio da isonomia, além de prejudicar (e não favorecer) o cumprimento de políticas públicas.¹⁵⁷

No tocante às ações individuais, a ilustre doutrinadora entende que, mesmo que o Poder Judiciário não esteja interferindo diretamente nas políticas públicas, há uma interferência indireta, em razão das verbas que necessitam ser destinadas pelo ente público para cumprir as prestações positivas garantidas pelas decisões judiciais. Neste aspecto, a autora defende que a concessão de prestações individuais fere o princípio da isonomia, vez que ocorre a garantia de direitos de uma parcela da população em detrimento dos direitos de todos.

Di Pietro encerra sua crítica afirmando que:

a interferência do Poder Judiciário em políticas públicas não pode transformar-se em regra e não pode implicar substituição da discricionariedade administrativa e da própria discricionariedade do legislador pela discricionariedade do juiz. Para a atuação judicial, ainda que com o objetivo de obter prestações positivas, é necessária a demonstração de que a omissão é antijurídica e de que a invocação do princípio da reserva do possível não é feita, ilicitamente, com desvio de poder, para fugir ao cumprimento do dever. Isso não quer dizer que o Judiciário não possa analisar a política pública; ele pode fazê-lo; mas, se verificar que as escolhas do Poder Público são razoáveis à vista das metas impostas constitucionalmente, ele não pode alterá-las ou determinar a sua alteração¹⁵⁸.

Em vista disso, conclui-se que, para Di Pietro, somente é possível o Poder Judiciário analisar a política pública se houver a demonstração de que a omissão estatal é antijurídica e de que só houve a invocação da reserva do possível para fugir ao cumprimento do dever. Ademais, só será cabível se a alteração da política pública implementada pelo Estado se ficar constado que as escolhas realizadas pelo ente público não foram razoáveis.

¹⁵⁷ DI PIETRO, Op. cit, 2015, p. 904.

¹⁵⁸ Id.

Na esfera jurisprudencial, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, ao proferir decisão monocrática no julgamento da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, em 29 de abril de 2004, assim se manifestou:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. **CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”.** VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).¹⁵⁹ (grifo é nosso)

Ainda, no mesmo julgado, consignou que:

a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação, ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.¹⁶⁰

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Presidente da República e Partido Social Democracia Brasileira – PSDB. Relator: Ministro Celso de Mello. 29 abr. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000072044&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 05 setembro de 2015.

¹⁶⁰ Id.

Desta forma, a Suprema Corte brasileira entendeu que, diante do mínimo existencial, o Estado não pode invocar a alegação da reserva do possível, salvo se houver justo motivo objetivamente aferível, que, segundo Sarlet, significa “a comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos, do não desperdício dos recursos existentes, assim como da eficiente aplicação dos mesmos”.¹⁶¹

Este entendimento ainda se faz presente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme se infere dos Acórdãos proferidos nos julgamentos do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 727.864, de 04 de novembro de 2014¹⁶² e do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 745.745, de 02 de dezembro de 2014.¹⁶³

Diante da colisão entre o direito à saúde e aplicação da reserva do possível, entendeu o Ilustre Ministro Celso de Mello, ao proferir seu voto no julgamento da Medida Cautelar na Petição nº 1246 MC/SC, em 13 de fevereiro de 1997:

entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde - que se qualifica como direito subjetivo inalienável a todos assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, “caput”, e art. 196) - ou fazer prevalecer, contra esta prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo, uma vez configurado esse dilema, que razões de ordem ético-jurídica impõem, ao julgador, uma só possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.¹⁶⁴

Do mesmo modo, tal entendimento foi mantido pelo nobre julgador ao proferir seu voto no julgamento quando proferiu seu voto no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47, em 17 de março de 2010.¹⁶⁵

Sendo assim, conclui-se que a mais alta Corte Julgadora do Brasil posiciona-se a favor da judicialização das políticas públicas de saúde, permitindo que o Poder

¹⁶¹ SARLET, Op. cit, p. 363.

¹⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo nº 727.864. Estado do Paraná e Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Ministro Celso de Mello. 04 nov. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7218726>>. Acesso em: 20 de setembro de 2015.

¹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 745.745. Município de Belo Horizonte e Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Celso de Mello. 02 dez. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923>>. Acesso em: 20 de setembro de 2015.

