

CÁSSIA ALVES DOS SANTOS SACRAMENTO

DIREITO À SAÚDE E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA

2021

CÁSSIA ALVES DOS SANTOS SACRAMENTO

DIREITO À SAÚDE E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor M.e Alessandro Gonçalves da Paixão.

CÁSSIA ALVES DOS SANTOS SACRAMENTO

DIREITO À SAÚDE E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Anápolis, 26 de maio de 2021.

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Acima de tudo, sou imensamente grata a Deus, por ter me iluminado e me guiado na escolha do curso, por estar me proporcionado a oportunidade de alcançar meus objetivos, por tornar meu sonho possível, por ter me dado saúde e determinação para não desaminar na realização deste trabalho de conclusão de curso, assim como, durante toda minha vida acadêmica e, na sua infinita bondade me ajudou a superar todos os obstáculos encontrados no decorrer desses 5 anos de trajeto acadêmico, obrigada Deus pelo amparo e fortaleza, sem Deus nada teria sido possível.

Agradeço a meu Esposo que me apoiou e incentivou quando dei início a carreira acadêmica, bem como, durante todo percurso, a Ele devo minha gratidão pelo companheirismo, pela paciência e, compreensão nos momentos que precisei ficar ausente para me dedicar aos estudos.

Sou grata aos meus Pais, pelos imensos esforços que fizeram para que eu tivesse a melhor educação, pelo incentivo e dedicação aos meus estudos, pelo amor incondicional e por tudo que fizeram por mim.

Chegar até aqui na elaboração deste TCC, significa que estou na fase final da graduação, nesse momento, não posso deixar de expressar minha gratidão a todos os professores que contribuíram e estão contribuindo para minha formação acadêmica, me proporcionando os melhores ensinamentos possíveis, obrigada pelas ricas experiências e conhecimentos compartilhados que vou levar pra vida profissional.

Agradeço a meu Orientador, profissional ético e comprometido, que aceitou me orientar nesta monografia e, quando apresentei meu tema apoiou e incentivou a minha pesquisa, muitíssimo obrigada pelas orientações.

Expresso minha gratidão aos meus familiares, amigos e a todos que de alguma forma contribuíram para minha pesquisa e para meu crescimento acadêmico e profissional, meus sinceros votos de agradecimentos a todos.

RESUMO

O estudo tem como escopo inicial analisar se o direito à saúde engloba a assistência integral, se deve ser prestada de forma completa sem exclusão de doença, especificadamente no tocante ao fornecimento de fármacos de alto custo e ao custeio de UTI em rede privada na falta de UTI na rede pública, bem como, fará conexão com princípio máximo da matriz constitucional que é a dignidade da pessoa humana, com o direito à vida e com a teoria da reserva do possível. Com a promulgação da CF/88 e a redemocratização do País, os direitos fundamentais se fortaleceram, com isso, o Judiciário tornou-se legítimo a intervir em caso de omissão na prestação de saúde, nessa seara, a população tem procurado cada vez mais a tutela judicial em busca da efetividade desse direito. Assim, será apresentado casos julgados pelos Tribunais sobre o assunto. Ademais, insta salientar a competência e o tipo de responsabilidade dos Entes Federados (União, Estados e Municípios) para o fornecimento de UTI e medicamento de alto custo e, como desígnio final tem o propósito de analisar se é cabível dano moral em caso de omissão Estatal nas demandas de saúde. Apresente pesquisa adotou o método bibliográfico para estruturação dos argumentos.

Palavras-chave: Direito. Saúde. Responsabilidade. Estado. Medicamento.

ABSTRACT

The study's initial scope is to analyze whether the right to health encompasses comprehensive care, whether it should be provided in a complete manner without exclusion of disease, specifically with regard to the supply of high-cost drugs and the cost of ICU in a private network in the absence of The ICU in the public network, as well as, will make connection with the maximum principle of the constitutional matrix, which is the dignity of the human person, with the right to life and with the theory of the reserve of the possible. With the promulgation of CF / 88 and the re-democratization of the country, fundamental rights were strengthened, with that, the Judiciary became legitimate to intervene in case of omission in the provision of health, in this area, the population has increasingly sought to judicial protection in search of the effectiveness of this right. Thus, cases judged by the Courts on the matter will be presented. Furthermore, it urges to highlight the competence and the type of responsibility of the Federated Entities (Union, States and Municipalities) for the supply of ICU and high-cost medication and, as a final design, it has the purpose of analyzing whether moral damage is applicable in case of omission State health demands. Present research adopted the bibliographic method for structuring the arguments.

KEYWORDS: Right. Health. Responsibility. State. Medication.

LISTA DE ABREVIATURAS

ART. – Artigo

AG. REG. – Agravo Regimental

C.C/2002 – Código Civil de 2002

CF - Constituição Federal

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

DJe – Diário de Justiça Eletrônico

Emb. de Decl. – Embargos de declaração

MPMG – Ministério Público do Estado de Minas Gerais

MPPA – Ministério Público do Estado do Pará

OMS – Organização Mundial de Saúde

RE – Recurso Extraordinário

RENAME – Relação Nacional de Medicamentos Essenciais

Resp. – Recurso Especial

RN – Rio Grande do Norte

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

SP – São Paulo

SUS – Sistema Único de Saúde

TJGO – Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

TJRN – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte

TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

UTI – Unidade de Terapia Intensiva

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I – DO DIREITO À SAÚDE	04
1.1 À saúde como direito fundamental.....	04
1.2 O direito à saúde na Constituição Federal de 1988.....	09
1.3 Relação entre os direitos fundamentais à saúde, à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana com a reserva do possível.....	14
CAPÍTULO II - JUDICIALIZAÇÃO À SAÚDE	19
2.1 Judicialização para acesso a leitos de UTI.....	19
2.2 Judicialização para acesso a medicamento de alto custo que não consta na lista do SUS e o posicionamento do STF sobre o tema.....	23
2.3 Entendimentos sobre a teoria da reserva do possível.....	26
CAPÍTULO III – RESPONSABILIDADE ESTATAL	31
3.1 Competência e tipo de responsabilidade dos Entes Federados para o fornecimento de UTI e medicamento de alto custo.....	31
3.1.1 Competência.....	31
3.1.2 Tipo Responsabilidade.....	33
3.2 Casos julgados pelos Tribunais referente a custeio de UTI em rede privada em falta de UTI em rede pública e fornecimento de medicamento de alto custo.....	36
3.2.1 Recurso Especial nº 1.803.426 – RN.....	36
3.2.2 Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 5.448 Goiás.....	38
3.2.3 Caso excepcional - Medida Cautelar na Suspensão de Segurança nº 5431.....	40
3.3 Dano moral decorrente da omissão Estatal na prestação do serviço de saúde....	41
CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS	50

INTRODUÇÃO

A presente monografia visa analisar e discorrer sobre o direito fundamental à saúde e a responsabilidade dos Entes Federados em garantir a assistência integral, será apresentada questões primordiais de uma forma ampla. Pois, desde das épocas passadas até os dias atuais é comum as dificuldades enfrentadas por enfermos e familiares, para conseguir a efetividade da assistência necessária e digna à saúde a pessoa humana.

A responsabilidade estatal pelo fornecimento de um serviço médico hospitalar, que seja digno e capaz de assegurar as necessidades do enfermo, abrange o sentido *latu sensu*, englobando vagas em Unidades de Terapias Intensivas, é importante salientar que a maioria das Unidades de terapias Intensivas dos hospitais públicos chegaram a ficar saturadas, diante disso, faz se necessário estabelecer uma análise da responsabilidade civil quando o Estado é omissos diante de tais situações.

Os medicamentos de alto custo também é um problema enfrentado por aqueles que são acometidos por determinadas enfermidades, inclusive o assunto tem chegado aos Tribunais Superiores. Sobre esse enfoque, há muitas discussões sobre o fornecimento desses tipos de medicamentos pelo Estado, principalmente quando se trata de fármaco que não consta na lista do SUS.

A Constituição Federal de 1988 foi um marco histórico na proteção da saúde, com o advento da Carta Política brasileira é importante notar que os direitos sociais e garantias fundamentais se fortaleceram ganhando tamanha importância teórica e prática. Com isso, em um Estado de direito democrático, a população tem o respaldo constitucional e não tem mais medo de buscar e fazer valer os seus direitos,

nesse sentido, cada dia tem aumentado a procura pelo Poder judiciário em busca da efetividade desses direitos fundamentais, o que denomina o fenômeno da judicialização à saúde.

O tema apresentado justifica-se pelo fato de ser de grande relevância social, pois trata do direito do bem jurídico mais precioso, que é a vida. Sendo dever do Estado, previsto tanto na matriz constitucional como em leis esparsas assegurar a proteção desse bem maior, garantindo uma vida digna a pessoa humana.

Nesse contexto, a partir do momento que o Estado deixa o indivíduo desassistido sem fornecer assistência essencial para recuperação da saúde e manutenção da vida, estar violando regras e princípios fundamentais de matriz constitucional, nascendo a responsabilidade civil de reparar o dano causado. Diante desse quadro, a presente pesquisa abordará as consequências geradas pelas omissões na prestação do serviço público de saúde.

Para estruturação dos argumentos que fundamentam o presente trabalho, a pesquisa tem se por metodologia o levantamento bibliográfico através de fontes confiáveis como as leis, doutrinas, jurisprudência, decisões dos Tribunais Superiores e artigos científicos, com a finalidade de reunir informações relevantes sobre o assunto. Ante o exposto, por uma questão didática, além da parte introdutória, o trabalho divide-se em três capítulos:

No primeiro capítulo, será abordado sobre a integralidade do direito fundamental à saúde, nesse ponto, o estudo fará conexão com o direito à vida, com o princípio máximo norteador do Estado brasileiro, qual seja, a dignidade da pessoa humana, bem como, com a tese da reserva do possível que frequentemente é apresentada como matéria de defesa pelos Gestores Públicos. Especificamente o estudo buscará compreender, se o fornecimento de fármaco de custo elevado necessário a manutenção da sobrevivência de uma pessoa e, a assistência em Unidade de Terapia Intensiva em rede privada na ausência de UTI em rede pública com a finalidade de recuperação do estado crítico da saúde do indivíduo enfermo, fazem parte da assistência integral do direito fundamental à saúde, está abordagem tem a finalidade de demonstrar a importância do direito à saúde como pressuposto

fundamental para manutenção da vida, que é o bem maior do ser humano, como isso, demonstrar a necessidade de efetivação pelos Poderes estatais.

O segundo capítulo abordará acerca da judicialização do direito à saúde no tocante a vaga em Unidade de Terapia Intensiva e medicamentos de alto custo, nesse ponto, o capítulo se propõe a analisar se mesmo o Estado alegando insuficiência orçamentária tem o dever de custear tratamento em UTI em rede privada na falta de UTI em rede pública, bem como, se tem o dever de fornecer medicamento de alto custo.

Já o terceiro e último capítulo, tem como propósito, analisar a competência e o tipo de responsabilidade dos Entes Federativos no tocante ao direito à saúde, como também, tem o fito de apresentar casos julgados pelos Tribunais Superiores referentes a custeio de UTI em rede privada na ausência de UTI na rede pública e fornecimento de medicação de custo elevado. Por último, ainda busca abordar se é cabível dano moral em caso de omissão Estatal na prestação do serviço público de saúde.

CAPÍTULO I – DO DIREITO À SAÚDE

Faz se necessário um estudo através de compilações de posicionamentos doutrinários e jurídicos, para entender as interpretações das leis no tocante a integralidade do direito fundamental à saúde e, se este direito estar diretamente conectado com a vida e a dignidade da pessoa humana, direitos estes que são os pilares para os demais direitos, com previsão legal na Lei Maior da Federação brasileira, como também em leis infraconstitucionais.

Especificamente o estudo buscará compreender, se o fornecimento de medicamento de alto custo necessário a manutenção da sobrevivência de uma pessoa e, a assistência em Unidade de Terapia Intensiva (UTI) em rede privada na ausência de UTI em rede pública com a finalidade de recuperação do estado crítico da saúde do indivíduo enfermo, fazem parte da assistência integral do direito fundamental à saúde.

1.1 À saúde como direito fundamental

O direito à saúde é um direito fundamental que está inserido no Título II, Capítulo II como direito social, previsto no art. 6º da Carta Magna, Lei Suprema do Brasil. Todavia, os artigos 196 a 200 da Constituição Federal de 1988 aborda de forma mais específica esse direito (WERNECK, 2013).

Dessa forma, percebe-se que os direitos fundamentais não estão dispostos apenas no Capítulo II, eles podem ser encontrados de forma esparsa ao longo do texto da Lei Suprema, como também, em leis infraconstitucionais que derivam dos direitos e princípios nela consagrados.

A Organização Mundial de Saúde (OMS), define saúde não apenas como ausência de doença, mas como um completo estado de bem estar físico, mental e social, nota-se que é um conceito abrangente, envolvendo todos os aspectos da qualidade de vida de uma pessoa, com fundamental importância para o desenvolvimento social, econômico e pessoal para que o indivíduo desfrute de melhores condições de vida (BRASIL, 2020).

A doutrina moderna costuma dividir os direitos fundamentais em três categorias: direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração. Nesse sentido, o direito à saúde estar inserido nos direitos de segunda geração, que tem como finalidade diminuir as desigualdades sociais, proporcionando proteção aos mais fracos (DANTAS, 2012).

