UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

SHEILA MARQUES NASCIMENTO HABIB

**A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO
FRENTE À OMISSÃO PRESTACIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL
À SAÚDE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

PIRACICABA-SÃO PAULO

2020

SHEILA MARQUES NASCIMENTO HABIB

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EXTRA CONTRATUAL
FRENTE À OMISSÃO PRESTACIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL
À SAÚDE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Professor Doutor José Antonio Remedio.

Área de Concentração: Direitos Fundamentais Coletivos e Difusos

PIRACICABA – SÃO PAULO

2020

BANCA EXAMINADORA DO EXAME DE DEFESA:

Professor Doutor José Antonio Remedio
Orientador e Presidente da Banca
UNIMEP

Professora Doutora Angélica Lucía Carlini
UNIP

Professora Doutora Vivian de Almeida Gregori Torres
UNIMEP

*Ao meu esposo, Henrique, pelo amor, apoio, compreensão,
dedicação e presença constante.*

Te amo.

*À minha filha, Alice, que mesmo ainda tão pequenina em meu
ventre foi o principal motivo de tamanha força de vontade em
finalizar este trabalho.*

Razão da minha vida.

*Aos meus pais, Joel e Isis, que sempre estiveram ao meu lado
em todos os momentos, a eles só tenho gratidão. Obrigada por
serem pais tão presentes.*

“Sonhos determinam o que você quer.
Ação determina o que você conquista”.
Aldo Novak

RESUMO

Analisa-se nesse trabalho a importância do instituto da Responsabilidade civil extracontratual do Estado frente ao comportamento omissivo do Poder Público na prestação de direitos fundamentais prestacionais, em especial, o direito fundamental à saúde pública, positivado na Constituição Federal de 1988 como um dever Constitucional do Estado. Estuda-se a relevância dos direitos fundamentais na garantia da dignidade humana, bem como na manutenção da vida com o mínimo existencial, sendo imprescindível a sua prestação com qualidade e eficiência. Ressalta-se que, a sociedade há tempos vem sofrendo com a má administração pública frente à prestação do direito à saúde e, conseqüentemente, colocando em risco a vida humana. Diante deste cenário, observa-se a necessidade de interferências externas, como por exemplo a busca pelo poder judiciário, a fim de fazer com que o Estado responda civilmente por seus atos danosos. Assim, o instituto da responsabilidade civil extracontratual objetiva do Estado, no caso em tela, possui o condão de atuar como instrumento de responsabilização frente à omissão prestacional do direito à saúde pública, o que certamente contribuirá para uma gestão administrativa mais responsável no cumprimento de seus deveres constitucionais para com a sociedade. A pesquisa se justifica ao considerar que o Estado passa por um período de crise na prestação de direitos fundamentais sociais atuando de forma leviana e, sendo tal comportamento um confronto direto com os preceitos da Carta Magna. Desta forma, conclui o presente estudo no sentido de que apesar de haver divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre ser essa responsabilidade subjetiva (necessidade de demonstração de dolo ou culpa) ou objetiva (independente de dolo ou culpa), já existem diversas jurisprudências e doutrinas defendendo a aplicação da responsabilidade objetiva (teoria do risco administrativo), ou seja, independente de dolo ou culpa o Estado responderá, nos casos de ação ou omissão a dever prestacional que venha gerar danos, em especial, nas hipóteses que se der em hospitais públicos com falta de prestação médica ou qualquer outra necessidade (equipamentos, medicamentos, demais profissionais da saúde, e etc.) que sejam indispensáveis para o restabelecimento e manutenção da vida humana, desde que demonstrado nexos causal entre dano e omissão. A base metodológica adotada foi qualitativa analítica, consistindo no exame bibliográfico, com aporte da jurisprudência brasileira.

Palavras-chave: Dignidade; Direitos fundamentais prestacionais; Saúde pública; Responsabilidade.

ABSTRACT

In this work, the importance of the State's non-contractual civil liability institute is analyzed in view of the omission behavior of the Public Power in the provision of fundamental rights, especially the fundamental right to public health established in the Federal Constitution of 1988 as a State Constitutional duty. The relevance of fundamental rights in the guarantee of human dignity, as well as in the maintenance of life with the minimum existential, is studied, being its provision with quality and efficiency essential. It is noteworthy that, society has long been suffering from poor public administration regarding the provision of the right to health and, consequently, putting human life at risk. In view of this scenario, there is a need for external interference, such as the search for the judiciary, in order to make the State answer civilly for its harmful acts. Thus, the State's objective non-contractual civil liability institute, in this case, has the power to act as an instrument of accountability in the face of the omission of the right to public health, which will certainly contribute to a more responsible administrative management in the fulfillment of its obligations. constitutional duties to society. The research is justified when considering that the State is going through a period of crisis in the provision of fundamental social rights acting in a light way and, such behavior being a direct confrontation with the precepts of the Magna Carta. Thus, the present study concludes that although there are doctrinal and jurisprudential divergences about whether this responsibility is subjective (need to demonstrate intent or guilt) or objective (regardless of intent or guilt), there are already several jurisprudences and doctrines defending the application of strict liability (administrative risk theory), that is, regardless of intent or guilt, the State will respond, in cases of action or omission to a service obligation that will cause damage, especially in the cases that occur in public hospitals with a lack medical provision or any other need (equipment, medicines, other health professionals, etc.) that are indispensable for the restoration and maintenance of human life, provided that a causal link between damage and omission is demonstrated. The methodological basis adopted was qualitative analytical, consisting of the bibliographic examination, with input from Brazilian jurisprudence.

Keywords: Dignity; Fundamental proportional rights; Public Health; Responsibility.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF- Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

Art. – Artigo

EC – Emenda Constitucional

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUS – Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. DIREITOS FUNDAMENTAIS	17
1.1. Conceito e finalidade	17
1.2. Características e classificações	22
1.3. Dimensões ou gerações dos direitos fundamentais.....	25
1.3.1. Direitos de segunda dimensão	31
1.4. Do uso e gozo dos direitos fundamentais sociais prestacionais	33
2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, MINIMO EXISTÊNCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL	37
2.1. Dignidade da Pessoa Humana: origem e conceito	37
2.1.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988	41
2.1.2. Direito à igualdade ou isonomia: Princípio orientador da Dignidade Humana	45
2.2. Mínimo existencial e os direitos fundamentais sociais prestacionais ..	49
2.3. Princípio da reserva do possível e seus objetivos.....	53
2.4. Dever do cumprimento da dignidade da pessoa humana pelo poder público	60
3. O PAPEL DO ESTADO NA PRESTAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.....	64
3.1. Origem da implementação da saúde pública no Brasil	64
3.1.1. Direito fundamental à saúde pública na Constituição Federal de 1988 ..	68
3.1.2. Políticas públicas de implementação da saúde pública.....	73
3.2. Sistema Único de Saúde – SUS (Lei 8.080/90) e o Princípio da Universalidade.....	77
3.3. A má gestão de orçamentos públicos e seus reflexos na efetivação do direito fundamental à saúde.....	83
3.4. Dever fundamental da participação popular na gestão estatal como garantia da democracia	89
3.5. Intervenção do poder judiciário na efetivação do direito fundamental social à saúde pública	94
4. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO	101

4.1. Evolução histórica da responsabilidade civil	101
4.1.1. Conceito, pressupostos e classificação	107
4.2. Responsabilidade civil extracontratual: evolução legislativa e teorias fundamentadoras	112
4.2.1. Responsabilidade objetiva frente à omissão estatal	127
4.3. Danos sociais: a possibilidade de reversão das verbas indenizatórias em favor de estabelecimentos de beneficência	133
4.4. Saúde pública: dever prestacional x omissão estatal	136
4.5. Análise jurisprudencial acerca da omissão estatal à saúde pública e sua responsabilização	142
CONSIDERAÇÕES FINAIS	154
REFERÊNCIAS	157

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais passaram a ter maior ascensão após a segunda guerra mundial com objetivo de proporcionar ao povo uma vida mais digna. A união de vários tratados e declarações reforçaram ainda mais a importância da garantia desses direitos passando então a ser previstos por várias Constituições pelo mundo.

Já no século XX, deu início a necessidade de uma ordem social visando a abrangência do coletivo a fim de proporcionar uma vida com liberdade e igualdade assegurando a dignidade da pessoa humana.

E, embora se possa constatar declarações de direitos com expressa referência aos direitos fundamentais sociais anteriores à II Guerra Mundial, será, todavia, nos anos 70 do século XX, que se colocará com maior acuidade a questão de saber quanto a esses direitos e prestações jusfundamentais se os mesmos possuem status constitucional (QUEIROZ, 2006, p.25).

A partir de então, o Estado passou a adotar o sistema de políticas públicas com objetivos de melhoria da qualidade de vida, assegurando a prestação de direitos fundamentais sociais, como ocorreu com o direito a saúde pública, previsto na Constituição Federal de 1988 como direito fundamental, que por ser um direito de segunda dimensão necessita de um movimento positivo do Estado a fim de criar ações que possibilitem a sua concretização.

Contudo, apesar de ser manifesta a importância da efetivação dos direitos sociais prestacionais, ainda não há uma estabilidade governamental quanto ao seu cumprimento.

Esta falta de estabilidade governamental quanto ao cumprimento dos direitos fundamentais prestacionais ocorre devido a diversos fatores, como por exemplo a falta de recursos públicos, interesse políticos, má gestão administrativa, cumprimento do princípio da reserva do possível, dentre outros. Sobre o assunto, sintetizam José Antonio Remedio e Davi Pereira Remedio (2012, p. 55-56) que, “todavia, tanto no âmbito interno dos Estados quanto no planeta de forma geral, inúmeros são os problemas que dificultam o amplo exercício e a efetiva realização dos direitos humanos, entre os quais destacam-se a miséria, o crime organizado e a corrupção”

No que tange ao direito à saúde pública, a legislação brasileira já possui uma extensa previsão legal regulamentando as formas para seu cumprimento. Contudo, na prática, não vem ocorrendo da forma como deveria, encontrando-se a saúde pública num verdadeiro caos, o que afronta diretamente a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, que são imprescindíveis para a garantia do direito à vida. É sabido que o direito à vida é o maior e principal direito previsto na Constituição Federal (fonte primária de todos os outros bens jurídicos), o que demanda do poder público atenção especial na sua garantia. Desta forma, resta mais uma vez demonstrada a importância da prestação da saúde pelo poder público, sendo um dever constitucional perante seu povo, indistintamente.

Neste linear, vale ressaltar que a saúde pública, como um direito fundamental social prestacional, objetiva proporcionar ao indivíduo uma melhor qualidade de vida, com o mínimo existencial respeitado, pois seu núcleo essencial é propriamente o direito à vida. Tal relevância foi brilhantemente pronunciada pelo Ministro José Antonio Dias Toffoli (2009, p.2), em Audiência Pública realizada no Supremo Tribunal Federal, vejamos:

A União reconhece a absoluta essencialidade do direito à saúde. Não há que se dizer o contrário. A União reconhece, o Estado brasileiro reconhece, a Constituição positivou o Sistema Único de Saúde - considerado, inclusive, um modelo de organização na área de saúde - de uma maneira regionalizada e hierarquizada. É um corolário do direito à vida, à dignidade humana, tutelados não só pela nossa Constituição, mas pela própria Declaração Universal dos Direitos Humanos. Assim, torna-se necessário demonstrar e defender que esse direito seja assegurado – e deve ser assegurado – de acordo com as normas constitucionais e conforme as diretrizes do sistema regionalizado e hierarquizado estabelecido para as ações e os serviços de saúde nos exatos termos do artigo 196 da Constituição. (Pronunciamento do Ministro José Antonio Dias Toffoli em Audiência Pública realizada no Supremo Tribunal Federal, 2009, p. 2).

Todavia, apesar de ser indiscutível a importância da prestação de uma saúde pública eficiente na vida das pessoas, bem como a existência de uma vasta previsão legal protegendo e direcionando para que isso ocorra da melhor forma, o poder público ainda enfrenta problemas quanto à sua concretização, que por ser uma norma de eficácia limitada, depende exclusivamente de ações governamentais para sua concretização, como por exemplo através implementação de políticas públicas sociais. Diante disso, carece em muitas vezes que a população busque a garantia

desse direito por outros meios, como é o caso da ingerência judicial ou planos médicos particulares, o que não é razoável para uma sociedade que paga diariamente seus impostos para ter seus direitos garantidos.

Infelizmente essas medidas que a sociedade se vê obrigada a buscar não são razoáveis pois, a partir do momento que se analisa o Estado como um ente que possui o dever de agir dentro dos parâmetros legais e éticos para com seu povo, este passa a ser encarado como o centro sistêmico que faz, ou melhor, deveria fazer uma gestão voltada exclusivamente para a promoção e concretização de todos os direitos fundamentais sociais e, assim, estaria cumprindo honrosamente com suas atribuições constitucionais, o que não vem acontecendo na prática.

O Poder Judiciário vem sendo cada vez mais acionado com fins de dar solução para as questões envolvendo omissão Estatal na prestação eficiente da saúde pública, o que vem acarretando em grande acúmulo de processos judiciais.

Neste sentido, a partir da intervenção judiciária nas questões acima ventiladas, o instituto da responsabilidade civil extracontratual do Estado, tanto subjetiva como objetiva, passa a ter um importante papel como forma de responsabilização do poder público por seus atos (comissivos ou omissivos) na prestação desses direitos fundamentais prestacionais sociais.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, passou a prever a responsabilidade civil do Estado objetiva, ou seja, possibilidade de responsabilização independente da demonstração de dolo ou culpa, sendo posteriormente reafirmada pelo Código Civil de 2002. Desta forma, a ideia da necessidade de culpa para a caracterização da existência do dever de ressarcimento do dano, em alguns casos, deixou de ser pressuposto, contudo, permanecendo a necessidade da existência da conduta, dano e nexo causal.

A responsabilidade civil extracontratual objetiva surgiu com intuito de facilitar a responsabilização por atos omissos, principalmente quando há envolvimento do poder público, pois são casos em que não raras vezes impera a dificuldade, por parte do lesionado, em provar a existência de culpa do Estado, o que também contribui, de forma positiva, para que cada vez mais este cumpra com seus deveres, principalmente aqueles que dizem respeito à manutenção da vida com dignidade, como é o caso do direito fundamental à saúde.

O Estado possui o dever constitucional de prestação dos direitos fundamentais sociais, dentre eles, a saúde pública e, caso haja descumprimento desse dever a partir de um comportamento omissivo deve ser responsabilizado civilmente por tal ato.

Esse trabalho tem por objeto a análise do papel da responsabilidade civil extracontratual do Estado nos casos de omissão na prestação do direito fundamental prestacional à saúde pública, pautada na teoria do risco administrativo, com aplicações de sanções reparatórias/compensatórias para restaurar ou amenizar o dano sofrido pela parte. “A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem concurso do lesado” (MEIRELLES, 2013, p. 726).

Adicionalmente, pretende-se demonstrar que o instituto da responsabilidade civil extracontratual objetiva, nos casos omissos, possui importante papel na busca de fazer valer o respeito ao direito à prestação da saúde desde que demonstrado nexo de causalidade entre dano e omissão, fazendo valer o respeito à dignidade da pessoa human. Nesse sentido, têm-se que:

De outro lado, em recentes julgados o STF passou a adotar a tese de responsabilidade objetiva nos casos de omissão. Nesse sentido: a) a omissão do Poder Público, quando lesiva aos direitos de qualquer pessoa, induz à responsabilidade civil objetiva do Estado, desde que presentes os pressupostos primários que lhe determinam a obrigação de indenizar os prejuízos que os seus agentes, nessa condição, hajam causado a terceiros; b) **a jurisprudência dos Tribunais em geral tem reconhecido a responsabilidade civil objetiva do Poder Público nas hipóteses em que o *eventus damini* ocorra em hospitais públicos (ou mantidos pelo Estado), ou derive de tratamento médico inadequado, ministrado por funcionário público, ou, então, resulte de conduta positiva (ação) ou negativa (omissão) imputável a servidor público com atuação na área médica;** c) a jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que as pessoas jurídicas de Direito Público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, §6º, da CF. tanto por atos comissivos quanto por omissivos, desde que demonstrado o nexo causal entre o dano e a omissão do Poder Público; d) a responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, no art. 37, § 6º, “**subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral**”. (REMEDI, 2018, p. 761, grifo nosso).

Como hipótese, adota-se a seguinte premissa teórica, que será desenvolvida e verificada ao longo da pesquisa: a demonstração da aplicabilidade da responsabilidade civil extracontratual objetiva do Estado quando houver na prestação do direito fundamental à saúde (dever constitucional do Estado), facilitando a garantia da tutela dos direitos fundamentais em juízo, bem como agindo de forma a contribuir para prevenção da ocorrência de futuras omissões, o que compromete diretamente o direito à vida, bem como a garantia da dignidade humana, papel primordial do Estado.

A pesquisa se justifica quando se considera que o Estado brasileiro padece de uma ausência significativa na prestação da saúde pública, o que conseqüentemente vem trazendo grandes transtornos para a manutenção do direito à vida de seus populares, o que é de vital relevância no contexto do Direito.

No tocante à estrutura, a pesquisa está dividida em quatro capítulos: o primeiro trata da abordagem dos direitos fundamentais trazendo seu conceito e finalidade, após é feita uma imersão nas suas características, bem como classificações dentro do ordenamento jurídico. Por fim, apresenta a existência das dimensões dos direitos fundamentais, aprofundando, de forma especial, na segunda dimensão, que trata dos direitos ligados à igualdade estando inseridos os sociais, culturais e econômicos; o segundo capítulo, trazem-se reflexões acerca da importância que a dignidade humana tem dentro dos direitos fundamentais, considerando a manutenção da igualdade na prestação desses direitos, bem como o dever de seu cumprimento pelo poder público. Destacam-se ainda a essencialidade à garantia ao mínimo existencial na efetivação desses direitos, em especial, os prestacionais, bem como o real objetivo do princípio da reserva do possível pelo Estado; no terceiro capítulo aprofunda-se no tema desta pesquisa, ao analisar em específico o papel do Estado na prestação do direito fundamental à saúde pública, com uma abordagem desde sua origem. Após, aduz a respeito da participação popular na garantia desse direito, bem como a possibilidade pela busca de meios diversos, como o poder judiciário, nos casos de omissão estatal na sua prestação; no quarto e, último capítulo, trabalha-se com o instituto da responsabilidade civil extracontratual do Estado, abordando sua evolução histórica, conceito, pressupostos necessários para sua aplicação e, sua classificação dentro do ordenamento jurídico. Após, busca demonstrar suas teorias fundamentadoras, bem como aplicação nos casos envolvendo responsabilidade por omissão estatal. Nesse ponto, a tese central é demonstrar a aplicabilidade da teoria do risco quando há

omissão estatal que resulte danos, em especial nos casos envolvendo a saúde pública no Brasil, ferindo diretamente um dever constitucional do Estado. Por fim, busca-se demonstrar o cabimento da aplicação da responsabilidade civil extracontratual objetiva (independente de dolo ou culpa) nesses casos, já sendo entendimento reconhecido em doutrinas e jurisprudências. Todavia, importante mencionar por oportuno que, apesar de defendermos neste estudo a aplicabilidade da responsabilidade civil extracontratual objetiva nos casos omissos do Estado, em especial, na omissão do cumprimento de direitos fundamentais sociais como a saúde pública, grande parte da doutrina ainda afirma tratar-se a omissão estatal de responsabilidade subjetiva, contudo, este entendimento não é unanimidade. O presente estudo finaliza com a análise de casos práticos julgados no Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, demonstrando mais uma vez a plausibilidade da tese defendida neste estudo.

Quanto à metodologia, a pesquisa se dará com base qualitativa analítica, consistindo no exame bibliográfico, com aporte da jurisprudência brasileira, bem como análise crítica dos pensamentos doutrinários levantados sobre os institutos e conceitos jurídicos objetos do presente trabalho.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1. Conceito e finalidade

Em um contexto geral, os direitos fundamentais são direitos e garantias previstos na Constituição Federal reconhecidos como essenciais, alcança todos os indivíduos garantindo a dignidade da vida humana. Nos dizeres de Canotilho:

Os direitos fundamentais em sentido próprio são, essencialmente direitos ao homem individual, livre e, por certo, direito que ele tem frente ao Estado, decorrendo o caráter absoluto da pretensão, cujo o exercício não depende de previsão em legislação infraconstitucional, cercado-se o direito de diversas garantias com força constitucional, objetivando-se sua imutabilidade jurídica e política. [...] direitos do particular perante o Estado, essencialmente direito de autonomia e direitos de defesa (CANOTILHO, 2008, p.98).

Em um contexto histórico, esses direitos começaram a ser previstos com uma maior ascensão após a Segunda Guerra Mundial proporcionando ao povo uma vida com mais liberdade e dignidade.

A função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa) (CANOTILHO, 1993, p. 13).

Importante salientar que esses direitos também foram influenciados pela união de vários tratados¹ que já previam, desde a segunda metade do século XVIII, normas

¹ Segundo preleciona Sérgio Resende Barros, “Na vanguarda da luta pelos direitos, já desde o final da Idade Média, os súditos ingleses opuseram ao rei – reiteradas vezes – direitos imemorais, que tinham não por outorga do soberano, mas porque derivados das mais antigas tradições do reino. Eram direitos oponíveis ao rei, pois este, não os tendo outorgado, não podia revoga-los, mas apenas devia reconhecê-los e garanti-los. O primeiro documento dessa oposição foi a *Magna Charta Libertatum*, a Grande Carta das Liberdades, assinada em 1215 pelo rei João Sem Terra, depois reiterada e confirmada várias vezes por sucessivos soberanos. Houve outros documentos de defesa dos direitos, como a *Petition of Right*, o “*Habeas corpus*” Act, culminando com o *Bill of Rights* de fevereiro de 1689, editado no processo da Gloriosa Revolução, como os ingleses denominam o conjunto de atos político-

que resguardavam os direitos dos homens, sendo que “nesse período, encontramos, dos dois lados do Oceano Atlântico, textos de Declarações de Direitos que, pela primeira vez na história, enunciam e garantem direitos fundamentais” (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 23).

A partir da ocorrência desses e outros acontecimentos, os direitos fundamentais ou humanos², nomenclatura também tratada por alguns doutrinadores, passaram a ser previstos em várias constituições pelo mundo. José Antonio Remedio e Davi Pereira Remedio (2012, p. 54) aduzem que “a Constituição da República Portuguesa, em particular, dispõe que ‘os direitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Homens”

Após esse período, já no século XX iniciou uma onda envolvendo a necessidade de uma ordem social, algo que abrangesse de forma coletiva abarcando todo o povo no sentido de garantia de direitos sociais que versassem sobre a promoção da qualidade e dignidade da vida humana, dando início então, a questão da efetividade do direito social. Neste sentido, segundo Silva:

A ordem social, como a ordem econômica, adquiriu dimensão jurídica a partir do momento em que as constituições passaram a discipliná-la sistematicamente, o que teve início com a Constituição mexicana de 1917. No Brasil, a primeira Constituição a inscrever um título sobre a ordem econômica e social foi a de 1934, sob a influência da Constituição alemã de Weimar³, o que continuou nas constituições posteriores” (SILVA, 2014, p. 287).

jurídicos que os libertou da monarquia absoluta, instaurando a monarquia limitada por uma natural separação de poderes entre as casas parlamentares, o rei e os juizes. Essa separação decorreu da própria evolução institucional, sem revolução sangrenta, como na França. Daí, entre outros, o motivo por que os ingleses qualificam de “gloriosa” a sua revolução contra o absolutismo (BARROS, 2013, p.1-2).

² Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, no que concerne à terminologia e ao conceito adotado, a própria utilização da expressão “direitos fundamentais” no título desta obra já revela, de antemão, a nossa opção na seara terminológica, o que, no entanto, não torna dispensável uma justificação, ainda que sumária, deste ponto e vista, no mínimo pela circunstância de que, tanto na doutrina, quanto no direito positivo (constitucional ou internacional), são largamente utilizadas (e até com maior intensidade), outras expressões, tais como “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas” “direitos individuais”, “liberdades fundamentais” e “direitos humanos fundamentais” (SARLET, 2012, p. 27).

