
SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS FRENTE ÀS AÇÕES JUDICIAIS

Isabella Fernanda Semprebon Tolardo¹

Ivo Marcos de Oliveira Tauil²

RESUMO

O presente trabalho analisa o direito à saúde como um direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988, traçando uma análise das dimensões dos direitos, com ênfase nos direitos sociais. Aborda quanto ao Sistema Único de Saúde como conjunto de ações e serviços prestados pelos entes federados com objetivo de garantir o acesso à saúde à população, bem como seus princípios e base de financiamento, nos termos da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Além disso, dispõe quanto a responsabilidade civil do Estado na efetivação da promoção, recuperação e proteção dos serviços de saúde. Analisa, ainda, a intervenção do poder judiciário no intuito de garantir esse direito previsto constitucionalmente, além de dispor quanto à judicialização da saúde e seu impacto na gestão pública. Apresenta as repartições de competências dentro do sistema único de saúde e demonstra a responsabilidade de cada ente federado, destaca, ainda, a recente jurisprudência no Supremo Tribunal Federal no que tange à responsabilidade estatal no fornecimento dos serviços de saúde.

Palavras-chave: sistema único de saúde; responsabilidade solidária; judicialização; assistência à saúde; direito fundamental.

181

ABSTRACT

The present work seeks to analyze the right to health as a fundamental right provided for in the Federal Constitution of 1988, outlining an analysis of the dimensions of rights, with emphasis on social rights. It addresses the Unified Health System as a set of actions and services provided by federated entities with the objective of guaranteeing access to health for the population, as well as its principles and funding base, under the terms of Law 8,080, of September 19, 1990. In addition, it provides for the civil liability of the State in carrying out the promotion, recovery and protection of health services. It also analyzes the intervention of the judiciary in order to guarantee this constitutionally provided right, in addition to providing for the judicialization of health and its impact on public management. It presents the divisions of competence within the unified health system and demonstrates the responsibility of each federated entity, it also highlights the recent jurisprudence in the Federal Supreme Court regarding state responsibility in the provision of health services.

Keywords: unified health system; joint liability; judicialization. health assistance; fundamental right.

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Filadélfia (UNIFIL).

² Docente no Centro Universitário Filadélfia (UNIFIL) e procurador municipal, Mestre em direito pela ITE.



SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS. 3 SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. 4 RESPONSABILIDADE ESTATAL NA ASSISTÊNCIA À SAÚDE. 5 O DIREITO À SAÚDE E O PODER JUDICIÁRIO 5.1 DIRECIONAMENTO DO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO JUDICIAL 6. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Aborda-se o direito à assistência à saúde, assegurado pela Constituição Federal de 1988, como um direito social de todo cidadão e um dever do Estado, sendo um bem jurídico indissociável do direito à vida, o qual é tutelado no ordenamento jurídico brasileiro como um direito fundamental, versando quanto a contínua evolução dos respectivos direitos a fim de atender às exigências históricas e sociais.

Também, discute-se quanto ao Sistema Único de Saúde, como sendo a principal instituição jurídica responsável pela execução de ações e serviços públicos de saúde no Brasil. Analisa, inclusive, quanto o modelo de atenção à saúde, principalmente quanto aos princípios constitucionais que regem o respectivo sistema e, também, quanto a diversidade na base de financiamento.

Além disso, analisa a ótica da responsabilidade do Estado na prestação de serviços e ações de assistência à saúde, bem como os requisitos configuradores da responsabilidade, ante as prerrogativas na sua atuação em razão da supremacia do interesse público em face dos interesses privados e do princípio da isonomia, abordando, também, quanto a competência e responsabilidade dos entes federados para garantia e concretização do direito à saúde, visando à promoção, proteção e recuperação das ações e dos serviços voltados à saúde.

Por fim, analisa casos em que a prestação do serviço de saúde não é suportada pela estrutura orçamentária e financeira do Estado, ante a ausência de recursos financeiros para garantir todos os tratamentos existentes, gerando omissão do poder público, acarretando a necessidade de intervenção do Poder Judiciário a fim de garantir a efetivação do direito à saúde, através de decisões autorizativas as quais impõe ao Estado a concessão de benefícios ao cidadão, colocando efetivamente o direito em prática, também aborda os respectivos impactos na política de saúde pública, analisando as jurisprudências predominantes no ordenamento jurídico brasileiro ante à judicialização da saúde.