¹⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Petição nº 1246. Estado de Santa Catarina e João Batista Gonçalves Cordeiro. Relator: Ministro Celso de Mello. 31 jan. 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000052868&base=basePresidencia>>. Acesso em: 20 de setembro de 2015.

¹⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47, Op. cit.

Judiciário implemente políticas públicas e impondo à Administração o dever de cumprir as políticas públicas já implementadas. Ressalta-se, neste aspecto, que o nobre Tribunal estabelece a prevalência da garantia do mínimo existencial quando em conflito com os interesses financeiros do Estado, excetuando-se esta conformação apenas quando o ente público provar real indisponibilidade de recursos.

4.1 AÇÕES CIVIS PÚBLICAS NO ÂMBITO DA GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE

Não obstante a dimensão individual do direito à saúde, conforme acima analisado, este direito também possui uma dimensão coletiva.

Neste aspecto, Sarlet explica que:

a tese segundo a qual direitos sociais não são, em geral, direitos coletivos, mas sim, precipuamente direitos humanos e fundamentais referidos à pessoa individual, não deve ser compreendida, para espancar qualquer dúvida, como afastando uma dimensão coletiva dos direitos sociais ou mesmo com a circunstância de que direitos sociais podem ser também direitos coletivos e mesmo, em determinadas circunstâncias, difusos, o que se verifica, por exemplo, no caso da conexão entre a proteção da saúde e a proteção do ambiente, ou mesmo no caso de políticas de saúde voltadas à prevenção e combate a doenças endêmicas.¹⁶⁶

Observa-se, portanto, que o direito à saúde é, igualmente, um direito coletivo e, também neste aspecto, pode ser tutelado pela via judicial.

Para a tutela coletiva do direito à saúde existem várias ações que podem ser utilizadas, entretanto, no bojo deste trabalho, far-se-á apenas a análise da ação civil pública utilizada para este fim.

Duarte leciona que:

a ação civil pública consiste em importante instrumento de acesso à justiça de grupos de interesse, viabilizado pela Constituição de 1988 como fruto da redemocratização e do desenvolvimento teórico, na comunidade jurídica, de reflexos deste novo movimento jurídico-político.¹⁶⁷

¹⁶⁶ SARLET. Op. cit, p. 219.

¹⁶⁷ DUARTE, Op. cit, p. 320.

Ademais, estabelece Duarte que “da sua natureza de direito fundamental e de seu enquadramento como direito difuso ou coletivo, aufere-se a possibilidade de tutela do direito à saúde pela ação civil pública”.¹⁶⁸

Confirmando este entendimento, têm-se o Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 727.864, de 04 de novembro de 2014:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA: INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO À PROTEÇÃO JURISDICIONAL DE DIREITOS REVESTIDOS DE METAINDIVIDUALIDADE – LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CF, ART. 129, III) – A FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO “DEFENSOR DO POVO” (CF, ART. 129, II) – DOCTRINA – PRECEDENTES.¹⁶⁹

Outrossim, acerca da legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública relacionada à judicialização do direito à saúde, assim se posicionou a Suprema Corte quando do julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 809.018, de 25 de setembro de 2012:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Legitimidade do Ministério Público. Ação civil pública. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. **Esta Corte já firmou a orientação de que o Ministério Público detém legitimidade para requerer, em Juízo, a implementação de políticas públicas por parte do Poder Executivo, de molde a assegurar a concretização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos garantidos pela Constituição Federal, como é o caso do acesso à saúde.** 2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 3. Agravo regimental não provido.¹⁷⁰ (grifo é nosso)

Nesta mesma linha de pensamento, manifestou-se o respectivo Tribunal quando do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 820.910, de 26 de agosto de 2014:

¹⁶⁸ DUARTE, Op. cit, p. 321.

¹⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo nº 727.864. Op cit.

¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 809.018. Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Dias Toffoli. 25 set. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2914845>>. Acesso em: 25 de outubro de 2015.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSES INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. REALIZAÇÃO DE TRATAMENTO MÉDICO. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO. SITUAÇÃO DE OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O acórdão recorrido está em harmonia com a jurisprudência desta Corte firmada no sentido de que o **Ministério Público possui legitimidade para ingressar em juízo com ação civil pública em defesa de interesses individuais indisponíveis, como é o caso do direito à saúde.** II - A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é solidária a obrigação dos entes da Federação em promover os atos indispensáveis à concretização do direito à saúde, tais como, na hipótese em análise, a realização de tratamento médico por paciente destituído de recursos materiais para arcar com o próprio tratamento. Portanto, o usuário dos serviços de saúde, no caso, possui direito de exigir de um, de alguns ou de todos os entes estatais o cumprimento da referida obrigação. III – Em relação aos limites orçamentários aos quais está vinculada a ora recorrente, saliente-se que o Poder Público, ressalvada a ocorrência de motivo objetivamente mensurável, não pode se furtar à observância de seus encargos constitucionais. IV - Este Tribunal entende que reconhecer a legitimidade do Poder Judiciário para determinar a concretização de políticas públicas constitucionalmente previstas, quando houver omissão da administração pública, não configura violação do princípio da separação dos poderes, haja vista não se tratar de ingerência ilegítima de um poder na esfera de outro. V – Agravo regimental a que se nega provimento.¹⁷¹ (grifo é nosso)

Deste modo, da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conclui-se que o Ministério Público é legitimado para propor ação civil pública visando a implementação de políticas públicas por parte do Estado, com o intuito de assegurar a todos a garantia constitucional do direito à saúde.

¹⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSES INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. REALIZAÇÃO DE TRATAMENTO MÉDICO. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO. SITUAÇÃO DE OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 820.910. Ministério Público Federal e União. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. 26 ago. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6644180>>. Acesso em: 15 de outubro de 2015.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou estudar as consequências jurídicas decorrentes da má prestação da saúde pelo Estado, fazendo uma análise do instituto da responsabilidade civil do Estado e a possível responsabilização deste na sua omissão à prestação do direito a saúde, bem como da judicialização de políticas públicas de saúde.

Primeiramente, buscou-se a conceituação do termo saúde, observando que se entende como saúde o bem estar físico, mental e social, da forma como prescreve a Organização Mundial da Saúde e como consta no texto da Constituição Federal de 1998.

Realizou-se uma abordagem histórica da evolução dos direitos fundamentais, enquadrando-se o direito a saúde como um direito social, o qual depende de uma ação positiva do Estado para que os indivíduos possam dele usufruir.

Analisando os dispositivos constitucionais acerca do direito à saúde, ressaltou-se que este é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante ações e serviços que tenham como foco a proteção, promoção e recuperação da saúde, devendo ser prestado através de uma rede regionalizada e hierarquizada, que configura o Sistema Único de Saúde – SUS, instituído pela Lei nº 8.080/1990.

Neste aspecto, demonstrou-se algumas políticas públicas instituídas pelo Poder Público através do SUS, as quais visam implementar as ações e serviços de saúde, da forma como determina o texto constitucional.

Por outro lado, através de notícias veiculadas na mídia nacional, evidenciou-se que, mesmo com as políticas públicas instituídas, muitos pacientes ainda sofrem danos decorrentes da má prestação do direito à saúde pelo Estado.

Feito isso, consignou-se que uma das consequências jurídicas decorrentes da má prestação do direito à saúde pelo ente público é a sua responsabilização pelos danos sofridos pelos pacientes que necessitavam de ações e serviços de saúde.

Para isso, analisou-se a responsabilidade civil do Estado e demonstrou-se os critérios e os requisitos necessários para a configuração do instituto, segundo as regras jurídicas nacionais.

Observou-se que, com relação à responsabilidade estatal por atos omissivos, existem divergências doutrinárias acerca da teoria a ser aplicada.

Neste sentido, notou-se que Stoco, Mello e Di Pietro defendem a aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva, com a comprovação de culpa do ente público, podendo esta culpa, para Mello e Di Pietro, ser presumida nos casos de falta do serviço.

Já Carvalho Filho prescreve que, nos casos omissivos, na responsabilidade do ente estatal deverá ser configurada a culpa, porém a teoria a ser adotada será a da responsabilidade objetiva. Cavaleiri Filho, por sua vez, alega que apenas nos casos de omissão específica, quando o ente público tinha o dever de agir e não agiu, a responsabilidade subjetiva se configurará.