O direito à saúde é um direito fundamental de segunda geração, que visa uma prestação obrigacional positiva do Estado para com os indivíduos, exigindo assim uma postura ativa do Estado por meio de políticas sociais e econômicas que possam assegurar uma assistência digna e eficiente, principalmente para os grupos desfavorecidos, com finalidade de suprir condições sociais desiguais, por esse motivo que os direitos fundamentais de segunda geração foram chamados de direitos dos desamparados ou direitos do bem estar (MOTTA, 2019).

Aos Entes Públicos incumbem formular e implementar políticas sociais e econômicas, visando garantir os cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência médica hospitalar, para tanto, a Constituição Federal instituiu um Sistema Único de Saúde, cuja função é prover desde procedimentos básicos até a mais complexa assistência médica, incluindo medidas coletivas e sanitárias (BRASIL, 1988).

Ao abordar o direito fundamental à saúde, como abrangente dos direitos relacionados a ordem social, José Afonso da Silva acresce que as regras constitucionais estipulam prestações positivas diretamente ou indiretamente pelo Estado e proporcionam melhores condições de vida aos direitos dos mais vulneráveis, proporcionando uma condição de igualdade, que é um dos pilares do Estado democrático de direito (2013).

Ressalte-se que, depois de previstos no Texto Constitucional, os direitos de segunda geração vivenciaram uma crise regulatória, pois a implementação dos direitos de segunda geração depende da implementação das políticas públicas do Estado e, portanto, requer muitos recursos financeiros (MOTTA, 2019).

Esta situação significa que as regras, as chamadas normas programáticas, que formulam os programas de ação para o País, em determinadas situações ficam privadas dos seus verdadeiros efeitos jurídicos, pois a sua implementação depende da existência dos recursos financeiros e muitas vezes o direito à saúde se depara na insuficiência desses recursos e na escolha de prioridades do Administrador Público (SILVA, s/d).

No tocante à saúde como direito de todos, é possível extrair do Texto Constitucional à saúde como direito individual e também coletivo de ordem social (MENDES; BRANCO, 2013).

Incorre em erro dizer que por se tratar de direito de ordem social equiparar-se tão somente como norma programática, apenas direcionando as diretrizes a serem observadas pelos Entes Políticos, sem produzir efeitos em uma relação jurídica obrigacional. Fazer essa relação significa negar a força normativa da Carta Magna (MENDES; BRANCO, 2013).

À saúde é uma das essencialidades individuais e coletivas que mais necessitam de uma política de governo centralizada nas questões sociais (SANTOS; LACERDA, 1999).

Nesse sentido, a busca pela qualidade, efetivação e concretização da saúde, deixou de ser uma atitude isolada e passou a ser uma prioridade social. No Brasil, diante da crise permanente de saúde que se alastrou no decorrer dos anos, o desafio é ainda maior, aliás, esse é o motivo da implantação de um Sistema Único de Saúde (SUS) baseado na universalidade, integridade e descentralização das ações de saúde e também controle social, de forma a proporcionar um serviço de qualidade, que deve ser assegurado principalmente pelas instituições públicas de saúde (OTERO; ARDUINI, 2019).

O Sistema Único de Saúde fundamenta-se numa rede regionalizada e hierarquizada de procedimentos e serviços de saúde (BULOS, 2015).

Com a promulgação da Constituição de 1988 e a redemocratização do País, é importante notar que os direitos sociais se tornaram direitos subjetivos abrangentes, passando a receber proteção judicial específica, dessa forma, o judiciário ganhou força e desempenha um papel extremamente importante na proteção e salvaguarda da Lei Suprema. Com isso, em um Estado de direito democrático, os cidadãos não têm mais medo de buscar e fazer valer os seus direitos (ORDACGI, 2019).

Em vista da relevância do direito à saúde, que estar diretamente ligado ao bem maior que é a vida, o Poder Judiciário é legítimo a intervir em caso de omissão na prestação a assistência à saúde do indivíduo, para efetivação desse direito fundamental, configurando assim o direito à saúde como direito público subjetivo, meio pelo qual, se adota medidas visando à abstenção de ações estatais que prejudiquem à saúde individual ou coletiva (MENDES; BRANCO, 2013).

Apesar desses direitos fundamentais de caráter assistencial, como, o acesso a medicamentos e tratamentos terapêuticos serem garantidos aos brasileiros pelo Poder Público, a realidade atual da saúde pública é complexa e a assistência é deficiente (ORDACGI, 2019).

Nesse sentido, à saúde como direito público subjetivo, passa a ser oponível por via judicial a exigência de medicamentos de alto custo, como também de vagas em Unidade de Terapia Intensiva (UTI) em rede privada na ausência de vaga de UTI na rede pública, já que são bem jurídicos tutelados compreendidos dentro dos direitos constitucionais mínimos, indispensáveis à promoção da assistência digna às pessoas necessitadas (DAUVE, 2009).

Para que esse direito fundamental seja verdadeiramente efetivado, os hospitais devem ser capazes de fornecer uma assistência digna e de qualidade por ser um serviço que envolve à vida, à saúde física e mental das pessoas. Levando esses fatores em consideração os serviços médicos e hospitalares inadequados

podem causar danos de difíceis reparação em alguns casos específicos (OTERO; ARDUINI, 2019).

Portanto, a Constituição Federal proclama o direito à vida, na qual, este é indissociável com o direito à saúde, cabendo ao Estado a responsabilidade de zelar em duplo sentido, o primeiro relacionado ao direito de continuar vivo e o segundo a se ter uma assistência digna (MORAIS, 2015).

O modo que o Legislador Constituinte abordou o direito fundamental à saúde, em seção própria na Carta Magna, ilustra a abordagem cautelosa, o zelo do preceito legal. De fato, o direito à saúde está intimamente relacionado ao direito à vida, refletindo a proteção constitucional da dignidade humana (MOURA, 2013).

Contudo, a realidade da rede do Sistema Único de Saúde nos hospitais é cada vez mais revelada como situações desumanas, costumam ser até cruéis. Isso não ocorre apenas pela falta de recursos do SUS, e sim, de consequências de muitos fatores específicos da saúde pública. “A falta de efetividade do direito à saúde chega a tal ponto que os pacientes procuram os estabelecimentos hospitalares em busca de melhora em suas condições de saúde e, por vezes, acabam falecendo em decorrência da má-prestação dos serviços [...]” (OTERO; ARDUINI, 2019, p. 9).

Dauve, afirma que “não há como o Estado cumprir seu dever de garantir aos seus cidadãos o direito fundamental à saúde sem lhes alcançar medicamentos, tal prestação é necessária até mesmo para a preservação da própria vida” (2009, p. 18).

Mas também deve levar em consideração que o Brasil é um País onde prevalecem as desigualdades sociais, a falta de empregos, de moradia e de condições de vida decentes que afetam diretamente à saúde da população, considerado um problema público de ordem social, que afeta diretamente os direitos fundamentais (OTERO; ARDUINI, 2019).

Ademais, o estudo do direito à saúde no Brasil leva a concluir que a questão de a efetividade social deste direito fundamental estar relacionada com a falta de

implementação e manutenção das políticas públicas de saúde já existentes, que é alegada a tese de insuficiência de recursos orçamentários dos Entes da Federação (MENDES; BRANCO, 2013).

1.2 O direito à saúde na Constituição Federal de 1988

Nos últimos anos, a Carta Magna do Brasil de 1988 ganhou real força normativa, as regras constitucionais não são mais consideradas parte de documentos estritamente político, e sim começaram a desfrutar de diretos, dentre eles figura o direito à saúde, vale ressaltar que textos constitucionais anteriores continham muito poucos dispositivos sobre o assunto, como a Constituição de 1924, que fazia referência à garantia de “socorros público” (MENDES; BRANCO, 2013).

De fato, a Constituição Federal de 1988 foi um marco histórico na proteção da saúde, antes de sua promulgação os serviços e ações de saúde eram voltados apenas para determinados grupos que de certa forma, podia contribuir para a previdência social, eliminando aqueles mais fracos e carentes financeiramente (MOURA, 2013).

A constituição Federal no artigo 196, conceitua saúde como um direito de todos e de forma igualitária, sendo um dever de todos os Entes e Poderes da Federação sua proteção e efetivação, provendo promoção e recuperação através de políticas públicas, com finalidade de diminuir os riscos de doenças e evitar agravos, garantindo a manutenção e a preservação da vida do indivíduo. Ademais, os direitos e garantias fundamentais, tem aplicação imediata, de acordo com o previsto no art. 5º, §1º da CF (BRASIL, 1988).

Para Dauve “por ser um direito fundamental, à saúde é autoaplicável e de eficácia imediata” (2009, p. 29).

Nessa perspectiva, o Estado tem o dever de garantir a efetividade desse direito social em tempo eficaz, para evitar agravos na saúde do indivíduo, fazendo isto, estará dando efetividade ao previsto no Texto constitucional, que é garantir a manutenção, recuperação e preservação da vida (DAUVE, 2009).

Nesse ângulo, o direito à saúde deve ser tratado com a máxima prioridade, já que está diretamente relacionado com a vida que é o bem maior e com a dignidade da pessoa humana (DISTRITO FEDERAL, 2018).

Apesar do art. 196 da Carta Magna, está contido como norma programática, o direito à saúde não pode ser negado, restringido, sufocado ou abolido, pois, se trata de direito fundamental a manutenção da vida e não pode ser objeto de acomodação, omissão ou até mesmo conformismo pelo Estado (BULOS, 2015).

A natureza programática das normas expressas na Constituição Federal de 1988, tem sido complementada por decisões judiciais, evitando assim que o Poder governamental fraude as expectativas justas da sociedade que foi a ele confiado (PRETEL, 2010).

Nesse sentido, vejamos o posicionamento do Ministro Celso de Mello, em um recurso extraordinário, que tratava da distribuição de medicamento em favor de pessoa carente:

O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por omissão, em censurável comportamento inconstitucional. O direito público subjetivo à saúde traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público (federal, estadual ou municipal), a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir a plena consecução dos objetivos proclamados no art. 196 da Constituição da República (STF, RE 241.630-2/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, 1 de 3-4-2001, p.49).

Logo, os serviços de saúde devem ser garantidos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, regendo-se pelo princípio da descentralização, com direção única em cada esfera de governo (SILVA, J. 2013).

Ademais, no art. 196 da CF/88, o Legislador Constituinte originário foi claro que a saúde é um direito de todos e de forma igualitária e com acesso universal, desta forma, observa-se que ele não fez menção de qualquer distinção relacionada a

condição financeira do indivíduo, garantido a todos a proteção, promoção e recuperação, nesse sentido, mesmo uma pessoa tendo condição financeira comprovada que pode custear seu tratamento, está terá o direito de ser beneficiada na rede pública de saúde, não podendo o Poder Público negar assistência (IBRAHIM, 2015).

Predomina o consenso de que a assistência integral e universal à saúde compreende o acesso a medicamentos especiais e tratamentos de alto custo, incluindo sem restrições a tese do direito à saúde como um direito público subjetivo em favor de qualquer cidadão em face ao Estado (SILVA, s/d).

Seguindo essa linha de pensamento, Bulos (2015), discute o voto do Exmo. Min. Joaquim Barbosa agora aposentado do STF, em um recurso extraordinário sobre tratamento médico hospitalar e fornecimento de medicamento:

A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconstitucional. O caráter da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositada pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. [...] da efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput e 196) e, representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade (STF, RE 368.041, Rel. Joaquim Barbosa, DJ de 17-6-2005).

Nesse ponto, o princípio da universalidade e igualdade de acesso aos serviços de saúde, exigem que os gestores públicos garantam meios adequados e razoáveis para a promoção da saúde de todos os cidadãos, independentemente da condição econômica ou social usando os recursos de maneira ampla e adequada para atender a quaisquer necessidades ou interesse coletivo e individual (ROCHA, 2010).

Independentemente da área institucional no plano da organização federal do Brasil, o Poder Público não pode ficar indiferente às questões de saúde da

população. Dessa maneira, os serviços de saúde devem obedecer ao princípio da assistência integral, ou seja, o Sistema Único de Saúde (SUS) não deve atuar como uma rede sem sentido, sem compromisso social. Os direitos fundamentais garantidos pela Lei Maior, como o direito à saúde, não podem ser interpretados, como promessas sem efetividade (PRETEL, 2010).

A Constituição Federal brasileira estabelece um sistema universal de acesso aos serviços públicos de saúde, que preconiza políticas públicas de competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para que se tenha acesso universal (SILVA, J. 2013).

Importante mencionar que, ao lado do SUS o ativo legal prever no *caput* do art. 199 também assistência a livre iniciativa privada, como é o caso dos planos e seguros privados de assistência à saúde, regidos pela Lei 9.656/98. No entanto, de acordo com o disposto no §2º do artigo 199 é proibida a alocação de fundos públicos para ajuda ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos (BRASIL, 1988).

Para integrar e implementar a ideia de um sistema de saúde efetivo, a Carta Magna enumera as diretrizes do sistema de saúde brasileiro, em seu artigo 198 *caput* e incisos, dispondo que, ações e serviços público de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e devem pautar-se nas diretrizes de descentralização, com atendimento integral e participação da comunidade (BRASIL, 1988).