182



2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

A história evolutiva dos direitos se pauta em sucessivas reorganizações administrativas e edições de normas legais, as quais sofreram inúmeras intervenções ao longo dos últimos anos, adequando-se conforme a construção social e histórica, sendo que o estabelecimento do Estado Social de Direito no Brasil surgiu através da Assembleia Constituinte de Weimar, na República alemã, em 1919 e com a Constituição do México de 1917, positivando, a partir de então, os direitos fundamentais e sociais, influenciando, intensamente, a Constituição brasileira de 1934 (LENZA. 2021). Assim expõe o doutrinador José Afonso da Silva:

O texto da Declaração de 1789 é de estilo lapidar, elegante, sintético, preciso e escoreito, que, em dezessete artigos, proclama os princípios da liberdade, igualdade, da propriedade e da legalidade e as garantias individuais liberais que ainda se encontram nas declarações contemporâneas [...] a ordem social, como a ordem econômica, adquiriu dimensão jurídica a partir do momento em que as constituições passaram a discipliná-las sistematicamente, o que teve início com a Constituição mexicana de 1917. No Brasil, a primeira constituição a inscrever um título sobre a ordem econômica e social foi a de 1934, sob a influência da Constituição alemã de Weimar, o que continuou nas constituições posteriores (SILVA, 2005, p.158).

183

Importante elencar a distinção entre direitos e garantias fundamentais, que, conforme menciona Alexandre de Moraes (MORAES, 2016), as disposições meramente declaratórias, as quais são reconhecidas legalmente, tratam-se dos direitos, enquanto as garantias são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e gozo daqueles bens e vantagens, tratando-se, portanto, de disposições assecuratórias (MORAES, 2016, p. 95).

Cumpra-se ressaltar que os direitos fundamentais não são ilimitados, em razão do princípio da relatividade e convivência das liberdades públicas, de modo que a ação do Estado encontra limites impostos pela própria Constituição, de modo que, quando houver conflito entre os direitos, deve o intérprete usar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, a fim de mesclar os bens jurídicos em conflito, obstando-se de um sacrifício total em relação aos demais, agindo de modo proporcional e harmônico, podendo ser exercidos cumulativamente, além disso, são irrenunciáveis, inalienáveis, universais e imprescritíveis (MORAES, 2016).

Importante ressaltar que os direitos fundamentais não apareceram todos de uma vez no ordenamento jurídico pátrio, surgindo em razão de uma necessidade específica da sociedade, acarretando nas gerações ou dimensões dos direitos fundamentais, as quais baseiam-se na



ordem histórica cronológica em que foram constitucionalmente reconhecidos e, com o passar da sua evolução, não haveria o abandono das conquistas da “dimensão” anterior, vedando-se a evolução reacionária (MENDES, 2002, p. 113).

De início, tem-se os bordões da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade, sendo que nos direitos de 1ª dimensão, versa-se a respeito das liberdades individuais, representando o transcurso do Estado Absolutista para o Estado de Direito ou Estado da Legalidade, em que todos são iguais perante a lei, assegurando a liberdade para todos os indivíduos, sendo oponíveis ao Estado, referindo-se às liberdades públicas e aos direitos políticos, sendo, portanto, os direitos civis e políticos a traduzir o valor liberdade (LENZA, 2021).

Já no que se refere aos direitos fundamentais de segunda geração, que diz respeito aos direitos sociais, econômicos e culturais, ligados à ideia de coletividade, correspondendo aos direitos de igualdade, sobreveio com os movimentos sociais após a Revolução Industrial, no século XIX, sendo marcado pela Primeira Guerra Mundial a fixação dos direitos sociais, no século XX. Assim destaca Celso de Mello:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade (MS 22.164, rel. min. Celso de Mello, j. 30-10-1995, P, DJ de 17-11-1995.).

Posto isso, os direitos sociais inauguraram-se com a Constituição de 1934, em seu título IV, sendo a primeira a abordar sobre o assunto Ordem Econômica e Social, atualmente, a Constituição brasileira de 1988 é clara ao mencionar o dever do Estado em propiciar a proteção à saúde (art. 196), à educação (art. 205), à cultura (art. 215), ao lazer, pelo desporto (art. 217) e outros, nesse sentido menciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

O reconhecimento dos direitos sociais não pôs termo à ampliação do campo dos direitos fundamentais. Na verdade, a consciência de novos desafios, não mais à vida e à liberdade, mas especialmente à qualidade de vida e à solidariedade entre os seres humanos de todas as raças ou nações, redundou no surgimento de uma nova geração — a terceira —, a dos direitos fundamentais (FERREIRA FILHO, 1999, p. 57).