³ No contexto histórico do fim da Primeira Guerra Mundial foi promulgada, na Alemanha, em 11 de agosto de 1919, a Constituição da primeira república alemã, conhecida como Constituição de Weimar (Weimarer Reichsverfassung), logo após a capitulação do Império Alemão. Como resultado do processo de industrialização acelerado por Bismarck desde 1871, formou-se na Alemanha uma numerosa classe operária que gradualmente organizou-se em sindicatos e partidos políticos. Com o fracasso militar e os graves problemas econômicos e geopolíticos decorrentes da imposição pelos vencedores do Tratado de Versalhes, que impôs sanções econômicas, políticas e territoriais muito

Foi justamente nesse período que tiveram início as primeiras previsões de criações de políticas públicas com objetivos de melhoria na vida das pessoas, bem como efetivação dos direitos fundamentais constitucionais. Desta forma, o Estado passa também a ser um prestador de garantias fundamentais sociais à sociedade, devendo presta-las de forma eficiente e duradoura, sempre pautado no respeito à dignidade da pessoa humana. Assim:

Os direitos fundamentais sociais constituem obrigações de prestação *positivas* cuja satisfação consiste num *facere*, uma “acção positiva” a cargo dos poderes públicos. E, embora se possa constatar declarações de direitos com expressa referência aos direitos fundamentais sociais anteriores à II Guerra Mundial, será, todavia, nos anos 70 do século XX, que se colocará com maior acuidade a questão de saber quanto a esses direitos e prestações jusfundamentais se os mesmos possuem *status constitucional* (QUEIROZ, 2006, p.25).

Contudo, importante frisar que apesar de doutrinariamente o século XX ser um marco para o surgimento dos direitos fundamentais sociais, ainda no século XIX com a Revolução Industrial Europeia já havia previsões a esses direitos.

A Revolução Industrial europeia do século XIX e as péssimas condições de trabalho impulsionaram o surgimento dos direitos de segunda geração, que são os chamados direitos sociais dos cidadãos, com base no valor igualdade (segundo preceito da Revolução Francesa) direitos não mais considerados individualmente, mas sim de caráter econômico e social, com o objetivo de garantir à sociedade melhores condições de vida (TOMMASIELLO, 2019, p. 35).

Durante o período da ditadura militar (1964 a 1985) o Brasil vivenciou um “retrocesso” na garantia dos direitos fundamentais sociais, vez que o governo agiu de forma restritiva e autoritária resultando em um período com uma significativa queda na proteção desses direitos.

rigorosas, e surgidos logo após o término da Primeira Guerra Mundial, a instabilidade política estava na ordem do dia. Os alemães não estavam somente com o seu orgulho e sentimento de sabedoria nacional feridos; eles foram de fato e, pelo menos segundo a ótica dos vencedores com boas razões, alijados da nova ordem econômica mundial firmada pelo Tratado de Versalhes. A burguesia procurou neutralizar os movimentos revolucionários, negativamente, mediante repressão, e, positivamente, por meio de um projeto de república democrática e social que foi a República de Weimar. Por isso, a Constituição da República de Weimar foi considerada pelos historiadores como um compromisso ou pacto social firmado entre a burguesia e as demais forças sociopolíticas existentes à época (Weimarer Kompromiss). [...] A República de Weimar durou apenas quatorze anos, viveu em situação de forte instabilidade política (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 29).

Contudo, após esse período considerado de certa forma “crítico” para os direitos fundamentais, o país se viu novamente em uma era da redemocratização, e, assim, renasceu a esperança de ter novamente garantido os direitos fundamentais, em especial, os sociais.

Segundo Barros (2003, p. 98), os “direitos fundamentais são sempre opostos ou oponíveis ao governo, para limitar ou exigir sua atuação, conforme se cuide de defender ou de promover o indivíduo na sociedade ou o poder atua e o indivíduo se realiza”.

No que se refere aos direitos fundamentais sociais, dentre os quais tem-se o direito a saúde, objeto do nosso trabalho, tratam-se de direitos ligados à toda uma coletividade com fundamento na garantia da dignidade da pessoa humana.

A Constituição de 1988 traz um capítulo próprio dos direitos sociais (capítulo II do título II) e, bem distanciado deste, um título especial sobre a ordem social (título VIII). Mas não ocorre uma separação radical, como se os direitos sociais não fossem algo ínsito na ordem social. O art. 6º mostra muito bem que aqueles são conteúdo desta, quando diz que são *direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma dessa Constituição*. Esta forma é dada precisamente no título da ordem social (SILVA, 2014, p.287).

Foi em 1988 com a criação da Constituição Federal, conhecida também como Constituição cidadã, que de fato, foi criado um rol elencando direitos e garantias fundamentais de forma “completa”, o que até momento ainda não havia existido em nenhuma das constituições anteriores do Brasil. Com essa nova forma de tratativa aos direitos sociais iniciou-se uma grande discussão em torno dos direitos humanos, sendo estes vistos como grande aliado para angariar a importância dessa nova fase para o povo destinatário direto desses direitos.

Neste sentido, segundo Branco, a real finalidade da implementação desses direitos sociais advindos da Constituição Federal de 1988 era que,

O Estado se comprometia a não interferir no que fosse próprio da autonomia das pessoas e a intervir na sociedade civil, no que fosse

relevante para a construção de meios materiais à afirmação da dignidade de todos. As reivindicações populares de ampla participação política foram positivadas em várias normas, como na que assegura as eleições diretas para a chefia do Estado Executivo em todos os níveis da Federação (BRANCO, 2013, p.102).

Desta forma, cabe ao poder público agir de forma ativa quando se trata de direitos fundamentais sociais, vez que em sua maioria são direitos prestacionais, carecendo, portanto, de uma ação positiva para serem efetivados, diferentemente dos direitos individuais, onde o Estado deve se colocar inerte para que seja protegida e respeitada a liberdade individual de cada um.

Assim, podemos dizer que os *direitos sociais*, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade (SILVA, 2014, p.288-289).

Ainda, segundo Alexandre de Moraes:

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal (MORAES, 2018, p. 302).

Por fim, os direitos fundamentais, sejam eles individuais, coletivos, econômicos⁴, culturais ou sociais, representam a busca da sociedade pela concretização de direitos e garantias intituladas como essenciais para a promoção de uma vida digna com um mínimo necessário, sendo que “o indivíduo pode fazer valer

⁴ O direito econômico é o direito da realização de determinada política econômica, ou, segundo Geraldo Vidigal “é a disciplina jurídica de atividades desenvolvidas nos mercados, visando a organiza-los sob a inspiração dominante do interesse social”. Os direitos sociais disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto. Em certo sentido, pode-se admitir que os direitos econômicos constituirão pressupostos da existência dos direitos sociais, pois, sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia, não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e mais numerosos (SILVA, 2014, p.288).

esses direitos tanto perante o Estado como perante a sociedade, já que a Constituição garante sua autonomia enquanto “sujeito de direito” (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 22).

Por essa razão, esses direitos devem ser considerados como verdadeiras formas de liberdades positivas, aqueles que buscam a concretização de direitos que protegem a igualdade social, fazendo valer um dos fundamentos da nossa Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana⁵.

1.2. Características e classificações

Os direitos fundamentais como já mencionados no tópico anterior, tratam-se de previsões legais enunciadas na Constituição Federal de 1988 que visam a proteção e garantia da dignidade humana, bem como a promoção da liberdade e igualdade do indivíduo.

Segundo Silva (2014, p. 46-47) “são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidas em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face a liberdade individual”.

Além disso, possuem características peculiares, “tais direitos são *inatos, absolutos, invioláveis (intransferíveis) e imprescritíveis*” (SILVA, 2014, p. 183), ou seja, o sujeito não pode dispor sendo então uma obrigação do poder público garanti-los a todos os indivíduos.

Existem diversas classificações doutrinárias, contudo, iremos nos pautar neste momento na classificação trazida por José Afonso da Silva, a qual subdivide em quatro institutos, a historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade (SILVA, 2014, p.182-183).

Quanto à historicidade, os direitos fundamentais surgiram a partir de momentos históricos que necessitavam de um olhar atento para situação em que eram tratados os povos, havendo uma necessidade de atenção quanto o respeito e a dignidade da vida humana. Dessa forma, “sua historicidade se rechaça toda fundamentação

⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988).

baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas” (SILVA, 2014, p.183).

Nesse mesmo sentido, afirmam José Antonio Remedio e Davi Pereira Remedio (2012, p. 52) em relação à historicidade que, “como qualquer direito, os direitos fundamentais são históricos, nascendo, modificando-se e desaparecendo”.

Também são considerados inalienáveis, ou seja, “são direitos intransferíveis, inegociáveis, porque são de conteúdo econômico-patrimonial” (SILVA, 2014, p. 183), portanto, uma vez previstos o destinatário não pode desfazer desse direito.

Já em relação à imprescritibilidade, temos que o direito ora discutido é imprescritível não se esvaindo no decorrer do tempo, sendo uma vez previsto na ordem jurídica, ele sempre valerá, não sendo permitido o reconhecimento da sua prescrição. Nesse sentido, como bem menciona Silva:

[...]. Em relação a eles não se verificam requisitos que importem em sua prescrição. Vale dizer, que nunca deixam de ser exigíveis. Pois prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a *exigibilidade* dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade de direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição (SILVA, 2014, p. 183).

Esses direitos “são sempre exigíveis e exercíveis, não perdem a exigibilidade pelo eventual não uso pelo titular” (REMÉDIO; REMÉDIO, 2012, p. 52).

Como último instituto de classificação dos direitos fundamentais, têm-se a irrenunciabilidade, “não se renunciaram direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados” (SILVA, 2014, p. 183).

Quanto a classificação dos direitos fundamentais podemos encontrar diversas classificações dentre os autores, deste modo, a título de complementação vale mencionar que temos uma outra classificação (quanto ao conteúdo) muito utilizada em doutrinas, porém, já considerada “ultrapassada”. Essa classificação, segundo Moraes (2018, p.68-69) aduz que “a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu Título II os direitos e garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos: *direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos*”.

Neste sentido, observa-se que a constituição quando criada preocupou-se em separar os temas de forma que aproximasse o máximo possível os assuntos afins entre si, pois “a classificação que decorre do nosso Direito Constitucional é aquela que os agrupa com base no critério de seu conteúdo, que, ao mesmo tempo, se refere à natureza do bem protegido e do objeto de tutela” (SILVA, 2014, p.184).

José Afonso da Silva, quando menciona uma provável classificação na atualidade levando em consideração as mudanças recentes do século, aponta a existência de uma sexta classificação denominada como “direitos solidários”, ou seja, direitos que versam sobre o desenvolvimento e a paz. De forma geral, para o mencionado autor os direitos fundamentais podem ser classificados levando em consideração o conteúdo. Vejamos:

De acordo com o critério do conteúdo, teremos: (a) direitos fundamentais do *homem-indivíduo*, que são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado; por isso são reconhecidos como *direitos individuais*, como é de tradição do Direitos Constitucional brasileiro (art. 5º), e ainda por liberdades civis e *liberdades-autonomia* (liberdade, igualdade, segurança, propriedade); (b) direitos fundamentais do *homem-nacional*, que são os que tem por conteúdo e objeto a definição da nacionalidade e suas faculdades; (c) direitos fundamentais do *homem-cidadão*, que são os direitos políticos (art. 14, direito de eleger e ser eleito), chamados também *direitos democráticos* ou *direitos de participação política* e, ainda, inadequadamente, liberdades políticas (ou *liberdades-participação*), pois estas constituem apenas aspectos dos direitos políticos; (d) direitos fundamentais do *homem-social*, que constituem os direitos assegurados ao homem em suas relações sociais e culturais (art.6º: saúde, educação, seguridade social etc.); (e) direitos fundamentais do *homem-membro de uma coletividade*, que a CF adotou como *direitos-coletivos* (art. 5º); (f) uma nova classe que se forma é a dos direitos fundamentais ditos de terceira geração, direitos fundamentais do homem-solidário, ou direitos fundamentais do gênero humano (direito à paz, ao desenvolvimento, comunicação, meio ambiente, patrimônio comum da humanidade) (SILVA, 2014, p.186).

Especialmente referindo-se aos direitos fundamentais de caráter social, esta é uma classificação em que diz não ser considerada rígida, fazendo-a a partir de uma análise do direito positivo. Desta forma sintetiza o mesmo autor:

[...] com base nos arts. 6º a 11, agrupá-los-emos nas seis classes seguintes: (a) *direitos sociais relativos ao trabalhador*; (b) *direitos sociais relativos à seguridade*, compreendendo os direitos **à saúde**, à previdência e assistência social; (c) *direitos sociais relativos à*

educação e à cultura; (d) direitos sociais relativos à moradia; (e) direitos sociais relativos à família, criança, adolescente e idoso; (f) direitos sociais relativos ao meio ambiente (SILVA, 2015, p. 289, grifo nosso).

Por fim, após análise doutrinária de algumas classificações dos direitos fundamentais apontadas por renomados doutrinadores, resta imperioso ressaltar neste momento que, “Modernamente, a doutrina apresenta-nos a classificação de direitos fundamentais de *primeira, segunda e terceira gerações*, baseando-se na ordem histórica cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos” (MORAES, 2018, p.69), sendo que, sobre o assunto, trataremos com maior clareza no próximo tópico.

1.3. Dimensões ou gerações dos direitos fundamentais

Inicialmente, cabe-nos esclarecer quanto a terminologia utilizada pelos autores quando se referem às gerações ou dimensões dos direitos fundamentais. Neste sentido, Dimoulis e Martins (2009) afirmam que:

Muitos autores referem-se a “gerações” dos direitos fundamentais, afirmando que sua história é marcada por uma gradação, tendo surgido em primeiro lugar os direitos clássicos individuais e políticos, em seguida os direitos sociais e, por último, os “novos” direitos difusos e/ou coletivos como os de solidariedade, ao desenvolvimento econômico (sustentável) e ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, havendo também os direitos de quarta geração relacionados ao cosmopolitismo e a democracia universal. Essa visão é predominante na doutrina brasileira dos últimos anos e encontrou aceitação em decisões do Supremo Tribunal Federal (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 30).

Contudo, essa terminologia “geração” gera grandes discussões vez que a sua interpretação traz um sentido de substituição, o que não é caso na questão em tela. A ideia que se tem quando utiliza o termo mencionado é a ocorrência da substituição de uma geração por outra, contudo, “no âmbito em que se interessa nunca houve abolição dos direitos das anteriores “gerações” como indica claramente a Constituição brasileira de 1988 que inclui indiscriminadamente direitos de todas as “gerações”” (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 30).

Ainda, segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 45), “o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo,

de complementariedade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão 'gerações' pode ensejar a falsa impressão de substituição gradativa de uma geração para outra”

No entanto, diante essas e outras justificativas os doutrinadores, em sua maioria, defendem ser mais plausível a utilização da terminologia “dimensões” pois acreditam que o referido termo pode evitar futuros impasses na interpretação. Neste sentido, “parte crescente da doutrina refere-se às categorias dos direitos fundamentais como termo “dimensões. Essa opção evita os graves equívocos do termo “gerações” (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 31).

Após analisado a terminologia, passamos à análise das questões conceituais desse instituto.

Para Reis e Cerqueira:

Ao longo da história, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, tanto no que diz respeito ao seu conteúdo, quanto à sua titularidade, eficácia e efetivação. Essa mutação histórica determinou o surgimento de sucessivas gerações ou dimensões de direitos, num processo de expansão, de complementariedade e fortalecimento (REIS; CERQUEIRA, 2011, p. 328).

Os direitos de caráter fundamentais previstos implícita e explicitamente na Constituição Federal de 1988 trazem uma divisão em dimensões que são consideradas reflexo das constituições anteriores. É sabido que essas dimensões dizem respeito ao momento vivido, bem como ao objetivo de alcance daquele determinado direito fundamental pois tanto existem direitos que demandam uma inercia do Estado, como direitos que exigem uma ação, prestação, movimento deste.

Antes de adentrarmos nos conceitos em si de cada dimensão dos direitos fundamentais, vale mencionar uma passagem de José Afonso da Silva (2014) onde o autor traduz exatamente como era vista essa divisão quando da elaboração da Constituição de 1988. Na atualidade, essa divisão já não surte os mesmos efeitos, pois com o passar do tempo, diante tantas modificações no modo de viver da sociedade já se fala na ocorrência de uma “integração” dessas dimensões.

A Constituição suplanta a tendência para estender os direitos individuais como contrapostos aos direitos sociais, que as constituições anteriores, de certo modo, justificavam, o que resultava da persistência da visão individualista e liberalista dos direitos individuais. Tratava-se de deformação de perspectiva, pois só o fato de se estabelecer um rol de direitos econômicos, sociais e culturais já

importava, necessariamente, em conferir-se conteúdo novo àquele conjunto de direitos chamados liberais. A Constituição, agora, fundamenta o entendimento de que as categorias de direitos humanos fundamentais, nela previstos, integram-se num todo harmônico, mediante influências recíprocas, até porque os direitos individuais, consubstanciados no seu art. 5º, estão contaminados de dimensão social, de tal sorte que a previsão dos direitos sociais, entre eles, e os direitos de nacionalidade e políticos, lhes quebra o formalismo e o sentido abstrato (SILVA, 2014, p. 186-187).

Apesar da classificação em dimensões estar deixando aos poucos de serem mencionadas pelos doutrinadores, os quais defendem uma fusão entre elas, ainda é utilizada no meio jurídico, principalmente em jurisprudências, para esclarecer como é feita separação dos direitos fundamentais.

As dimensões dos direitos fundamentais são divididas inicialmente em três categorias (primeira, segunda e terceira dimensão), embora já se fale na existência de uma quarta e até mesmo quinta dimensão. A primeira, segunda e terceira dimensão estão fundamentadas na ordem histórica cronológica em que foram reconhecidos e inseridos na carta magna como direitos fundamentais.

A primeira dimensão constitui direitos de liberdade, “afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificadamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder” (SARLET, 2012, p. 46-47). Neste sentido, preleciona Pae Kim:

[...] os direitos de primeira geração correspondem aos direitos da liberdade, e foram os primeiros previstos constitucionalmente. Referem-se aos direitos individuais civis e políticos, e possuem como fundamentos os direitos de resistência ou oposição contra a vontade estatal. À toda evidência decorreram da necessidade de se separar o Estado da sociedade e exigir daquele, principalmente, uma abstenção, um “non facere”, visando reduzir ao máximo a interferência na liberdade dos indivíduos (KIM, 2012, p. 13).

Esses direitos de primeira dimensão possuem um rol extenso abrangendo, por exemplo, o direito à vida, a liberdade, a propriedade, à liberdade de expressão, direitos de participação política, dentre outros apresentados de forma expressa e implicitamente no texto constitucional.

Tais direitos exigem do poder público uma abstenção, ou seja, que fiquem inertes respeitando a liberdade individual de cada indivíduo. Para Sarlet (2012, p. 47)

“são, por este motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”.

Quantos aos direitos de primeira dimensão, estes vão em uma escala crescente, eu, nós, todos nós, ou seja, a partir do momento que certos direitos individuais são conquistados para si, parte em busca de outros e assim por diante, uma vez alcançado um patamar, busca-se sempre mais.

Enfatiza-se que essa abstenção do Estado em agir não quer dizer que não possa exercer o poder de polícia quando necessário para manter a ordem bem como o bem-estar da coletividade. Assim, “o que se impede é que a ação do Estado venha a violar os conteúdos mínimos e essenciais dos direitos fundamentais do indivíduo” (KIM, 2012, p. 13).

Já os de segunda dimensão são aqueles ligados à igualdade estando inseridos os sociais, culturais e econômicos. Quanto a esses direitos, por tratarem especificadamente dos direitos fundamentais sociais, iremos aprofunda-los especificadamente no tópico seguinte.

Por fim, os direitos de terceira dimensão são os direitos difusos e coletivos, transindividuais, que buscam a integral proteção do direito humano⁶. São direitos que correspondem dentre outros à fraternidade, à paz, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o de comunicação, estando, portanto, ligados a proteção de um todo, de uma coletividade, um direito universal.

Os direitos de terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva e difusa (SARLET, 2012, p. 48).

⁶ Segundo Sarlet, os direitos fundamentais diferem dos direitos humanos “[...] o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempo, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)” (SARLET, 2012, p. 29).

Dentre os direitos de terceira dimensão estão elencados o direito à paz, ao desenvolvimento, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente, qualidade de vida, dentre outros. Esses direitos são inerentes à uma coletividade, na maioria das vezes, indeterminável.

Os direitos de primeira, segunda e terceira dimensão além de já previstos doutrinariamente, o Supremo Tribunal Federal (Mandado de Segurança n. 22.164/SP) reafirma a plausibilidade dessa classificação.

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

Como já mencionado no início deste tópico, há doutrinadores que defendem a existência de uma quarta dimensão considerada “decorrência da expansão da globalização econômica neoliberal, cuja filosofia de poder é negativa e que busca com mais intensidade a dissolução dos Estados nacionais e a redução dos fundamentos do conceito de soberania, como seriam os chamados direitos à democracia, informação e ao pluralismo” (KIM, 2012, p. 14-15).

Os direitos de quarta dimensão embora já estejam presentes em algumas doutrinas jurídicas ainda não possuem uma ampla aceitação na doutrina majoritária.

[...] é de se referir a tendência de reconhecer a existência de uma quarta dimensão, que, no entanto, ainda aguarda sua consagração na esfera do direito internacional e das ordens constitucionais internas. Assim, impõe-se examinar, num primeiro momento, o questionamento da efetiva possibilidade de se sustentar a existência de uma nova dimensão dos direitos fundamentais, ao menos nos dias atuais, de modo especial diante das incertezas que o futuro nos reserva. Além do mais, não nos parece impertinente a ideia de que, na sua essência,

todas as demandas na esfera dos direitos fundamentais gravitam, direta ou indiretamente, em torno dos tradicionais e perenes valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade), tendo, na sua base, o princípio maior da dignidade humana (SARLET, 2012, p. 50).

Paulo Bonavides possui uma notável posição referente ao reconhecimento da existência dessa quarta dimensão, quando se refere aos direitos de quarta dimensão aduz que estes “compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão somente com eles será legítima e possível a globalização política” (BONAVIDES, 2013, p. 525).

O mencionado autor ainda trata da existência de uma quinta dimensão que seria relacionado ao direito à paz, senão vejamos:

a paz tida por direito fundamental nas regiões teóricas; doravante, porém, a paz erguida à categoria de direito positivo. Ontem, um conceito filosófico, hoje, um conceito jurídico. E tanto mais jurídico quanto maior a força principiológica de sua acolhida nas Constituições (BONAVIDES, 2013, p.602).

Por fim, é notório que a sociedade se encontra em constante evolução passando ativamente por transformações em todos os aspectos, sejam eles sociais, culturais, políticos e etc.

Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno “Direitos Internacional dos Direitos Humanos” (SARLET, 2012, p. 46).

Neste contexto, os direitos fundamentais estão sempre passando por evoluções juntamente com a sociedade, se transformando em uma universalidade de direitos⁷. É de grande importância que essas mudanças sejam respeitadas e inseridas

⁷ Com efeito, os direitos fundamentais nasceram como direitos naturais e inalienáveis do homem, sob o aspecto de expressão de sua condição humana. Assim, fala-se de uma universalidade abstrata dos direitos fundamentais, no sentido de que eram reconhecidos a todos os homens, situando-se numa dimensão pre-estatal, integrando-se ao direito interno apenas mediante seu reconhecimento pela ordem jurídica positiva de determinado Estado, desvinculando-se, nesta segunda etapa da evolução histórica, de sua dimensão são abstratamente universais (SARLET, 2012, p. 55-56).

na legislação vigente para que o objetivo principal desses direitos seja sempre respeitado, a proteção da vida humana com dignidade.

1.3.1. Direitos de segunda dimensão

Separamos um tópico especialmente para tratamos dos direitos de segunda dimensão vez que esses direitos correspondem a igualdade versando sobre a busca da isonomia entre os seres humanos, direitos sociais, culturais e econômicos.

Inicialmente, é de extrema importância entendermos que “a exemplo dos direitos da primeira dimensão, também os direitos sociais (tomados no sentido amplo ora referido) se reportam à pessoa individual, não podendo ser confundidos com os direitos coletivos e/o difusos da terceira dimensão” (SARLET, 2012, p. 48).

Esses direitos começaram a ser discutidos a partir da ocorrência do impacto da industrialização na sociedade, neste seguimento sustenta Ingo Wolfgang Sarlet que:

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social (SARLET, 2012, p. 47).

Neste mesmo sentido, Richard Pae Kim aduz que:

Os direitos de segunda geração são os sociais, culturais e econômicos, decorrentes do princípio da igualdade não só formal, mas em especial, material, visando o alcance da igualdade *stricto sensu* e surgiram, de fato, nos locais onde restou implantado o Estado Social. São direitos que exigem determinadas prestações por parte do Estado, impondo obrigações de fazer, “de facere”, que hoje tem sido de intensa produção científica sobre o seu conteúdo jurídico e sobre os graus de efetividade e/ou de aplicabilidade das normas que visam garanti-las (KIM, 2012, p. 13-14).