Para compreender essa rede regionalizada, faz se necessário, entender o fenômeno da descentralização de Estado na prestação do serviço público, a esse respeito, vejamos o entendimento da renomada doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

A descentralização política ocorre quando o ente descentralizado exerce atribuições próprias que não decorrem do ente central; é a situação dos Estados-membros da federação e, no Brasil, também dos Municípios. Cada um desses entes locais detém competência legislativa própria que não decorre da União nem a ela se subordina, mas encontra seu fundamento na própria Constituição Federal (2019, p. 519).

Com a implementação do dispositivo 198, o constituinte destacou o sistema de descentralização, que prevê a obrigação dos Entes Políticos de implantar, manter

e aprimorar o sistema por meio de cooperação financeira, técnica e científica, para cumprir com os compromissos de bem estar social, devendo buscar igualdade através de ações conjuntas para eliminar as desigualdades sociais e econômicas (MENDES; BRANCO, 2013).

Todavia, destaca-se que, embora o sistema seja único e integrado, a ideia da descentralização faz menção a execução dos serviços, com a finalidade de garantir um atendimento eficaz à comunidade (ROCHA, 2010).

Nessa perspectiva:

Nesse âmbito, estabeleceu-se uma divisão de tarefas no que tange ao fornecimento de medicamentos, de maneira que o sistema básico de saúde fica a cargo dos Municípios (medicamentos básicos), o fornecimento de medicamentos classificados como extraordinários compete à União e os medicamentos ditos excepcionais são fornecidos pelos Estados. Percebe-se, claramente, a composição de um sistema único, que segue uma diretriz clara de descentralização, com direção única em cada esfera de governo (CASTRO, *s/d, online*).

De acordo com o inciso I do art. 198 da CF/88 o Sistema Único de Saúde é descentralizado e tem direção única em cada esfera de governo, desta forma, significa dizer que no âmbito da União fica a cargo do Ministério da Saúde, no âmbito dos Estados e do Distrito Federal pelas Secretarias de Saúde ou órgãos equivalentes e no âmbito dos Municípios pelas respectivas Secretarias de Saúde ou órgãos equivalentes (BRASIL, 1988).

Já o inciso II, também do artigo 198 da CF/88 refere-se sobre à integralidade da assistência, que é entendida como um conjunto de ações preventivas e terapêuticas contínuas que se fazem necessárias em todas as situações em todos os níveis de complexidade do sistema, seja ele individual ou coletivo (BRASIL, 1988).

De fato, à saúde definida como direito, deve impreterivelmente abranger aspectos sociais e individuais (SILVA, *s/d*).

O Legislador Constituinte, além de definir as diretrizes de um sistema de saúde único, integrado, hierarquizado e abrangente, também elencou no instrumento

normativo Constitucional, especificadamente no art. 200 amplamente as atribuições desse sistema (MENDES; BRANCO, 2013).

Nessa mesma linha de pensamento, os objetivos definidos do sistema de saúde são os seguintes: identificar e disseminar fatores condicionais e determinantes de saúde, formulação de políticas de saúde destinadas a promover a redução dos riscos de doenças e outras enfermidades nos campos econômico e social, implementando medidas de promoção, proteção e restauração da saúde, combinando com medidas preventivas para garantir que as pessoas recebam atenção integral à saúde (ROCHA, 2010).

No que se refere ao financiamento Sistema Único de Saúde, a Constituição Federal no artigo 198, §1º, estabeleceu que o SUS será mantido por meio de recursos do orçamento da seguridade social da União, do Estados, do DF e dos Municípios, bem como, de outras fontes (BRASIL, 1988).

Portanto, através das diretrizes preconizadas na Constituição de 1988, o regular funcionamento da estrutura do Sistema Único de Saúde é essencial para atender de forma contínua e eficaz às necessidades dos usuários que necessitam desse serviço (ROCHA, 2010).

1.3 Relação entre os direitos fundamentais à saúde, à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana com a reserva do possível

Não faz sentido falar em saúde sem relacionar com o direito à vida e com a dignidade da pessoa humana. À saúde é pressuposto essencial para seguimento da vida e, não há dignidade da pessoa humana se houver inobservância do direito à saúde (DAUVE, 2009).

A vida é a fonte primária de todos os outros bens jurídicos, sem à vida não faria sentido a Constituição declarar qualquer outro direito, se antes não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo, de permanecer vivo. “É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte natural e inevitável. Existir é o movimento espontâneo contrário ao estado morte” (SILVA, J. 2013, p. 200).

A Carta Magna de 1988, assegura o direito à vida em dupla dimensão, a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência (MORAIS, 2015).

Dauve, defende que “à saúde é um dos principais componentes da vida, seja como pressuposto indisponível para sua existência, seja como elemento agregado a sua qualidade” (2009, p.7).

À saúde é um direito de índole constitucional e deve ser assegurada sob pena de violação ao mais importante bem jurídico que é o direito à vida, ambos estão resguardados pelo ordenamento pátrio brasileiro (DISTRITO FEDERAL, 2018).

À vida inclui não apenas a preservação da existência física, mas também o direito a uma vida digna, à vida e à existência digna estão consagradas nos *caputs* dos arts. 5º e 170 ambos da Constituição Federal de 1988 e são supra princípios basilares da Federação brasileira (BARROS, 2006).

O direito à vida é o bem mais relevante de todo ser humano e a dignidade da pessoa humana é um fundamento da República Federativa do Brasil e não há dignidade sem vida, à vida é a principal riqueza de uma pessoa (RUSSO, 2009).

O princípio da dignidade da pessoa humana foi adotado explicitamente pela primeira vez no art. 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, e ao lidar com este princípio, a Constituição incorpora o maior valor ao ser humano (BARROS, 2006).

Para o renomado jurista Justen Filho (2006), todos os princípios legais estão intimamente relacionados à dignidade humana e este é o princípio fundamental máximo do sistema jurídico, que transcende o interesse público, o jurista ainda acresce que:

Todos os princípios jurídicos se vinculam à dignidade humana, que consiste na concepção de que o ser humano não é instrumento, em qualquer das acepções que a palavra apresente. O ser humano não pode ser tratado como objeto. É protagonista de toda a relação social, e nunca pode ser sacrificado em homenagem a alguma necessidade circunstancial ou, mesmo, a propósito da realização de “fins últimos” de outros seres humanos ou de uma “coletividade” indeterminada. Não

há valor equiparável ou superior à pessoa humana, que é reconhecida com integridade, abrangendo tanto os aspectos físicos como também seus aspectos imateriais. A dignidade relaciona-se com a “integridade” do ser humano, na acepção de um todo insuscetível de redução, em qualquer de seus aspectos fundamentais (JUSTEN FILHO, 2006, p. 66-67).

Nesse sentido, não há como falar em dignidade da pessoa humana se houver inobservância do direito fundamental à saúde, que está intimamente ligado ao direito à vida. Saúde, alimentação, moradia e muitos outros direitos são bens indispensáveis ao viver digno do indivíduo (BARROS, 2006).

No tocante, ao fornecimento de medicamento de alto custo e vaga em leito em Unidade de Terapia Intensiva (UTI), vejamos: “ora, em sendo o direito à saúde indissociável do direito à vida, torna-se inconcebível a recusa no fornecimento gratuito de remédios e/ou tratamentos a paciente em estado grave e sem condições financeiras de custear as respectivas despesas” (PRETEL, 2010, *online*).

Não é ao acaso que logo em seu primeiro artigo, inciso III, do Texto Constitucional, Lei Suprema do Brasil, que serve de fundamento e observância para todas as demais leis, que o Constituinte teve a preocupação de colocar como pilar a dignidade da pessoa humana e no art. 5º *caput* assegurar a todos o direito à vida, que deve ser salvaguardada por atitudes responsáveis do Estado, qual seja, o dever de fornecer assistência médica necessária, como o custeio de Unidade de Terapia Intensiva (UTI) em rede privada pelo Ente Federado em falta de UTI em rede pública para as pessoas que estão em estado de saúde crítico, que precisa dessa assistência para preservar à vida e evitar a perda desse bem maior, que sem ele os outros bens deixam de existir e/ou fornecimento de medicamentos necessários para manter a sobrevivência, a todos os cidadãos que necessitar.

Portanto, através da compilação de pensamentos de vários doutrinadores renomados e juristas, como também do que expressa a interpretações de várias normas, inclusive a Lei Maior do Brasil e da Organização Mundial de Saúde entre outras leis, como a Lei 8.080/90 que rege o Sistema Único de Saúde no Brasil, fica evidente que a integralidade do direito à saúde previsto constitucionalmente e em leis infraconstitucionais estar diretamente ligada a assistência de fornecimento de Unidade

de Terapia Intensiva (UTI) e/ou medicamentos necessários para manter a vida do indivíduo.

É notória a precariedade do sistema da saúde pública do Brasil, como também, a escassez do fornecimento gratuito de medicamentos, muitos dos quais tem custo elevado até mesmo para grupos de alta renda, e isso tem levado as pessoas o amparo das tutelas do Poder Judiciário para ter a assistência a leitos de UTI e/ou fornecimento de medicamentos de alto custo (ORDACGY, 2009).

Nesse sentido, decisões judiciais determinaram o fornecimento de medicamentos e tratamentos não fornecidos pelo Sistema Único de Saúde, inclusive como meio de socorro precoce e por meio de multas diárias. Este é um firme gesto de agradecimento pela vida e pela saúde das pessoas, especialmente aquelas que têm apenas à vida e a dignidade. Portanto, o Estado passou a ser obrigado a fornecer gratuitamente medicamentos de alto valor e não incluídos na lista do SUS para quem os reivindica (PRETEL, 2010).

Dessa maneira, os serviços de saúde devem obedecer ao princípio da assistência integral, ou seja, devem atender a todas as necessidades humanas relacionadas à saúde e devem ser prestados de forma completa, sem exclusão de doença, com isso, as limitações orçamentárias de suposto prejuízo aos cofres públicos, não pode ser uma alegações para que os Entes Federados fiquem insetos de suas obrigações de garantir e fazer cumprir os direitos fundamentais, nessa perspectiva, ainda que a tese da reserva do possível seja relevante, ela não pode ser capaz de restringir ou eliminar a integridade de um direito fundamental à saúde, garantindo dessa maneira à vida e a dignidade da pessoa humana (DAUVE, 2009).

Frequentemente, é apontada que as previsões orçamentárias como limite a atuação do Poder Estatal. O que restringe as ações do País para a concretização dos direitos sociais. Este é um pensamento errado, porque a necessidade de previsão do orçamento de gastos públicos é incumbida aos Administradores Públicos e não aos juízes. Pois é incumbido aos magistrados a ponderação de valores, o que pode deixar de aplicar a tese orçamentaria que também é norma constitucional através da ponderação de valores (SILVA, s/d).

A Carta Política de 1988, prever no art. 167 e incisos, a proibição de projetos e programas que não estão inseridos na lei orçamentária anual, o Legislador também não foi omissivo em vedar despesas e obrigações além do orçamento, ele acresceu que também é defeso a transferência de recursos de um órgão orçamentaria para outro sem autorização legislativa prévia (BRASIL, 1988).

Nota-se, desse modo, que o Legislador Constituinte se atentou em prever e planejar os gastos que ficam a cargo do Governo para não existir desequilíbrio no orçamento público. Porém, nada impede do Poder Judiciário ordene que os Entes Federados cumpram uma determinada demanda que estava fora da previsão orçamentaria anual para fazer cumprir os direitos constitucionais estabelecidos, especialmente por causa de regras conflitantes que estão no mesmo patamar hierárquico. Ou seja, ambas são constitucionais tanto a previsão orçamentaria quanto os direitos fundamentais, diante dessa situação, é incumbido aos magistrados fazer a análise do valor axiológico dos princípios, que sem dúvida prevalecera os preceitos fundamentais do direito à vida, à saúde e a dignidade da pessoa humana em face do princípio orçamentário da reserva do possível (SILVA, s/d).

Pois, além de ser qualificada como direito fundamental a assistência a todos os indivíduos, o direito à saúde também representa as consequências constitucionais indivisíveis do direito à vida e a uma vida digna (MENDES; BRANCO, 2013).

Logo, ficou demonstrado que excluir o fornecimento de medicamentos necessários a sobrevivência de uma pessoa, como também, deixar de assegurar a assistência em UTI aqueles indivíduos que estão em estado iminente crítico, que se não tiver o tratamento de terapia intensiva urgente poderá ir a óbito, negar estas assistência com tese que o Poder Público não tem orçamento suficiente, com alegação que existem outras necessidades mais importantes do que garantir à vida, o direito de permanecer vivo, a manutenção e proteção e recuperação da saúde, fazer isso significa, ferir de forma cruel a dignidade da pessoa humana, além de negar força a Carta Magna e inobservar o Texto Constitucional e as outras normas nacionais, como também, as internacionais que o Brasil faz parte, que tratam do direito à vida, à saúde e da dignidade da pessoa humana.

CAPÍTULO II – JUDICIALIZAÇÃO À SAÚDE

Como ficou demonstrado no capítulo I, a assistência à saúde é de responsabilidade do Estado, todavia, a partir do momento que o Ente Público não cumpre com a função que lhe é inerente, deixando o indivíduo desassistido, este estar apto a acionar as instituições judiciais na busca da efetividade desse direito fundamental, com isso, gera o fenômeno da judicialização à saúde.