Nessa linha, com o avanço da sociedade, deu início a 3ª dimensão dos direitos fundamentais, com alterações nas relações econômico-sociais, em que o indivíduo passa a ser inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade ou fraternidade, marcando-se por direitos transindividuais, com alto teor de humanismo e universalidade, englobando o direito a um meio ambiente equilibrado, a “uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos” (MORAES, 2016, p. 92). Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “A primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, assim, complementar o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade” (FERREIRA FILHO, 1999, p. 57).

Além disso, atualmente, tem-se a 4ª e 5ª dimensão de direitos fundamentais que, correspondem a globalização desses direitos, os quais, respectivamente, representam o direito à democracia, informação e pluralismo e o direito à paz, axioma da democracia participativa, supremo direito da humanidade (BONAVIDES, 2017).

3 SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

185

Importante ressaltar que se tratando de um Estado Democrático de Direito, tem-se que os direitos fundamentais são elementos básicos para a realização do princípio democrático e, dentre eles, há a função de prestação social que significam, em sentido estrito, direito do particular a obter algo através do Estado, como saúde, educação e segurança social (CANOTILHO, 2017), ou seja, os direitos sociais (Art. 6º, CF/88).

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL. Constituição 1988).

Assim, os direitos sociais, que aborda o direito à saúde como direito prestacional e de aplicabilidade imediata, é um direito de todos e dever do Estado, objetivando à redução do risco de doenças e outras enfermidades, através de políticas sociais e econômicas, garantindo o acesso igualitário e universal, visando a sua promoção, proteção e recuperação, competindo ao Poder Público, diretamente, através de terceiros, de pessoa física ou jurídica de direito privado, a regulamentação, fiscalização e controle, conforme disposição constitucional (Art. 196 e 197, CF/88).



No mais, há duas vertentes de direitos sociais: a natureza negativa, em que o Estado ou o particular devem abster-se de praticar atos que prejudiquem terceiros e a natureza positiva, em que o Estado tem papel prestacionista para implementar o direito, não podendo o Poder Público se mostrar indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir em grave comportamento inconstitucional.

Nessa perspectiva, a saúde é um direito subjetivo público, tendo o cidadão a faculdade de agir para ver um direito seu ser colocado em prática, ao passo que permite a possibilidade de ingresso com uma ação no Poder Judiciário a fim de exigir do Estado ou de terceiros a adoção ou a abstenção de medidas concretas em favor da saúde (Art. 197, CF/88).

A partir desse ponto de vista, a Constituição Federal estabelece que as ações e os serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado através de diretrizes: o Sistema Único de Saúde (SUS), instrumento de direito público o qual permite o desenvolvimento das atividades indispensáveis para a garantia do direito à saúde, representando, na perspectiva do direito sanitário, a principal instituição jurídica responsável pela execução de ações e serviços públicos de saúde desenvolvidas por diversas instituições de direito público no Brasil.

186

Art. 4º 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).

§ 1º Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.

§ 2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar (Art. 4º, Lei nº 8.080/90).

Além disso, a Constituição Federal também permite a iniciativa privada desenvolver ações e serviços privados de saúde, de modo suplementar – quando não tiver relação com o SUS - ou complementar (Art. 199, CF/88), o qual estabelece que as instituições privadas poderão participar do sistema único de saúde, mediante contrato de direito público ou convênio, observando suas diretrizes e princípios, como é o caso de hospitais privados, planos de saúde, laboratórios e etc.

Com efeito, no ordenamento jurídico brasileiro foram editadas as Leis 8.080, de 19/09/1990, a “Lei Orgânica da Saúde”, instituindo o SUS e, posteriormente, a Lei 8.142, de 28/12/1990, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão e na transferência de



recursos financeiros, além de decretos, portarias, resoluções e da própria Constituição Federal que estabelece as principais diretrizes, competências, parâmetros de financiamento e orienta a atuação dos agentes públicos estatais para a proteção do direito à saúde (MORAES, 2016).

[...] descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; participação da comunidade; financiamento do Sistema Único de Saúde 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. A Emenda Constitucional nº 20/98 estabeleceu que a lei definirá os critérios de transferência de recursos para o sistema único de saúde e ações de assistência social da União para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e dos Estados para os Municípios, observada a respectiva contrapartida de recursos (CF, art. 195, § 10); liberdade na assistência à saúde para a iniciativa privada; possibilidade de as instituições privadas participarem de forma complementar do Sistema Único de Saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos; vedação à destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos; vedação à participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no país, salvo nos casos previstos em lei (MORAES, 2016, p. 1308).