Por fim, Meirelles e Cahali, lecionam que a responsabilidade civil do Estado será sempre objetiva, até mesmo decorrente de conduta omissiva.

Feitas estas considerações, trazendo os posicionamentos dos doutrinadores para o objeto central do trabalho, constatou-se que, para todos os estudiosos, seria possível a responsabilização do ente público nos caso de danos decorrentes da má prestação do direito à saúde na rede pública, se ficasse comprovado que o dano adveio da falta de tratamento adequado. Neste ponto, segundo os doutrinadores que advogam a teoria da responsabilidade subjetiva, o ente público poderia afastar a responsabilização, caso comprovasse que não agiu culposamente ou que não tinha a possibilidade de agir.

Da análise dos entendimentos jurisprudenciais trazidos, observou-se que os Tribunais brasileiros também têm se posicionado favoravelmente à responsabilidade civil do Estado nos casos de má prestação de ações e serviços de saúde, sendo que é dominante entre os entes julgadores o emprego da responsabilidade objetiva do ente público nestes casos.

Posteriormente, passou-se à análise da judicialização das políticas públicas de saúde como outra consequência jurídica decorrente da má prestação do direito à saúde pelo Estado.

Adentrando no assunto, inicialmente, conceituou-se a judicialização de políticas públicas como a possibilidade do Poder Judiciário, no caso de omissão do ente a quem cabia instituir ou executar políticas públicas constitucionalmente garantidas, implementá-las ou determinar a implantação destas.

Especificamente quanto ao direito à saúde, observou-se que, para Sarlet, este é um direito individual, razão pela qual cada indivíduo possui o direito a prestações

materiais individuais no âmbito do direito à saúde, especificamente as necessárias para a proteção da vida, podendo demandar judicialmente o direito de recebê-las caso o ente público não as forneça. Este foi o mesmo entendimento do Ministro Celso de Mello quando proferiu seu voto no julgamento do Recurso Extraordinário nº 271.286.

Feito isto, passou-se à análise da reserva do possível. Neste ponto, adentrou-se ao estudo desta como limite fático à implementação de ações e serviços de saúde, relacionada aos interesses financeiros do Estado e à indisponibilidade de recursos públicos, consignando-se que existem diferentes entendimentos doutrinários quanto à sua aplicação nos casos em que envolvam o direito à saúde.

Neste sentido, notou-se que, para Gouvêia, é necessário que o ente público prove que não possui recursos para realizar a prestação requerida pelo paciente ou que demonstre que os recursos existentes serão usados para outras prestações de igual importância, não bastando a simples alegação da reserva do possível por parte do ente público.

Sarlet e Duarte apresentam entendimentos semelhantes, defendendo que não se pode considerar os limites da reserva do possível diante de prestações necessárias para garantir a sobrevivência das pessoas em padrões mínimos de dignidade.

Amaral defende que a escassez de recursos públicos para satisfazer os direitos de todos pode atingir até mesmo o mínimo existencial dos direitos fundamentais e, nestes casos, o Poder Público poderá realizar escolhas a fim de melhor aplicar os recursos públicos. Diante disso, para o autor, apenas poderá o Poder Judiciário conceder prestações positivas, inclusive as relacionadas ao direito à saúde, se constatar que o ente público realizou estas escolhas alocativas baseado em uma excepcionalidade que não era suficiente para afastar a prestação requerida pelo indivíduo, tendo em vista o grau de essencialidade que esta possuía.

Di Pietro, por sua vez, entende que apenas seria possível a análise das políticas públicas pelo Poder Judiciário se houvesse a demonstração de que a omissão do ente público é antijurídica e de que o mesmo só invocou a reserva do possível para fugir ao cumprimento de seu dever. Além disso, só poderia haver a alteração da política pública implementada pelo Estado caso restasse demonstrado que este não realizou escolhas alocativas razoáveis.

Embora doutrinariamente reste divergente o impacto da reserva do possível no tocante à judicialização das políticas públicas de saúde, na esfera jurisprudencial, observou-se que o Supremo Tribunal Federal instituiu a prevalência de ações e serviços que visem garantir o mínimo existencial quando em conflito com os interesses financeiros do Estado, apenas havendo a aceitação da alegação da reserva do possível nos casos em que ficar provada a real indisponibilidade de recursos.