Neste capítulo será abordado sobre a judicialização do direito à saúde no tocante a vaga nas Unidades de Terapias Intensivas e medicamentos de alto custo, nesse ponto, o presente capítulo se propõe a analisar se mesmo o Estado alegando falta de recursos suficientes tem o dever de custear tratamento em UTI em rede privada na falta de UTI em rede pública, bem como, se tem o dever de fornecer medicamento de alto custo.

2.1 Judicialização para acesso a leitos de UTI

No Brasil a inércia do Poder Público na prestação de alguns serviços relacionados à saúde, tem levado as pessoas a baterem à porta do Poder Judiciário em busca de condições mais justas de tratamento, para sanar com urgência as dificuldades enfrentadas pelos indivíduos enfermos com o fito de preservar a vida, para que estes não fiquem à mercê da própria sorte, esse comportamento dos Entes Estatais frente a garantia constitucional intensificou as demandas do Poder Judiciário no âmbito da saúde (AMORIM, 2020).

Pois bem, pessoas enfermas que estão em condição emergencial de saúde, com risco de perder o bem mais relevante que é a vida humana ou de ter

sequelas irreparáveis necessitam de um suporte vital de alta complexidade, que é obtido por meio da internação em leitos de Unidade de Terapia Intensiva (UTI), com a finalidade de manter à vida e recuperar a saúde.

No que se refere a Unidade de Terapia Intensiva, o Ministério da Saúde define como:

Ambiente hospitalar com sistema organizado para oferecer suporte vital de alta complexidade, com múltiplas modalidades de monitorização e suporte orgânico avançados para manter a vida durante condições clínicas de gravidade extrema e risco de morte por insuficiência orgânica. Essa assistência é prestada de forma contínua, 24 horas por dia, por equipe multidisciplinar especializada (BRASIL, 2020, p. 1).

Entretando, os indivíduos que precisam desse tipo de assistência para salvaguardar sua vida e deparam-se com a indisponibilidade de vaga na Unidade de Terapia Intensiva na rede pública de saúde, recorrem ao judiciário, em busca de medidas necessárias para assegurar a sobrevivência e a garantia da efetividade desse direito fundamental, gerando assim a denominada judicialização à saúde, que é uma consequência da inoperância estatal (MPPA, 2020).

Cumprе salientar que, o direito ao acesso à saúde trata-se de direito fundamental previsto no artigo 196 da Constituição Federal, *in verbis*:

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 (BRASIL, 1988).

Assim, da interpretação extraída do dispositivo legal, cumprе salientar que a falta de vagas em Unidade de Tratamento Intensiva (UTI) viola o direito à saúde resguardado pela Carta Magna, e afeta o mínimo existencial, que é a o atendimento necessário a manutenção da sobrevivência da pessoa enferma, não se podendo olvidar que é dever dos Entes Federativos contribuir para a preservação da saúde dos cidadãos (GOIÁS, 2020).

A judicialização à saúde é o manejo que visa assegurar o direito pela via

judicial quando o paciente não consegue resolver o seu problema por meio das políticas públicas de saúde, precisando acionar o judiciário para ter seus direitos garantidos. A busca pelas instituições judiciais é uma medida mais que idônea na busca da efetividade do direito à saúde, é uma prerrogativa constitucional que os cidadãos brasileiros possuem quando seu direito está comprometido ou ameaçado (ALBUQUERQUE, 2019).

A busca por respaldo judicial como forma alternativa para alcançar obtenção de medicamento ou tratamento ora negados pelo SUS, é consequência da precariedade da rede pública de saúde que não consegue da ampla efetividade a esse direito fundamental a todas as pessoas (SILVA, L. 2013).

É reflexo de falha da Administração Pública na proteção do direito constitucional e fundamental à saúde, seja por falta de medidas preventivas para evitar que a população adoença, ou até mesmo por insuficiência de recursos orçamentários, gerados por entraves de má gestão das políticas públicas (ALBUQUERQUE, 2019).

Não há dúvida de que a demora, deficiência ou falta de serviços de saúde prestados pelo Poder Estatal, no tocante a internação do enfermo em leito de UTI, ameaça o direito à vida e, em muitos casos, pode causar danos de difícil reparação (MPPA, 2020).

Diante dessas situações, amparado pelo princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, o Poder Judiciário se vê obrigado a interferir na outra esfera governamental, que é o Poder Executivo, passando a ter o papel ativo e decisivo na concretização do direito que era para ser obtido através de políticas públicas de saúde (ALBUQUERQUE, 2019).

Fazendo valer dessa forma, o que preceitua o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, na qual dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

Um dos pedidos de quem busca a tutela jurisdicional quando o Estado não

dispõe de vaga na UTI na rede pública, é a internação em leito de UTI na rede privada sendo as despesas custeadas pelo Poder Público, nesse sentido, com o fito de preservar a vida da população, o entendimento jurídico dos tribunais nacionais brasileiro vem decidindo favoravelmente a esse respeito (MIRANDA, 2020).

No tocante a esse enfoque jurídico, vejamos trecho de uma decisão proferida pelo Ministro Roberto Barroso:

Com efeito, se um tratamento médico está previsto no âmbito do SUS, como, no caso, a internação em Unidade de Terapia Intensiva (UTI), porém, esta não está ao alcance do paciente por falta de vagas na rede pública de saúde, como destacou o Tribunal de origem, entendo que não há como deixar de reconhecer a obrigação do Poder Público em arcar com o tratamento na rede privada (STF, ARE 1026386, Relator Min. Roberto Barroso, DJ n. 36 do dia 26/02/2018).

Nessa mesma linha, o STF manteve uma decisão do TJ-GO, que condenou o Estado de Goiás a ressarcir gastos decorrentes a uma internação em leito de Unidade de Terapia Intensiva na rede privada por não haver vaga de UTI em hospital conveniado ao Sistema Único de Saúde:

Logo, sendo a manutenção da saúde um dever constitucionalmente imposto ao poder público, na indisponibilidade do tratamento gratuito ao cidadão, o qual é obrigado a recorrer na esfera privada para salvaguardar sua vida e saúde, lhe é devido o ressarcimento pelos gastos financeiros dispensados." (STF, ARE 1047235, Relator Min. Edson Fachin, DJ nº 117, divulgado em 02/06/2017).

Conforme se extrai do entendimento das decisões acima mencionadas, proferidas pela mais Alta Corte Jurídica do Brasil, caso não haja vaga em UTI na rede pública, torna-se necessária a disponibilização de UTI em estabelecimento particular.

É nessa linha que surge um embate entre as decisões do judiciário e as outras esferas governamentais, que alegam a tese da reserva do possível, argumentando escassez de recursos financeiros para cumprir as demandas jurídicas relacionadas à saúde (DAUVE, 2009).

Porém, a mera alegação de impactos e argumentos financeiros por si só não têm o objetivo e as evidências suficientes para a afirmação e escusa do Poder Público de cumprir com sua obrigação, a mera alegação sem prova constituem uma

verdadeira artimanha e requerem atenção e sensibilidade do julgador para evitar omissões injustificadas do Ente Estatal, dessa forma, mesmo que tenha impacto razoável no orçamento da saúde, é necessário provar a impossibilidade de cumprimento de prestar a assistência mínima a manutenção da sobrevivência do indivíduo que muitas vezes estar agonizando a espera de uma assistência digna para continuar vivo, comprovar através do orçamento total e do último relatório de execução orçamentária, para que seja possível a aferição concreta de resultados, comprovando a falta de recurso de forma global na Administração Pública, e não apenas na área da saúde (MPMG, 2012).

A argumentação da insuficiência de recursos financeiros que o Estado utilizada a seu favor, muitas vezes causa estranheza ao confrontada com investimentos bilionários, como altíssimos recursos investidos em eventos esportivos e em outras áreas (WERNECK, 2013).

Cabe refletir que, os cidadãos brasileiros elegem seus representantes legitimamente, lhes conferindo poder, mas esse mesmo poder do qual o povo é titular, em última análise é usado contra o próprio povo, enquanto, os próprios que são eleitos, desfrutam gastos desmedidos e exorbitantes, causando um super faturamento nos cofres públicos, pessoas morrem em filas a espera de uma vaga em uma UTI, à espera pelo mínimo existencial da dignidade humana, à espera pelo último suspiro de vida (WERNECK, 2013).

2.2 Judicialização para acesso a medicamento de alto custo que não consta na lista do SUS e o posicionamento do STF sobre o tema

O fornecimento de medicação não prevista no âmbito da rede pública, obtido por força de decisão judicial, consiste em medida necessária à efetivação do direito fundamental à saúde e a vida, assegurado a todos pela Carta Magna (FACHINELLO, 2015).

Apesar do Sistema Único de Saúde ter um Componente Especializado de Assistência Farmacêutica, com uma vasta lista de fármacos para tratamento de doença rara, existe casos excepcionais que precisam de medicamentos que não estão

inclusos na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), nesse contexto, insta salientar que outros medicamentos comprovadamente eficazes na extensa literatura médica internacional e usados na Europa e nos Estados Unidos há mais de 10 anos ainda não foram incluídos na lista oficial do SUS, e muitos desses fármacos são considerados de grande avanço no tratamento de doenças, reduzindo significativamente os efeitos da enfermidade e aumentando consideravelmente as chances de cura (FACHINELLO, 2015).

Nesta seara, o judiciário frequentemente é provocado a apreciar lesão a direitos fundamentais sociais em circunstâncias especiais de urgência de saúde. Trata-se de situações fáticas que exigem imediata interferência do órgão jurisdicional, porque a supressão desses direitos prejudica irreversivelmente a dignidade humana e fere os preceitos constitucionais (CANELA JUNIOR, 2011).

Com isso, nos últimos anos, vem crescendo de forma significativa o número de ações judiciais em busca da concretização dos direitos básicos à saúde, principalmente para a obtenção de medicamento excepcionais de custo elevado, que não constam na lista dos medicamentos disponibilizados pelo SUS (FACHINELLO, 2015).

Desta forma, cabe ao Poder Judiciário nos casos que chega a sua apreciação a incumbência de assegurar a aplicação do preceito constitucional do direito à saúde e a aplicabilidade imediata devido ao fator tempo vital, garantindo ao portador de doença grave a efetividade do mínimo existencial para manutenção da vida e preservação da saúde (FACHINELLO, 2015).

É nessa linha que surge um acirrado debate a respeito do tema na doutrina e na jurisprudência, inclusive entre os Ministros da Suprema Corte, devido ao elevado custo dos fármacos pleiteados, que podem causar impacto decisivo não só no orçamento público e na gestão de políticas públicas, mas também no direito à vida do reclamante caso a tutela seja indeferida (ALBUQUERQUE, 2019).

Assim, cumpre salientar o recente pronunciamento do Superior Tribunal Federal diante de uma situação fática em que um Estado-membro foi condenado a

fornecer um medicamento para tratamento de pessoa que se encontrava acometida com enfermidade grave, inconformado com a decisão o Ente Político por meio de seus representantes buscou reverter a decisão, recorrendo ao Superior Tribunal Federal (STF), com alegação que se o cuidado de uma única pessoa for privilegiado, prejudicará a política de prestação de serviço de abastecimento de medicamentos em geral e, assim, prejudicará toda a população, portanto, isso enfraquecerá o investimento em outros serviços de saúde e em outras áreas, além disso, violaria a reserva do possível comprometendo o orçamento público (BRASIL, 2020).

Ao julgar o mérito desse caso em março de 2020, através do Recurso Especial nº 566471, com tema 6 de repercussão geral, o Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário e entendeu que, em regra, o Estado não está obrigado a conceder medicamento que não conste na lista do SUS. Contudo, excepcionalmente, subsiste a obrigatoriedade da Administração Pública fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras, desde de que, seja comprovado requisitos (BRASIL, 2020).

Nesse contexto, o Ministro Marco Aurélio, se pronunciou pelo reconhecimento do direito individual ao fornecimento de medicamento de alto custo que não estão na lista oficial nacional, desde de que, o demandante comprove requisitos como (BRASIL, 2020):

[...] comprovação da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil [...] (STF, RE nº 566471. Relator: Min. Marco Aurélio, 01.09.2020).

Somando a isto, o Ministro Alexandre de Moraes, se manifestou no sentido de que para determinar o fornecimento ou ressarcimento do fármaco que não esteja previsto em listas oficiais ou em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêutica, independente do alto custo do medicamento pleiteado, exigirá previamente inclusive da análise da tutela de urgência, o cumprimento das exigências abaixo relacionadas (BRASIL, 2020):

[...] (a) comprovação de hipossuficiência financeira do requerente para o custeio; (b) existência de laudo médico comprovando a necessidade

do medicamento, elaborado pelo perito de confiança do magistrado e fundamentado na medicina baseada em evidências; (c) certificação, pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (CONITEC), tanto da inexistência de indeferimento da incorporação do medicamento pleiteado, quanto da inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (d) atestado emitido pelo CONITEC, que afirme a eficácia segurança e efetividade do medicamento para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde do requerente, no prazo máximo de 180 dias [...] (STF, RE nº 566471. Relator: Min. Marco Aurélio, 01.09.2020).