187

Nesse diapasão, no que tange às proposições que embasam o sistema e lhe confere legitimidade, o Art. 196 da Constituição Federal, estabelece que “O Estado deve garantir o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços públicos de saúde”, de maneira que as ações e os serviços públicos de saúde realizados no SUS, devem ser acessíveis a todos que necessitem e fornecidos de forma igualitária, sem discriminações de qualquer natureza, de modo gratuito, de acesso universal.

Além disso, o Art. 37 da Constituição Federal, dispõe que a Administração Pública, direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados-Membros, do Distrito Federal e dos Municípios, deve obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, de modo que tais princípios também se aplicam à gestão do SUS.

Ademais, a Lei nº 8.080/90, em seu Art. 7º, menciona como princípios do SUS:

[...] universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; integralidade de assistência, entendida como 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; preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde; divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços



de saúde e a sua utilização pelo usuário; utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática; participação da comunidade; descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo: ênfase na descentralização dos serviços para os municípios e regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde; integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico; conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população; capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos e organização de atendimento público específico e especializado para mulheres e vítimas de violência doméstica em geral, que garanta, entre outros, atendimento, acompanhamento psicológico e cirurgias plásticas reparadoras (Art. 7º, Lei nº 8.080/90).

No que se refere ao princípio da universalização, compete ao Estado adotar medidas assecuratórias para garantir o direito à saúde, por meio de ações e serviços, à todas as pessoas, sem preconceitos ou privilégios, sendo vedada a discriminação de grupos independentemente qualquer tipo de seguro-saúde, de modo que todos os brasileiros e estrangeiros que vivem no Brasil, devem ter “acesso aos serviços de saúde, em todos os níveis de assistência”, nos termos do Art. 7º, I, da Lei 8.080/90. Nesse sentido:

188

O princípio da generalidade, também chamado, com mais propriedade, de universalidade dos serviços públicos – que alguns vêem como um princípio autônomo –, é uma manifestação do princípio da igualdade, isto é, a possibilidade de que o serviço possa ser exigido e usado por todos. Significa que os mesmos devem atender a todos que deles necessitem, indistintamente, independentemente do poder aquisitivo, satisfeitas as condições para sua obtenção. Sua manutenção daqueles que tenham a competência para instituí-los quanto daqueles que os executem (GROTTI, 1998, p. 288).

Já o princípio da integralidade busca atender pessoas como um todo, pretendendo englobar todas as suas necessidades, para garantir a atuação entre as áreas que tenham repercussão na saúde, buscando a qualidade de vida dos indivíduos, devendo garantir a todos o direito de atenção à saúde sempre que necessitar, em qualquer situação de risco ou doença, conforme a necessidade. Nas palavras de Guido Ivan Carvalho e Lenir dos Santos:

O direito à integralidade de assistência terapêutica não pode ser aleatório e ficar sob a mais total independência reivindicatória do cidadão e da liberdade de os profissionais de saúde indicarem procedimentos, exames, tecnologias não incorporadas ao sistema, devendo a conduta profissional pautar-se por protocolos, regulamentos técnicos e outros parâmetros técnico-científico-biológicos, respaldados pela comunidade científica (CARVALHO, 2006, p. 68).



Além disso, no que tange ao princípio da igualdade, busca-se atenuar desigualdades, adequando-se conforme as diferentes necessidades, tratando desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades, dando maior investimento conforme o carecimento, estabelecendo uma igualdade de tratamento baseada em critérios universais que afetem todos igualmente:

Com efeito, sendo encarregada de gerir interesses de toda a coletividade, a Administração não tem sobre estes bens disponibilidade que lhe confira o direito de tratar desigualmente àqueles cujos interesses representa. Não sendo o interesse público algo sobre que a Administração dispõe a seu talento, mas, pelo contrário, bem de todos e de cada um, já assim consagrado pelos mandamentos legais que o erigiram à categoria de interesse desta classe, impõe-se, como consequência, o tratamento impessoal, igualitário ou isonômico que deve o Poder Público dispensar a todos os administrados. Uma vez que os interesses que lhe incumbe prosseguir são pertinentes à Sociedade como um todo, quaisquer atos que os órgãos administrativos pratiquem devem, necessariamente, refletir, na medida do possível, a igualdade de oportunidades para todos os administrados. “Todos são iguais perante a lei [...]”, proclamam habitualmente as Constituições (MELLO, 2006. p. 79).