Os direitos de liberdade necessitam de um movimento positivo do Estado cabendo a este criar ações que busquem a sua concretização. Nesse sentido, afirmam Dimoulis e Martins (2009, p. 57) que os “direitos ‘sociais’ ou prestações, engloba os direitos que permitem aos indivíduos exigir determinada atuação do Estado, no intuito de melhorar suas condições de vida, garantindo os pressupostos materiais necessários para o exercício da liberdade”.

Considerando que em sua maioria são direitos prestacionais, o Estado deve investir em políticas públicas que visam a garantia desses direitos, que, em sua maioria estão previstos em normas de eficácia limitada⁸, o que inviabiliza a sua aplicação direta.

Ainda acerca deste entendimento, segundo Ingo Wolfgang Sarlet:

Estes direitos fundamentais, que embrionária e isoladamente já haviam sido contemplados nas Constituições francesas de 1793 e 1848, na Constituição brasileira de 1824 e na Constituição alemã de 1849 (que não chegou a entrar efetivamente em vigor), caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, **saúde**, educação, trabalho etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa (SARLET, 2012, p. 47, grifo nosso).

Contudo, não devemos generalizar os direitos de segunda dimensão como prestacionais, vez que existem direitos dentro deste grupo que não carecem de uma ação do poder público para serem efetivados, assim “há que se atentar para a circunstância de que estes não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também assim denominadas “liberdades sociais”, do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direitos de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores” (Sarlet, 2012, p. 48)

Especialmente referindo-se aos direitos fundamentais de caráter social, José Afonso da Silva enfatiza que:

Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações desiguais. São, portanto, direitos que se ligam aos direitos de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade (SILVA, 2014, p. 289).

⁸ Segundo Alexandre de Moraes normas de constitucionais de eficácia limitada são aquelas que apresentam aplicabilidade indireta, medida e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade (MORAES, 2018, p.46-47).

Não há como negar a imprescindibilidade da atuação do poder público na segurança da garantia e concretização desses direitos, sendo para isso imprescindível uma gestão equilibrada com disponibilização de recursos para implementação de políticas públicas sociais, bem como investimentos nas já existentes.

Em conclusão, os direitos fundamentais de segunda dimensão previstos na Constituição Federal de 1988 tratam-se de direitos que buscam a proteção integral do ser humano fazendo valer o respeito à dignidade da pessoa humana, bem como proporcionando a prática da liberdade social do indivíduo, abrangendo, portanto, muito além dos direitos ditos de “cunho prestacional”.

1.4. Do uso e gozo dos direitos fundamentais sociais prestacionais

Segundo Reis e Cerqueira (2011, p. 325) “os direitos fundamentais sociais são verdadeiras liberdades positivas que visam, sobretudo, à promoção da justiça distributiva e à concretização da igualdade social que é justamente um dos fundamentos de nosso Estado Democrático de Direito”.

Ainda, segundo os mencionados autores:

Ao discorrer acerca da temática dos direitos fundamentais sociais, Alexy salienta que tais direitos constituem um setor importante dos direitos prestacionais, porém, não esgotam seu âmbito. Na classificação proposta pelo ilustre jusfilósofo alemão, os direitos fundamentais distinguem-se em dois grandes grupos: os direitos fundamentais na condição de direitos de defesa (direitos e ações negativas) e os direitos fundamentais na condição de direitos a prestações (direitos a ações positivas). O segundo grupo (dos direitos a ações positivas) subdivide-se igualmente em dois subgrupos: direitos prestacionais em sentido amplo - que englobam os direitos à proteção e os direitos à participação na organização e no procedimento – e os direitos prestacionais em sentido estrito, que englobam os direitos fundamentais sociais (REIS; CERQUEIRA, 2011, p. 330).

No que se refere aos direitos sociais prestacionais em sentido estrito são previstos na Constituição Federal de 1988, em sua maioria, por meio de normas de eficácia limitada, o que os faz dependentes de ações governamentais para serem efetivados. Portanto, resta evidente que:

[...] não basta que os direitos sociais sejam reconhecidos e declarados, é necessário que sejam garantidos. E a experiência constitucional brasileira comprova que a reiterada afirmação desses direitos nos textos constitucionais não tem sido garantia necessária e suficiente de sua efetividade (REIS; CERQUEIRA, 2011, p. 332).

Neste sentido, por serem direitos prestacionais “os direitos sociais exigem uma postura ativa e intervencionista por parte dos poderes públicos para que possam ser realmente eficazes” (REIS; CERQUEIRA, 2011, p. 332). Estamos diante da importância de uma gestão estatal sustentável para pôr em prática a criação de medidas que visem a sua concretização garantindo uma vida digna ao ser humano.

Segundo Dimoulis e Martins existe uma divisão em dois grupos das prestações estatais que efetivam os direitos sociais prestacionais, sendo:

Primeiro, podem ser prestações materiais (na terminologia alemã “ações fáticas positivas” – *positive Faktische Handlungen*) que podem consistir, primeiro, no oferecimento de bens ou serviços a pessoas que não podem adquiri-los no mercado (alimentação, educação, saúde etc.) e, segundo, no oferecimento universal de serviços monopolizados pelo Estado (segurança pública). Segundo, podem ser prestações normativas (na terminologia alemã “ações normativas positivas” – *positive normative Handlungen*) que consistem na criação de normas jurídicas que tutelam interesses individuais. Isso ocorre, por exemplo, com a obrigação estatal de legislar sobre as férias remuneradas (art.7º, XVII, da CF), caso no qual a prestação do Estado não tem valor econômico direto (não oferece ao trabalhador uma espécie de remuneração, mas *constitui e conforma* a obrigação jurídica de todos os empregadores concederem férias remuneradas e a pretensão jurídica dos empregados a elas) (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 57-58).

É indiscutível que, quando o assunto faz referência a direitos que visam atingirem sujeitos que necessitam do cumprimento de medidas governamentais para terem garantidos uma vida minimamente digna não há outra saída senão

[...] a adoção de uma postura ativa e responsável de todos, governantes e governados, no que concerne à afirmação e à efetivação dos direitos fundamentais de todas as dimensões, numa ambiência necessariamente heterogênea e multicultural, pois apenas assim estar-se-á dando os passos indispensáveis à afirmação de um direito constitucional genuinamente “altruísta” e “fraterno” (SARLET, 2012, p. 57).

Contudo, apesar de ser manifesto a importância da efetivação dos direitos sociais prestacionais, ainda não há uma estabilidade governamental neste sentido ficando evidente que:

Entretanto, apesar de sua notória relevância, até mesmo para o próprio funcionamento da ordem democrática, a realidade dos direitos sociais em muito diverge daquela objetivada e propagada pelo texto constitucional, haja vista as resistências ideológicas e os graves obstáculos operacionais que dificultam, e não raras vezes impedem, a sua materialização (REIS; CERQUEIRA, 2011, p. 325).

Faltando o Estado no cumprimento do papel de garantidor dos direitos fundamentais sociais, resta saber quais seriam as medidas possíveis adotadas para fazer valer esses direitos. Buscando refletir sobre o assunto, Daniel Sarmento menciona que:

[...] quem escolhe, em última instância, as prioridades nos gastos públicos ligados à concretização dos direitos fundamentais, o Judiciário ou Legislativo? Até que ponto o Judiciário pode intervir para obrigar o Poder Judiciário a efetivar um direito social na ausência das verbas orçamentárias necessárias? Tem o Judiciário a aptidão técnica para controlar as políticas públicas que buscam a garantia dos direitos a prestações? Até que ponto estas políticas envolvem decisões discricionárias de poderes eleitos pelo povo, infensas assim à censura judicial? (SARMENTO, 2004, p. 334).

A interferência nos poderes gera um grande risco de desequilíbrio entre os mesmos, como por exemplo um desequilíbrio orçamental. Uma saída para a solução dessa questão seria a implementação de vara especializada para saúde dentro do judiciário, evitando possíveis abusos de interferência com relação ao ativismo judicial, ou até mesmo injustiças, e, conseqüentemente análises dos casos judicializados por profissionais com conhecimentos específicos na área, como por exemplo perito.

Neste sentido, atualmente existe um grande embate no poder judiciário⁹ envolvendo questões referentes ao cumprimento de direitos fundamentais sociais pelo poder público como por exemplo, a saúde, vez tratar-se de direito fundamental previsto na Constituição Federal.

⁹ TJ-PR - APL: 14609944 PR 1460994-4 (Acórdão), Relator: Maria Aparecida Blanco de Lima, Data de Julgamento: 14/03/2016, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1803 19/05/2016

Por ser um direito prestacional de segunda dimensão (direito de igualdade) requer implementação de ações governamentais para ser cumprido, porém, nem sempre isso acontece, gerando grandes impactos (em muitos casos irreversíveis) na vida daqueles que necessitam desses atendimentos.

Sintetizando, os direitos fundamentais sociais prestacionais ainda sofrem com a questão da sua concretização, resultado da falta de atuação mais eficiente do poder público no que tange à disponibilização de recursos para investimentos em políticas públicas e medidas concretas de políticas sociais para implementação desses direitos, dentre outras questões. Reis e Cerqueira levantam uma importante reflexão sobre o assunto. Vejamos:

Certamente que a configuração de um arcabouço dogmático de realização dos direitos fundamentais sociais requer alternativas que conciliem a efetivação desses direitos com o vetor democrático, sendo esse desafio inadiável a ser enfrentado por todos os operadores – e, sobretudo, construtores – do direito (REIS; CERQUEIRA, 2011, p. 338).

Além da questão de má gestão orçamentária, temos outros problemas que refletem na ausência de concretização desses direitos. Nesse sentido, prelecionam José Antonio Remedio e Davi Pereira Remedio (2012, p. 55-56) que, “todavia, tanto no âmbito interno dos Estados quanto no planeta de forma geral, inúmeros são os problemas que dificultam o amplo exercício e a efetiva realização dos direitos humanos, entre os quais destacam-se a miséria, o crime organizado e a corrupção”

Por fim, diante a indagação de alguns problemas que ainda enfrentam os direitos sociais resta demonstrado que a questão envolvendo a ausência de concretização não está na falta de previsão legal, pois, encontram-se (expressa e implicitamente) na Constituição Federal vigente, bem como em leis infraconstitucionais, portanto, atendidos os requisitos de existência, validade e eficácia, mas sim na ausência de efetividade por parte do poder público. Neste sentido, conforme bem salienta José Antonio Remédio e Davi Pereira Remédio (2012, p. 47), “hoje, todavia, mais que a identificação e previsão dos direitos fundamentais, busca-se encontrar instrumentos que possibilitem sua efetiva e concreta aplicação”.

2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, MINIMO EXISTÊNCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL

2.1. Dignidade da Pessoa Humana: origem e conceito

A dignidade da pessoa humana teve origem ainda na Roma Antiga, período em que foi reconhecida como um status pessoal do indivíduo, podendo ser o “poder político” ou até mesmo as suas realizações pessoais, ambos medidos por meio da existência ou inexistência de dignidade.

Em uma linha de desenvolvimento que remonta a Roma antiga, atravessa a Idade Média e chega até o surgimento do Estado Liberal, a dignidade – dignitas – era um conceito associado ao *status* pessoal de alguns indivíduos ou à proeminência de determinadas instituições. Com o *status* pessoal, a dignidade representava a posição política ou social derivada primariamente da titularidade de determinadas funções públicas, assim como do reconhecimento geral de realizações pessoais ou de integridade moral. O termo também foi utilizado para qualificar certas instituições, como a pessoa do soberano, a coroa ou o Estado, em referência à supremacia dos seus poderes (BARROSO, 2014, p. 13).

Naquela época era imprescindível um dever de respeito devendo os indivíduos agirem de forma honrosa em relação às pessoas que eram consideradas portadoras do “status” dignidade, caso contrário, poderiam sofrer duras penalidades no âmbito civil e penal.

A dignidade humana teve em sua origem uma definição antagônica à definição existente nos dias atuais, sendo que naquela época significava obtenção de um status diferenciado, ou seja, algo que “elevava” em relação aos demais indivíduos, “era equivalente à nobreza, implicando em tratamento especial, direitos exclusivos e privilégios” (BARROSO, 2014, p.14). Atualmente, refere-se de forma geral, à busca da igualdade entre os indivíduos.

A evolução da definição de dignidade ocorreu a partir de diversas influências, como por exemplo a religião, tendo o monoteísmo hebraico como um marco importante para o início de uma nova fase de sua conceituação. Neste sentido, têm-se que:

Sob uma perspectiva religiosa, o monoteísmo hebraico tem sido considerado como o ponto inicial: a unidade da raça humana é o corolário natural da unidade divina. As ideias centrais que estão no âmago da dignidade humana podem ser encontradas no velho testamento, a Bíblia Judaica: Deus criou o ser humano à sua própria imagem e semelhança (*Imago Dei*) e impôs sobre cada pessoa o dever de amar o seu próximo como a si mesmo (BARROSO, 2014, p. 15).

Houve ainda influências filosóficas, contudo, em nada assemelhavam com as influências religiosas, pois os filósofos falavam em tomada de decisões morais livres.

Em relação às origens filosóficas da dignidade humana, o grande orador e estadista romano Marco Túlio Cícero foi o primeiro autor a empregar a expressão “dignidade do homem” [...]. O conceito surgiu, portanto, com contornos puramente filosóficos, derivados da tradição política romana, sem qualquer conotação ou conexão religiosa. Desde essa primeira utilização, ele tem sido associado com a razão e com a capacidade de tomar livremente decisões morais (BARROSO, 2014, p. 16).

Ainda neste contexto, Ingo Wolfgang Sarlet salienta que,

No pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, verifica-se que a dignidade (*dignitas*) da pessoa humana dizia, em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, daí poder falar-se em uma quantificação e modulação da dignidade, no sentido de se admitir a existência de pessoas mais dignas e menos dignas (SARLET, 2011, p. 34-35).

Já no século XVIII, período denominado Iluminismo a dignidade humana passou a ter uma nova roupagem quanto a sua interpretação criando laços diretos com os direitos humanos, o que resultou na criação da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Embora não se devam ignorar as contribuições dos teóricos contratualistas como Hobbes, Locke e Rousseau – com suas importantes ideias de direitos natural, liberdade e democracia, respectivamente - foi apenas com o Iluminismo que o conceito de dignidade humana começou a ganhar impulso. Somente então a busca pela razão, pelo conhecimento e pela liberdade foi capaz de romper a muralha do autoritarismo, da superstição e da ignorância, que a manipulação da fé e da religião havia construído em torno das sociedades medievais (BARROSO, 2014, p.18).

Contudo, foi no século XX¹⁰, com o fim da Segunda Guerra Mundial que a dignidade da pessoa humana de fato sofreu mudanças interpretativas significativas no seu conceito, passando a ter uma definição nos moldes atuais. Nesse período ela foi inserida em diversos documentos internacionais (Carta das Nações Unidas – 1945; Declaração Universal dos Direitos dos Homens -1948; Carta Europeia dos Direitos Fundamentais – 2000; Esboço da Constituição Europeia – 2004, dentre outros) com uma interpretação pela busca da paz, dignidade, democracia, igualdade, etc.

A positivação do princípio da dignidade da pessoa humana é, como habitualmente lembrado, relativamente recente, ainda mais se considerando as origens remotas a que pode ser reconduzida a noção de dignidade. Apenas ao longo do século XX e, ressalvada uma ou outra exceção, tão somente a partir da Segunda Guerra Mundial, a dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecida expressamente nas Constituições, notadamente após ter sido consagrada pela Declaração Universal da ONU de 1948 (SARLET, 2011, p.76).

Essa nova visão de interpretação da dignidade humana teve uma grande importância na reestruturação do mundo após o período de pós-guerra (1945)¹¹. “Na reconstrução de um mundo moralmente devastado pelo totalitarismo e pelo genocídio, a dignidade humana foi incorporada ao discurso político dos vitoriosos como uma das bases para uma longamente aguardada era de paz, democracia e proteção dos direitos humanos” (BARROSO, 2014, p. 18-19).

Sintetizando, resta evidente as grandes influências que o conceito de dignidade humana obteve desde a sua origem. Neste sentido, assevera Luís Roberto Barroso que a dignidade humana é considerada como:

[...] um conceito multifacetado, que está presente na religião, na filosofia, na política e no direito. Há um razoável consenso de que ela

¹⁰ Para Luís Roberto Barroso, “Apesar de sua relativa proeminência na história das ideias, foi apenas ao final da segunda década do século XX que a dignidade humana começou a aparecer nos documentos jurídicos, começando com a constituição do México (1917) e com a constituição alemã da República de Weimar (1919). Antes de alcançar seu apogeu como símbolo humanista, a dignidade esteve presente em escritos de natureza menos democrática, tais como o esboço de constituição do Marechal Petain (1940), na França, elaborado durante o período de colaboração com os nazistas, e a Lei Constitucional decretada por Francisco Franco (1945), durante a longa ditadura espanhola (BARROSO, 2014, p. 19-20).

¹¹ Com o pós-guerra que o sistema de proteção social consolida o modelo de Estado Social Francês, também conhecido como Estado-Providência ou Estado de Bem-Estar Social. Este, por sua vez, “caracteriza-se por ser um modelo de proteção social baseado na ideia de redistribuição de recursos pelo Estado (solidariedade nacional) e financiado, majoritariamente, por um sistema de seguridade social por repartição (COELHO, 2017, p.82).

constitui um valor fundamental subjacente às democracias constitucionais de modo geral, mesmo quando não expressamente prevista nas suas constituições (BARROSO, 2014, p.63).

Após essa sequência de acontecimentos a dignidade humana passou a ter um viés totalmente voltado para os valores da vida humana com grandes influências da teoria Kantiana a qual dispõe que a dignidade é uma natureza racional, ou seja, possui um valor incondicionado ligado à pessoa humana. Neste sentido, José Affonso da Silva, levando em consideração a referida teoria¹² afirma que:

A dignidade da pessoa humana constitui um valor que atrai a realização dos direitos fundamentais do Homem, em todas as suas dimensões; e como a democracia é o único regime político capaz de propiciar a efetividade desses direitos, o que significa dignificar o Homem, é ela que se revela como seu valor supremo, o valor que o dimensiona e humaniza (SILVA, 2007, p. 215).

Ainda no tocante ao conceito de dignidade humana, Luís Roberto Barroso complementa tratar-se de um valor considerado especial no universo, senão vejamos:

A dignidade humana, como atualmente compreendida, se assenta sobre o pressuposto de que cada ser humano possui um valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no universo. Diversas religiões, teorias e concepções filosóficas buscam justificar essa visão metafísica (BARROSO, 2014, p. 14).

A título de complementação aos demais conceitos já anteriormente mencionados, Ingo Wolfgang Sarlet conceitua dignidade da pessoa humana como:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a

¹² Segundo João Costa Neto, “é com *Immanuel Kant* (1785a), na Era Moderna, que nasce a ideia conceitual de dignidade como *status* moral, conferindo ao sujeito a aptidão de possuir direitos e deveres. Essa aptidão gera a obrigação, oponível *erga omnes*, de ele ser respeitado por todos os outros membros da coletividade. Estes deverão abster-se de realizar ataques ou agressões (*Angriffe*) à autonomia do sujeito. É também com *Kant* que a dignidade (*Würd*) surge como prerrogativa apriorística, presente em todos os que a detém em igual medida, tornando-a pedra angular do princípio da igualdade ou isonomia e da defesa do antiprivilegio (COSTA NETO, 2014, p.25).

pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida (SARLET, 2011, p. 73).

É fato que a dignidade está presente na vida de todos os indivíduos, “assim, toda pessoa humana, pelo simples ato de existir, independentemente de sua situação social, traz na sua superioridade racional a dignidade de todo ser” (NUNES, 2002, p.49-50). E, justamente por ser um atributo intrínseco ao ser humano que ela não pode ser simplesmente repelida pelo indivíduo, sendo considerada irrenunciável, bem como inalienável, o que também a impede de dispor a outrem.

[...] – que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida dignidade. Assim, compreendida como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, a dignidade pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que reconhecida e atribuída a cada ser humano como algo que lhe é inerente (SARLET, 2011, p. 52-53).

Sintetizando, temos a dignidade humana como alicerce dos direitos fundamentais, principalmente os sociais que são direitos que protegem os indivíduos de forma indeterminada, alcançando a todos sem qualquer distinção entre si. Nesta continuação, por serem direitos que prezam a igualdade resta evidente a presença crucial do Princípio da Dignidade Humana em sua concretização.

Contudo, necessário se faz mencionar por fim que, apesar de já possuímos diversas doutrinas que tentam construir um conceito de dignidade humana (porém, ainda considerados por Sarlet como vagos e impressivos) até então não existe um conceito que se pode dizer “unânime”, “fechado” deste instituto, portanto, ainda sendo imprescindível a continuidade do estudo pelos doutrinadores com o máximo de cautela possível (SARLET, 2011, p 50).

2.1.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988

A dignidade não é uma criação da Constituição Federal, e sim, uma definição da essência humana considerada um atributo indispensável para o modo vivendo do indivíduo, pois, é justamente em respeito à dignidade do homem que transparece ainda mais a importância da concretização dos direitos fundamentais, direitos que objetivam, dentre outros, garantir o mínimo necessário a uma existência digna.

A dignidade humana tornou-se símbolo da luta pelo Estado Democrático. Em todos os cantos do mundo, onde um Estado se autodenomine como sendo constituído com alicerce em bases democráticas, seu fundamento está centrado na valorização da pessoa e sua proteção, em todos os aspectos, com raízes profundamente deitadas no princípio da dignidade da pessoa humana (RIBAS, 2011, p.37).

Apesar da definição de dignidade humana não ter sido construída pela Constituição Federal de 1988, foi reconhecida e expressamente disposta como um de seus fundamentos (art. 1º, inciso III da CF) sendo considerada imprescindível na vida humana o que leva a ser utilizada como embasamento dos direitos fundamentais.

O princípio, inserido no ordenamento pátrio como fundamento do Estado Democrático de Direito representa o reconhecimento do Estado Brasileiro com a valorização do ser humano acima de todos os outros valores também protegidos constitucionalmente e demonstra a prioridade de se impedir qualquer forma de violação de direitos humanos, garantindo a todos, indistintamente, não só o direito à vida, mas vida plena e digna, com respeito e integridade (RIBAS, 2011, p.37).

Não por acaso que a Constituição Federal pré-dispôs os Princípios Fundamentais (Título I, art. 1º) em seu primeiro artigo, isso aconteceu justamente porque o legislador quis enfatiza-lo antes mesmo dos direitos e garantias fundamentais (Título II) (BRASIL, 1988). O Intuito dessa ordem era demonstrar justamente a importância dos princípios fundamentais, dentre eles, a dignidade humana, para que fosse utilizada como base nas previsões legais subsequentes por toda Carta Magna.

Nesses termos, segundo Ingo Wolfgang Sarlet têm-se que:

A nossa Constituição vigente, inclusive (embora não exclusivamente) como manifesta reação ao período autoritário precedente – no que acabou trilhando caminho similar ao percorrido, entre outras ordens constitucionais, pela Lei Fundamental da Alemanha e, posteriormente,

pelas Constituições de Portugal e Espanha – foi a primeira na história do constitucionalismo pátrio a prever um título próprio destinado aos princípios fundamentais, situado, em manifesta homenagem ao especial significado e função destes, na parte inaugural do texto, logo após o preâmbulo e antes dos direitos fundamentais. Consoante amplamente aceito, mediante tal expediente, o Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram (juntamente com os princípios fundamentais) aquilo que se pode – e neste ponto parece haver consenso – denominar de núcleo essencial de nossa Constituição formal e material (SARLET, 2011, p. 75).

A dignidade humana além de prevista como um dos fundamentos no artigo 1º da CF, foi citada em outros dispositivos do seu texto legal como exemplo no artigo 170 - caput¹³, artigo 227 - caput¹⁴, dentre outros.

Os direitos fundamentais estão previstos de três formas na Constituição Federal, sendo de forma expressa, que são todos aqueles apresentados no Título II da CF (art. 5º ao 17); os implícitos, que são os direitos não listados entre os artigos 5º ao 17, mas que decorrem do regime e dos Princípios adotados pela Carta Magna; e por fim, os direitos fundamentais decorrentes de Tratados e Convenções Internacionais dos quais o Brasil seja signatário.

Neste sentido, aduz Sarmiento (2004, p. 18) que não se pode considerar os direitos fundamentais como sendo “entidades estéreas, metafísicas, que sobrepairam o mundo real. Pelo contrário, são realidades históricas, que resultam de lutas e batalhas travadas no tempo, em prol da afirmação da dignidade humana”.

Sobre ser a dignidade humana um princípio fundamento da constituição, resta evidente a intenção do legislador em trata-la como princípio e não como um direito fundamental, pois se assim o quisesse estaria prevista no capítulo segundo juntamente com os demais direitos fundamentais¹⁵.