Já Ministro Roberto Barroso, firmou sua tese que, o Ente Federado não pode ser compelido por decisão judicial a fornecer medicamento seja qual for o custo, se o fármaco não constar na lista do Sistema Único de Saúde, salvo em circunstâncias especiais e desde de que comprove cumulativamente as seguintes exigências (BRASIL, 2020):

[...] (a) (i) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União, que é a entidade estatal competente para a incorporação de novos medicamentos ao sistema [...] (STF, RE nº 566471. Relator: Min. Marco Aurélio, 01.09.2020).

Ademais, o Ministro ainda frisou que os requisitos devem passar por uma perícia técnica na área da saúde, como também por uma avaliação para verificar a possibilidade de inserir o fármaco na lista oficial do SUS (BRASIL, 2020).

Como exposto, o tema tem repercussão geral e ainda há uma grande divergência de entendimento entre os Ministro da Suprema Corte, desta forma, o Superior Tribunal Federal decidiu fixar a tese sobre o assunto em momento posterior, oportunidade que será fixado quais requisitos vão prevalecer para que o Estado reconheça o direito individual a fornecer medicamento de custo elevado não incluído em política nacional de medicamentos ou em programa de medicamentos de dispensação em caráter excepcional (BRASIL, 2020).

2.3 Entendimentos sobre a teoria da reserva do possível

Um dos argumentos mais comumente usados para justificar o

descumprimento do mandamento constitucional pela não efetividade dos direitos fundamentais sociais, é o seu impacto econômico financeiro, com isso, a teoria da reserva do possível tem sido invocado pelos Entes Políticos com o fito de impedir o Poder Judiciário de conceder a efetividade do direito fundamental à saúde (CANELA JUNIOR, 2011).

No que se refere, o princípio ou cláusula da reserva do possível, o Supremo Tribunal Federal tem a responsabilidade de desempenhar funções especiais para garantir a efetividade dos encargos político jurídicos atribuídos pela Lei Maior aos Poderes Executivo e Legislativo (BULOS, 2015).

Nesse contexto:

[...] Cumpre advertir, desse modo, 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 [...] (STF, informativo 582, dos dias 12 a 16 de abril de 2010).

Nessa linha de pensamento, quando a Suprema Corte no campo de controle concentrado das normas, se esbarrar com situações que reclamam a invocação do princípio da reserva do possível, ela deve equilibrar o cumprimento fiel dos direitos constitucionais, por um lado, e equilibrar as possibilidades orçamentárias do País, por outro, nessa perspectiva, ao se manifestar dando efetividade ao postulado de proteção, dois fatores devem ser observados ao mesmo tempo, a razoabilidade da proteção e a disponibilidade financeira do Estado (BULOS, 2015).

A esse respeito, vejam, os fundamentos de uma decisão proferida pelo Relator Ministro Celso de Mello:

E M E N T A: DIREITO À VIDA E À SAÚDE – NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEIOS INDISPENSÁVEIS AO TRATAMENTO E À PRESERVAÇÃO DA SAÚDE DE PESSOAS CARENTES – DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, “CAPUT”, E 196) [...]. Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal,

em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246/SC), 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 essa 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 e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas [...] (STF, ARE 1119355 AgR, Relator Min. Celso de Mello, DJ do dia 09.10.2018).

De modo geral, é alegado que o judiciário não pode conceder a satisfação de direitos à saúde, previsto em favor da própria pessoa humana e dos cidadãos em geral em caso de insuficiência das finanças públicas, contudo, tal fundamentação, não se afigura lícita, muito menos ético moral, que os Entes estatais aleguem indisponibilidade orçamentária, de modo a criar obstáculos que inviabilizem o cumprimento das obrigações constitucionais impostergáveis (BULOS, 2015).

Nesse sentido, cabe refletir que os Juízes, desde que seja comprovado o dano a um direito fundamental, deve projetar o mais amplo entendimento sobre a questão e, por fim, emitir uma sentença, que a ela se relacionará. Portanto, na fase declaratória do direito não é dado aos magistrados absorver a questão econômica financeira para paralisar sua atividade, ora, comparado com um plano privado, isso representaria uma situação em que o devedor não será condenado a reparar danos, porque não possui bens suficientes para cumprir o título executivo judicial (CANELA JUNIOR, 2011).

Outrossim, “o Poder Judiciário tem compromisso constitucional com a realização dos direitos fundamentais e, dada a amplitude de sua competência, decorrente da assunção do controle de constitucionalidade, o Estado é visualizado como devedor em caso de lesão” (CANELA JUNIOR, 2011, p. 103).

Deste modo, oportuno frisar que, se os bens do Estado são insuficientes para o cumprir totalmente suas obrigações constitucionais, vislumbram-se duas soluções possíveis: uma é a aplicação do princípio da proporcionalidade na utilização dos recursos existentes, no caso de concessão de tutelas de urgência, a outra é o ajuste dos orçamentos para o cumprimento da sentença transitada em julgado (CANELA JUNIOR, 2011).

Nesse contexto, a jurisprudência do STJ, já firmou entendimento no sentido de bloqueio dos cofres públicos como medida para cumprimento do fornecimento de medicamento, vejam:

É possível ao magistrado determinar, de ofício ou a requerimento das partes, o bloqueio ou sequestro de verbas públicas como medida coercitiva para o fornecimento de medicamentos pelo Estado na hipótese em que a demora no cumprimento da obrigação acarrete risco à saúde e à vida do demandante (STJ, Informativo 532, do dia 19/12/2013).

Insta salientar que a medida judicial transcrita acima, deve ser adotada apenas em circunstâncias excepcionais, quando houver confirmação probatória que o Estado não esteja cumprindo sua obrigação de fornecer os medicamentos pleiteados e o atraso no recebimento desses medicamentos, representar risco para à saúde e à vida do reclamante (BRASIL, 2013).

Ora, “não se nega a possibilidade de aplicação da teoria da reserva do possível, ela é louvável e retrata com fidelidade o entendimento de que mesmo direitos constitucionalmente consagrados não são absolutos” (MPMG, 2012, p.13).

Contudo, implica em última análise, que a aplicação da teoria da reserva do possível, significa reconhecer: de um lado, a constatação de que os direitos fundamentais não têm supremacia absoluta em toda e qualquer situação, pelo fato que existe a exceção da situação excepcional que comprove justo motivo; e por outro, a inexistência da supremacia absoluta do princípio da competência orçamentária do legislador e da competência administrativa do Executivo, como obstáculo para a realização dos direitos fundamentais. Assim, a inexistência de recurso público é elemento não absoluto que deve ser considerado no processo de ponderação por meio do qual a providência judicial deve tomar forma (MÂNICA, 2015).

Por fim, tendo em vista os argumentos apresentados neste capítulo, cumpre salientar o entendimento jurisprudencial do STF no seguinte sentido: caso não haja vaga em UTI na rede pública, o Ente Público não fica desobrigado da sua tarefa constitucional, razão pela qual, o Estado deverá arca com o ônus da internação em leito de UTI na rede privada. Já no tocante aos medicamentos de alto custo, a Corte

Suprema tem se pronunciado da seguinte forma: em regra, o Estado não está obrigado a conceder medicamento se o fármaco não consta na lista do SUS, contudo, excepcionalmente, subsiste a obrigatoriedade da Administração Pública fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras, porém é necessária a comprovação de requisitos, vale frisar que, ainda não tem entendimento pacificado sobre o rol dos requisitos. Ademais, quanto aos limites orçamentários, salvo, a ocorrência de justo motivo, os Entes Federados não podem exonerar-se do cumprimento seus encargos constitucionais, principalmente quando se trata do bem maior que é a vida.

CAPÍTULO III – RESPONSABILIDADE ESTATAL

Em primeiro momento, o presente capítulo tem como propósito, analisar a competência e o tipo de responsabilidade dos Entes Federativos no tocante ao fornecimento de Unidade de Terapia Intensiva (UTI) e medicamento de alto custo.

Em segundo momento, se propõe a apresentar casos julgados pelos Tribunais, referentes a custeio de UTI em rede privada na ausência de UTI na rede pública e fornecimento de medicação de custo elevado, com a finalidade expor por meio dos julgados se em caso de agravamento de uma doença ou até mesmo o óbito do paciente devido o não fornecimento de UTI e medicamento de alto custo, se o Estado pode ser responsabilizado mesmo alegando insuficiência orçamentária.

Por último, será analisado se é cabível dano moral em caso de omissão Estatal na prestação do serviço de saúde.

3.1 Competência e tipo de responsabilidade dos Entes Federados para o fornecimento de UTI e medicamento de alto custo

3.1.1 Competência

Sendo à saúde um direito fundamental relacionado à vida e à dignidade humana, os Entes Políticos devem promoverem políticas públicas voltadas para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Portanto, o Poder Público deve garantir condições, ainda que mínimas, para que os indivíduos sobrevivam. A Constituição Federal, Lei Suprema da República Brasileira, fixou em seu artigo 23, inciso II, a competência comum entre as três esferas governamentais: União, Estados e

Municípios, a responsabilidade para prestar a assistência à saúde. Neste sentido, é solidária a tarefa constitucional atribuída aos Entes da Federação (BRASIL, 1988).

Assim, dispõe o respectivo dispositivo da Carta Magna:

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.

O dispositivo constitucional estipula claramente que à saúde além de ser direito fundamental previsto na Lei Maior, há o dever fundamental solidário de prestação de saúde por parte dos Entes Federativos (União, Estados e Municípios) (MENDES, 2018).

Pois bem, isto significa que, por se tratar de responsabilidade solidária dos Entes Políticos que constituem a estrutura organizacional do Estado Federal brasileiro, quando o assunto é serviços públicos de saúde, existe uma obrigação prevista na Constituição, que dar ao cidadão o direito de exigir e cobrar os serviços de saúde na esfera administrativa e, caso tenha seu pedido negado, estar legitimado a procurar a via judicial, sendo legitimados para responder a demanda um Ente isoladamente, alguns ou todos conjuntamente, qual sejam, União, Estados, DF e Municípios (BRASIL, 2019).

Sobre esse enfoque jurídico, é oportuno apresentar o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, no tocante, ao fornecimento de medicamento e/ou tratamento não previsto no âmbito do Sistema Único de Saúde: “Súmula nº 35 – TJGO – É dever da União, do Estado e dos Municípios, solidariamente, o fornecimento ao cidadão, sem ônus para este, de medicamento essencial ao tratamento de moléstia grave, ainda que não previsto em lista oficial do SUS” (GOIÁS, 2016, *online*).

O Sistema Único de Saúde (SUS), como o próprio nome diz, constitui um sistema único, o fato do SUS ter descentralizado os serviços e articulado os recursos orçamentários dos Entes políticos para melhorar a qualidade e acessibilidade dos serviços de saúde só fortaleceu a obrigação solidária e subsidiária entre eles, portanto, quando houver um pedido negado por parte do SUS, são legitimados para compor o polo passivo o gestor municipal, estadual ou federal (MENDES, 2018).

No mais, a responsabilidade solidária entre Entes Políticos já se encontra sedimentada nas jurisprudências da Suprema Corte, conforme se vê a seguir:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. [...] 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 [...] (STF, Emb. de declaração no RE 855178, Relator: Min. Luiz Fux, DJ do dia 16.04.2020).

Conforme se extrai acima, caso uma pessoa que esteja necessitando de uma Unidade de Terapia Intensiva ou de um medicamento e tenha seu pedido negado na via administrativa, pode ajuizar uma ação contra qualquer dos responsáveis Estatais (União, Estados ou Municípios) isoladamente ou conjuntamente, pois é de competência de todos Eles, o dever de assegurar a assistência necessária para manutenção e recuperação da saúde daquele que necessita. É mais que uma obrigação, é um dever de matriz constitucional, indispensável para uma existência digna.

Contudo, cumpre destacar o recente entendimento do STF que a solidariedade entre os Entes Federados não pode ser interpretada de forma irrestrita, entendendo que em regra, a responsabilidade é solidaria, mas existe exceção que o Ente pode ser condenado isoladamente, mesmo figurando mais de uma Pessoa política no polo passivo da ação, um exemplo dessa exceção será apresentado em no decorrer deste trabalho.

3.1.2 Tipo de responsabilidade

A palavra responsabilidade deriva do vocábulo latino *respondere*, com sentido de responder, em síntese, quando transportada para o direito, “induz de imediato a circunstância de que alguém, o responsável, deve responder perante a ordem jurídica em virtude de algum fato precedente” (CARVALHO FILHO, 2020, p. 601).

Nesse sentido, é oportuno apresentar a distinção entre responsabilidade e obrigação:

Obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro. Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 12).

Existem várias espécies de responsabilidade civil, destacando-se responsabilidades contratuais e extracontratuais, bem como, responsabilidades subjetivas e objetivas (MARTINEZ, 2009).

Quando se fala em responsabilidade estatal, a doutrina do Direito Administrativo, traz algumas teorias aplicáveis a responsabilidade civil do Estado, dentre elas destacam: teoria da culpa do serviço ou da culpa administrativa e teoria do risco, desdobrada, por alguns doutrinadores, em teoria do risco administrativo e teoria do risco integral (DI PIETRO, 2020).

Contudo, neste trabalho será abordado apenas a teoria que diz respeito, a responsabilidade do Ente público no tocante a falta de UTI e não disponibilidade de medicamentos essenciais para a manutenção da vida humana.

Assim como pessoas físicas e jurídicas são responsáveis por repararem danos que causarem a outrem, o Estado também responde pelos prejuízos que porventura venha causar a alguém, contudo, vale frisar que, por ser pessoa jurídica o Estado não age e nem tem vontade própria, com isso, a vinculação do Estado se dar por intermédio de seus agentes (OLIVEIRA, 2010).