Conforme o princípio da participação popular, há a possibilidade de intervenção da sociedade através da Conferência de Saúde e do Conselho de Saúde, a fim de controlar e avaliar a execução da política de saúde, possibilita a intervenção da sociedade como meio de exercício democrático e revela-se de especial importância na organização do sistema (Art. 198, CF/88).

189

O SUS é regido também pelo princípio da regionalização e hierarquização (Art. 7º, XII e Art. 8º da Lei 8.080/90), o qual consiste na organização de serviços conforme sua complexidade, visando um comando unificado dos serviços existentes e garantindo seu acesso nos limites dos recursos existentes em cada região, além disso, no que se refere à descentralização, tem-se a redistribuição de responsabilidade e de poder entre os três entes federados, sendo cada esfera autônoma e soberana nas decisões e exercícios de saúde.

A organização da rede de ações e serviços de saúde, descentralizada, regionalizada e hierarquizada, distribuída geograficamente, deve considerar, pelo menos, a distribuição da população nas regiões, a realidade epidemiológica e social de cada uma, e os meios de locomoção e transporte existentes, para que seja garantido o acesso da população a todos os níveis de complexidade dos serviços. (BRASIL, 2003)

Quanto ao financiamento, o Art. 195 da Constituição Federal dispõe que a seguridade social será financiada por toda a sociedade de forma direta e indireta, dissertando como se dará



o financiamento destinado à seguridade social, sendo que o SUS é financiado pelas três esferas de governo (federal, estadual e municipal), no que tange à esfera federal.

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais (BRASIL, 1988).

Desta forma, verifica-se que o SUS é custeado com os recursos oriundos do orçamento da seguridade social e com os recursos fiscais da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de outras fontes, ressalta-se, todavia, que não há um orçamento conjunto dos entes federados para a seguridade social, existindo somente o orçamento federal da seguridade social, de modo que os demais entes, terão recursos próprios para a aplicação do mínimo em saúde (WEICHERT, 2004).

No que refere aos percentuais de financiamento no âmbito do SUS, a Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012 define que os municípios devem aplicar anualmente, no mínimo, 15% da arrecadação dos impostos em ações e serviços públicos de saúde e, os estados, no mínimo 12%, e no que se refere ao Distrito Federal, este utiliza os dois percentuais, dependendo do tipo de receita, já no que tange à União, o valor deve corresponder ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, acrescido do percentual relativo à variação do Produto Interno Bruto (PIB) do ano antecedente ao da lei orçamentária anual (BRASIL, 2003, p. 70).

190

4 RESPONSABILIDADE ESTATAL NA ASSISTÊNCIA À SAÚDE

A atuação do Estado perante o cidadão acarreta limitações na atividade administrativa, tendo a obrigação de ressarcir os danos causados a terceiros por atos ilícitos e lícitos, omissivos ou comissivos, praticados em virtude das atividades estatais, além disso, a indenização ocorrerá por danos emergentes e por lucros cessantes - a deve abarcar o que a vítima perdeu de fato, o que deixou de ganhar em razão direta ou indireta ao ato lesivo da Administração Pública - além de honorários advocatícios, correção monetária e juros de mora, em caso de pagamento em atraso, bem como a possibilidade de indenização por danos morais (Art. 5º, V, CF/88).

Nessa mesma perspectiva, a responsabilidade civil baseia-se no risco administrativo, portanto, objetiva, sendo exigido a ocorrência do dano, seja por ação ou omissão administrativa,



a existência de nexos causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa e a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (Art. 37, §6º, CF/88).

Os requisitos configuradores da responsabilidade civil do Estado são: ocorrência do dano; nexos causal entre o *eventus damni* e a ação ou omissão do agente público ou do prestador de serviço público; oficialidade da conduta lesiva; inexistência de causa excludente da responsabilidade civil do Estado no Direito brasileiro (MORAES; 2016, p. 605)

Assim, a responsabilidade objetiva não é absoluta, na medida que há excludentes e atenuantes da responsabilidade do Estado, sendo afastada ou amenizada em caso fortuito ou força maior ou quando comprovada culpa exclusiva da vítima e, em caso de culpa concorrente, a responsabilidade civil do Estado é mitigada:

A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado [...] baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administradores e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais [...] permite que o Poder Público demonstre a culpa da vítima para excluir ou atenuar a indenização (MEIRELLES; 2016 p. 780).

191

Nesse sentido, inclusive, é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, em relação à responsabilidade civil do Poder Público:

A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. 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 condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 – RTJ 71/99 – RTJ 91/377 – RTJ 99/1155 – RTJ 131/417).