¹³ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios (BRASIL, 1988).

¹⁴ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

¹⁵ A Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre os direitos fundamentais em seu Título II (“Dos direitos e garantias fundamentais”), acabou por agrupá-los em *direitos individuais* (Capítulo I), *direitos coletivos* (Capítulo I e II), *direitos sociais* (Capítulo II), *direitos de nacionalidade* (Capítulo III) e *direitos*

Com efeito, considerando tanto a formulação utilizada quanto a localização, visto que sediada no Título I, dos Princípios Fundamentais verifica-se que o constituinte de 1988 preferiu não incluir a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e garantias fundamentais, guiando-a pela primeira vez – consoante já frisado – à condição de princípio (e valor) fundamental (artigo 1º, inciso III) (SARLET, 2011, p. 81).

É sabido que, os direitos fundamentais, especialmente os sociais, possuem características que objetivam a garantia de uma vida digna aos indivíduos, ou seja, “é fato que os direitos fundamentais foram concebidos, historicamente, para proteger os indivíduos dos abusos do poder estatal contra a liberdade e a dignidade humana” (KIM, 2012, p. 18). No entanto, mesmo a Constituição Federal já ter previsto expressamente esses direitos sociais, alguns na prática ainda não são cumpridos com excelência pois existem direitos que dependem de ações do poder público para serem efetivados, como é o caso da saúde pública no Brasil.

No entanto, para Luis Roberto Barroso (2014, p.21), “considerada como o fundamento de todos os direitos mais básicos, a cláusula da dignidade possui dimensão subjetiva e objetiva, investindo os indivíduos em certos direitos e impondo determinadas prestações positivas para o Estado”.

Ainda neste sentido, preleciona Ingo Wolfgang Sarlet que:

A ideia de que os direitos fundamentais integram um sistema no âmbito da Constituição foi objeto de recente referência na doutrina pátria, com base no argumento de que os direitos fundamentais são, em verdade, concretização do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, consagrado expressamente em nossa lei fundamental (SARLET, 2012, p. 70).

A partir da premissa de que os direitos fundamentais estão diretamente ligados ao Princípio da Dignidade Humana, podemos concluir que aqueles foram criados justamente para tornar ainda mais seguro o direito de se ter uma vida digna apesar de nem sempre isso ser possível sem a ajuda do poder público, principalmente quando se trata de direitos sociais prestacionais, como por exemplo a saúde, educação,

Políticos (Capítulo IV). [...]. Ocorre, porém, que a Constituição Federal brasileira, em seu Título II, não apresenta um rol taxativo de direitos fundamentais. Mas, ao contrário, adotou um sistema aberto de direitos fundamentais no Brasil (COELHO, 2017, p.55).

segurança, dentre outros, que, indiscutivelmente, necessitam de investimentos orçamentários bem como criações de políticas públicas para serem efetivados.¹⁶

Assim, resta evidente a importância que o Princípio da Dignidade Humana teve na previsão dos direitos fundamentais, podendo dizer de forma especial em relação aos direitos sociais que são considerados como direitos que objetivam a garantia e manutenção da isonomia entre todas as pessoas.

Os Direitos Fundamentais se fizeram (e se fazem) necessários, pois o Estado precisava assegurar condições materiais mínimas para a preservação da dignidade da pessoa humana, uma vez que o direito à liberdade e as garantias individuais não eram suficientes para suprir as necessidades das camadas mais pobres da sociedade (TOMMASIELLO, 2019, p. 32).

A presença do Princípio da Dignidade Humana nos direitos fundamentais sociais é de suma importância, pois, a sociedade anseia por uma efetiva concretização desses direitos justamente por prezarem a vida com um mínimo de dignidade, e, conseqüentemente, assegurando um Estado Social e Democrático de Direito.

2.1.2. Direito à igualdade ou isonomia: Princípio orientador da Dignidade Humana

Com o passar do tempo o Estado notou que não bastava previsões legais garantindo a igualdade entre os seres humanos, era necessário ir além, ou seja, agir de forma material para que essa igualdade fosse de fato respeitada e garantida a todos os indivíduos. Dessa forma, os direitos fundamentais sociais foram previstos de forma que buscassem resguardar a igualdade entre todos. Neste sentido, segundo Rodrigo Batista Coelho:

Os direitos sociais, talvez de modo mais flagrante que os demais direitos fundamentais, possuem assento no princípio da dignidade humana e estão vinculados umbilicalmente ao valor “igualdade”.

¹⁶ Como tarefa (prestação) imposta pelo Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, sendo portanto dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade (este seria, portanto, o elemento mutável da dignidade), constatação esta que remete a uma conexão com o princípio da subsidiariedade, que assume uma função relevante também neste contexto (SARLET, 2011, p. 58-59).

Nessa perspectiva, já se mencionou que foi possível detectar, ao longo da história, que seria insuficientemente ao Estado assegurar apenas a igualdade dos indivíduos “perante a lei” (que fora a tônica das revoluções burguesas), de onde emergiu a necessidade da busca de fundamento para a consagração da igualdade também no plano material (COELHO, 2017, p. 84).

A igualdade material, também chamada de liberdades materiais “têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada, não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal” (MORAES, 2018, p. 75).

Os direitos fundamentais sociais são direitos de segunda dimensão que prezam pela igualdade, tendo como base a dignidade humana. Assim, “o Princípio da dignidade humana, sob essa perspectiva, funda a isonomia (outro princípio constitucional), à medida que todas as pessoas, pelo fato mesmo de serem humanas, são providas de uma qualidade peculiar que é inerente a todos em igual medida” (COSTA NETO, 2014, p.50). O autor acrescenta ainda que,

[...] a dignidade humana é um atributo desvinculado das circunstâncias pessoais de seu detentor. Em virtude, precisamente, desse atributo, ela importa igualdade. Daí também se segue que quaisquer seres humanos possuem dignidade humana. Nenhuma peculiaridade de um dado ser humano será bastante para afastá-lo da incidência desse direito (COSTA NETO, 2014. p. 50).

A Constituição Federal de 1988 passou a materializar a busca pela igualdade em diversos dispositivos no seu texto legal, inclusive constando como um de seus objetivos fundamentais (art. 3º, III, CF)¹⁷. Desta forma, há de se notar a preocupação em que teve a Carta Magna com a garantia da igualdade entre os seres humanos. Neste sentido, afirma José Afonso da Silva que:

[...] a República Federativa do Brasil tem como um de seus objetivos fundamentais *reduzir as desigualdades sociais e regionais* (art. 3º, III), veemente repulsa a qualquer forma de discriminação (art. 3º, IV), a universalidade da seguridade social, **a garantia ao direito à saúde**, à educação baseada em princípios democráticos e de igualdade de condição para o acesso e permanência na escola, enfim a preocupação coma justiça social como objetivo das ordens econômica

¹⁷ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (BRASIL, 1988).

e social (arts. 170, 193, 196 e 205) constituem reais promessas de busca da igualdade material (SILVA, 2014, p. 213-214).

A constituição prevê o direito a igualdade de duas formas distintas, sendo uma primeira ligada ao legislador, e uma segunda direcionada ao intérprete, aquele que irá aplicar as normas existentes.

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão do sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social (MORAES, 2018, p.75).

Entender o princípio da igualdade quando se fala em dignidade humana é de extrema importância pois um depende do outro de forma inquestionável para alcançar o objetivo comum, qual seja, a garantia da segurança de uma vida com dignidade proporcionando o mínimo existencial, bem como combatendo à desigualdade social que paira sobre a sociedade desde o início da humanidade até os dias atuais.

Segundo Ricardo Lobo Torres, a igualdade nada mais é do que a proteção contra a pobreza absoluta, a busca por uma sociedade isonômica e livre para viver dignamente, senão vejamos:

O princípio da igualdade assegura a proteção contra a pobreza absoluta, eis que está resulta da desigualdade social. A igualdade, aí, é a que informa a liberdade, e não a que penetra nas condições de justiça, tendo em vista que esta vai fundamentar a política orçamentária dirigida ao combate à pobreza relativa (TORRES, 1989, p.32).

Ainda sobre a importância do respeito à igualdade, o doutrinador Josué Mastrodi complementa que,

A igualdade entre as pessoas não é só imperativa pelo fato de todas serem iguais em dignidade (se bem que isto, por si só, entendemos nós, já bastaria), mas também por se considerar que os participantes do *contrato social* devem se encontrar, necessariamente, em igualdade de condições. É preciso que haja condições de igualdade

aos membros da sociedade, caso contrário não seria possível falar nem em dignidade, nem em contrato social. Sem, portanto, qualquer afronta ao princípio da primazia dos direitos da Liberdade, as pessoas devem ser livres para viver com dignidade (MASTRODI, 2008, p. 79-80).

Por fim, após uma análise da relevância do Princípio da igualdade, bem como da dignidade humana na vida do indivíduo, resta demonstrado o papel do Estado em colocar em prática essas “buscas”, para então prestar os direitos fundamentais sociais ao seu povo. Contudo, o que se nota na realidade ainda é um “descaso” com esses institutos, não sendo estes tratados com a devida importância que merecem, e, em consequência disso o que se vê na prática são seres humanos sofrendo por falta de assistência governamental, em especial, na saúde pública (direito fundamental social previsto na constituição). Neste sentido, acrescenta Ribas que:

De nada adiantariam longos discursos em prol da igualdade entre os homens se, a poucos metros, encontramos hospitais superlotados e doentes terminais largados à própria sorte nos corredores. A morte diagnosticada pela falta de atendimento médico, pela ausência de leitos de internação em unidades de tratamento intensivo ou semi-intensivo, por demora ou ausência de medicação adequada, tem se tornado hábito no Brasil **e a toda evidência, as políticas públicas na área da saúde têm sido absolutamente insuficientes para atender à demanda populacional e suas necessidades** (RIBAS, 2011, p.39, grifo nosso).

Ainda, acrescenta Rodrigo Batista Coelho:

A par dessas considerações, já é possível imaginar quão importante é a concretização dos direitos sociais, sobretudo para a parcela da população menos favorecida, que, não raras vezes, encontra-se à margem do processo político, educativo e de distribuição de riquezas. Sem a previsão de direitos sociais que, num primeiro plano, consigam atingir especialmente os mais carentes e marginalizados, que só por isso demandam tratamento diferenciado na *lei*, a igualdade restará em plano remoto, será mera retórica. É, pois, da essência dos direitos sociais prestigiar os menos favorecidos, corrigindo-se as distorções sociais existentes, de modo que seja possível a efetivação da igualdade material (COELHO, 2017, p. 90).

A igualdade é a base da democracia, e assim, foi mudando suas necessidades com o passar do tempo, ou seja, há diferenças entre igualdade em termos democráticos para os “antigos” e para os “modernos”. Para os antigos era ter direitos

políticos, já para os modernos trata-se da possibilidade de influir nas decisões políticas, ou seja, nas políticas públicas (principalmente naquelas em que tratam de direitos fundamentais). Portanto, com a evolução da “igualdade” e “democracia” passaram a serem vistas modernamente como uma igualdade enquanto ser humano, participando das decisões.

2.2. Mínimo existencial e os direitos fundamentais sociais prestacionais

Os direitos fundamentais sociais prestacionais (segunda dimensão) necessitam de ações positivas do poder público para serem concretizados. Seguindo esta linha de raciocínio, tendo o Estado como responsável pela proteção e garantia desses direitos, fica evidente a necessidade de haver um parâmetro a ser seguido que auxilie na análise do que seria “ideal” para se alcançar o mínimo existencial, bem como as ações necessárias para concretização desses direitos.

Neste sentido, Weber estabelece que:

Portanto, como uma primeira delimitação, pode-se afirmar que o conteúdo do mínimo existencial é constituído basicamente pelos direitos fundamentais sociais, sobretudo aquelas “prestações materiais” que visam garantir uma vida digna. Isso não significa garantir apenas a sobrevivência física, mas implica no desenvolvimento da personalidade como um todo. Viver não é apenas sobreviver (WEBER, 2013, p.199).

O mínimo existencial¹⁸ nada mais é do que um conjunto de garantias materiais que objetivam a segurança de existência digna, preservando um núcleo essencial dos direitos fundamentais e a dignidade humana, buscando evitar, bem como reparar falhas do poder público na prestação de direitos prestacionais. Neste sentido, segundo Josué Mastrodi:

O princípio da aplicabilidade imediata dos direitos sociais pode ser comprometido em casos de falha do Administrador ao implementar política pública de modo inadequado ou do Legislador ao escolher as prioridades sociais de modo não-apropriado. Ou seja, nessa hipótese, a falta de aplicabilidade imediata dos direitos sociais (direitos de dimensão positiva dá-se por falha na atuação de agentes estatais, e não porque teriam dignidade constitucional inferior aos dos direitos individuais (direitos na dimensão negativa) (MASTRODI, 2008, p.95).

¹⁸ Há doutrinas que utilizam outros termos ao se referir ao mínimo existencial com “mínimo vital”, “mínimo de existência condigna” ou “mínimo de sobrevivência” (COELHO, 2017, p.97).

Nas palavras de Ricardo Lobo Torres, o mínimo existencial:

[...] exhibe as características básicas dos direitos da liberdade: é pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana; constitui direito público subjetivo do cidadão, não sendo outorgado pela ordem jurídica, mas condicionando-a; tem validade *erga omnes*, aproximando-se do conceito e das consequências do estado de necessidade; [...] é dotado de historicidade, variando de acordo com o contexto social (TORRES, 1989, p. 32-33).

O poder público nem sempre dispõe de meios para concretizar a totalidade dos direitos fundamentais sociais prestacionais, sendo necessário então que haja uma ponderação na disponibilidade de recursos para a sua efetivação, contudo, respeitando sempre a proteção da vida em primeiro lugar. Nestes termos, preleciona Watanabe:

Com gradualismo e sempre impulsionado pela “vontade de Constituição” e pela busca do máximo possível, certamente a situação do país se encaminhará cada vez mais em direção à realização desse sonho. Vale aqui reproduzir a ponderação de Hesse, de que “e o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábua rasa”. Ela há de completar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição (WATANABE, 2013, p. 22).

Ainda, importante frisar que uma vez previsto um direito fundamental social pelo legislador este não deve retroagir, sendo inaceitável que a sociedade sofra retrocessos na disponibilização de direitos fundamentais sociais, pois estaria restringindo de certa forma a dignidade da pessoa humana. Assim, segundo Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] no âmbito de uma função protetiva” (e, portanto, defensiva) da dignidade – situa-se a noção de que a dignidade da pessoa humana constitui um dos critérios materiais para a aferição da incidência de uma proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais, notadamente (mas não exclusivamente) na esfera dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional. A ideia nuclear – que aqui não poderá ser desenvolvida – é a de que eventuais medidas supressivas ou restritivas de prestações sociais implementadas (e, portanto, retrocessivas em matéria de conquistas sociais) pelo legislador haverá de ser considerada inconstitucional por violação do princípio da proibição de retrocesso, sempre que com isso restar

afetado o núcleo essencial legislativamente concretizado dos direitos fundamentais, especialmente e acima de tudo nas hipóteses em que resultar uma afetação da dignidade da pessoa humana (já que também aqui não há identidade necessária entre as noções de conteúdo essencial e conteúdo em dignidade) no sentido de um comprometimento das condições materiais indispensáveis para uma vida com dignidade, no contexto daquilo que tem sido batizado como mínimo existencial (SARLET, 2011, p.146).

Já em relação ao dever do Estado de garantir direitos sociais que visam dar suporte para uma vida digna, este não deve se esquivar sob o argumento de “problemas econômicos”, pois quando se trata de direitos fundamentais, estes devem sempre prevalecer em decorrência das demais questões enfrentadas na gestão pública que envolvem orçamentos públicos. Nesta perspectiva, salienta Josué Mastrodi:

As leis e atos administrativos determinando a intervenção estatal no domínio econômico, quase na sua totalidade, têm tido sua orientação voltada para o fundamento secundário do Estado, sem observância ao legítimo fundamento primário do Estado (proteção a direitos fundamentais) que, por um imperativo de justiça, deveria sempre prevalecer quando a contraposição a interesse econômicos (MASTRODI, 2008, p. 100-101).

Quando se fala mínimo existencial não restam dúvidas da estreita ligação com o direito à vida, um direito fundamental basilar na Constituição Federal de 1988¹⁹, sendo assim, é necessário que o poder público tenha um cuidado especial na sua garantia, o que infelizmente ainda não se vê na prática com a falta de políticas públicas que visam viabilizar acesso ao mínimo existencial, o que, conseqüentemente, garantiria a manutenção da qualidade de vida e igualdade entre os indivíduos.

Ingo Wolfgang Sarlet, complementa o seguinte:

[...] é lamentavelmente cada vez mais – a dignidade da pessoa humana (de alguns humanos mais do que de outros) é desconsiderada, desrespeitada, violada e desprotegida, seja pelo incremento assustador da violência contra a pessoa, seja pela carência social, econômica e cultural e grave comprometimento das condições existenciais mínimas para uma vida com dignidade e, neste

¹⁹ Para Manuela Cibim Kallajian, sobre a importância do direito à vida, menciona que, “são, portanto, direitos decorrentes da personalidade humana, que protegem o que é próprio da pessoa, como a vida, a integridade física ou psíquica, o corpo, a intimidade, a liberdade, a privacidade, a imagem a honra, o nome, dentre outros que tenham por objeto as projeções físicas, psíquicas e morais do homem, considerado em si mesmo, e em sociedade. São objetos cuja proteção constitui o problema fundamental de toda a ordem jurídica (KALLAJIAN, 2019, p. 33-34).

passo, de uma existência com sabor de humanidade (SARLET, 2011, p.151).

Ainda no que tange a responsabilidade do poder público na efetivação dos direitos sociais por meio da implementação e manutenção de políticas públicas, a necessidade do cumprimento do mínimo existencial deve se dar de forma prioritário. É certo que a lei prevê que seja respeitado o princípio da reserva do possível, contudo, cabe ao Estado gerenciar de forma sustentável os orçamentos públicos para que no futuro não se utilize desse argumento como forma de justificar uma inadequada gestão pública e orçamentária.

Na acepção de Flávia Carneiro Tommasiello,

O mínimo existencial encontra-se no âmbito do princípio da máxima efetividade do núcleo reduzido de direitos sociais escolhidos, logo, não é viável serem preteridos pela reserva do possível. Por este motivo, é plausível assegurar uma meta prioritária na elaboração do orçamento público, isso porque deve ser finalidade do Poder Público não se eximir das obrigações estipuladas, implementando políticas públicas como estratégia de garantir a execução do mínimo existencial (TOMMASIELLO, 2019, p. 68).

Neste sentido, há uma correlação existente entre os direitos fundamentais sociais prestacionais, mínimo existencial e a dignidade humana, em que um depende da existência do outro para juntos surtirem efeitos positivos na prestação desses direitos a toda sociedade. Dentro dessa perspectiva, há ainda o Estado que se torna “peça essencial” na prestação desses direitos, vez que “resta patente que o direito à saúde e o direito à educação, de fato, exigem do Estado uma atividade prestacional, que deve ser materializada em serviços públicos”²⁰ (COELHO, 2017, p. 92-93).

Enfim, é evidente que ainda não há uma definição concreta do que seria um mínimo existencial adequado²¹ para ser utilizado como parâmetro pelo poder público²², o que colabora ainda mais com a insatisfação em relação à prestação dos

²⁰ Na Alemanha, adota-se majoritariamente o conteúdo proposto por Robert Alexy como direito à educação fundamental, média e profissionalizante; direito à moradia simples; e direito a um patamar mínimo de assistência médica (TOMMASIELLO, 2019, p. 70).

²¹ Em trabalho recente, Cláudia Toledo (2017) considera que Mínimo existencial é um dos mais atuais temas relacionados ao tratamento doutrinário e jurisprudencial dos direitos fundamentais sociais. Entretanto, segundo a autora, “é notória a carência de cientificidade na sua abordagem, seja na construção do seu conceito, na delimitação de seu conteúdo ou na determinação das hipóteses de sua aplicabilidade” (TOMMASIELLO, 2019, p.19).

²² Segundo Ricardo Lobo Torres, o mínimo existencial de conteúdo específico. Abrange qualquer direito, ainda que originariamente não-fundamental (direito à saúde, à alimentação etc.), considerado

direitos sociais devendo ser analisado no caso concreto a real necessidade de investimentos de forma individualizada.

Ao Estado Democrático de Direito cumpre, em todos os aspectos e por todos os meios resguardar a dignidade do ser humano propiciando-lhe condições existenciais dignas, com plena perspectiva de desenvolvimento sadio e condições de sustentabilidade. A efetivação da saúde pública em patamares claros de acessibilidade e universalidade representa apenas uma das ramificações da obrigação Estatal, posta como obrigação do Estado para com seus administrados pela Constituição Federal (RIBAS, 2011, p.60-61).

Certo é que, como veremos mais à frente no presente trabalho no que tange ao direito fundamental à saúde (direito social prestacional), o mínimo existencial, condição indispensável para garantia da dignidade humana vem sofrendo diversos impasses na sua efetivação, o que se faz necessário, em muitos casos, a busca por intervenção judiciária para garantia do direito constitucional.

2.3. Princípio da reserva do possível e seus objetivos

Os direitos fundamentais podem ser exercidos de forma imediata ou não, sendo que quando se referirem a normas de aplicabilidade imediata basta sua previsão no texto legal para que seja imediatamente aplicada na realidade social, e, assim, restará o direito efetivado. Contudo, nem sempre as normas são previstas com aplicabilidade imediata²³ como é o caso dos direitos fundamentais sociais prestacionais, não

em sua dimensão essencial e inalienável. Não é mensurável, por envolver mais os aspectos de qualidade que de quantidade, o que torna difícil estimá-lo, em sua região periférica, do máximo de utilidade (maximum welfare, Nutzenmaximierung), que é princípio ligado à ideia de justiça e de redistribuição da riqueza social. Certamente esse mínimo existencial, “se o quisermos determinar precisamente, é uma incógnita muito variável” (TORRES, 1989, p.29).

²³ A reserva do possível não pode ser utilizada como critério para limitar a aplicabilidade imediata dos direitos prestacionais pelas seguintes razões:

Primeiro. O “possível” não é uma grandeza objetivamente aferível no que diz respeito à atuação do Estado. Uma reflexão simples mostra que o Estado pode utilizar um amplo leque de medidas para tornar possível uma prestação. Indicamos a reorganização das prioridades orçamentárias, a racionalização das despesas, a possibilidade de contrair empréstimos no exterior e, por último e mais relevante, o aumento da arrecadação pela criação de novos tributos, pelo aumento de alíquotas e pelo combate eficiente da sonegação fiscal. Tais medidas enfrentam sempre protestos e geram o denominado “custo político”, pois prejudicam os interesses econômicos de determinadas categorias de pessoas. Cabe às autoridades políticas decidir quais dessas medidas devem ser tomadas em determinada situação – e com qual intensidade. Do ponto de vista jurídico-dogmático, podem significar, como mencionado, intervenções em direitos fundamentais de *status negativus*. Mas a possibilidade teórica de o Estado recorrer a tais medidas mostra que a suposta “impossibilidade” de cumprir um dever estatal só indica a *ausência de vontade política* para o seu cumprimento. Segundo. O Judiciário só pode declarar inconstitucionais as opções orçamentárias e as políticas públicas dos demais Poderes

possuindo força suficiente para serem autoaplicáveis²⁴, portanto, pleiteando necessário uma ação positiva do poder público para a sua efetivação.

Em outras palavras, o §1º do art. 5º deixa claro que os direitos fundamentais não são simples declarações políticas ou programas de ação do poder público e tampouco podem ser vistos como normas de eficácia “limitada” ou “diferida”. *Todas as normas da Constituição que são relacionadas a direitos e garantias fundamentais são preceitos normativos que vinculam o poder do Estado de forma direta e imediata.* O efeito imediato dos direitos e garantias fundamentais não se manifesta plenamente no caso dos direitos sociais que consistem em pretensões dos indivíduos diante do Estado e não podem ser exercidos de forma imediata, tal como estabelece a referida norma. [...]