Desta forma, quando se trata da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público, é manifesto que elas respondem pelos danos que seus agentes causarem no exercício de suas funções, pela teoria da responsabilidade objetiva, baseada na no risco administrativo, conforme artigo 37, §6º da CF (GOIÁS, 2020).

Neste sentido, a Constituição Federal, dispõe:

Art. 37. *omissis*

§6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderam pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurados o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (BRASIL, 1988).

No entanto, a doutrina e a jurisprudência majoritária entendem que tal regra se aplicam à conduta comissiva da Administração Pública, enquanto que, quando o dano provém de ato omissivo, pela regra, a responsabilidade será subjetiva, sendo necessária a comprovação da culpa, aplicando a teoria da culpa do serviço público (GOIÁS, 2020).

Insta salientar que, de acordo com a teoria da culpa, a responsabilidade civil Estatal por comportamento omissivo surge quando o Estado tem o dever legal de agir para evitar o dano, porém é omissivo, não cumprindo com o encargo a ele incumbido e em decorrência da omissão estatal causa um prejuízo a alguém (CRUZ, 2017).

A teoria da culpa do serviço procura desassociar a responsabilidade do Poder Público da ideia de culpa do agente (DI PIETRO, 2020).

Segundo essa teoria, a culpa estatal subjetiva pode ser caracterizada por diversas formas, seja quando o serviço público não funciona quando deveria funcionar (inexistência do serviço), quando funciona atrasado ou até mesmo pelo mal funcionamento, nas duas primeiras hipóteses, caracteriza omissão danosa (DI PIETRO, 2020).

Isso significa que, para existir a responsabilidade da Administração Pública por omissão, deve haver uma obrigação do Estado de agir, ou seja, a conduta deve ser exigível e deve haver a possibilidade de agir para evitar o dano (DI PIETRO, 2020).

Neste sentido, conforme preceitua o art. 196 da Lei maior da República Federativa do Brasil, à saúde é direito de todos e dever do Estado sua proteção,

promoção e recuperação, com finalidade de diminuir os riscos e evitar agravos, garantindo a manutenção e a preservação da vida do indivíduo (BRASIL, 1988).

Pois bem, a partir do momento que o Estado deixa o indivíduo desassistido sem fornecer medicamentos essenciais para recuperação da saúde e manutenção da vida, está violando regras e princípios fundamentais de matriz constitucional, nascendo a responsabilidade civil de reparar o dano causado. Portanto, é uma responsabilidade extracontratual, já que estar pautada apenas no dever legal a ele incumbido, inexistindo acordo prévio entre as partes, nem vínculo jurídico entre a vítima e o causador do dano (MARTINEZ, 2009).

A mesma interpretação vale para responsabilizar o Ente Estatal pelos danos que causar a terceiros por insuficiência de leitos hospitalares em Unidade de Terapia Intensiva.

Neste sentido, a doutrinadora Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2020), entende que nos casos de omissão Estatal a responsabilidade não é objetiva, e sim subjetiva, porque o prejuízo é ocasionado pela falha dos serviços públicos, ou seja, decorre do mau funcionamento, desta forma, a não prestação dos serviços tem levado à aplicação de teoria da culpa do serviço público, no mais, é anônima não a que se falar em culpa pessoal do agente, o dano em regra, não foi ocasionado pela atuação de funcionários públicos, mas devido à omissão do Poder Público, dano este que poderia ter sido evitado ou minorado se o Estado não estivesse sido omissor no dever de agir.

3.2 Casos julgados pelos Tribunais referente a custeio de UTI em rede privada em falta de UTI em rede pública e fornecimento de medicamento de alto custo

3.2.1 Recurso Especial nº 1.803.426 - RN

Trata de um Recurso Especial (RE), interposto contra um acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, em que, o Recorrente ajuizou ação ordinária contra o município de Natal, contra o Estado do Rio Grande do Norte e contra a União, cujo objetivo era o provimento do Poder Judiciário para efetivação do

direito fundamental à saúde, para garantir a manutenção da vida, que no caso em análise, o pedido pleiteado era a obtenção de um leito em Unidade de Terapia Intensiva na rede pública ou o custeio das despesas de internação em leito de UTI na rede privada de saúde (BRASIL, 2019).

Diante do caso, o Meritíssimo Juiz “a quo”, julgou procedente a demanda, determinando que os Entes estatais providenciassem a transferência do Requerido para uma UTI da rede pública ou na falta para uma UTI na rede privada (BRASIL, 2019).

Descontente como provimento jurisdicional, a Prefeitura do Município de Natal apelou, alegando ser parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, sob a argumentação que não tem qualquer responsabilidade pela manutenção e gestão de hospitais públicos e prestadores de serviços no âmbito do SUS (BRASIL, 2019).

Para a supressa da parte autora, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, deu provimento ao recurso. Apesar de reconhecer a obrigação da União, Estados e Municípios a garantia da efetividade do direito fundamental ao fornecimento de medicamentos e quaisquer tratamentos necessários para o tratamento e cura daqueles que necessitam, o TJRN, na análise do mérito decidiu por não assistir razão a parte autora, sob a argumentação que o Poder Judiciário na falta de vaga em UTI não pode compelir a internação de pacientes nos respectivos leitos, pois não pode expulsar pacientes para que outro ocupe a vaga por determinação judicial, acresceu ainda, que também não detém competência para determinar a criação de novos leitos (BRASIL, 2019).

A parte autora recorreu da decisão do acórdão do TJRN através de Recurso Especial protocolado com nº 1.803.426, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea “a” da Constituição Federal, pois a decisão estava contrariando o preceito constitucional e também diretriz jurisprudencial firmada pela Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2019).

Ao receber o referido Recurso Especial, o Excelentíssimo Ministro Herman

Benjamin (Relator), deu provimento e proferiu o seguinte voto:

[...] No que tange à responsabilidade em prover o tratamento de saúde da pessoa humana, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que é dever do Estado fornecer gratuitamente às pessoas carentes a medicação necessária para o efetivo tratamento médico e garantir a internação em UTI conforme orientação médica e, inexistindo vaga na rede pública, arcar com os custos da internação em hospital privado, nos termos do art. 196 da Constituição Federal [...] (STJ, Resp. 1803426, Relator Min. Herman Benjamin, DJe do dia 30/05/2019).

Essa ação foi julgada no dia 30 de maio de 2019, pela segunda turma do STJ, a turma por unanimidade deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Ministro Relator (BRASIL, 2019).

3.2.2 Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 5.448 Goiás

Merece destaque, no tocante ao tema, o Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 5.448, interposto pelo Estado de Goiás, com o objetivo de suspender uma decisão monocrática proferida pelo Relator Ministro Presidente Luiz Fux, em que o Estado agravante foi condenado ao fornecimento de um medicamento de alto custo para garantir a manutenção e recuperação da saúde de um particular (BRASIL, 2021).

Antes de apresentar os pontos discutidos no referido Agravo, é de fundamental importância, entender o que é Suspensão de Segurança:

[...] A suspensão de segurança, concedida liminar ou definitivamente, é contracautela que visa à salvaguarda da eficácia pleno do recurso que contra ela se possa manifestar, quando a execução imediata da decisão, posto que provisória, sujeita a riscos graves de lesão interesses públicos privilegiados - a ordem, a saúde, a segurança e a economia pública: sendo medida cautelar, não há regra nem princípio segundo os quais a suspensão da segurança devesse dispensar o pressuposto do *fumus boni juris* [...] (STF, Ag. Reg. na Suspensão de Segurança 5.448 Goiás, Relator Min. Luiz Fux, DJ nº 64 publicado em 07/04/2021).

No âmbito do Superior Tribunal Federal, as tentativas do Poder Público de suspender decisões judiciais que tratam de fornecimento de medicamento e criação de vagas em UTI e leitos hospitalares têm ocorrido repetidamente, são diversos os pedidos de suspensão de segurança, suspensão de tutela e suspensão de liminares

com intuito de suspender a execução de medidas cautelares que condenam os Entes Federados nas mais diversas prestações de saúde (MENDES, 2018).

Posto isto, cumpre trazer as alegações apresentadas pelo Estado de Goiás com o intuito de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais de caráter essencial.

Pois bem, o Estado de Goiás ajuizou a Suspensão de Segurança alegando que, o fornecimento do medicamento de alto custo de forma individual, acarretaria um elevado impacto econômico desequilibrando o sistema orçamentário, porque iria abalar diretamente o já afetado sistema público, levando a um potencial risco de grave lesão ao interesse público, alegou ainda, que desvirtuaria o princípio da universalidade que tem como objetivo atender a população de forma coletiva alcançando um número maior de pessoas, de modo, que evitaria que o interesse individual prevalecesse sobre o coletivo (BRASIL, 2021).

Ao votar quanto ao mérito do referido Agravo Regimental na Suspensão de segurança, o Rel. Min. Presidente Luiz Fux, proferiu seu voto nos seguintes termos:

[...] Em que pese os argumentos expendidos no agravo, não se verifica no caso concreto potencial lesão de natureza grave ao interesse público a ensejar a concessão da medida pleiteada. Com efeito, dos elementos constantes nos autos não se vislumbra a existência de plausibilidade na argumentação do Estado requerente de que o imediato cumprimento da decisão impugnada seria capaz de, por si só, gerar desorganização administrativa e financeira no âmbito do Estado, haja vista o valor da prestação de saúde no caso não ser sobremaneira elevado proporcionalmente à capacidade econômica do requerente. Saliente-se que a lesão ao interesse público apta ensejar a concessão excepcional da medida de contracautela há de se qualificar como 'grave', nos termos expressos dos artigos 4º, caput, da Lei 8.437/1992, 15 da Lei 12.016/2009 e art. 297 do RISTF [...] (STF, Ag. Reg. na Suspensão de Segurança 5.448 Goiás, Relator Min. Luiz Fux, DJ nº 64 publicado em 07/04/2021).

Essa demanda foi julgada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual que aconteceu no dia 29 de março de 2021, que por unanimidade negou provimento ao Agravo Regimental na Suspensão de Segurança, nos termos do voto do Relato (BRASIL, 2021).

Como exposto, mesmo o Estado alegando impacto financeiro, desequilíbrio

orçamentário e risco de grave lesão ao interesse público, tal alegação não foi aceita pela Suprema Corte para desincumbir o Ente de sua obrigação constitucional.

3.2.3 Caso excepcional - Medida Cautelar na Suspensão de Segurança nº 5431

Ainda sobre responsabilidade solidaria dos Entes Federativos, é imperioso destacar o recente entendimento do STF, excepcionalmente a Suprema Corte decidiu em uma demanda que a responsabilidade solidária não pode ser interpretada de forma irrestrita. Como regra, a responsabilidade é solidária entre a União, Estados e Municípios, mais vejam a exceção (BRASIL, 2020):

Trata-se de uma medida cautelar na Suspensão de Segurança nº 5431, interposta pelo Município de Santa Isabel-SP contra um acórdão do TJSP, que manteve condenação solidária em sede de tutela provisória entre o Município de Santa Isabel e o Estado de São Paulo, ao fornecimento do medicamento de alto custo por nome Eculizumabe, para tratamento de uma pessoa acometida por uma síndrome hemolítica urêmica atípica, na condenação foi fixada multa diária no valor de R\$ 1.000,00 (BRASIL, 2020).

O objetivo do Município de Santa Isabel ao ajuizar a Suspensão de Segurança foi ser exonerado da responsabilidade solidária, e que o Estado de São Paulo suportasse o ônus isoladamente, visto que o referido Estado possui maior capacidade financeira. O Município alegou que não possui capacidade orçamentária para cumprir com a determinação do Poder judiciário sem comprometer com a saúde pública do município e que o cumprimento causaria desequilíbrio das contas públicas prejudicando seriamente a economia pública local (BRASIL, 2020).

Ao receber o pedido de Suspensão de Segurança, o Relator Min. Presidente Luiz Fux, em decisão monocrática, deferiu o pedido de medida liminar em face do Município requerido, por entender que de o Município Santa Isabel-SP não possuía capacidade orçamentaria para o fornecimento do medicamento pleiteado, tendo em vista, o elevado valor do medicamento e que é dever das autoridades judiciais direcionar o cumprimento da obrigações de prestação à saúde aos Entes que detém competência de acordo com as regras de hierarquização do SUS. Neste

sentido, manteve a eficácia da decisão em relação ao Estado de São Paulo para Este cumprir com a obrigação fundamental à saúde, e fornecer o medicamento para recuperação da saúde e manutenção da vida daquele que esperava o provimento jurisdicional (BRASIL, 2020).

No relatório, o Min. Relator fundamentou sua decisão destacando o seguinte trecho:

[...] A jurisprudência desta Corte, reafirmada no julgamento do RE 855.178 - Tema 793 da repercussão geral, é no sentido da existência de responsabilidade solidária entre os entes federativos para as causas em que se postula a concessão judicial de medicamentos, eis que se trata de competência atribuída comumente a todos eles pela Constituição da República de 1988. [...]. Com efeito, na ocasião, restou fixada a seguinte tese: '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' (RE 855.178-ED, Tribunal Pleno redator para o acórdão o Min. Edson Fachin, julgamento em 23/5/2019) [...] (STF, Medida Cautelar na Suspensão de Segurança nº 5431, Relator Min. Luiz Fux, DJe nº 253 publicado em 20/10/2020).