Ressalte-se que a responsabilidade civil é independente da criminal e da administrativa, não confundindo-se entre elas, na medida que um mesmo ato pode acarretar as responsabilidades em todas as áreas concomitantemente, além disso, por tratar-se de instâncias independentes, a absolvição do servidor na esfera criminal não retira a responsabilidade civil do Estado, a não ser quando comprovada culpa exclusiva da vítima.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou quanto o dever do Estado de prestar serviços e ações de saúde, dispondo quanto a competência administrativa comum e a responsabilidade solidária dos entes federados, visando à garantia e concretização do direito à saúde, nos seguintes termos:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS PESSOAS POLÍTICAS QUE INTEGRAM O ESTADO FEDERAL BRASILEIRO, NO CONTEXTO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) COMPETÊNCIA COMUM DOS ENTES FEDERADOS (UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS) em tema de proteção e assistência à saúde pública e/ou individual (cf, art. 23, ii) determinação constitucional que, ao instituir o dever estatal de desenvolver ações e de prestar serviços de saúde, torna as pessoas políticas responsáveis solidárias pela concretização de tais obrigações jurídicas, o que lhes confere legitimação passiva. ad causam. nas demandas motivadas por recusa de atendimento no âmbito do sus. consequente possibilidade de ajuizamento da ação contra um, alguns ou todos os entes estatais. precedentes. RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (STF - RE: 836238 RN, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 04/11/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-230 DIVULG 21-11-2014 PUBLIC 24-11-2014).

192

Assim, tal prerrogativa permite ao indivíduo buscar os serviços públicos de saúde tanto pela via administrativa quanto pela via judicial, sendo legítimos para responder à demanda qualquer um dos entes federados, podendo todos os entes federados serem demandados solidariamente como litisconsortes passivos nas demandas em que se requer o fornecimento de serviço de saúde.

5 O DIREITO À SAÚDE E O PODER JUDICIÁRIO

Conforme exposto, o direito à saúde é um dever do Estado e da sociedade, sendo que para melhor promoção, proteção e recuperação das condições de saúde, fora editada a Lei nº 8.080/90, a qual prevê a saúde como um direito fundamental e o dever do Estado em garantir o seu pleno exercício:



Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade. (BRASIL, 1990).

Considerando que a assistência à saúde é de competência comum dos entes federativos, todos possuem atribuições voltadas à atenção à saúde:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, a Lei nº 8.080/90 atribui à União a condição de gestora, competindo, dentre outras atribuições, a prestação de cooperação técnica e financeira aos entes federativos, além da elaboração de normas reguladoras das relações entre o SUS e os serviços privados contratados, descentralização dos serviços e ações de saúde de abrangência estadual e municipal aos respectivos estados e municípios, bem como acompanhar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde, respeitadas as competências estaduais e municipais (BRASIL, 1990, Art. 16).

193

No que tange à competência estadual, em síntese, compete a descentralização dos serviços e ações de saúde aos municípios, bem como a colaboração técnica e financeira, a execução supletiva das ações e serviços de saúde municipais, além de formular, executar, acompanhar e avaliar a política de insumos e equipamentos para a saúde e a criação de normas para o controle e avaliação das ações e serviços de saúde, em caráter suplementar (BRASIL, 1990, Art. 17).

Por fim, no que se refere à competência dos Municípios, compete a execução direta dos serviços públicos de saúde e da política de insumos e equipamentos, bem como celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde e o controle e avaliação da execução e dos procedimentos adotados (BRASIL, 1990, Art. 18), ocorre que, as vezes, é indispensável a intervenção do poder judiciário para garantia do fornecimento à saúde pelos entes públicos. Inclusive:



Os recursos necessários ao custeio dos medicamentos (e de tudo o mais) são obtidos através da cobrança de tributos. E é o próprio povo – que paga os tributos – quem deve decidir preferencialmente, por meio de seus representantes eleitos, de que modo os recursos públicos devem ser gastos e que prioridades serão atendidas em cada momento. A verdade é que os recursos públicos são insuficientes para atender a todas as necessidades sociais, impondo ao Estado a necessidade permanente de tomar decisões difíceis: investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros. A decisão judicial que determina a dispensação de medicamento que não consta das listas em questão enfrenta todo esse conjunto de argumentos jurídicos e práticos (BARROSO, 2007).