Isso se explica juridicamente pelo fato de o §1º do art. 5º da CF referir-se a normas “*definidoras*” de direitos. As normas que definem de forma insuficiente um direito não são imediatamente aplicáveis na realidade social – não porque isso não é desejável, mas porque é simplesmente impossível “aplicar” um direito sem conhecer as hipóteses e condições de sua incidência e as formas de seu exercício. Trata-se de normas de baixa densidade normativa. Consequência da escolha do constituinte de não concretizar suficientemente estas normas, tal como se faz nas normas concretas e definidas, é a impossibilidade de aplicação imediata. (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 90-92)

Ao tratar-se da aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais, necessário se faz aprofundar na “reserva do possível”, instituto inicialmente previsto pelo direito

se houver critério para tanto. O critério racional consiste na verificação do correto estabelecimento de prioridades (distribuição de recursos) pelos demais Poderes. Por isso, as decisões judiciais que declaram a inconstitucionalidade de omissões estatais em relação a direitos sociais afirmam que determinado direito possui “prioridade”, “fundamentalidade” ou “essencialidade”. [...] Terceiro. A impossibilidade de o Estado atender demandas de despesa não pode servir como limite constitucional ao seu dever de concretizar um direito social tanto no plano geral (controle abstrato das políticas públicas de saúde, habitação, educação, etc.), quanto individual (pretensão concreta exigida pelo titular do direito à saúde, por exemplo). Isso se deve a razões processuais. No primeiro caso, cabe ao legislador o “como” (intensidade do investimento) o direito social há de ser concretizado, faltando ao juiz competência para tal constatação. No segundo caso, é de competência jurisdicional verificar a procedência de um pedido com base em um direito social, condenado o Estado à prestação específica, independentemente de alegações sobre a “impossibilidade” da prestação (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 93-94).

²⁴ Segundo Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins não significa, portanto, que os respectivos direitos não sejam de aplicabilidade plena, imediata e irrestrita. Só significa que eles apresentam essas características na forma com a qual a Constituição desejou configurá-los. Isso indica que, mesmo no caso dos direitos sociais e difusos, seria equivocado concluir trata-se de simples “desideratos” ou normas programáticas. Sua aplicação imediata consiste na obrigação do legislador de cumprir *imediatamente* seus deveres de regulamentação e também no dever dos tribunais de obrigá-lo a respeitar essa norma e, eventualmente, suprir sua deficiência por meio do controle de constitucionalidade (inconstitucionalidade por omissão legislativa) e das demais garantias fundamentais. Inclui-se aqui a responsabilidade política dos integrantes do Poder Legislativo e Executivo, assim como a possibilidade de ativar os mecanismos de imputação de crimes de responsabilidade (*impeachment*) a quem descumprir seus deveres de regulamentação (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 92-93).

alemão²⁵ e que vem sendo muito utilizado tanto nas doutrinas como jurisprudências brasileiras. Nas palavras de Dimoulis e Martins “a reserva do possível é utilizada como critério para limitar os deveres estatais de prestação, principalmente os relacionados aos direitos sociais, pelo STF e outros tribunais” (DIMOULIS E MARTINS, 2009, p. 93).

Ainda, segundo José Reis Novais:

[...] a reserva do possível passa a ser essencialmente entendida como constituindo essa limitação imanente a este tipo de direitos [sociais]: mesmo quando a pretensão de prestação é razoável, o Estado só está obrigado a realizá-la se dispuser dos recursos necessários; daí a designação mais expressiva de reserva do financeiramente possível (NOVAIS, 2010, p.91).

O poder público possui uma série de mandamentos legais a serem seguidos no tocante ao orçamento público devendo sempre ser estimado, com antecedência, os recursos financeiros do ano seguinte. Uma boa elaboração de um plano orçamental pelo governante é crucial na gestão pública vez que assim, certamente, se atingirá as metas inicialmente previstas no plano de governo sem nenhuma intercorrência financeira.

É justamente quando não há esse planejamento orçamentário que iniciam os problemas envolvendo a concretização de direitos fundamentais sociais prestacionais, pois, como já bem visto no decorrer desse trabalho, essa concretização só é possível por meio de políticas públicas que visam a promoção e proteção desses direitos, o que é dever do Estado como garantidor Constitucional e assim, conseqüentemente, requer orçamentos públicos suficientes que sejam destinados para esse fim.

²⁵ A figura da reserva do possível nasceu na decisão *Numerus clausus* do TCF alemão, por volta de 1960, que avaliava uma intervenção estatal na liberdade profissional de candidatos ao curso de medicina de uma universidade pública alemã. Segundo Fernando Borges Mânica (2007) “Ao decidir a questão o Tribunal Constitucional entendeu que direito à prestação positiva – no caso aumento do número de vagas na universidade – *encontra-se sujeito à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade*. Ou seja, a argumentação adotada refere-se à razoabilidade da pretensão. Na análise de Ingo SARLET, o Tribunal alemão entendeu que ‘(...) a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites razoável’. A teoria da reserva do possível, portanto, tal qual sua origem, não se refere direta e unicamente à existência de recursos materiais suficientes para a concretização do direito social, mas à razoabilidade da pretensão deduzida com vistas a sua efetivação. Entretanto, a interpretação e transposição que se fez de tal teoria, especialmente em solo pátrio, fez dela uma *teoria da reserva do financeiramente possível*, na medida em que se considerou como limite absoluto à efetivação de direitos fundamentais sociais (i) a suficiência de recursos públicos e (ii) a previsão orçamentária da respectiva despesa” (MÂNICA, 2007, p.13).

Quando se fala em planejamento orçamental, é evidente que o poder público possui limites determinados por lei a serem seguidos, pois caso não sejam, incidirá a lei de responsabilidade fiscal. Portanto, não estamos aqui defendendo o descumprimento de regras legais a serem cumpridas pela administração pública, mas sim, a forma com que a administração pública vem gerindo suas finanças, ou seja, as “prioridades” que vem sendo dadas. Importante mencionar ainda que, não é razoável que o ativismo judicial imponha prestações de serviços que desequilibram o orçamento inicialmente previsto, devendo sempre ser analisado a real necessidade e urgência nos casos concretos, e assim, decidindo de acordo com a justiça.

Neste sentido, resta evidente a “dependência” que os prestacionais sociais possuem em relação ao Estado no que tange sua garantia, pois, “a concretização dos direitos fundamentais sociais ficaria condicionada ao montante de recursos previstos nos orçamentos das respectivas entidades públicas para tal finalidade” (NUNES JUNIOR, 2009, p. 171).

É exatamente na destinação de orçamentos públicos para a criação e manutenção de políticas públicas que o Estado se utiliza da “reserva do possível” como meio “legal” limitador orçamentário.

Vale mencionar por oportuno, que, no que se refere ao direito social à saúde, quanto a utilização da reserva do possível tem que:

Adverte Ingo Sarlet, professor titular dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Porto Alegre, RS, que “há estudos atuais comprovando, categoricamente, que a União não gasta em nenhuma rubrica orçamentária aquilo que foi disponibilizado pelo orçamento, inclusive na área da Saúde”. Afirmou também que “há provas cabais de Estados e Municípios que não investem naquilo que foi imposto pela União no direito à Saúde”. E citando o direito comparado, inclusive em países integrantes da América Latina, como a Colômbia, ressalta que o avanço e aceitação da chamada judicialização do direito à saúde não pode ser resolvido de forma simplista, concluindo que a mera alegação da reserva do possível nessas circunstâncias é uma alegação vazia a não ser que realmente reste inequivocamente “comprovado o desequilíbrio do sistema orçamentário” (RIBAS, 2011, 64).

Todavia, a efetivação dos direitos sociais, em especial os prestacionais, muitas vezes resta prejudicada em decorrência da aplicação do princípio reserva do possível sob a alegação de previsão de limites orçamentários pelo poder público, o que não raras vezes é utilizada como justificativa para mascarar diversos motivos como por

exemplo, uma gestão financeira ineficiente, interesses políticos ou pessoais, má gestão administrativa, dentre outros.

Sobre o assunto, Rodrigo Batista Coelho assevera que:

[...] não raras vezes a concretização dos direitos sociais revela-se dificultada, haja vista a alegada existência de limites orçamentários por parte dos Estados, os quais, normalmente, acabam por invocar a conhecida doutrina da “reserva do possível” como escusa às lacunas nessa espécie de direito fundamental (COELHO, 2017, p.93).

Ainda neste diapasão, o Ministro Celso de Mello com brilhantismo se posiciona a respeito do tema no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 45, vejamos:

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. **Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.** 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 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 (BRASIL, 2004).

Ante a questão orçamentária estatal que envolve a concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais importante mencionar que o princípio da

legalidade deve ser sempre respeitado pelo Estado quando da determinação de atos e intervenções em toda a esfera pública. As leis devem ser seguidas e cumpridas levando em consideração os princípios e fundamentos da Constituição Federal, contudo, devendo sempre ser observado as implicações da responsabilidade fiscal. Neste sentido, preleciona Mastrodi:

Não obstante, deve sempre ser lembrado que o pressuposto do princípio da Legalidade é o princípio da Legitimidade, o que implica, num Estado Democrático de Direito, que a interpretação da Lei e a execução de quaisquer atos devam ser sempre no sentido mais favorável aos princípios constitucionais de proteção aos direitos das pessoas (MASTRODI, 2008, p.100).

Contudo, não devemos esquecer que quando falamos em direitos fundamentais sociais, estamos nos referido à direitos que prezam pela dignidade humana, portanto, cabendo ao poder público sempre agir com o maior empenho possível para que se destine orçamentos suficientes na implementação de políticas públicas que busquem garantir esses direitos constitucionalmente previstos.

É possível perceber, em face dos aspectos analisados, que os direitos fundamentais sociais afiguram-se em exigência inarredável à satisfação das necessidades básicas do ser humano, ao seu “mínimo existencial” e, por conseguinte, à sua dignidade. Assim, aceitar a alegação de inexistência de orçamento suficiente como justificativa para a não implementação dos direitos fundamentais sociais significa afirmar que o custo impede a concretização do texto constitucional. Em derradeira análise, subordinar esses direitos aos condicionantes econômicos significa, salvo melhor juízo, negar a força normativa da Constituição (REIS; CERQUEIRA, 2011, p.338).

Ainda neste sentido, complementa Dirley da Cunha Junior o seguinte:

Em suma, nem a reserva do possível nem a reserva de competência orçamentária do legislador podem ser invocados como óbices, no direito brasileiro, ao reconhecimento e à efetivação de direitos sociais originários a prestações. Por conseguinte, insistimos, mais uma vez, na linha da posição defendida por este trabalho, que a efetividade dos direitos sociais – notadamente daqueles mais diretamente ligados à vida e à integridade física da pessoa – não pode depender da viabilidade orçamentária”. E ainda: “Nesse contexto, a reserva do possível só se justifica na medida em que o Estado garanta a existência digna de todos. Fora desse quadro, tem-se a desconstrução do Estado Constitucional de Direito, com a total frustração das legítimas expectativas da sociedade (CUNHA JR, 2008, p. 349-395).

O princípio da reserva do possível nada mais é que um meio limitador de orçamento público, ou seja, funciona como limite contingente à plena realização dos direitos fundamentais sociais prestacionais sendo um meio de justificativa para a não implementação/ manutenção de políticas públicas sociais. Sobre o assunto, afirma Josué Mastrodi:

De fato, a reserva do possível pode ser considerada como um argumento válido quando apresentada em termos absolutos (ausência total de recursos), o que justifica a falta da promoção de políticas públicas em países pobres, como algumas nações africanas e asiáticas.

No entanto, tal reserva não é justificativa para negar ações sociais em países com economias consideradas entre as maiores do mundo, como é o caso do Brasil. Numa situação como a brasileira, a reserva do possível nada é senão pretexto para justificar a negativa de intervenção estatal em prioridades sociais. Numa situação destas, isto não é uma reserva do possível, mas uma reserva de injustiça (MASTRODI, 2008, p. 103-104, grifo nosso).

Por fim, argumenta o Ministro Celso de Mello no sentido de que deve haver sempre uma cautela do Estado em relação aos seus recursos financeiros devendo ser sempre prioridade a preservação do mínimo existencial e da vida com dignidade, senão vejamos:

[...] não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível (BRASIL, 2004).

O apelo ao princípio da reserva do possível só se faz plausível no que se refere a verbas orçamentárias estatais destinadas à concretização de direitos sociais quando a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial já estiverem protegidos o

suficiente para que se possa assegurar uma qualidade de vida digna ao indivíduo destinatário do direito em questão sendo que, caso contrário, o Estado deve buscar soluções na gestão orçamentária, bem como no plano de governo de modo que priorizem a manutenção e criação de políticas públicas destinadas às prestações sociais.

2.4. Dever do cumprimento da dignidade da pessoa humana pelo poder público

Inicialmente, vale mencionar que no decorrer do presente trabalho já foi abordado a dignidade humana, contudo, neste momento a título de complementação de forma não exaustiva, abordaremos a importância que esse instituto demanda nas ações do poder público, principalmente no que se refere aos direitos sociais.

Os direitos fundamentais sociais estão diretamente relacionados com a pessoa humana, sendo reconhecidos como garantidores de uma vida com mais qualidade e igualdade entre todos²⁶. A dignidade humana se faz presente a todo tempo nos dispositivos constitucionais que versam sobre direitos fundamentais, embora “nem todos os direitos tenham um fundamento direto na dignidade da pessoa humana” (SARLET, 2011, p.102).

Com efeito, sendo correta a premissa de que os direitos fundamentais constituem – ainda que com intensidade variável – explicitações da dignidade da pessoa, por via de consequência e, ao menos em princípio (já que exceções são admissíveis, consoante já frisado), em

²⁶ Ingo Wolfgang Sarlet no que diz respeito à relação entre a dignidade da pessoa humana e o direito à vida afirma que “vale referir – dentre tantas que aqui poderiam ser colacionadas – decisão do Tribunal Constitucional da Espanha, na qual foi reconhecida a íntima vinculação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida, considerando ambos ‘como el punto de arranque, como el prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos’. Tal entendimento, e termos gerais, corresponde à tradição europeia no concernente à posição adotada pro expressivas doutrina e jurisprudência europeias, destacando-se neste ponto a posição de há muito dotada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, onde, de certo modo, chega-se a partir de uma espécie de fungibilidade entre a dignidade e a vida, no sentido de que onde há vida há dignidade, e a violação de um, por via de consequência, implica a violação do outro bem jurídico constitucionalmente tutelado. [...] De qualquer modo, sem que aqui se vá explorar todos os meandros desta instigante problemática (que assume relevo especialmente no campo da biotecnologia e do biodireito de um modo geral), convém de deixe aqui consignada a nossa posição pessoal a respeito do ponto. Neste sentido, adotamos a posição advogada na Alemanha por Michael Kloepfer, que prefere resolver o dilema (com relevantes consequências para o problema eventual hierarquização da dignidade em face de outros bens fundamentais) dignidade ou vida pela fórmula dignidade e vida (e não dignidade ou vida), sem que com isso se esteja a cancelar a absoluta fungibilidade dos conceitos, que seguem tendo um âmbito de proteção próprio e, para efeitos de uma série de aplicações, autônomo (SARLET, 2011, p. 106).

cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa (SARLET, 2011, p. 101).

Desta feita, não é possível falarmos em direitos sociais prestacionais e dignidade humana sem nos referirmos ao papel do Estado na concretização e manutenção desses direitos, vez que em sua maioria necessitam de ações sociais governamentais (ex. políticas públicas) para colocar em prática a sua garantia. Neste sentido, “de todo modo, parece-nos claro que os direitos fundamentais, tanto individuais quanto sociais, não dispõem de garantia efetiva se não houver concomitante ação estatal” (MATRODI, 2008, p.91).

Para Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] vale lembrar a lição do publicista germânico Brugger, que, ao discorrer justamente sobre esta temática, parte da premissa – que nos parece correta – de que a Lei Fundamental da Alemanha, quando, no seu artigo 1º, inciso I, anunciou que a “dignidade do homem é intangível”, justamente tomou por referência a experiência de que esta dignidade é, de fato, violável e que por esta razão necessita ser respeitada e protegida, **especialmente pelo poder que, apesar de muitas vezes ser o agente ofensor, ainda acaba sendo a maior e mais efetiva instância de proteção da dignidade da pessoa humana** (SARLET, 2011, p. 151, grifo nosso).

Assim, a dignidade da pessoa humana quando observada pelo Estado busca impor limites quanto a sua atuação, vez que de alguma forma impede que o governante atue de maneira insatisfatória no que diz respeito à qualidade de vida do ser humano, sendo, portanto, imprescindível uma atuação governamental “responsável” no que se refere a esse assunto.

[...] O princípio da dignidade da pessoa humana impõe limites à atuação estatal, objetivando impedir que o poder público venha a violar a dignidade pessoal, mas também implica (numa perspectiva que se poderia designar de programática ou impositiva, mas nem por isso destituída de plena eficácia) que o Estado deverá ter como meta permanente, proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos, podendo-se sustentar, na esteira da luminosa proposta de Clèmerson Clève, a necessidade de uma política da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais (SARLET, 2011, p. 131).

Ainda sobre o papel do Estado como garantidor da dignidade humana, o referido autor complementa o seguinte:

Não é à toa que se vem sustentando, tal como o fez, recentemente, Paulo Mota Pinto, que da “garantia da dignidade humana decorre, desde logo, como verdadeiro imperativo axiológico de toda a ordem jurídica, o reconhecimento de personalidade jurídica a todos os seres humanos, acompanhado da previsão de instrumentos jurídicos (nomeadamente, direitos subjetivos) destinados à defesa das refrações essenciais da personalidade humana, bem como a necessidade de proteção desses direitos por parte do Estado”. Assim, na formulação do mesmo autor, “A afirmação da liberdade de desenvolvimento da personalidade humana e o imperativo de promoção das condições possibilitadoras desse livre desenvolvimento constituem já corolários do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor no qual se baseia o Estado” (SARLET, 2011, p.103).

Em nada adianta a Constituição Federal prever direitos fundamentais sociais prestacionais (que dependem de uma ação positiva) e não agir de forma a demonstrar interesse na realização incansável de medidas necessárias para que se faça valer esses direitos. Assim, os destinatários desses direitos ficam “reféns” da vontade do Estado em querer ou não atuar de forma incisiva no combate às desigualdades e necessidades sociais. Segundo Sarlet (2011, p. 133), têm o poder público “além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover condições que viabilizam e renovam toda sorte de obstáculos que estejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade”.

Apesar do Estado possuir a maior carga na responsabilidade de fazer valer os direitos fundamentais, bem como garantir a dignidade da pessoa humana, a sociedade também possui um papel de suma importância nesse trabalho, pois esta também possui o dever de fazer valer a aplicação da dignidade humana quando das relações individuais entre si, como por exemplo por meio da atuação do terceiro setor. Neste tocante, têm-se que:

Para além desta vinculação (na dimensão positiva e negativa) do Estado, também a ordem comunitária e, portanto, todas as entidades privadas e os particulares encontram-se diretamente vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o que implica a existência de deveres de proteção e respeito também na esfera das relações entre particulares (SARLET, 2011, p. 133).

Mesmo com tantos avanços na nossa Constituição Federal de 1988, constituição democrática de direito que visa a liberdade e igualdade dos indivíduos,

ainda existem problemas a serem enfrentados como é o caso da eficácia limitada de algumas normas do seu texto legal. Isso ocorre de forma declarada com os direitos fundamentais sociais prestacionais, que apesar de estarem previstos na Carta Magna de forma expressa, demandam uma dependência do poder público para serem efetivados, seja no tocante à disponibilização de orçamentos ou até mesmo interesse quanto ao plano de governo do representante em mandato ativo.

[...] num ambiente em que a legitimidade democrática, embasada na soberania popular e no respeito aos direitos fundamentais, permite a consolidação de um Estado Democrático de Direito, a proteção aos direitos de todos os membros da sociedade passa a ser um valor de magnitude tal que a Economia não pode mais ser vista como algo que não esteja em função da proteção da dignidade humana. [...]
O Estado é um dos mais poderosos instrumentos a serviço das pessoas. No entanto, essa ordem na escala de valores (de matriz liberal, que precisa ser alterada para outra de matriz social), em que eficiência econômica prevalece ante a proteção dos direitos fundamentais, faz com que todo o sistema estatal funcione mais em prol dos mercados que em favor da dignidade humana. A mudança de escala – ou mesmo a deturpação de certos valores – decorreu da afirmação de um discurso que justificasse as atitudes em favor do dinheiro mesmo que em detrimento de valores ligados ao Homem (MASTRODI, 2008, p.97-99).

Ingo Wolfgang Sarlet, com brilhantismo, resume essa questão ao afirmar que “a vida, a dignidade da pessoa humana, as liberdades mais elementares continuam sendo espezinhadas, mesmo que disponhamos, ao menos no direito pátrio, de todo um arcabouço de instrumentos jurídico-processuais e garantias constitucionais” (SARLET, 2012, p. 55).

3. O PAPEL DO ESTADO NA PRESTAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.

3.1. Origem da implementação da saúde pública no Brasil

A partir do século XIX²⁷ o Brasil passou por diversas mudanças na seara política, cultural e econômica, o que também desencadeou um avanço na área médica para a manutenção da vida humana com um mínimo de qualidade e segurança no que tange à saúde. Segundo o Conselho Nacional de Secretária de Saúde em sua obra Sistema Único de Saúde:

O século XIX assinala para o Brasil o início de um processo de transformação política e econômica que atinge igualmente o âmbito da medicina, inaugurando duas de suas características, que têm vigorado até o presente: a penetração da medicina na sociedade, que incorpora o meio urbano como alvo da reflexão e da prática médica, e a situação da medicina como apoio científico indispensável ao exercício de poder do Estado. Nasce um tipo específico de medicina que pode ser chamada de medicina social (Machado, 1978) (BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde, 2007, p.16).

Contudo, apesar de já existir uma preocupação com a saúde no século XIX, somente no século XX iniciaram, na prática, movimentos em prol da busca de políticas sociais de saúde com fim de solucionar as questões emergenciais que o país enfrentava naquela época. Entretanto, mesmo com esse “avanço” ainda mantida a visão de que o importante era a manutenção do controle sanitário da Capital do

²⁷ A vinda da Corte Portuguesa para o Brasil em 1808 determinou mudanças na administração pública colonial, até mesmo na área da saúde. Como sede provisória do Império português e principal porto do País, a cidade do Rio de Janeiro tornou-se centro das ações sanitárias. Era necessário, então, criar rapidamente centros de formação de médicos, que até então eram quase inexistentes em razão, em parte, da proibição de ensino superior nas colônias. Assim, por ordem real, foram fundadas as Academias médico-cirúrgicas, no Rio de Janeiro e na Bahia, na primeira década do século XIX, logo transformadas nas duas primeiras escolas de medicina do País. Por volta de 1829, foi criada a Junta de Higiene Pública, que se mostrou pouco eficaz e, apesar de várias reformulações, não alcançou o objetivo de cuidar da saúde da população. No entanto, é o momento em que instâncias médicas assumem o controle das medidas de higiene pública. Seu regulamento é editado em 20 de setembro de 1851 e a transforma em Junta Central de Higiene Pública. Tem como objetivo a inspeção da vacinação, o controle do exercício da Medicina e a polícia sanitária da terra, que engloba a inspeção de alimentos, farmácias, armazéns de mantimentos, restaurantes, açougues, hospitais, colégios, cadeias, aquedutos, cemitérios, oficinas, laboratórios, fabricas e, em geral, todos os lugares de onde possa provir dano à saúde pública. Até 1850, as atividades de saúde pública estavam limitadas a: i) delegação das atribuições sanitárias às juntas municipais; e ii) controle de navios e saúde dos portos (BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde, 2007, p.17).

Império, ou seja, bastava manter o controle de doenças que poderiam causar epidemias na região para se considerar cumprido o dever estatal envolvendo a saúde.

Foi em 1889 com a Proclamação da República que de fato se instalou no Brasil uma nova perspectiva a respeito da importância da saúde, vez que já com uma visão de mundo capitalista atentou-se para a necessidade de um cuidado maior com os trabalhadores pois, para que tivessem uma maior produção era necessário ter saúde. Desta forma, concluíram que “a capacidade física e intelectual dos operários e dos camponeses seria o caminho indicado para alterar a história do País, considerado no exterior como região bárbara” (BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde, 2007, p.18).

Nesta época o país enfrentava grandes problemas sanitários em decorrência de que as cidades ainda não estavam preparadas para suportarem grandes números de pessoas, alastramento de doenças infecciosas por toda parte e, sem um tratamento médico adequado e vacinas próprias resultava mortes coletivas de pessoas. Foi então que iniciaram as políticas de saúde para tentar solucionar a questão por meio de pesquisas de medicamentos, tratamentos de doenças, descobertas de vacinas, dentre outros avanços levando o país a elaborar planos de combates à diversas doenças²⁸.

As políticas de saúde, cujo início efetivo pode ser indicado em fins da década de 1910, encontravam-se associadas aos problemas da integração nacional e à consciência da interdependência gerada pelas doenças transmissíveis. Foi o resultado do encontro de um movimento sanitário, organizado em torno da proposta de políticas de saúde e saneamento, com a crescente consciência por parte das elites políticas sobre os efeitos negativos do quadro sanitário existente no País (BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde, 2007, p. 18).