Deste modo, concluiu-se que, tanto a doutrina majoritária quanto a jurisprudência brasileira entendem pela possibilidade do ajuizamento de demandas individuais que visem garantir prestações públicas de saúde voltadas à garantia do direito à vida digna, cabendo ao Poder Judiciário implementar as políticas públicas necessárias para a garantia do direito à saúde ou determinar que o Poder Público as implemente.

Por fim, apresentou-se a possibilidade de judicialização das políticas públicas de saúde também através de demandas coletivas, em especial, a ação civil pública. Neste aspecto, constatou-se através de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais o caráter coletivo do direito à saúde, bem como a legitimidade do Ministério Público para propor ações que visem a implementação de ações e serviços de saúde.

Portanto, diante de todos os aspectos analisados, pode-se concluir que, nos casos de má prestação do direito à saúde pelo Estado, este poderá ser responsabilizado civilmente pelos danos sofridos pelos pacientes ou, ainda, poderá ser compelido pelo Poder Judiciário a prestar as ações e serviços pleiteados através de ações individuais ou coletivas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 27 de março de 2015.

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. AGRADO REGIMENTAL. SUPOSTA OMISSÃO NO ATENDIMENTO PÚBLICO DE SAÚDE. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO SUBJETIVA. NEXO CAUSAL AUSENTE. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO. Agravo Regimental 201201113059981 Apelação Cível. Maria Cristina de Brito e Distrito Federal. Relator: Desembargador J.J. Costa Carvalho. 03 jun. 2015. Disponível em: <[BRASIL. **Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012**. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 \(três\) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nºs 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Disponível em: <\[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm\]\(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm\)>. Acesso em 07 de junho de 2015.](http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaosweb/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&historicoDePaginas=buscaLivre&argumentoDePesquisa=&numero=872625&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeRelator= TODOS&camposSelecionados=NumAcordao&camposDeAgrupamento=&numeroDoDocumento=872625&quantidadeDeRegistros=20&documentos=872625&campoDeOrdenacao=&baseDados=BASE_ACORDAOS&baseDados=TURMAS_RECURSAIS&baseDados=BASE_HISTORICA&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&baseSelecionada=&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1>. Acesso em: 08 de setembro de 2015.</p></div><div data-bbox=)

_____. **Lei nº 8.080, de 10 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 30 de julho de 2015.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www .planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 27 de julho de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. AIDS/HIV. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES. LEGISLAÇÃO COMPATÍVEL COM A TUTELA CONSTITUCIONAL DA SAÚDE (CF, ART.196). PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 271.286. Município de Porto Alegre, Estado do Rio Grande do Sul e Diná Rosa Vieira. Relator: Ministro Celso de Mello. 02 ago. 2000. Disponível em: <[http://redir .stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538)>. Acesso em: 05 de setembro de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 809.018. Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Dias Toffoli. 25 set. 2012. Disponível em: <[http://redir .stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2914845](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2914845)>. Acesso em: 25 de outubro de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 745.745. Município de Belo Horizonte e Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Celso de Mello. 02 dez. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923>>. Acesso em: 20 de setembro de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSES INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. REALIZAÇÃO DE TRATAMENTO MÉDICO. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO. SITUAÇÃO DE OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 820.910. Ministério Público Federal e União. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. 26 ago. 2014. Disponível em: <[http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP &docID=6644180](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6644180)>. Acesso em: 15 de outubro de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA

LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Presidente da República e Partido Social Democracia Brasileira – PSDB. Relator: Ministro Celso de Mello. 29 abr. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000072044&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 05 setembro de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO – PRETENDIDO REEXAME DA CAUSA – CARÁTER INFRINGENTE – INADMISSIBILIDADE – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO – ELEMENTOS ESTRUTURAIS – TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO – FATO DANOSO (MORTE) PARA O OFENDIDO (MENOR IMPÚBERE) RESULTANTE DE TRATAMENTO MÉDICO INADEQUADO EM HOSPITAL PÚBLICO – PRESTAÇÃO DEFICIENTE, PELO DISTRITO FEDERAL, DO DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE, INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. Embargos de declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 734.689. Distrito Federal e Alberdan Nascimento Araújo e outros. Relator: Ministro Celso de Mello. 26 jun. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2622730>>. Acesso em: 08 de setembro de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Petição nº 1246. Estado de Santa Catarina e João Batista Gonçalves Cordeiro. Relator: Ministro Celso de Mello. 31 jan. 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000052868&base=basePresidencia>>. Acesso em: 20 de setembro de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo nº 727.864. Estado do Paraná e Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Ministro Celso de Mello. 04 nov. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7218726>>. Acesso em: 20 de setembro de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Artigo 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvam direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à

saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47. Estado de Pernambuco e União e outros. Relator: Gilmar Ferreira Mendes. 17 mar. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610254>>. Acesso em: 05 de setembro de 2015.

BOM DIA BRASIL. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2015/08/faltam-utis-neonatais-em-93-dos-municipios-do-pais.html>>. Acesso em: 17 de julho de 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27.ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2012.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 10.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

CARVALHO, Patrícia Luciane de. Análise Sistêmica da Proteção do Direito à Saúde. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (coords.). **Direitos Humanos: fundamento, proteção e implementação**. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=25153:em-quatro-anos-sus-perde-147-mil-leitos-de-internacao&catid=3>. Acesso em: 17 de julho de 2015.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Direito Administrativo**. 28.ed. São Paulo: Atlas, 2015

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. **Possibilidades e Limites do Controle Judicial sobre as Políticas Públicas de Saúde: um contributo para a dogmática do direito à saúde**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

G1.GLOBO. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mg/centro-oeste/noticia/2015/09/a-pos-prazo-judicial-falta-de-leitos-de-uti-pelo-sus-continua-em-divinopolis.html>>. Acesso em: 17 de julho de 2015.

GOUVÊIA, MARCOS MASELLI. **O Controle Judicial das Omissões Administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003

JORNAL NACIONAL. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2015/05/medicos-denunciam-mortes-por-falta-de-leitos-de-uti-em-teresina.html>>. Acesso em: 17 de julho de 2015.

MAIS MÉDICOS. Disponível em: <<http://maismedicos.gov.br/conheca-programa>>. Acesso em: 17 de julho de 2015.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 32.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Decio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 38.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico: doutrina e jurisprudência**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29.ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2012.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Sistema de Informação do Programa Nacional de Imunizações**. Disponível em: <<http://pni.datasus.gov.br/apresentacao.asp>>. Acesso em: 17 de julho de 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência.** 7.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Disponível em: <<http://www.who.int/about/governance/es/>>. Acesso em: 20 de março de 2015.

PORTAL DA SAÚDE. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/acoes-e-programas>>. Acesso em: 17 de julho de 2015.

_____. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/secretarias/454-sas-raiz/dab/upa/l1-upa/9667-documento-prioritario>>. Acesso em: 17 de julho de 2015.

_____. **Programa Academia da Saúde.** Disponível em: <http://portal.saude.saude.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=13812&Itemid=766>. Acesso em: 17 de julho de 2015.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação cível nº 00044675-94.2010.8.19.0001. Doralice Doraci de Araujo e Município do Rio de Janeiro e outro. Relatora: Desembargadora Cristina Tereza Gaulia. 05 mai. 2015. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004C8FFEBE1DF8A10D6AFCFA488025AF94CC5031383F14>>. Acesso em: 08 de setembro de 2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS EM FACE DO ESTADO E RESPECTIVA AUTARQUIA - DANO À SAÚDE POR OMISSÕES DE ATENDIMENTO MÉDICO AO LONGO DO TEMPO. Apelação cível nº 00048262520128260495 SP 0004826-25.2012.8.26.0495. Claudemir Dodo de Oliveira e Fazenda do Estado de São Paulo. Relator: Desembargador Ponte Neto. 10 jun. 2015. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/197558759/apelacao-apl-48262520128260495-sp-00048262520128260495>>. Acesso em: 08 de setembro de 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil.** Disponível em: <<http://>

[//www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf) f>. Acesso em: 08 de agosto de 2015.

_____. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde:** algumas aproximações. Disponível em: <[revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html)>. Acesso em: 20 de julho de 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37.ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2014.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil:** doutrina e jurisprudência. 7.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.