Esta demanda foi julgada no dia 16 de outubro de 2020 e publicada no DJe nº 253, no dia 20/10/2020 (BRASIL, 2020).

Importante notar, apesar do Município ter sido exonerado do cumprimento da obrigação, o direito fundamental à saúde foi assegurado, pois a condenação foi mantida sob pena de multa diária no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) em desfavor do Estado São Paulo. Valer frisar, que não trata de decisão vinculante, os efeitos dessa decisão é *inter partes*.

3.3 Dano moral decorrente da omissão do Estado na prestação do serviço de saúde

Cumprido salientar, que a Constituição Federal de 1988, Lei maior da Federação Brasileira, consagrou a dignidade humana com um dos alicerces da democracia e do Estado de Direito, não é ao acaso que estar previsto bem no artigo 1º, inciso III. Ao fazer isso, a Carta Magna, deu ao dano moral uma nova feição e uma

maior amplitude, porque a dignidade humana é a base de todos os valores morais, é a essência de todos os direitos integrantes da personalidade (CAVALIERI FILHO, 2020).

Nessa perspectiva:

São os direitos da personalidade, que ocupam posição supraestatal, dos quais são titulares todos os seres humanos a partir do nascimento com vida (Código Civil, arts. 1º e 2º). São direitos inatos, reconhecidos pela ordem jurídica e não outorgados, atributos inerentes à personalidade, tais como o direito à vida, à liberdade, à saúde, à honra, ao nome, à imagem, à intimidade, à privacidade, enfim, à própria dignidade da pessoa humana (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 99).

Desta forma, à luz da atual Constituição, o dano moral pode ser conceituado a partir de dois aspectos distintos: de forma estrita e ampla. A rigor, em sentido estrito, o dano moral é a violação do direito à dignidade. É exatamente por levar em consideração a inviolabilidade desse direito, que a Lei fundamental inseriu em seu art. 5º, inciso V e X, a indenização plena por dano moral. Portanto, este é o novo método constitucional que deve verificar o dano moral: qualquer violação da dignidade pessoal constitui dano moral e, portanto, deve ser indenizada (CAVALIERI FILHO, 2020).

No tocante, ao dano causado pela omissão do Ente estatal, como demonstrado em tópico anterior, doutrina e a jurisprudência majoritária entende que quando o dano decorrente de comportamento omissivo na prestação do atendimento, pela regra, é aplicada a responsabilidade subjetiva, sendo de fundamental importância a comprovação do elemento culpa, visto que, nesses casos, o motivo do acontecimento danoso não é proveniente de ato do Ente estatal, e sim, de ato omissivo na prestação do serviço público, ensejando prejuízo ao particular, aplicando nesses casos, a teoria da falta do serviço, também chamada, teoria da culpa do serviço público (GOIÁS, 2020).

O dano é pressuposto central e indispensável, é o maior vilão para caracterização da responsabilidade civil, logo, se não existir dano não a que se falar em responsabilidade, vejam que é indispensável a configuração do dano para a caracterização da responsabilidade e consequentemente a obrigação de indenizar. A

obrigação de indenizar somente ocorre quando alguém comete um ato ilegal e causa danos a outrem (CAVALIERI FILHO, 2020).

A ação ou omissão ilícita (ato ilícito), a culpa e o dano são requisitos para a responsabilização civil e constituição da obrigação de indenizar, como também, o nexo causal entre a conduta e o dano (GOIÁS, 2020).

Sobre esse contexto, o Código Civil, aduz:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito (BRASIL, 2002).

[...]

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo (BRASIL, 2002).

Da interpretação extraída dos dispositivos jurídicos acima referenciados, o risco de dano não é suficiente, não basta a conduta ilícita. No caso de não haver consequência concreta, quando não existe lesão ao patrimônio econômico ou moral, não haverá responsabilidade pelos reparos, pois, indenização sem dano configura enriquecimento ilegal, enriquece aquele que recebe sem motivo e pune quem paga, e esse não é o objetivo da reparação, desta forma, se a vítima não sofreu nenhum dano não haverá o que se indenizar (CAVALIERI FILHO, 2020).

Indenização significa reparar o dano causado à vítima de forma integral. Se possível, restaurar ao seu estado original, ou seja, retomar ao estado em que estava antes do ato ilegal ocorrer. No entanto, na maioria dos casos é impossível, uma vez que é impossível alcançar tal desejo, com isso, a legislação buscou uma forma de compensação através de pagamento de uma indenização de forma monetária (GONÇALVES, 2020).

Nesse liame, a responsabilidade civil dos Entes Federados por omissão, ocorre quando tem o dever legal de cumprir com determinada obrigação, ou seja, tem o dever de agir e ante a omissão ou insuficiência na prestação de serviço público, ocorre o evento danoso, surgindo com isso, a obrigação de reparação (GONÇALVES, 2020).

A propósito, vejam a ementa de Agravo em Recurso Especial, sobre

responsabilidade civil do Estado, indenização por danos morais decorrente de morte de paciente devido à ausência de Unidade de Terapia Intensiva, julgado pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negou provimento ao recurso interposto pelo Distrito Federal e majorou a condenação em benefício dos particulares:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DE PACIENTE (CRIANÇA DE 11 MESES DE IDADE) POR FALTA DE LEITO EM UTI. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS FIXADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM EM VALOR IRRISÓRIO (R\$ 75.000,00). DIREITO DOS PAIS A INDENIZAÇÃO RAZOÁVEL. EFEITO PEDAGÓGICO E EXEMPLAR. NECESSIDADE DE REVISÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO, MAJORADO A R\$ 100.000,00 PARA CADA UMA DAS PARTES AGRAVADAS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR TOTAL DA CONDENAÇÃO DE R\$ 200.000,00. VERBA SUCUMBENCIAL FIXADA EM R\$ 5.000,00 PELA CORTE DE ORIGEM. VALOR CONSIDERADO IRRISÓRIO. [...] MAJORAÇÃO A 5% SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DO ENTE DISTRITAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO (STJ, Ag. Reg. no Resp. nº 725306 – DF, Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, publicado em 11/06/2019).

O dano moral sofrido pela família do falecido, também conhecido como dano emocional, prejuízo por afeição, é uma espécie de dano extrapatrimonial causado pelo impacto sobre a vítima por ricochete, sendo um dos principais tipos de dano moral stricto sensu. Buscar com a indenização, um paliativo para aliviar a dor psicológica causada pelo evento danoso, por isso é de natureza individual, por que cada situação tem suas peculiaridades, e sua gradação pode variar de acordo com o grau de parentesco ou afinidade com o falecido, em razão disso, o direito a indenização também deve receber tratamento individualizado, e cada parte lesada pode reivindicar sua parcela indenizatória, esse entendimento é amplamente corroborado pela jurisprudência do STJ, as parcelas de indenização não só devem ser arbitradas separadamente, mas também podem ser avaliadas de acordo com a extensão em que cada vítima é afetada por ricochete, variando o valor atribuído a cada um (CAVALIERI FILHO, 2020).

Diferente do dano material, o dano moral não visa apenas a recomposição do patrimônio da vítima, com a restauração pura e simples do status quo ante. Mais importante ainda, visa compensar de alguma forma o sofrimento das aflições da alma humana, ocasionada pela lesão íntima (DISTRITO FEDERAL, 2019).

No que se refere, a fixação do quantum indenizatório devida, nos moldes do disposto no artigo 944 do CC/2002, o magistrado ao estabelecer deve-se considerar o princípio da proporcionalidade, as características pedagógicas da prevenção e punição da indenização, a capacidade econômica do agente ofensor e da vítima e o grau do dano (DISTRITO FEDERAL, 2019).

Restou demonstrado através deste capítulo que, em se tratando de matéria de direito à saúde, é de competência comum da União, Estados e Municípios, resultando em regra em responsabilidade solidária entre os Entes Federativos para responder as demandas das ações de saúde, existindo, entretanto, exceções que deveram ser analisadas de acordo com o caso concreto. Nesses casos, quando a responsabilidade decorre de omissão na prestação dos serviços de saúde, a jurisprudência majoritária e a doutrina entendem que, pela regra, a responsabilidade será subjetiva, sendo necessária a comprovação da culpa, aplicando a teoria da culpa do serviço público.

No mais, em relação a falta de Unidade de Terapia Intensiva na rede pública de saúde e fornecimento pelo Estado de medicamento de alto custo, ficou comprovado através dos julgados apresentados, que o entendimento jurisprudencial que prevalece nos Tribunais é que na ausência de UTI na rede pública o Estado tem o dever de custear o tratamento em UTI na rede privada, como também, tem a obrigação de fornecer medicação de custo elevado para manutenção da vida e recuperação da saúde daquele que necessita mesmo alegando insuficiência orçamentaria, pois nem sempre tal alegação tem sido aceita, ademais, em regra a responsabilidade nas prestações de serviço à saúde é solidaria entre os Entes Federativos, contudo existe casos excepcionais como ficou demonstrado.

Por fim, ficou demonstrado que é cabível dano moral, se da omissão na prestação do serviço público de saúde, porventura vier causar dano ao particular, sendo indispensável a comprovação do dano para a caracterização da responsabilidade e conseqüentemente a obrigação de indenizar.

CONCLUSÃO

A presente monografia teve como ponto central, analisar e discorrer sobre o direito fundamental à saúde e a responsabilidade dos Entes Federados em garantir a assistência necessária. Especificamente o trabalho teve como foco abordar a assistência em Unidade de Terapia Intensiva com a finalidade de recuperação do estado crítico da saúde do indivíduo e o fornecimento de medicamento de alto custo para manutenção da vida e recuperação da saúde da pessoa enferma.

Para melhor compreender a abrangência e a importância do direito à saúde, fez-se necessário a inserção um capítulo inicial a fim de, apresentar uma análise da saúde como direito fundamental, assegurado pela Constituição Federal de 1988 (Lei Maior do Brasil), Lei está de observância indispensável. Para isso, o estudo partiu do eixo principal, qual seja, o direito à vida, na qual, foi demonstrado a importância do direito à saúde como pressuposto fundamental para manutenção da vida, que é o bem jurídico mais importante do ser humano, nessa perspectiva, assumiu importante relevo relacionar esses direitos com a dignidade da pessoa humana que é princípio máximo norteador da República brasileira, como isso, foi demonstrado a necessidade de efetivação do direito à saúde pelos Entes estatais, pois não faria sentido falar em saúde sem relacionar com o direito à vida e com princípio da dignidade da pessoa humana, pois sem à vida não faria sentido declarar qualquer outro direito, se antes não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo, de permanecer vivo.

Neste contexto, o estudo fez relação desses direitos com a tese da reserva do possível que frequentemente é apresentada como matéria de defesa pelos Gestores Federal, Estadual, Distrital (DF) e Municipal, na qual, alegam a insuficiência

orçamentária com o intuito de ser desonerados do cumprimento de suas obrigações de assistência à saúde.

Nesta seara, ficou demonstrado que excluir o fornecimento de medicamentos necessários a sobrevivência de uma pessoa, como também, deixar de assegurar a assistência em UTI aqueles indivíduos que estão em estado iminentemente crítico, que se não tiver o tratamento de terapia intensiva urgente poderá ir a óbito, negar estas assistências com tese que o Poder Público não tem orçamento suficiente, com alegação que existem outras necessidades mais importantes do que garantir à vida, o direito de permanecer vivo, a manutenção e proteção e recuperação da saúde, fazer isso significa, ferir de forma cruel a dignidade da pessoa humana, além de negar força a Carta Magna e inobservar o Texto Constitucional e as outras normas nacionais como também as internacionais que o Brasil faz parte, que tratam do direito à vida, à saúde e da dignidade da pessoa humana.

Após demonstrada a importância e abrangência do direito à saúde, indissociável com o direito à vida e com a dignidade da pessoa humana, como bens jurídicos tutelados compreendidos dentro dos direitos constitucionais mínimos, indispensáveis à manutenção da saúde e a preservação da vida do indivíduo, foi inserido um segundo capítulo, que teve como finalidade abordar acerca da judicialização do direito à saúde no tocante a vaga em Unidade de Terapia Intensiva e medicamentos de alto custo, nesse ponto, o capítulo se propôs a analisar se mesmo o Estado alegando insuficiência orçamentária tem o dever de custear tratamento em UTI em rede privada na falta de UTI em rede pública, bem como, se tem o dever de fornecer medicamento de alto custo não incluído na lista do SUS.

Nesse liame, restou demonstrado que um dos pedidos de quem busca a tutela judicial quando o Estado não dispõe de vaga na UTI na rede pública é a internação em leito de UTI na rede privada sendo as despesas custeadas pelo Poder Público, nesse sentido, com o fito de preservar à vida da população os tribunais nacionais brasileiro vem decidindo favoravelmente a esse respeito.

Já no tocante aos medicamentos de alto custo que não consta na lista oficial, a Corte Suprema tem se pronunciado da seguinte forma: em regra, o Estado

não está obrigado a conceder medicamento se o fármaco não consta na lista do SUS, contudo, excepcionalmente, subsiste a obrigatoriedade da Administração Pública fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras, porém, é necessária a comprovação de requisitos, vale frisar que, ainda não tem entendimento pacificado sobre o rol dos requisitos. Ademais, quanto aos limites orçamentários, salvo, a ocorrência de justo motivo, os Entes Federados não podem exonerar-se do cumprimento seus encargos constitucionais, principalmente quando se trata do bem maior que é a vida.