Somente com a entrada em vigor da Lei Eloi Chaves em 1923, que de fato o poder público passou a cuidar da assistência médica como uma questão social do País. Neste momento já era possível ver o início de uma longa caminhada que

²⁸ A atenção para as epidemias nas cidades, como a de peste bubônica em 1899, no porto de Santos, esteve na origem da criação, em 1900, das duas principais instituições de pesquisa biomédica e saúde pública do País: o Instituto Soroterápico Federal – transformado posteriormente em Instituto Oswaldo Cruz (1908) e Fundação Oswaldo Cruz (1970), no Rio de Janeiro, e o Instituto Butantan, em São Paulo. Nessas instituições, uma nova geração de médicos, formados segundo o paradigma da bacteriologia e influenciados pela pesquisa científica praticada na França e na Alemanha, começaria a exercer forte influência nas concepções sobre as doenças transmissíveis e nas propostas de ações em saúde pública (BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. 2007, p.19).

percorreria a saúde pública até entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 (que viria a ser considerada a primeira Carta Magna a tratar a saúde como um direito fundamental social).

A referida lei também criou as Caixas de Aposentadoria e Pensões – CAPS considerada como a primeira lei da previdência vez que regulamentava sobre direitos decorrentes da saúde como invalidez, morte, auxílio doença, dentre outros. Contudo, “tratava-se de organizações de direito privado, criadas para grupos específicos de servidores e organizadas segundo princípios de seguro social, ou seja, um modelo em que os benefícios dependiam das contribuições dos segurados” (BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde, 2007, p.20). Importante salientar que, antes do poder público intervir nestes “direitos previdenciários” era a própria população que organizava meios para financia-los.

Com a entrada do Governo Vargas ocorreram diversas mudanças institucionais, dentre elas a criação de novas leis de proteção aos trabalhadores e os sindicatos, ficando o Governo reconhecido por tais feitos. Ainda neste governo, as antigas CAPS foram substituídas pelos IAP- Institutos de Aposentadoria e Pensões, permitindo que a saúde entrasse em um avanço crescente, o que seria intensificado posteriormente com a previsão da Constituição de 1946 com incentivos para implementação de programas visando campanhas para enfrentar os problemas de saúde vividos pela sociedade na época.

Com promulgação de um nova Constituição de 1946, o País inicia um período de 19 anos de experiência democrática. A saúde pública, ainda que herdeira dos aparatos estatais construídos nos 15 anos do primeiro governo Vargas, teve sua estrutura centralizada com múltiplos programas e serviços verticalizados para implementar campanhas e ações sanitárias, assim como sua burocracia foi confrontada com novos contextos e contornos políticos e sociais que caracterizaram o Brasil até 1964. [...]

A dinâmica política da sociedade brasileira começava, desde meados da década de 1950, a permitir a compreensão das proposições de mudanças nas políticas da saúde, promovida pelos “desenvolvimentistas” que defendiam a ideia da saúde como questão de superestrutura, isto é, não como causa do desenvolvimento econômico e social, mas uma consequência dele (BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde, 2007, p.22-23).

Após esse período de avanços o Brasil entrou no período da ditadura militar que durou de 1964 a 1984 e, em consequência desse novo governo o país passou

por uma espécie de “mercantilização da saúde” deixando de ser uma preocupação dos gestores em primeiro plano e, desta forma, “tornou-se uma máquina ineficiente e conservadora, cuja atuação restringia-se a campanhas de baixa eficácia. A carência de recursos – que não chegavam a 2% do PIB – colaborava com o quadro de penúria e decadência, com graves consequências para a saúde da população” (BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde, 2007, p.24).

Durante o período militar houve uma crescente taxa de mortalidade, bem com um aumento demasiado na pobreza o que, conseqüentemente, contribuiu ainda mais para a decadência da saúde pública que o país enfrentava.

Após a primeira metade do período da ditadura já sob o comando do Governo Geisel, o Brasil passou a adotar medidas sanitárias para controlar a crise na saúde, contudo, ainda assim haviam fortes controles governamentais nas ações dessas medidas, porém, já era considerado um grande avanço no restabelecimento da saúde naquele momento crítico em que o país atravessava.

Atuando sob forte pressão do regime autoritário, o movimento sanitário caracterizou-se, gradualmente, como uma força política construída a partir da articulação de uma série de propostas contestatórias ao regime. Nesses primeiros anos do movimento sanitário, a ocupação dos espaços institucionais caracterizou-se pela busca do exercício e da operacionalização de diretrizes transformadoras do sistema de saúde (BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde, 2007, p.28).

Com o advento da Nova República em 1984, o período da ditadura militar chega ao fim e os movimentos sanitários ganham forças e se espalham por todo país dando início à uma nova era de valorização da saúde pública²⁹.

Em 1986, dois anos antes da entrada em vigor na Constituição Federal de 1988, em Brasília, ocorreu a 8ª Conferência Nacional de Saúde onde se discutiu a necessidade iminente do país por uma reestruturação da saúde com maior atuação do poder público na proteção de sua garantia e, foi justamente nessa conferência que

²⁹ Com expressão dessa nova realidade, destaca-se a convocação, em 1986, da 8ª Conferência Nacional de Saúde, cujo presidente foi Sérgio Arouca, então presidente da Fundação Oswaldo Cruz. Este evento é considerado o momento mais significativo do processo de construção de uma plataforma e de estratégias do “movimento pela democratização da saúde em toda sua história” (BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde, 2007, p.30).

ocorreu aprovação da criação do Sistema Único de Saúde³⁰ que vigora até os dias atuais (BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde, 2007, p.31).

Por fim, em 1988 com a atual Constituição Federal já em vigor, a saúde passou a ser interpretada pelo poder público como um dever do Estado sendo um direito fundamental universal pautado pela igualdade e manutenção da dignidade humana.

3.1.1. Direito fundamental à saúde pública na Constituição Federal de 1988

No Brasil, o direito à saúde somente foi reconhecido como um direito fundamental com o advento da Constituição Federal de 1988³¹ sendo a primeira carta magna a prever a saúde como um direito fundamental social do ser humano³². Antes de entrar em vigor o direito à saúde, além de ser visto como um instituto previdenciário era encarado pela sociedade como um gesto de caridade, ou seja, dependia de ações individuais de populares e organizações assistenciais³³.

³⁰ Enquanto se aprofundavam as discussões sobre o financiamento e a operacionalização para a constituição do Sistema Único de Saúde, em julho de 1987, criou-se o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (Suds), que tinha também como princípios básicos: a universalização, a equidade, a descentralização, a regionalização, a hierarquização e a participação comunitária (BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde, 2007, p.31).

³¹ Em 1988, concluiu-se o processo constituinte e foi promulgada a oitava Constituição do Brasil. A chamada “Constituição Cidadã” foi um marco fundamental na redefinição das prioridades da política do Estado na área da saúde pública. A Constituição Federal de 1988 define o conceito de saúde, incorporando novas dimensões. Para se ter saúde, é preciso ter acesso a um conjunto de fatores, como alimentação, moradia, emprego, lazer, educação etc (BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde 2007, p.34).

³² Segundo Alexandre de Moraes, “No duplo intuito de garantir maior eficiência na saúde pública e no combate à endemias e na fiscalização na contratação de pessoal, inicialmente a EC nº 51/06 e, posteriormente, a EC nº63, de 4 de fevereiro de 2010, estabeleceram a possibilidade de admissão de agentes comunitários de saúde e agentes de combate a endemias com regime jurídico específico e piso salarial profissional nacional a serem estabelecidos por lei federal, que, ainda, disporá sobre diretrizes para os planos de carreira e a regulamentação de suas atividades, bem como a estipulação do processo seletivo, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação. A EC nº63/10 estipula, ainda, que compete à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial (MORAES, 2018, p. 1.245/1.246).

³³ Segundo José Afonso da Silva “Cremos que foi a Constituição italiana a primeira a reconhecer a saúde com fundamental direito do indivíduo e interesse da coletividade (art.32). Depois, a Constituição portuguesa lhe deu uma formulação universal mais precisa (arts. 93-100). O importante é que essas quatro constituições o relacionam com a seguridade social. A evolução conduziu à concepção da nossa Constituição de 1988 que declara ser *a saúde 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, serviços e ações que são de relevância pública* (arts. 196 e 197). A Constituição o submete a conceito de seguridade social, cujas ações e meios se destinam, também, a assegurá-lo e torna-lo eficaz” (SILVA, 2014, p. 312).

O tema não era de todo estranho ao nosso Direito Constitucional anterior, que dava competência à União para *legislar sobre defesa e proteção da saúde*, mas isso tinha sentido de organização administrativa de combate às endemias e epidemias. Agora é diferente, trata-se de um direito do homem (SILVA, 2014, p.312).

Neste sentido, Flávia Carneiro Tommasiello dispõe o seguinte:

O direito à saúde, no Brasil somente foi elevado à condição de direito fundamental com a Constituição de 1988. É a primeira Carta brasileira a consagrar o direito fundamental à saúde. As constituições anteriores não tratavam da saúde em sua forma universal. Sendo assim, demandas que versam sobre a efetivação das prestações no âmbito da saúde devem ser resolvidas por meio da análise do contexto constitucional atual e seus traços (TOMMASIELLO, 2019, p.39).

A Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 6º, *caput*, que os direitos fundamentais sociais dentre os quais está inserido o direito a saúde, “são direitos sociais a educação, **a saúde**, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Segundo José Celso Cardoso Jr. e Luciana Jaccoud a Constituição Federal de 1988 trouxe diversos avanços envolvendo responsabilidade do poder público em relação aos direitos sociais.

Entre os avanços da Constituição de 1988 na determinação da responsabilidade estatal em função da necessidade de proteção social dos cidadãos, pode-se destacar: **i) a instituição da Seguridade Social como sistema básico de proteção social, articulando e integrando as políticas de seguro social, assistência social e saúde; ii) o reconhecimento da obrigação do Estado em prestar de forma universal, pública e gratuita, atendimento na área de saúde em todos os níveis de complexidade; para tanto, o texto constitucional prevê a instituição do Sistema Único de Saúde (SUS), sob gestão descentralizada e participativa; iii) o reconhecimento da assistência social como política pública, garantindo direito de acesso a serviços por parte de populações necessitadas, e direito a uma renda de solidariedade por parte de idosos e portadores de deficiência em situação de extrema pobreza; iv) o reconhecimento do direito à aposentadoria não integralmente contributiva (ou seja, parcialmente ancorada em uma transferência de solidariedade) dos trabalhadores rurais em regime de economia familiar; e v) o reconhecimento do seguro-desemprego como direito social do trabalhador a uma provisão temporária de renda em situação**

de perda circunstancial de emprego (CARDOSO Jr; JACCOUD, 2005, p. 182, grifo nosso).

Além de previsto expressamente no rol dos direitos fundamentais sociais, a Carta Magna traz uma Seção II “Da Saúde” inserida no capítulo II “Da Seguridade Social” do Título VIII “Da Ordem Social” tratando exclusivamente da saúde nos artigos 196 e 200 da CF, referindo-se a esse direito como “direito de todos e dever do Estado” (BRASIL, 1988), portanto, indiscutível ser um dever de prestação efetiva da saúde com qualidade por meio de ações prestacionais que atendam de forma satisfatória a todos os indivíduos sem distinção entre si respeitando a universalidade.

O artigo 196 da Constituição Federal refere-se à saúde como um direito de acesso universal e igualitário, ou seja, não há que se falar na prática da análise de dimensão econômica pessoal da pessoa ou qualquer outro meio (raça, sexo, cor, nível econômico, etc.) que objetive individualizar o ser humano no intuito de prestar ou não o direito, pois se trata de um direito previsto para todos indistintamente.

Fala-se em universalidade porque o serviço público de saúde abrange a todos indistintamente. Isto porque, com o advento a Constituição de 1988, brasileiros e estrangeiros passaram a usufruir do sistema de saúde pública independentemente do pagamento de taxas, o que demonstra que serviço, além de universal, é também gratuito. [...] Concorrem para tal entendimento as seguintes razões, esposadas por Ingo Wolfgang Sarlet: (i) o art. 196, da CF afirma que a saúde é direito de todos, excepcionando, pois a regra geral contida no caput do art. 5º; (ii) ainda que assim não fosse, a relação direta existente entre o direito à vida e o direito à integralidade física e corporal leva à conclusão a saúde é um direito de todos e de qualquer um, brasileiro ou não; (iii) ademais, considera-se que o próprio Texto Maior estabelece em seu art. 4º, II, que nas relações internacionais o Brasil rege-se-á pelo princípio da prevalência dos direitos humanos/ e (iv) finalmente, destaque-se a internalização, com status de norma constitucional, dos tratados internacionais que se referem ao direito à saúde, em virtude do disposto no art. 5º, §2º, da Lei Magna (ZOCKUN, 2009, p.72).

Além dos dispositivos constitucionais já apresentados, o artigo 227, *caput* da CF prevê como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e adolescente, dentre outros, o direito à saúde. Desta forma, fica evidenciado que a Constituição Federal de 1988 não mediu esforços para demonstrar em diversos momentos do seu texto legal a importância do direito à saúde, bem como o dever do Estado na sua prestação.

Desta forma, a constituição teve o cuidado de mencionar a saúde em tantos dispositivos não para que ficassem apenas na letra da lei, mas para serem observados e garantidos ao seu povo de forma justa e igualitária. Dispõe Celso Bandeira de Mello o seguinte:

A constituição não é um simples ideário. Não é apenas uma expressão de anseios, de aspirações, de propósitos. É a transformação de um ideário, é a conversão de anseios e aspirações em regras impositivas. Em comandos. Em preceitos obrigatórios para todos: órgãos do Poder e cidadãos. [...] Assim, quando dispõe sobre a realização da Justiça Social – mesmo nas regras chamadas programáticas – está, na verdade, imperativamente, constituindo o Estado Brasileiro no indeclinável dever jurídico de realiza-lo (MELLO, 2009, p. 11-12).

No que se refere ao conceito de saúde³⁴ este está envolvido diretamente com a proteção da vida do ser humano (fonte primária de todos os outros bens jurídicos) sendo dever do Estado sua proteção acima de tudo, pois, uma vez garantido a vida, todos os demais direitos serão passíveis de proteção e efetivação. Segundo Silva (2005, p. 198) “de nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, senão erigisse a vida humana num desses direitos”.

É certo que sem o direito à saúde fica vulnerado o próprio direito à vida. É por isso que não há dúvida alguma de que a saúde seja um direito fundamental. Aliás, como ensina Ingo Wolfgang Sarlet, um direito “fundamentalíssimo, tão fundamental que mesmo em países nos quais não está previsto expressamente na Constituição chegou a haver um reconhecimento da saúde como direito fundamental não escrito” (ZOCKUN, 2009, p. 62).

Para o doutrinador Alexandre de Moraes,

A saúde é o direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário a ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (CF, art.196),

³⁴ A Organização Mundial de Saúde (OMS) define saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades”. Direito social, inerente à condição de cidadania, que deve ser assegurado sem distinção de raça, de religião, ideologia política ou condição socioeconômica, a saúde é assim apresentada como um valor coletivo, um bem de todos. Disponível em: <
https://www.almg.gov.br/export/sites/default/acompanhe/eventos/hotsites/2016/encontro_internacional_saude/documentos/textos_referencia/00_palavra_dos_organizadores.pdf>. Acesso em 25 set. 2019

sendo de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou por meio de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (CF, art. 197) (MORAES, 2018, p.1.144).

Ainda, complementa José Afonso da Silva sobre a saúde o seguinte:

A saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução de risco de doença e de outros agravos. O direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperam (SILVA, 2014, p. 844).

O artigo 198 da constituição traz as diretrizes e preceitos constitucionais envolvendo a saúde sendo de extrema importância que sejam seguidas para que se tenha uma eficiente prestação do direito pelo poder público e, assim, seja garantido de forma plena para que seu objetivo principal seja alcançado, qual seja, a manutenção da vida humana com maior respeito e qualidade no atendimento.

O direito à saúde é considerado uma das três dimensões da Seguridade Social³⁵, sendo elas - saúde, previdência social e assistência social. Além do Governo federal, cabe aos estados e municípios o dever de atuação na concretização da saúde pública na medida em que todos devem trabalhar de forma solidária, ou seja, a omissão de um não excluirá a responsabilidade dos demais.

Contudo, é sabido que “um dos maiores problemas que envolvem os direitos fundamentais na atualidade está menos relacionado com a identificação ou previsão dos direitos a serem protegidos e mais com sua efetiva concretização” (REMÉDIO J.; REMÉDIO D., 2012. p.55).

A saúde pública como um direito fundamental social prestacional objetiva proporcionar ao indivíduo uma melhor qualidade de vida com o mínimo existencial respeitado, pois seu núcleo essencial é propriamente o direito à vida, portanto, segundo Zockun:

[...] é justamente quanto a este núcleo mínimo que não cabe qualquer discussão. O Estado tem o dever de implementar o direito

³⁵ Art. 194, caput: A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (BRASIL, 1988).

constitucionalmente garantido ao cidadão, para que ele possa viver com dignidade. É isto que preconiza e obriga a Constituição Federal, sendo que a omissão em efetivar o direito pleiteado pode dar ensejo à responsabilidade civil, criminal e administrativa do agente causador do dano (ZOCKUN, 2009, p.56).

Neste contexto, a saúde no Brasil apesar de estar expressamente prevista na Constituição Federal inclusive contendo diretrizes a serem seguidas, ainda enfrenta problemas na sua implementação. Isso se dá porque esse direito está previsto por uma norma de eficácia limitada, portanto depende de uma ação positiva do poder público para ser concretizada (por exemplo, a criação de políticas públicas).

Ocorre que, como veremos no decorrer do trabalho, apesar de já existirem diversos projetos criados pelo Estado como o Sistema Único de Saúde –SUS, o direito fundamental à saúde pública mesmo sendo um dever do Estado e direito subjetivo do cidadão ainda não se encontra disponibilizado com a qualidade que deveria (por trata-se aqui de proteção do direito à vida) carecendo em muitas vezes que a sociedade busque a garantia desse direito por outros meios, como é o caso da ingerência judicial ou planos médicos particulares, o que não é razoável para uma sociedade que paga diariamente seus impostos para ter seus direitos garantidos.

3.1.2. Políticas públicas de implementação da saúde pública

Nos últimos anos a sociedade vem enfrentando barreiras em relação à busca por uma saúde pública justa e igualitária no Brasil, sendo cada vez mais difícil a sua concretização ante uma instável situação governamental que se dá, principalmente, pela justificativa da falta de recursos suficientes para investimentos, bem como pela ineficiência de planos de governo pré-estabelecidos voltados para essa questão.

Não há, pois, como se afastar a dignidade e a vida sob a alegação de insuficiências financeiras ou ausência de previsões orçamentárias. Tamanha deve ser a significação da saúde na conjuntura idealizada pelo artigo 196 da Constituição Federal, que todos os demais direitos perdem sua essência quando a própria vida encontra-se ameaçada. Não se está a defender a sobreposição irrestrita e absoluta de um direito fundamental sobre o outro, como se de forma simplista

existissem degraus de hierarquia entre os direitos fundamentais, mas seguramente se está a concluir que dentro da contextualização que se propõe proteger – vida – dignidade – saúde – esta não poderá, em nenhuma hipótese, sucumbir preceitos de ordem menos significativas para a existência humana, tais como o respeito ao orçamento público e eventuais (momentâneas) inexistências de suporte financeiro (RIBAS, 2011, p. 53-54).

Por ser um direito social prestacional, a saúde pública necessita de uma ação positiva do Estado para que seja assegurada sua efetivação, contudo, para que isso ocorra resta indispensável investimentos orçamentários destinados a esse fim considerando que “a busca pela efetivação dos direitos sociais se dará, precipuamente, pela realização das políticas públicas” (KIM, 2011, p. 536).

Como ocorre com os direitos sociais em geral, o direito à saúde comporta *duas vertentes*, conforme anotam Gomes Canotilho e Vital Moreira: “uma, de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenha de qualquer acto que prejudique à saúde; outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção das doenças e o tratamento delas. Como se viu do enunciado do ar. 196 e se confirmará com a leitura dos arts. 198 a 200, trata-se de um direito positivo **“que exige prestações de Estado e que impõe aos entes públicos a realização de determinadas tarefas [...], de cujo cumprimento depende a própria realização do direito”** (SILVA, 2014, p. 312, grifo nosso).

Dentre os diversos meios que podem ser utilizados para a implementação da saúde pública ficam em evidência as políticas públicas sociais que são atualmente o meio mais utilizado pelo poder público para atender as necessidades da população, bem como garantir uma melhor qualidade de vida no que tange à manutenção da saúde.

Passamos a analisar a definição de políticas públicas, e, a partir de então, aprofundarmos na importância desse instituto para os direitos fundamentais sociais prestacionais. Segundo Gustavo Amaral:

Política Pública é o conjunto de medidas e procedimentos estatais, diretas ou indiretas, que buscam atingir uma meta ideal. Neste sentido, o dever do Estado é o de desenvolver mecanismos gerais de atendimento e o direito do indivíduo é ao cumprimento dessas políticas, nos limites em que estabelecidas. Como bem observa Ricardo Lobo Torres, embora tratando das prestações positivas não

contidas no mínimo existencial, “a pretensão do cidadão é à política pública, e não à adjudicação individual de bens públicos” (AMARAL, 2013, p.112).

Claudia Aparecida Colla Taques Ribas menciona em sua dissertação de mestrado a importância que as políticas públicas possuem na área da saúde, vejamos:

Na Compreensão modernamente exarada pelo Supremo Tribunal Federal, a saúde se expressa como um bem jurídico constitucionalmente tutelado que deve, de maneira responsável, ser velado pelo Poder Público, a quem incumbe garantir políticas públicas idôneas que assegurem a todos o seu acesso universal e igualitário. Esta conclusão advém da premissa maior em questão, a preservação da vida humana, da qual o direito à saúde é considerado consequência indissociável (RIBAS, 2011, p. 34).

A Constituição Federal de 1988, como já mencionado em tópicos anteriores do presente trabalho, trouxe inúmeras previsões relacionadas à saúde pública, inclusive as diretrizes que devem ser seguidas para sua implementação. Contudo, tais direcionamentos não foram suficientes para serem autoaplicáveis, o que se faz necessário a existência de regulamentos/leis infraconstitucionais que visem o fornecimento de medicamentos, tratamentos médicos, funcionamento de centro especializados de atendimento, hospitais, dentre outras necessidades.

Desta maneira, tem o Estado o dever de atuar de forma que alcance todas as medidas necessárias para a garantia de uma saúde com qualidade evitando dificuldades no acesso e estimulando a prevenção na manutenção de uma vida saudável.

No que tange os direitos fundamentais, sejam eles de qualquer natureza (individuais, coletivos ou sociais) em decorrência de sua importância na vida humana, o Estado deve se ater ao dever de cumprimento do mínimo existencial com um desenvolvimento sadio, de forma que estará, conseqüentemente, resguardando a dignidade da pessoa humana (princípio fundamental da Constituição Federal). Paulo Bonavides, em sua obra *Do Estado Liberal ao Estado Social*, traduz essa importância de forma brilhante:

Instalado um pleito com sede nos artigos da Lei Maior, pleito em que se questionem as disponibilidades e a capacidade do Estado de ministrar prestações de ordem material com que concretizar direitos sociais, não pode a autoridade judicante, tanto quanto a executiva ou

legislativa, exonerar-se – debaixo daquele pretexto e alegativa – da obrigação constitucional de fazer valer a observância das regras e princípios de proteção a semelhantes direitos estampados na Lei Suprema. Todavia, diante de eventual e flagrante limitação ou carência de recursos, a manutenção dos comandos normativos da Constituição recomenda o tratamento da controvérsia pelos órgãos do poder estatal da esfera respectiva dos três ramos da soberania o emprego do princípio da proporcionalidade. Por obra deste, mediante ponderação de interesses e exame de elementos de necessidade e adequação, recresce a margem de possibilidade de lograr-se uma solução jurídica compatível com os ditames do Estatuto Fundamental que governa o ordenamento jurídico. Em hipótese alguma admitir-se-á, todavia, o sacrifício, desprezo e a destruição da medula normativa de nível constitucional que compõe a estrutura daqueles direitos. Não podem, enfim, ser varridas da Constituição garantias que selam o pacto social extraído de vontade constituinte inviolável, cujo abrigo é precisamente o §4º do art. 60 da Constituição da República. Tal aconteceria com a matéria dos direitos sociais que ali cabem caso a jurisprudência dos tribunais não faça prevalecer o segundo entendimento da expressão “direitos e garantias individuais”, qual o expulsemos, em termo que se nos afiguram os da melhor doutrina possível de construir-se, por via hermenêutica, acerca de tema tão relevante e crucial. De tal sorte que, preservada a sua intangibilidade constitucional, a garantia social se concretize prioritariamente na escala das disponibilidades materiais da prestação estatal. Não servem os limites desta, portanto, de argumento com que excluir os direitos sociais da proteção que lhes confere sobredita intangibilidade (BONAVIDES, 2004, p. 645).