Nesse seguimento, nem sempre o Estado consegue exercer efetivamente o fornecimento de todas as demandas da população, visto que não dispõe recursos financeiros suficientes para garantir todos os tratamentos existentes a todos, em razão do princípio da reserva do possível, sendo crucial o papel do poder judiciário a fim de garantir que o direito seja colocado em prática, entrando o papel da judicialização, que, segundo o ministro Luís Roberto Barroso:

Significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo [...] A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria (BARROSO, 2008).

194

Nesse sentido, juízes e tribunais determinam o fornecimento de ações e serviços no âmbito da saúde pelo Poder Público os quais nem sempre são suportados pela estrutura orçamentária e financeira do Estado, de modo que a população recorre à intervenção do Poder Judiciário, que, levando em consideração a necessidade e a urgência de determinados caso, tutela os direitos subjetivos pleiteados, visando salvaguardar o direito à vida.

Conforme dispõe o Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (CONASEMS, 2021), o número de ações judiciais vem crescendo exponencialmente nos últimos anos, em todas as esferas federativas que, na maioria, se referem a tratamentos de alto custo não incorporados ao SUS, o que impacta no orçamento da saúde em razão dos gastos com a judicialização, representando um gasto significativo, sendo necessário o redirecionamento de recursos das secretarias e do Ministério da Saúde, criando certa ineficiência no sistema, na medida que destina grande parte de seus recursos às decisões judiciais. A propósito:



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 perante os elaboradores e 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 governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias” (MENDES, 2012, p. 1221).

Além disso, o crescimento de forma intensa das ações judiciais, aumenta, conseqüentemente, a atuação do poder judiciário em esfera de competência originária da função executiva, considerando que, conforme disposição constitucional, a saúde deve ser garantida mediante políticas sociais e econômicas, que são de competência originária do poder executivo e não do poder judiciário. A título de exemplo, segundo dados publicados pelo Conselho Nacional de Justiça, as ações judiciais já ultrapassaram 2,5 milhões de processos entre os anos de 2015 e 2020 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021).

5.1 Direcionamento do cumprimento da obrigação judicial

É crucial a análise do responsável para responder a uma demanda judicial referente aos tratamentos médicos e arcar com os custos de seu fornecimento e tratamento, visto que além de aplicar o percentual mínimo previsto constitucionalmente, a judicialização pode comprometer grande parte do orçamento da saúde, sobrecarregando uma esfera em detrimento da outra, de modo que dificulta a gestão da política de saúde, desestruturando e desorganizando as políticas do SUS.

Nessa perspectiva, a judicialização traz a obrigação do ente federativo fornecer tratamentos que não são necessariamente de sua responsabilidade, trazendo dificuldades financeiras, logísticas e administrativas, visto que diverge do que dispõe a política pública, nesse sentido, buscou-se a solução de tal empecilho através da decisão do Recurso Extraordinário (RE) 855.178/2019, de relatoria do ministro Luiz Fux, que teve repercussão geral reconhecida, alusiva à responsabilidade dos entes federados para o fornecimento de medicamentos e tratamentos deferidos por decisão judicial, firmando-se a seguinte tese:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. DESENVOLVIMENTO DO PROCEDENTE. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE DE



SOLIDÁRIA NAS DEMANDAS PRESTACIONAIS NA ÁREA DA SAÚDE. DESPROVIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. 1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. 2. A fim de otimizar a compensação entre os entes federados, compete à autoridade judicial, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, direcionar, caso a caso, o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. 3. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União. Precedente específico: RE 657.718, Rel. Min. Alexandre de Moraes. 4. Embargos de declaração desprovidos. (STF - RE: 855178 SE, Relator: LUIZ FUX, Data de Julgamento: 23/05/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 16/04/2020).

Assim, verifica-se o entendimento do STF que os entes federativos são solidariamente responsáveis em demandas por tratamentos médicos, de modo que qualquer ente pode compor o polo passivo de uma demanda judicial cujo objeto seja qualquer demanda de saúde contra o SUS, cabendo aos juízes analisarem as regras de repartição de competências, visando o direcionamento ao ente responsável pelo tratamento segundo as normativas que regem o SUS, determinando o ente responsável por custear o fornecimento do tratamento.

196

A decisão fixou a seguinte tese no Tema de Repercussão Geral 793:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro (STF, 1995).

Além disso, no que se refere às demandas por tratamentos não incorporados ao SUS, as quais nenhum ente federativo possui a responsabilidade de financiamento, aquisição e fornecimento do tratamento almejado, o STF também já se pronunciou a respeito, manifestando-se quanto a possibilidade de fornecimento pelo SUS por ordem judicial, de medicamentos sem registro na Anvisa, de modo excepcional, devendo necessariamente, serem propostas em face da União, conforme Recurso Extraordinário 657.718/2019 que firmou o Tema 500:

1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a



concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União. (BRASIL. STF).