Na sequência o terceiro e último capítulo, teve como propósito, analisar a competência e o tipo de responsabilidade dos Entes Federativos no tocante ao direito à saúde, como também, teve o fito de apresentar casos julgados pelos Tribunais Superiores referentes a custeio de UTI em rede privada na ausência de UTI na rede pública e fornecimento de medicação de custo elevado. Por último, ainda buscou abordar se é cabível dano moral em caso de omissão Estatal na prestação do serviço público de saúde.

Neste sentido, ficou comprovado que em se tratando de matéria de direito à saúde, é de competência comum da União, Estados e Municípios, resultando em regra, em responsabilidade solidária entre os Entes Federativos para responder as demandas das ações de saúde, existindo, entretanto, exceções que deveram ser analisadas de acordo com o caso concreto. Nesses casos, quando a responsabilidade decorre de omissão na prestação dos serviços de saúde, a jurisprudência majoritária e a doutrina entendem que, pela regra, a responsabilidade será subjetiva, sendo necessária a comprovação do elemento culpa, aplicando a teoria da culpa do serviço público.

No mais, em relação a falta de Unidade de Terapia Intensiva na rede pública de saúde e fornecimento pelo Estado de medicamento de alto custo, ficou comprovado através dos julgados apresentados que o entendimento que prevalece nos Tribunais é que na ausência de UTI na rede pública o Estado tem o dever de custear o tratamento em UTI na rede privada, como também, tem a obrigação de fornecer medicamentos de custo elevado mesmo alegando insuficiência orçamentaria, pois nem sempre tal alegação tem sido aceita.

Por fim, ficou demonstrado que é cabível dano moral, se da omissão na prestação do serviço público de saúde, porventura vier causar dano ao particular, sendo indispensável a comprovação do dano para a caracterização da responsabilidade e conseqüentemente a obrigação de indenizar.

Sobre a pesquisa, é oportuno e pertinente tecer um último comentário: através de compilações de posicionamentos doutrinários e jurídicos foi possível concluir que os serviços de saúde devem obedecer ao princípio da integralidade, ou seja, devem atender a todas as necessidades do ser humano e devem ser prestados sem exclusão de doença, com isso, as alegações orçamentárias de suposto prejuízo aos cofres públicos, não podem ser uma limitação para que os Entes Federados fiquem insetos de suas obrigações de garantirem o cumprimento desses direitos fundamentais, nessa perspectiva, ainda que a tese da reserva do possível seja relevante, ela não pode ser capaz de restringir ou eliminar esse direito fundamental, nesse sentido, as decisões judiciais vêm determinando o fornecimento de medicamentos e tratamentos ora negados pelo Sistema Único de Saúde, inclusive por meio de multas diárias e como meio de socorro precoce, conforme apresentado, o STJ já firmou jurisprudência que quanto a demora no fornecimento de medicamento acarretar risco à saúde e a vida do requerente, o magistrado poderá a pedido das partes ou de ofício determinar o bloqueio ou sequestro de verbas públicas como medida coercitiva para o cumprimento da obrigação.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fernanda M. F. Moura. **A judicialização da saúde e os métodos autocompositivos como alternativa**. Trabalho de Conclusão do Curso (Bacharel em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, RS, 2019. Disponível em:

https://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/9015/1/JudicializacaoDaSaude_Albuquerque_2019. Acesso em: 11 fev. 2021.

AMORIM, Poliana Torres de. **Medicamentos de alto custo e a judicialização da saúde**: vertentes da necessidade de acesso a medicamentos para os portadores da atrofia muscular espinhal. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Centro Universitário UNIFACIG, Minas Gerais, Manhuaçu, 2020. Disponível em: <http://pensaracademico.facig.edu.br/index.php/repositorioctcc/article/view/2538>. Acesso em: 10 fev. 2021.

BARROS, Giselle Nori. **O dever do estado no fornecimento de medicamentos**. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) - Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp0124.16.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2017.

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/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 30 abr. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **RESOLUÇÃO Nº 2.271, DE 14 DE FEVEREIRO DE 2020**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-2.271-de-14-de-fevereiro-de-2020-253606068>. Acesso em: 11 fev. 2021.

BRASIL. Saúde Brasil. **O que significa ter saúde?** Disponível em: <https://saudebrasil.saude.gov.br/eu-quer-me-exercitar-mais/o-que-significa-ter-saude#:~:text=Seguindo%20essa%20linha%20mais%20abrangente,aus%C3%Aancia%20de%20doen%C3%A7a%20ou%20enfermidade>. Acesso em: 2 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **AG. REG. na Suspensão de segurança 5.448 Goiás**. Relator Min. Luiz Fux. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755691115>. Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **AG. REG. no Recurso Extraordinário Com Agravo 1.119.355.** Relator Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748397144>. Acesso em: 23 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Emb. decl. no Recurso Extraordinário 855.178.** Relator Min. Luiz Fux. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4678356>. Acesso em: 6 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Informativo STF nº 582:** Repercussão Geral - Direito à Saúde - Reserva do Possível - “Escolhas Trágicas” - Omissões Inconstitucionais - Políticas Públicas - Princípio que Veda o Retrocesso Social (STA 175-AgR/CE). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo582.htm#transcricao1>. Acesso em: 23 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Informativo STF nº 969:** Repercussão Geral - Direito à saúde e dever de o Estado fornecer medicamento. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo969.htm>. Acesso em: 17 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Suspensão de Segurança nº 5431.** Relator Min. Luiz Fux. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1144396/false>. Acesso em: 8 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 1026386.** Relator Min. Roberto Barroso. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=decisoese&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=%20ARE%201026386&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 12 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 1047235.** Relator Min. Edson Fachin. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=decisoese&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=ARE%201047235&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 12 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 241.630-2/RS.** Relator Min. Celso de Mello. Publicado no DJ de 3-4-2001, p. 49. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho75999/false>. Acesso em: 9 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 566471.** Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565078>. Acesso em: 17 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 725306 – DF**. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201501330921&dt_publicacao=13/06/2019. Acesso em: 1 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de jurisprudência nº 532**: Direito Administrativo e Processual Civil. bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos pelo Estado. Recurso Repetitivo (art. 543- c do cpc e res. 8/2008-stj). Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270532%27>. Acesso em: 26 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.803.426 – RN**. Relator Min. Herman Benjamin. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=95022134&num_registro=201900814426&data=20190530&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 28 abr. 2021.

BULOS, Uadi Lammêngo. **Direito Constitucional ao alcance de todos**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. **Do direito público subjetivo à saúde: conceituação, previsão legal e aplicação na demanda de medicamentos em face do Estado-membro**. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/14736-14737-1-PB.htm>. Acesso em: 12 nov. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CRUZ, Bruna Helen da. **Responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva frente à insuficiência de leitos em UTI neonatais**. Monografia (Bacharel em Direito) - Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC, Criciúma – Santa Catarina, 2017. Disponível em: <http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/6022/1/BRUNA%20HELEN%20DA%20CRUZ.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2021.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueredo. **Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DAUVE, Ana Carolina. **Responsabilidade do estado no fornecimento de medicamentos e a intervenção judicial**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. Disponível em:

http://www.mpdft.mp.br/saude/images/judicializacao/Responsabilidade_Estado_forne_cimento_medicamentos.pdf. Acesso em: 11 nov. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Apelação Cível 0708497-09.2018.8.07.0018**. Relator Desembargador Angelo Passareli. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 1 maio 2021.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Apelação / Reexame Necessário n. Processo: 20160110201975APO**. Relator Desembargador Robson Barbosa de Azevedo. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 24 maio 2021.

FACHINELLO, Jackson Paulo. **O direito ao fornecimento de medicamentos não disponibilizados pela Administração Pública**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/44127/o-direito-ao-fornecimento-de-medicamentos-nao-disponibilizados-pela-administracao-publica>. Acesso em: 17 fev. 2021.

GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. **Apelação cível nº 5169240.87.2018.8.09.0051**. Relator Desembargador José Carlos de Oliveira. Disponível em: <https://projudi.tjgo.jus.br/ConsultaJurisprudencia>. Validação pelo código: 10473563026928811, no endereço: <https://projudi.tjgo.jus.br/PendenciaPublica>. Acesso em: 12 fev. 2021.

GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. **Remessa Necessária nº 0412830.40.2016.8.09.0132**. Relator Fábio Cristóvão de Campos Faria. Disponível em: https://projudi.tjgo.jus.br/BuscaArquivoPublico?PaginaAtual=6&Id_MovimentacaoArquivo=138644683&hash=2651860597871601620394893190160189979&CodigoVerificacao=true. Acesso em: 30 abr. 2021.

GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. **Súmula nº 35**. Disponível em: <http://tjdocs.tjgo.jus.br/documentos/435169>. Acesso em: 5 abr. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. Disponível em: <https://pt.slideshare.net/ben11111/curso-de-direito-previdencirio-fbio-zambitte-ibrahim-2015>. Acesso em: 28 out. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas.** Disponível em: http://fernandomanica.com.br/site/wp-content/uploads/2015/10/teoria_da_reserva_do_possivel.pdf. Acesso em: 26 fev. 2021.

MARTINEZ, Camille Montaury M. de Barros. **A responsabilidade civil do Estado no fornecimento de medicamentos.** Artigo Científico (Pós – Graduação) - Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/CamilleMontauryMonteirodeBarrosMartinez.pdf. Acesso em: 5 abr. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional.** São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MINAS GERAIS. Ministério Público do Estado de Minas Gerais. **Ação civil pública, com pedido de antecipação de tutela.** Peça técnica. Procurador de Justiça Marcus Vinicius Lamas Moreira. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A91CFAA415B086D01416FFA96851C6C>. Acesso em: 15 fev. 2021.

MIRANDA, Marcelo Barça Alves. **Vaga de UTI na rede pública de saúde.** Disponível em: <https://marcelobarca.jusbrasil.com.br/artigos/869783466/vaga-de-uti-na-rede-publica-de-saude>. Acesso em: 15 fev. 2021.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MOTTA, Sylvio. **Direito Constitucional: teoria, jurisprudência e questões.** 28ª ed. Rio de Janeiro: Florence, 2019.

MOURA, Elisângela Santos de. **O direito à saúde na Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-direito-a-saude-na-constituicao-federal-de-1988/>. Acesso em: 30 out. 2020.

OLIVEIRA, Helena Cecília Arruda. **A responsabilidade civil do Estado na prestação de medicamentos de alto custo.** Monografia (Bacharel em Direito) - Centro Universitário de Brasília, Brasília – DF, 2010. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/123456789/186/3/20524823.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2021.

ORDACGI, Fernanda N. Varejão. **Judicialização na ocupação dos leitos de UTI.** Trabalho de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/monografia/Monografia_pdf/2019/FernandaNepomucemoVarejao.pdf. Acesso em: 26 out. 2020.

ORDACGY, André da Silva. O direito humano fundamental à saúde pública. **Revista da Defensoria Pública da União.** disponível em:

<https://revistadadpu.dpu.def.br/article/view/185/162>. Acesso em: 10 nov. 2020.

OTERO, Cleber. Sanfelici; ARDUINI, Tamara Simão. A vulnerabilidade do paciente e a responsabilidade civil advinda de danos morais e existenciais ocasionados na relação triangular entre pacientes, médicos e hospitais. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM (2019)**. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/32681>. Acesso em: 26 out. 2020.

PARÁ. Ministério Público do Estado do Pará. **Ação civil pública de obrigação de fazer com pedido de tutela de urgência antecipada**. Peça técnica. Promotor de Justiça Sávio Ramon Batista da Silva. Disponível em: <https://www2.mppa.mp.br/data/files/13/F5/80/86/FA482710BBF8A527180808FF/ACP%20SAUDE%20COVID.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2021.

PRETEL, Mariana. **O direito constitucional da saúde e o dever do Estado de fornecer medicamentos e tratamentos**. Disponível em: <https://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos/O-direito-constitucional-da-saude-e-o-dever-do>. Acesso em: 12 nov. 2020.

ROCHA, Plínio Marcos Prudente. **O direito à saúde na Constituição de 1988**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/21732/o-direito-a-saude-na-constituicao-de-1988>. Acesso em: 9 nov. 2020.

RUSSO, Luciana. **Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

SANTOS, Sérgio Ribeiro; LACERDA, Maria do Carmo Nunes. **Fatores de satisfação e insatisfação entre os pacientes assistidos pelo SUS**. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/reben/v52n1/v52n1a06.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Leny Pereira. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível**. Trabalho de Conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu (Especialista em Direito Público) - Instituto Brasiliense de Direito Público, Distrito Federal. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoaudienciapublicasaude/anexo/direito_a_saude_por_leny.pdf. Acesso em: 3 nov. 2020.

SILVA, Liliane Coelho. **Judicialização da saúde: em busca de uma contenção saudável**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/judicializacao-da-saude-em-busca-de-uma-contencao-saudavel/>. Acesso em: 10 fev. 2021.

WERNECK, Leticia Rosa. **A responsabilidade civil do Estado pela falta de leitos em UTI's nos hospitais públicos**. Trabalho de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2013/trabalhos_12013/LeticiaRosaWerneck.pdf. Acesso em: 26 out. 2020.