Por certo, caso o Estado seja inerte ao cumprimento de sua obrigação constitucional na disponibilização de uma saúde pública digna, haverá, sem dúvidas, prejudicado a proteção da vida, do mínimo existencial, da igualdade, dentre tantos outros institutos essenciais para a preservação de uma sociedade digna. Ademais, esse cumprimento de obrigação Estatal deve ainda ser interpretado como um “compromisso moral” agindo de forma incansável na busca de políticas públicas que confortem a vida do ser humano com o mínimo necessário e, para tanto, a saúde se faz imprescindível.

Ao ser apontado como direito do cidadão, a consequência lógica seria a geração de obrigação para o estado e isso não acontece, uma vez que o dever não reflete uma imposição para o estado, mas um grau de realização em conformidade com as possibilidades, a qual se convencionou chamar de compromisso moral do estado em desenvolver políticas públicas que atendam aos anseios das comunidades. Por outro lado, a obrigatoriedade estatal logo resultaria na imposição de realização de políticas públicas que pudessem fazer

frente às necessidades para a preservação da saúde e o tratamento das pessoas enfermas. É certo que a Constituição Federal de 1988 trata a saúde como um dever do estado, mas não pode faltar sua face como direito idôneo a satisfazer às exigências constitucionais (KIM; MENOZZI, 2011, p. 5-6).

Ao mencionarmos sobre cuidados com a saúde humana nos referimos diretamente ao bem mais precioso do ser humano, a vida. Deste modo, resta irrefutável entender a importância de uma prestação estatal integral, bem como respeitosa a todos os indivíduos sendo o mínimo que o Estado pode oferecer para seu povo que através do árduo trabalho contribui com impostos aos cofres públicos por toda vida e, assim, nada mais “justo” que receberem atendimento digno quando necessitarem, ou seja, sem hospitais superlotados, doentes terminais abandonados à própria sorte, tratamentos essenciais para manutenção da vida interrompidos por falta de medicamentos, de diagnósticos médicos, leitos de internações e etc.

Infelizmente isso vem ocorrendo de forma corriqueira no Brasil, pois, mesmo com tantas demandas judiciais e condenações o poder público continua a agir de forma irresponsável tornando a questão insustentável com a escassez ou até mesmo inexistência de políticas públicas imprescindíveis na área da saúde.

3.2. Sistema Único de Saúde – SUS (Lei 8.080/90) e o Princípio da Universalidade

A Constituição Federal de 1988 implementou o Sistema Único de Saúde – SUS considerado um grande passo do país na proteção e preservação da qualidade de vida de sua população. O SUS foi implementado com objetivo de ser utilizado pelo poder público a fim de cumprir o seu dever constitucional na prestação de uma saúde pública universal.

Pela universalidade de atendimento temos uma preocupação legislativa voltada especialmente às pessoas alcançadas. O ideal é que todas as pessoas, em todas as regiões do país, sem discriminação, estejam protegidas contra todos os riscos sociais. A universalidade de atendimento garante a saúde sem contrapartida contributiva do cidadão. Com isso, é certo que o Sistema Único de Saúde (SUS) deve prestar todo atendimento necessário ao indivíduo, seja ele contributivo ou não (RIBAS, 2011, p. 49).

No que concerne ser um direito universal³⁶ essa afirmação pode ser extraída da própria Constituição Federal de 1988 quando está se refere à saúde como “direitos de todos e dever do Estado”. Com a implementação do SUS a intenção do cumprimento da obrigação Estatal na prestação de um direito fundamental a todos os indivíduos sem qualquer discriminação entre eles. Neste sentido, o artigo 196 da CF deixa em evidência a característica da universalidade na prestação da saúde pública.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988).

A presença da universalidade no Sistema Único de Saúde proporciona a todos um atendimento digno nas redes públicas atingindo indiscriminadamente todos os indivíduos que necessitem desse direito. Ante a importância que esse princípio possui na garantia desse direito fundamental considerado por diversos doutrinadores como um princípio organizacional.

As ações e serviços público de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o SUS são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no artigo 198 da Constituição Federal de 1988, obedecendo ainda a princípios organizativos e doutrinários, tais como: **-Universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência**; Integralidade de assistência, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; -Equidade; -Descentralização político-administrativa com direção única em cada esfera de governo; -Conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios na prestação de serviços de Assistência à Saúde da população; - Participação da comunidade; e -Regionalização e hierarquização (BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde, 2007, p.35-36, grifo nosso).

³⁶ O princípio da universalidade integra o núcleo essencial do regime jurídico do serviço público. Tal instituto traduz-se em prestações materiais, titularizadas pelo Estado e prestadas por ele ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime publicista. Mediante tais prestações, o Estado cumpre seu dever de realização dos direitos fundamentais sociais, plasmados na Carta Constitucional de 1988. Direcionado a tal desiderato, o princípio da universalidade assegura a todas as pessoas o acesso às prestações decorrentes dos serviços públicos, sendo dever inescusável do Estado permitir, a toda a população, o acesso às comodidades materiais decorrentes de tais prestações. Tal princípio traduz, assim, o dever de universalizar o acesso aos direitos fundamentais sociais concretizados mediante os serviços públicos prestados, manifestando-se como condição de realização dos objetivos fundamentais previstos no texto constitucional (SCHIER, 2017).

Ainda, de acordo com a obra do Programa de Informação e Apoio Técnico às Equipes Gestoras Estaduais do SUS – Sistema Único de Saúde têm-se que:

O Sistema Único de Saúde (SUS) é constituído pelo conjunto das ações e de serviços de saúde sob gestão pública. Está organizado em redes regionalizadas e hierarquizadas e atua em todo território nacional, com direção única em cada esfera de governo. O SUS não é, porém, uma estrutura que atua isolada na promoção dos direitos básicos de cidadania. Insere-se no contexto das políticas públicas de seguridade social, que abrangem, além da Saúde, a Previdência e a Assembleia Social (BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde, 2007, p.33).

No que se refere à orçamentos o SUS, concentra todas as ações e serviços de saúde financiado pelos poderes federais, estaduais, distritais (DF) e municipais. Neste sentido, segundo José Afonso da Silva:

O sistema único de saúde, integrado de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, constitui o meio pelo qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde que tem no polo ativo qualquer pessoa e a comunidade, já que o direito à promoção e à proteção da saúde é também um direito coletivo. O sistema único de saúde implica ações e serviços federais, estaduais, distritais (DF) e municipais, regendo-se pelos princípios da descentralização, com direção única em cada esfera de governo, do atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, e da participação da comunidade, que confirma seu caráter de direito social pessoal, de um lado, e de direito social coletivo, de outro (SILVA, 2014, p.844).

O orçamento público destinado à manutenção do SUS advém da seguridade social, bem como de outras fontes previamente destinadas para esse fim. Esses orçamentos podem partir da União, Estados, Distrito Federal ou até mesmo Municípios o que é resguardado pela EC. 29/200³⁷ que prevê a forma e limites que essas destinações orçamentárias devem respeitar.

A saúde está integrada na Seguridade Social vinculada ao Ministério da Saúde e sua atuação é organizada pelo Sistema Único de Saúde que, além de previsto na Constituição Federal de 1988, também foi regulamentado pela Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990 dispendo sobre “as condições para a promoção, proteção e

³⁷ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm >

recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes” (BRASIL, 1990), objetivando proporcionar a todos o atendimento necessário para proteção da saúde humana o que é amplamente resguardado por leis constitucionais, infraconstitucionais, bem como pelo Plano Nacional de Saúde³⁸.

A lei 8080/90 prevê diversas atribuições ao SUS em seu texto legal, e, neste sentido, Alexandre de Moraes cita em sua obra Direito Constitucional algumas dessas atribuições previstas no art. 200 da CF³⁹ demonstrando de forma impar o sucesso desse instituto na teoria, vez que sua criação é considerada, por diversos doutrinadores, como um dos melhores planos de governo do mundo no que tange à saúde pública.

Ao Sistema Único de Saúde, além de outras atribuições, nos termos da lei, compete:

Controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; ordenar a formação de recursos humanos na área da saúde; participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho (MORAES, 2018, p. 1.145).

³⁸Plano Nacional de Saúde disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/plano_nacional_saude_2016_2019_30032015_final.pdf

³⁹ Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

- I - Controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
- II - Executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
- III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
- IV - Participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
- V - Incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação;
- VI - Fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
- VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
- VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho (BRASIL, 1988).

A lei 8.080/90 prevê em seu art. 9º como deve funcionar a direção do SUS, devendo ser única como determina a própria Constituição Federal em seu art. 198⁴⁰, assim demonstrando a corresponsabilidade de exercício sob o SUS das diferentes esferas do governo (federal, Estadual, distrital e municipal).

Art. 9º A direção do Sistema Único de Saúde (SUS) é única, de acordo com o inciso I do art. 198 da Constituição Federal, sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos:

I - no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde;

II- no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; e

III- no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente (BRASIL, 1990).

Diante tantas particularidades trazidas pela Constituição e, posteriormente, pela Lei 8.080/90 resta inequívoco que o poder público desde o início da criação do SUS idealizou um sistema que funcionasse de forma voltado ao coletivo com atendimentos voltados à saúde na garantia de uma melhor qualidade de vida do seu povo, bem como uma atuação preventivamente a fim de evitar futuras doenças.

Assim, se faz necessário que o poder público busque todos os meios necessários para garantir de forma eficaz o direito à saúde que como já frisado inúmeras vezes neste trabalho, trata-se de um direito fundamental social prestacional universal que depende exclusivamente de ações e investimentos públicos para ser efetivado.

⁴⁰ Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

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

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

III - participação da comunidade.

§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento);

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

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º (BRASIL, 1988).

O Sistema Único de Saúde além de estar diretamente integrado nas redes públicas através de hospitais e postos de saúde criados e mantidos pelo poder público pode ainda ser prestado por redes hospitalares particulares conveniadas com o Estado em caráter complementar, contudo, para que essa relação seja possível, necessário se faz a existência de convênios entre público e particular que irão disponibilizar repasses para arcar com os gastos das redes particulares que forem destinados aos pacientes do SUS.

Apesar de todos esses meios previstos para disponibilização da saúde, o que se vê na prática é um verdadeiro ato de irresponsabilidade do governo, deixando aquele que necessita de intervenção para manutenção/ restabelecimento da saúde a mercê da “boa vontade” do gestor público em disponibilizar tais atendimentos, o que muitas vezes não acontece da melhor forma. É justamente nesse impasse que o Princípio da Proibição do Retrocesso deve ser respeitado, pois, quando o Estado já implementa um direito por meio de políticas públicas cabe a este sempre buscar melhorar a sua qualidade e não o contrário, como é possível identificar em muitos casos na prática como por exemplo, na falta de fornecimento de medicamentos previstos na lista do SUS, falta de contratação de médicos e demais funcionários indispensáveis na manutenção da saúde e etc.

O princípio da proibição do retrocesso, portanto, impede que, a pretexto de superar dificuldades econômicas, o Estado possa, sem uma contrapartida adequada, revogar ou anular o núcleo essencial dos direitos conquistados pelo povo. É que ele corresponde ao mínimo existencial, ou seja, ao conjunto de bens materiais e imateriais sem o qual não é possível viver com dignidade (LEWANDOWSKI, 2018, p.3).

O referido autor complementa ainda que:

Em lição muito oportuna, considerada a quadra pela qual passamos, o jurista português Gomes Canotilho pontua que a "proibição do retrocesso nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas [...], mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos", sob pena de afronta aos postulados da legítima confiança e da segurança dos cidadãos. Isso porque "o núcleo essencial dos direitos já realizado e efetivado através de medidas legislativas [...] deve considerar-se constitucionalmente garantido", sendo inconstitucional a sua supressão, "sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios".

O princípio da proibição do retrocesso, portanto, impede que, a pretexto de superar dificuldades econômicas, o Estado possa, sem uma contrapartida adequada, revogar ou anular o núcleo essencial dos direitos conquistados pelo povo. É que ele corresponde ao mínimo existencial, ou seja, ao conjunto de bens materiais e imateriais sem o qual não é possível viver com dignidade (LEWANDOWSKI, 2018, p.3).

Por fim, o Sistema Único de Saúde se for garantido seguindo os moldes apresentados nas leis positivadas no nosso ordenamento jurídico não restam dúvidas ser um sistema que possui todas as previsões necessárias para se ter resultados excelentes na preservação e proteção da vida humana. Contudo, o Brasil ainda caminha a passos lentos nesse quesito e vários são os motivos, como má gestão orçamentária, falta de interesse político, mudança de chefes de governos que possuem interesses diversos dos da gestão anterior, ausência de políticas públicas, ausência de orçamentos e etc. É justamente quando essas justificativas são utilizadas como forma de mascarar uma má gestão pública, que a população, não vendo outra alternativa, busca pelo poder judiciário para tentar assegurar seu direito por meio de uma decisão judicial.

3.3. A má gestão de orçamentos públicos e seus reflexos na efetivação do direito fundamental à saúde

Inicialmente, antes de adentrarmos no tema em questão, vale mencionar a importância da boa administração pública⁴¹, devendo ser cumprida com eficiência conforme artigo 37 da Constituição Federal e, assim, conseqüentemente, efetivando direitos os fundamentais sociais prestacionais que dependem exclusivamente do Estado.

Os direitos fundamentais, em especial quando apresentam natureza prestacional, reclamam de forma mais emblemática a atuação do

⁴¹ A preocupação com a estruturação de um bom governo insere-se na tradição política ocidental desde a filosofia clássica. Platão pensa em “A República” uma polis idealizada, sob a condução do rei-filósofo como a melhor forma de organização do Estado e de um bom governo; Aristóteles em “A Política” classifica as formas de organização do Estado de acordo com o critério numérico dos detentores do poder e em boas ou más constituições de acordo com o atendimento dado ao bem comum ou à sobreposição da vontade dos que governam sobre os interesses da polis. Por sua vez, as revoluções burguesas procuraram conter o poder do Estado, de molde a resguardar as liberdades e interesses privados do indivíduo. Um dos maiores representantes dessa época, que guarda ligação com o objeto aqui analisado é Rousseau, que ao inverter a lógica da soberania presente no antigo regime, deslocando-a do príncipe para o povo, funda seu conceito de república como a forma de Estado em que todos devem agir em acordo com as leis promulgadas pela vontade geral (CARVALHO, 2013, p. 26-27).

Estado, sobretudo mediante o exercício da função administrativa, na formulação e execução de políticas públicas. Exatamente nesse ponto é que se perquire como deve ser essa atuação. Se tais políticas subentendem a participação do Legislador, mais ainda pressupõem a atuação estatal por via do Executivo e do funcionamento de suas estruturas administrativas (CARVALHO, 2013, p. 15).

A Boa administração pública⁴² é também um direito de cidadania e respeito a pessoa humana tendo como dever a garantia de uma gestão respeitosa ao seu povo, agindo de forma legal dentro dos parâmetros previamente previstos, porém, sempre voltado à qualidade de vida do ser humano com dignidade e isonomia.

Neste sentido, Valter Alves Carvalho em seu trabalho de dissertação de mestrado adverte o seguinte:

É preciso observar que é através da função administrativa que o Estado mais se aproxima dos cidadãos, com o objetivo de oferecer meios de acesso aos bens e serviços para os quais se encontra constitucionalmente vocacionado – possibilidades de gozo dos direitos fundamentais, segurança jurídica, dentre outros; ainda que na atual tendência de um papel cada vez mais somente de regulação. Nesse contexto, a boa administração pública poderia ser vista como um direito fundamental dos cidadãos, amparado pelo princípio da eficiência e pelos demais que informam a administração pública (CARVALHO, 2013, p. 17).

A partir do momento que se analisa o Estado como um ente que possui o dever de agir dentro dos parâmetros legais e éticos para com a sociedade, este passa a ser encarado como o centro sistêmico que faz, ou melhor, deveria fazer uma gestão voltada exclusivamente para a promoção e concretização de todos os direitos fundamentais sociais de seu povo, pois, dessa forma, estaria cumprindo honrosamente com suas atribuições constitucionais.

É nesse contexto que a administração pública se vincula à cidadania. Sua atuação não se esgota num papel de autorreferência; o interesse público não é posto como um trunfo perante o particular, as

⁴² Boa administração trata-se de uma ideia que se liga ao debate econômico, político e social, não só à ideia de prestação de serviços públicos. Segundo a pesquisadora francesa Rhita Bousta (2010), a boa administração é objeto de estudo da ciência da administração pública, enquanto síntese das análises multidisciplinares do fenômeno administrativo, associa-se à deontologia, compreendida como ciência dos deveres profissionais, que são por vezes juridicamente recepcionados, inclusive tendo alguns comportamentos profissionais sancionados; bem como a valores éticos e morais, assim como a uma ética no serviço público. Sua relevância jurídica reside no fato de encontrar-se no bojo da relação entre administração e “administrados”, o que permite conduzir o tema à análise jurídica (CARVALHO, 2013, p. 63).

prerrogativas do poder público devem obedecer ao contraditório e à ampla defesa, num processo democrático. No que se refere aos direitos fundamentais, essa ligação se faz mais presente, mediante a necessidade de elaboração de políticas públicas voltadas à concretização dos mandamentos constitucionais, que não devem ser pensados numa conjuntura de promessa, mas vistos a partir do contexto normativo que o Direito atual reconhece à Constituição. Por esse caminho, a atuação da Administração Pública deve pautar-se não só em critérios de atendimento à legalidade formal, mas sim buscar sua vinculação à juridicidade, noção mais ampla que a de legalidade formal, pois enriquece a noção de legalidade com a legitimidade e a moralidade (CARVALHO, 2013, p. 40).

É sabido que o poder público como agente gerenciador de recursos destinados ao cumprimento de mandamentos legais em diversas searas possui a obrigação de a partir de um plano de governo preestabelecido de acordo a necessidade real do país destinar recursos financeiros às diversas áreas que envolvem a efetivação de direitos sociais como saúde, educação, segurança, e etc., bem como fiscalizar as ações já desempenhadas.

Para que se tenha um resultado sustentável, justo e satisfatório, o governo necessita elaborar estudos, pesquisas de campo, bem como ter uma organização interna com recursos orçamentários previamente previstos (orçamento público anual) e, posteriormente, implementados nas suas ações práticas como ocorre com as políticas públicas.

As ações e serviços de saúde são de relevância pública, por isso ficam inteiramente sujeitos à *regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público*, nos termos da lei, a que cabe executá-los diretamente ou por terceiros, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. Se a Constituição atribui ao Poder Público o *controle* das ações e serviços de saúde, significa que sobre tais ações e serviços tem ele integral poder de dominação, que é o sentido do termo *controle*, mormente quando aparece ao lado da palavra *fiscalização* (SILVA, 2014, p.844).

O princípio da reserva do possível, instituto já analisado neste trabalho, foi criada com objetivo de traçar limites orçamentário a serem observados pelo Estado na destinação de recursos sendo que, quando um recurso for previsto para uma situação específica aquele montante seja respeitado até o seu limite pois assim,

estará sendo cumprida. Vale mencionar ainda que, caso seja utilizado recurso que não foi previamente previsto o agente político poderá responder por crime de responsabilidade (art. 85, inc. IV, da CF).

Ao lado da previsão do direito à saúde como direito fundamental pela Constituição, ocupando assim lugar de destaque entre os demais direitos, não se pode negar as limitações que cercam a realização do direito em alta plenitude, acusando-se também a natureza de princípio que deve alcançar o máximo de otimização com as políticas públicas bem direcionadas.[...] Na consideração de todo o ordenamento jurídico, em patamar equivalente ao do direito à vida, o direito à saúde também deve ser prestigiado para não terminar como direito escrito expressamente descumprido (KIM; MENOZZI, 2011, p.8).

Cláudia Aparecida Colla Taques Ribas, em sua dissertação de mestrado aduz que “o orçamento público é o mecanismo adequado que possibilita esta organização plena da administração pública e permite ao Estado a elaboração sistemática de seus programas-projetos de atuação efetiva prevendo, desde logo, os meios de sua execução e os mecanismos adequados de custeio” (RIBAS, 2011, p. 61-62).

Uma gestão orçamentária pública eficiente se faz necessária no tocante à efetivação dos direitos fundamentais sociais prestacionais, pois, como já mencionado em outro momento, tratam-se de direitos que necessitam de uma ação positiva Estatal para serem concretizados visto que somente a sua previsão constitucional não possui força suficiente para serem autoaplicáveis. Neste tocante, a sociedade necessita da união de esforços dos governantes para que tenha seus direitos mínimos assegurados.

É por meio da implementação de políticas públicas que o Estado irá promover a efetivação desses direitos prestacionais, em especial a saúde, vez que dessa forma é possível um atendimento universal atingindo toda sociedade, e, conseqüentemente, garantindo prestações básicas que propiciem a manutenção da dignidade humana.

E há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consignação em normas constitucionais (SILVA, 2014, p. 311).

Contudo, nem sempre as expectativas com um novo governo em relação às preocupações com a qualidade de vida de sua população se concretizam na prática,

gerando uma situação caótica aonde cidadãos em estados críticos de saúde não possuem nenhum amparo estatal com falta de hospitais, leitos, equipamentos para tratamentos, medicamentos, médicos, enfermeiros, auxiliares de enfermagem, dentre outros profissionais essenciais à manutenção do atendimento à saúde com mínima dignidade, bem como, ainda podem ocorrer o desmonte de políticas públicas já implementadas por governos anteriores.

O poder público ao agir de maneira leviana está descumprindo normas constitucionais que regulamentam e determinam o “dever” de investimentos financeiros como a Emenda Constitucional 29/2000 que prevê “disposições constitucionais transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos da saúde” (BRASIL, 2000). Na referida Emenda Constitucional aduz o art. 77 o seguinte:

Art. 77. Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde serão equivalentes:"

I – no caso da União:

a) no ano 2000, o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, cinco por cento;

b) do ano 2001 ao ano 2004, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto – PIB;

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, doze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; e

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, quinze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que apliquem percentuais inferiores aos fixados nos incisos II e III deverão elevá-los gradualmente, até o exercício financeiro de 2004, reduzida a diferença à razão de, pelo menos, um quinto por ano, sendo que, a partir de 2000, a aplicação será de pelo menos sete por cento.

§ 2º Dos recursos da União apurados nos termos deste artigo, quinze por cento, no mínimo, serão aplicados nos Municípios, segundo o critério populacional, em ações e serviços básicos de saúde, na forma da lei.

§ 3º Os recursos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinados às ações e serviços públicos de saúde e os transferidos pela União para a mesma finalidade serão aplicados por meio de Fundo de Saúde que será acompanhado e fiscalizado por Conselho de Saúde, sem prejuízo do disposto no art. 74 da Constituição Federal.

§ 4º Na ausência da lei complementar a que se refere o art. 198, § 3º, a partir do exercício financeiro de 2005, aplicar-se-á à União, aos

Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o disposto neste artigo (BRASIL, 2000).

É possível observar que o Estado possui todo aparato legal disponível para fazer valer direitos fundamentais sociais dentro de um planejamento financeiro prévio destinando valores autorizados por lei para que sejam cumpridos com dignidade. Desta forma, “administrar, em termos de saúde, é gerir recursos limitados para atender necessidades ilimitadas. As necessidades são ilimitadas porque a existência humana é limitada, assim, a luta pela saúde é, em última instância, a luta contra o inexorável” (AMARAL, 2013, p. 122).

Quando o Estado não age dentro do esperado em relação ao cumprimento de prestações de direitos fundamentais sociais que exigem uma ação para ser efetivado, não resta alternativa à população carecedora desse direito que a busca do poder judiciário para a solução da questão. Isso se dá, na maioria das vezes, em decorrência do desespero em que as pessoas se encontram quando suas vidas estão realmente em jogo. Em muitos casos, um medicamento, um exame específico poderia fazer a “diferença” para salvar uma vida e, diante essas circunstâncias a justiça seria o meio mais “célere” para determinar o cumprimento da medida necessária ante a omissão estatal.

Sobre essa intervenção do poder judiciário em relação ao cumprimento de direitos fundamentais, bem como implementação de políticas públicas, o Ministro Celso de Mello na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45 afirma o seguinte:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático (Min. Celso de Mello, ADPF N. 45).