Assim, crucial o papel do magistrado em direcionar o cumprimento da obrigação, nos termos do Tema 793 do STF, bem como analisar se o objeto da ação está incorporado pelo SUS, devendo constar a União no polo passivo, em caso de ausência de registro na ANVISA, conforme Tema 500, a fim de melhor garantir a eficiência das políticas públicas.

6 CONCLUSÃO

Como visto, os direitos fundamentais dividem-se em gerações, na medida que surgiram gradativamente. Os de primeira geração referem-se à liberdade e aos direitos civis e políticos e, os de segunda aos direitos sociais, culturais e econômicos, além dos direitos de coletividade, que correspondem aos direitos de igualdade e, no de terceira, passa a ter direitos de solidariedade e fraternidade. Assim, o direito à saúde como direito social fundamental, de segunda geração, assegurado pela Constituição Federal de 1988, conforme previsão em seu Art. 6º e Art. 196, é um bem jurídico indissociável do direito à vida, tendo o Estado o papel de garantir sua efetivação.

Sabendo disso, a atual Carta Magna brasileira estabelece que as ações e os serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo o sistema único de saúde, o qual é abordado pela Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, o qual é o instrumento de direito público o qual permite o desenvolvimento das atividades indispensáveis para a garantia do direito à saúde.

No mais, sob a ótica da responsabilidade do Estado na prestação de serviços e ações de assistência à saúde, a fim de dar garantia a previsão constitucional, tem-se que a responsabilidade é solidária, na medida em que compete a todos os entes federados o fornecimento dos serviços e cuidados da área de saúde, conforme prevê a Constituição Federal em seu Art. 23, II.



Além disso, conclui-se que quando o poder público é omissivo na prestação de serviços voltados à saúde, o Poder Judiciário deve intervir visando à efetivação da garantia do direito à saúde que, analisando as jurisprudências predominantes no ordenamento jurídico brasileiro ante à judicialização da saúde, qualquer ente pode compor o polo passivo de uma demanda judicial cujo objeto seja qualquer demanda de saúde contra o sistema único de saúde, cabendo aos juízes analisar as regras de repartição de competências, visando o direcionamento ao ente responsável pelo tratamento segundo as normativas que regem o sistema único de saúde, determinando o ente responsável por custear o fornecimento do tratamento.

Conclui-se, portanto, que o magistrado tem o papel de direcionar o cumprimento da obrigação, conforme entendimento do Tema 793 do Supremo Tribunal Federal, bem como analisar se o objeto da ação está incorporado pelo sistema único de saúde, devendo constar a União no polo passivo, em caso de ausência de registro na ANVISA, conforme entendimento do Tema 500, a fim de melhor garantir a eficiência das políticas públicas e gestão do orçamento.

REFERÊNCIAS

198

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. **Sistema Único de Saúde (SUS): princípios e conquistas**. Brasília: Ministério da Saúde: 2000.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde, Departamento de Gestão da Educação na Saúde. **Direito sanitário e saúde pública**. Brasília: Ministério da Saúde, 2003.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. **Manual de direito sanitário com enfoque na vigilância em saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 406.

CARVALHO; Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. **SUS – Sistema Único de Saúde. Comentários à Lei Orgânica da Saúde**. Leis n. 8.080/90 e 8.142/90. 4. ed. Campinas: Editora Unicamp, 2006.

CONASEMS. **Direito à saúde, judicialização e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. 2021.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.



GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Judicialização e saúde: ações para acesso à saúde pública de qualidade**. Brasília: CNJ, 2021.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2016

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Direito Constitucional**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 32. ed. rev. e atual. até a EC nº 91, de 18 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016.

NOGUEIRA, Marcia Coli. **O Tema 793 do STF e o direcionamento do cumprimento das prestações na área de saúde conforme as regras de repartição de competências estabelecidas no SUS**. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/558>. Acesso em: 12 set. 2023.

199

PEDRON, Flávio Quinaud; DUARTE NETO, João Carneiro. Transformações do entendimento do STF sobre o direito à saúde. **Revista de Informação Legislativa**, v. 55, n. 218, p. 99-112.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

STF. Pleno – MS nº 22.164/SP – Rel. Min. Celso de Mello. Diário da Justiça, Seção I, 17 nov. 1995, p. 39.206.

WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e federação na Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