Ainda em relação a essa questão, complementa Claudia Aparecida Colla Taques Ribas em sua dissertação de mestrado o seguinte:

Certo é que o judiciário têm se dedicado ao enfrentamento destas questões porque a atuação efetiva dos demais poderes do Estado não estão, a contento, priorizando o atendimento das disposições constitucionais, quer na alocação de recursos para a área de saúde, em quantias que efetivamente possam resguardar o direito constitucional de cada cidadão, quer na aplicação incorreta ou ineficaz de tais cursos, frustrando o desejo constitucional pela atuação insuficiente ou precária, sem respeito aos princípios da universalidade na cobertura e no atendimento populacional. Enquanto o próprio Estado não buscar alteração de seus paradigmas, sensibilizando-se no atendimento à saúde com vistas à realidade social, a intervenção do poder Judiciário se fará necessária (RIBAS, 71, 2011).

Quanto a temática envolvendo a implementação de políticas públicas como termômetro de uma boa ou má gestão Estatal, resta evidente que existem diversas normas que visam amparar, bem como direcionar o governo na captura de recursos e destinação para áreas que atendam direitos essenciais à manutenção da vida humana o que não é diferente quando se fala no direito à saúde. Desta maneira, fica evidente que por óbvio, desde que atendidos todas as normas legais que regem a temática, o poder público possui uma responsabilidade direta quanto à manutenção da qualidade de vida do seu povo, sendo para tanto, imprescindível uma atuação de gestão responsável, sustentável, ética, humana, que eleve valores de solidariedade, pois assim, sem dúvidas, todos terão acesso aos seus direitos de forma integral e satisfatória para viver com dignidade.

3.4. Dever fundamental da participação popular na gestão estatal como garantia da democracia

Com o advento da Constituição Federal de 1988 foi instalada uma nova forma de governar o país, qual seja, a democracia participativa, que nada mais é do que a participação popular direta⁴³. O povo passou a ter voz de forma ativa não somente

⁴³ No âmbito da sociedade civil organizada é que se encontra o melhor ambiente para o desenvolvimento da democracia participativa, tendo em vista seu pluralismo, que exerce papel importante no contrapeso do poder do Estado, opondo-se à força da organização estatal, servindo para resguardar a liberdade individual contra a eventual prepotência dos governantes. Aliado a isto, os movimentos, organizações e associações, servem como “captadoras” dos problemas sociais e posteriores transmissoras de tais questões à esfera pública política, institucionalizando os discursos capazes de solucionar os problemas, transformando-os em questões de interesse geral no quadro das esferas públicas (TORRES, 2018, p.76).

através do sufrágio, mas também nas decisões em prol do país fazendo valer de fato seus direitos e deveres. É sabido que o poder público possui uma liberdade de gestão de acordo com a implementação de proposta de cada governo, contudo, nos dias atuais nota-se cada vez mais a cobrança da população em ter conhecimento dos passos dados pelo governo e, caso insatisfeitos, logo estas são exteriorizadas por meio de reivindicações que podem ser expressadas de várias formas como, manifestações nas ruas, nas redes sociais, televisões, rádios e etc.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 consagra-se uma nova ordem jurídica e política no país. A década de oitenta, considerada por muitos como uma década perdida do ponto de vista da economia, trouxe no campo social um conjunto de inovações que pretendem dar ao Estado brasileiro uma feição democrática sepultando, de uma vez por todas, as mazelas do regime autoritário. Sem a menor dúvida a Constituição Federal de 1988 pode ser considerada um marco da transição democrática brasileira (ROCHA, 2011, p. 2).

Nem sempre a população possuiu abertura para se manifestar contraria a atitudes ou omissões dos governos, ficando muitas vezes inertes às suas decisões mesmo que fossem prejudiciais à efetivação de direitos já positivados. Isso se dava também em decorrência da falta de conhecimento de direitos constitucionalmente previstos embora já tivéssemos legislações avançadas, a população não participava ativamente da vida política do país o que contribuía ainda mais para o gestor público governar com total liberdade de acordo com suas vontades e em decorrência dessa liberdade, direitos fundamentais sociais eram deixados em segundo plano.

Com o passar do tempo a população se viu diante a necessidade de uma maior interação com os interesses e atos do poder público, o que começou a gerar uma curiosidade em buscar de conhecimentos sobre seus direitos e, conseqüentemente, cobrar a sua efetivação. A partir de então, o Brasil passou a enfrentar novos tempos também conhecido como “concepção contemporânea de cidadania e democracia”.

Contudo, a sociedade moderna clama por mais participação, surgindo, assim, diuturnamente, novas formas participativas que buscam ampliar o espaço democrático da vida política a partir de uma visão crítica do sistema representativo e da procura de uma maior eficiência econômica e social do uso dos recursos públicos. Estas novas faces participativas proporcionam o alargamento da educação política e do exercício da cidadania, além de auxiliar no controle do cumprimento

dos compromissos feitos pelos governantes e de identificar e captar a necessidade de novas políticas públicas (TORRES, 2018, p. 81).

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu preâmbulo, de forma expressa, a democracia como forma de governo o que a fez ser popularmente conhecida como “Constituição Cidadã”, ou seja, do povo.

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (BRASIL, 1988).

A partir de um Estado democrático de direito, vários outros direitos foram positivados a fim de chamar o povo para mais próximo do governo como por exemplo, com a previsão de referendos, plebiscitos, dentre outras formas de participação nas decisões envolvendo interesses públicos. Essa participação popular também foi prevista de forma expressa na Carta Magna como um princípio fundamental elencado no rol de seu artigo 1º, parágrafo único⁴⁴. Neste sentido, Rocha dispõe o seguinte:

Mais adiante, a Constituição de 1988 consagrou, entre seus princípios fundamentais, a "participação popular" na gestão pública como direito à dignidade da pessoa humana. Em seu artigo 1º, parágrafo único, o legislador constituinte, expressa o princípio da *soberania popular* pelo qual "todo o poder emana do povo" que o exerce através de seus representantes ou "diretamente", na forma estabelecida pela Constituição. Este princípio reúne as concepções de democracia direta e democracia representativa, de modo a somar seus efeitos em benefício da coletividade, objetivo final do Estado e da Administração Pública.

Para Dallari (1996, p.13-51), a participação popular prevista na Constituição Federal de 1988 é um princípio inerente à democracia,

⁴⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988).

garantindo aos indivíduos, grupos e associações, o direito não apenas à representação política, mas também à informação e à defesa de seus interesses. Possibilita-lhes, ainda, a atuação e a efetiva interferência na gestão dos bens e serviços públicos (ROCHA, 2011, p.2-3).

Na área da saúde a participação popular também ganhou contornos próprios, sendo considerada imprescindível para obtenção de resultados satisfatórios na sua prestação pelo poder público. A comunidade é chamada a participar ativamente tanto na Seguridade Social (art. 194, VII da CF) que tem a saúde como parte de seu conjunto integrado de ações como ocorre no Sistema Único de Saúde (art. 198, III, da CF).

O assunto de participação da sociedade na gestão pública da saúde é de tamanha relevância que não bastasse a Constituição Federal trazer essa previsão expressa, em 28 de dezembro de 1990 entrou em vigor a lei nº 8.142 dispondo sobre “a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências” (BRASIL, 1990 - b). Esta lei tem como fundamento apresentar diretrizes a serem seguidas na gestão de recursos financeiros destinados para a saúde, bem como formular estratégias e controlar a execução da política da saúde com participação de Conselhos contendo membros da sociedade.

Ainda, os estados e municípios possuem diversas legislações⁴⁵ que incentivam a participação popular na gestão da saúde pública, principalmente no que tange às políticas sociais adotadas na busca de uma melhor qualidade da prestação dos seus serviços.

Esse cenário de transparência pública torna a relação entre sociedade e poder público mais próxima obtendo êxito com a existência de legislações que exigem ampla divulgação por meio eletrônico ou outro meio que seja acessível a todos de orçamentos previamente previstos para serem destinado à saúde, planos de governos, dentre outros projetos. Tendo a população amplo acesso a esses dados torna mais fácil a cobrança de seus direitos efetivados. Existem ainda outras formas

⁴⁵ Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 11 out. 2019
Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 11 out. 2019.

de participação que são tão eficientes quanto a participação direta da população como por exemplos ouvidorias, audiências públicas, defensorias públicas, Procon e etc.

Sobre a participação popular na garantia dos direitos fundamentais sociais, preleciona Richard Pae Kim (2011, p. 535) “evidentemente que não garante a Constituição apenas o direito ao acesso a esses serviços, mas também de participar do procedimento à sua adequada obtenção e de receber os serviços de forma eficiente (vide art. 37, *caput*, da Constituição Federal) ”.

Diante tantos avanços que o Brasil sofreu no que tange a liberdades democráticas do seu povo pode-se falar que atualmente vivemos na era de “democracia participativa”, ou seja, o sistema público funciona de forma solidária entre população e governantes não havendo, ou, não deveria haver mais aquele pensamento primitivo de que as decisões são tomadas apenas pelos governantes e ao povo cabe acatar e se calar. Dando voz a isso, cada vez mais o poder judiciário vem sendo procurado para solucionar questões omissas do poder público fazendo valer a lei de forma impositiva principalmente quando nos referimos aos direitos fundamentais sociais prestacionais, que, quando da sua ausência, a dignidade humana pode ser colocada em risco.

Para Lyra (2000, p.17) só há participação popular efetiva quando existe democracia participativa, quando o cidadão pode “[...] apresentar e debater propostas, deliberar sobre elas e, sobretudo, mudar o curso de ação estabelecida pelas forças constituídas e formular cursos de ação alternativos [...]”, ou seja, sempre que houver formas de o cidadão participar, decidindo, opinando, diretamente, ou de forma indireta, por meio de entidades que integra, a respeito de uma gama diversificada de instituições, no âmbito da sociedade (família, empresas, mídias, clubes, escolas etc.) ou na esfera pública (conselhos, orçamento participativo, plebiscito, referendo etc.) (ROCHA, 2011, p.5).

A democracia participativa é diferente de democracia representativa no tocante ao que, a primeira trata-se do exercício do poder político através do sistema eleitoral de votos e a segunda é a possibilidade de participação/intervenção do povo nas decisões a serem tomadas pelo governo.⁴⁶

⁴⁶ A partir da opinião pública a sociedade civil encontra outra função, a de exercer pressão sobre o Estado de forma que este atenda às necessidades sociais e alcance o bem-comum. Do quanto analisado, percebe-se que a sociedade civil organizada, ante a defesa da necessidade de espaços públicos que visem a vitalização da vida social, de forma a ampliar os espaços decisórios da

Sobre democracia, Vivian de Almeida Gregori Torres, afirma o seguinte:

Na democracia é que a sociedade civil organizada se manifestará em sua plenitude, tendo um papel importante na forma como o cidadão de fato alcançará a participação no exercício do poder, encontrando meios para intervir nas decisões governamentais. É a forma do povo conduzir o governo e não o contrário (TORRES, 2018, p. 78).

A Constituição de 1988 consagrou entre seus princípios fundamentais a participação popular na gestão pública como direito à dignidade da pessoa humana, determinando que o regime político no Brasil não é apenas representativo, mas também participativo (MONTORO, 1999, p.17).

A participação da sociedade civil, na gestão dos fundos, por intermédio dos Conselhos, sejam eles consultivos ou tão-somente gerenciais dessas políticas implicará em, desde que mantido o real controle social dos atos e decisões de seus representantes, em importante instrumento de capilaridade dos movimentos sociais e de democratização das vontades da sociedade (KIM, 2011, p. 538).

Assim, é possível concluir que a participação popular na gestão pública é de suma importância para se ter resultados positivos nas prestações de direitos fundamentais sociais prestacionais como é o caso da saúde pública, pois a partir dessa participação ativa o Estado se vê coagido a cumprir com suas obrigações e, caso não seja feito, a população pode buscar esse cumprimento pela via judicial.

3.5. Intervenção do poder judiciário na efetivação do direito fundamental social à saúde pública

Desde os anos de 1990 o poder judiciário vem sendo cada vez mais utilizado para tentar solucionar questões envolvendo a omissão do poder público na garantia de direitos fundamentais sociais, em especial o direito à saúde, possibilitando um maior acesso à justiça para obter direitos omissos pelo Estado fazendo valer a justiça social.

A justiça social trata-se de uma construção voltada para garantia da isonomia envolvendo interesses coletivos, ou seja, uma solidariedade coletiva em busca de uma

democracia política, abriu caminho para uma outra forma de democracia, a participativa (TORRES, 2018, p. 80).

melhor qualidade de vida para o todo. Rodrigo Batista Coelho em sua dissertação de mestrado afirma o seguinte:

Mauro Cappelletti, na década de 80, já afirmava a importância da atuação positiva do Estado com a mudança desse paradigma, que correspondesse aos anseios de Welfare State, de modo a assegurar o gozo de direitos sociais básicos como saúde, educação e trabalho. Com isso, o direito processual também foi tomado pela necessidade de mudança, razão pela qual a noção de acesso efetivo à justiça passou, progressivamente, a ser requisito fundamental - “o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”. Nessa esteira, “o acesso à justiça foi o desenvolver das ideias do Estado Social no plano jurídico-processual e foi o reconhecimento de que os direitos consagrados não valem de nada de destituídos de mecanismos para sua efetivação” (COELHO, 2017, p.62).

Os direitos sociais prestacionais são os que mais sofrem diante a omissão estatal por serem direitos que dependem de uma prestação do poder público por meio de ações positivas como as políticas públicas e, ainda, pela falta de “obrigatoriedade” do cumprimento dos dispositivos legais tendo em vista que nem sempre o Estado disponibiliza recursos suficientes para a sua efetivação o que gera uma grande insatisfação popular daqueles que necessitam desses direitos e, conseqüentemente, acabam por buscar o poder judiciário para a tentativa de solução da questão.

Os direitos sociais estariam, portanto, “reféns” de opções de política econômica do aparato estatal, eis que a “reserva do possível” se traduz em uma chancela orçamentária. Diante da inoperatividade do legislativo, a via judiciária apresenta-se como forma de diálogo entre o cidadão e o Estado, com o objetivo de concretização da democracia (ROSA; GORCZEWSKI, 2008, p. 2526).

É necessário um cuidado quando o assunto é a intervenção de uma esfera do Poder Estatal em outra, quais sejam, Executivo, Legislativo e Judiciário, poderes independentes e harmônicos entre si⁴⁷. Ocorre que essa interferência, principalmente

⁴⁷ Por separação de Poderes, há de se entender aquela plasmada na atual Constituição, isto é, uma separação em que certa interferência de um poder no outro existe. Na parte orçamentária, por exemplo, os três poderes apresentam sua proposta, dois deles discutem e um só aprova, ou seja, apenas o Poder Legislativo. Por outro lado, pode o Poder Legislativo sustar atos do Executivo, mas à evidência, não do Poder Judiciário, que possui a capacidade de julgar os demais, nada obstante a redação do artigo 49, inciso XI, da Constituição Federal fazer menção aos três poderes. O Executivo, de seu lado, pode legislar por leis delegadas e medidas provisórias, sobre ter o direito de veto aos projetos de leis do Legislativo. Há, portanto, independência e convergência de atividades, nos estritos limites da

no que tange o poder judiciário nos demais esferas, resta possível desde que de forma excepcional como quando ocorre uma deficiência na prestação constitucional de sua competência. Neste sentido, segundo o Ministro Celso de Melo na Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº45:

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação de Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais (BRASIL, 2004).

A questão envolvendo a grande massa de processos judiciais que vem se acumulando envolvendo a falta de efetivação de direitos fundamentais sociais prestacionais advém de atitudes omissas do poder público em prestá-las de forma satisfatória, deixando aqueles que dependem desse auxílio totalmente a mercê da sorte. Essa questão se torna ainda mais delicada quando o direito ora discutido é a saúde pública, pois neste caso o direito à vida está em jogo o que justifica a urgência na sua prestação.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 271.286-8 do Estado do Rio Grande do Sul menciona a importância da manutenção do direito à saúde pelo Poder Público:

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

Constituição. A harmonia decorre dessa convergência de funções comuns ou alternativas, nada obstante alguns críticos entenderem que, se o poder é independente, não pode ser harmônico e se é harmônico não pode se independente. A harmonia implica redução da independência, quando não conforma dependência (MARTINS, 2005, p. 87-88).

econômicas que visem a garantir a plena consecução dos objetivos proclamados no art. 196 da Constituição da República (STF, 2000).

O Estado se utiliza de diversas justificativas para a não implementação de políticas públicas sociais no âmbito da saúde, sendo a falta de disponibilidade financeira a mais recorrente entre elas. Afim de solucionar esses impasses entre poder público e sociedade que “o judiciário tem, a cada dia, realizado papel decisivo neste contexto, e é direito inegável ao cidadão o amplo acesso ao judiciário quando se vê lesado ou sob a ameaça lesão a direito” (RIBAS, 2011, p.54).

Percebe-se que o limite financeiro do Estado é um empecilho real, relevante que pode impactar na não realização das políticas públicas, assim, a doutrina enfatizou a fundamentação das políticas públicas na reserva do possível que vai de encontro com a necessidade de se fiscalizar os custos, projeto e resultados das políticas públicas, e cujo papel efetivamente cabe ao Judiciário (RIBEIRO, 2013, p. 57).

No que se refere à reserva do possível, quando alegada pelo poder público afim de justificar o não cumprimento de seu dever com a efetivação de direitos sociais, cabe ao judiciário analisar a adequação dos gastos e suas necessidades para o cumprimento de tais direitos.

Afirma o Ministro Celso de Melo no julgamento da Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 45 o seguinte:

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa, criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições mínimas de existência (...) a cláusula da reserva do possível, ressalvada a ocorrência de justo motivo, não poderá ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se 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 (BRASIL, 2004).

Nota-se que, o poder judiciário vem cada vez mais fazendo o papel de garantidor dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal,

principalmente sobre aqueles que possuem o condão de proteção da dignidade da pessoa humana. Assim esclarece Ribas:

A legitimidade da via judicial para assegurar mecanismos de efetivação dos direitos sociais fica escorada no caráter subsidiário da atuação deste Poder, que, diante da inércia ou ineficácia na prestação de serviços básicos de saúde à população, atua de forma impositiva na efetividade dos ditames constitucionais. Não se trata de ingerência de um Poder sobre a esfera restrita de atuação do outro, mas de garantia do exato cumprimento da norma constitucional, que, por certo, é o papel do Judiciário (RIBAS, 2011, p. 78-79).

Em conclusão, quando o poder judiciário passa a ser um meio necessário na intervenção entre população e Estado a fim de solucionar questões envolvendo má prestação de serviços públicos, não se espera que este irá proporcionar a concretização de todas as políticas públicas necessárias para a solução final da questão, mas sim uma análise de casos práticos que estejam sendo prejudicados frente à omissão de prestações de direitos sociais essenciais para garantia e manutenção do mínimo existencial, bem como proteção à vida o que ocorre indiscutivelmente quando a saúde pública, direito indisponível e irrenunciável, não é prestada com o mínimo necessário pelo poder público.

Dispõe o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso em recente julgamento ao Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.016.398 SE, demonstrando concordância com o julgamento do Tribunal de origem, vejamos:

3 - O Tribunal de origem assim decidiu a controvérsia:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). TRATAMENTO ONCOLÓGICO. FALTA DO SERVIÇO. LISTA DE ESPERA. 1. Sentença que, acolhendo pretensão deduzida pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público do Estado de Sergipe em ação civil pública, condena a União, o Estado de Sergipe e o Município de Aracaju a indenizarem os danos materiais e morais sofridos por pacientes que se encontraram em listas de espera para tratamento de radioterapia pelo Sistema Único de Saúde (SUS). 2. Remessa oficial. Apelação do Município de Aracaju alegando: a) ilegitimidade ativa do Ministério Público; b) descabimento de responsabilização objetiva por dano decorrente de omissão; c) ausência de prova da falta de serviço e dos danos materiais supostamente deles decorrentes; d) inexistência de omissão culposa da Administração municipal; e) regularização do serviço a partir do ano de 2010; f) inoccorrência de dano moral. Apelação da União sustentando: a) estar a responsabilização civil por ato omissivo condicionada à apuração da culpabilidade da pessoa omissa, desta

feita, segundo a teoria da causalidade direta e imediata; b) haver desempenhado todas as atribuições que lhe cabem no SUS; c) não haver sido informada de que o equipamento de radiologia do Hospital de Urgência era insuficiente para suprir a demanda dos pacientes; d) haver instituído desde dezembro/01, a Central Nacional de Regulação de Alta Complexidade, que viabiliza o tratamento de pacientes fora do local dos respectivos domicílios; e e) não ser devida indenização de valores gastos em hospitais privados por pacientes que recusaram o tratamento fora do domicílio. 3. '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' (RE nº 855.178 RG/PE, Pleno, Min. Luiz Fux, Dje 16/3/15, julgado com repercussão geral). 4. 'Manifesto o interesse jurídico da União, com desfrute da competência da Justiça Federal, legitima-se ativamente o Ministério Público Federal para promover a ação que a qualifica no pólo passivo da relação processual. Ilegitimidade ativa do Ministério Público Estadual. Impossibilidade deste agir como custos legis ou de litisconsorciar-se ativamente com o parquet federal' (REsp nº 287.389/RJ, Primeira Turma. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 14/10/02, p. 190), Exclusão do Ministério Público de Sergipe da lide. 5. O provimento judicial que eventualmente acolha os pedidos do autor será necessariamente genérico: disporá apenas sobre a existência da obrigação do devedor (an debeat), a identidade do sujeito passivo da obrigação (quis debeat) e a natureza da prestação devida (quid debeat). A identificação dos titulares do direito (cui debeat) e a definição da prestação devida a cada um deles (quantum debeat) é deixada para momento posterior: o cumprimento do julgado. Os elementos trazidos com a inicial são condizentes com o provimento ora perseguido (CPC, arts. 282, VI; 283; e 333, I). 6. 'O acolhimento de pedido formulado em ação civil pública não está sujeito a reexame necessário (APELREEX nº 29.645/*AL, TRF5, Primeira Turma, Des. Federal Convocado Emiliano Zapata Leitão, j. 21/5/15). 7. 'Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, esta numa de suas três vertentes, a negligência, a imperícia ou a imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço' (RE nº 369.820/RS, STF, Segunda Turma, Min. Carlos Velloso, DJ 27/2/04, p. 38). 8. Para fins de exame da pretensão indenizatória decorrente de falha na prestação de serviço inerente ao SUS, a apuração da causalidade deve levar em consideração o comportamento do sistema como um todo, não o individual de cada componente dele. 9. A radioterapia é serviço coberto pelo SUS. Logo, deve ser prontamente prestado ao paciente que dele necessite, sob pena de responsabilidade civil. 10. Caracterizada a deficiência dos serviços de radiologia prestados pelo SUS em Sergipe e a negligência da Administração ao deixar de adotar as providências que propiciaram aos pacientes incluídos em lista de espera o oportuno acesso ao pertinente tratamento de saúde, os danos materiais e morais daí decorrentes devem ser indenizados. 11. Não há falar em negligência administrativa, porém, quando a permanência na lista de espera decorra de recusa injustificável do paciente ao tratamento que lhe haja sido oferecido. Tem-se por outro lado, como justificada a recusa de

tratamento que exija do paciente o desembolso prévio de despesas. 12. Ilegitimidade ativa do Ministério Público do Estado de Sergipe declarada de ofício. Remessa oficial da qual não se conhece. Apelações providas, em parte, para rejeitar o pedido de indenização dos danos configurados após eventual recusa injustificável, por parte dos substituídos, do tratamento oferecido pelos réus”.

4 - Tal como constatou a decisão agravada, o Supremo Tribunal Federal já assentou que apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, **o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos** (STF, Agr. Reg. Rec. Extraordinário nº 1.016.398 SE. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, Data do Julgamento: 19 nov. 2018).

A via judicial possui um papel de suma importância na garantia do direito fundamental à saúde quando provocada a intervir, devendo ser realizada de forma a alcançar a isonomia, bem como proporcionando o mínimo de dignidade ao indivíduo que faz jus a esse direito.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DO ESTADO

4.1. Evolução histórica da responsabilidade civil

A responsabilidade civil teve seus primeiros contornos delineados ainda nos tempos antigos em que predominava a vingança coletiva onde grupos se juntavam para fazer valer seus direitos através de atos de forças buscando a justiça pelas próprias mãos. Após, iniciou-se uma nova fase onde as pessoas passaram a fazer valer a sua justiça de forma individual, imperando o sistema da vingança privada com fundamento na Lei de Talião, o que foi considerada por muitos como um marco da responsabilidade civil. Neste sentido, afirma Oliveira, senão vejamos:

Na fase mais primitiva da cultura humana, a reparação do ato lesivo resumia-se na retribuição do mal pelo mal, verdadeira vingança privada, como expressava a pena de talião, ou seja: olho por olho, dente por dente. Contudo, na vingança privada não havia qualquer vestígio de reparação, mas, na realidade, dupla lesão, a da vítima e a de seu ofensor, depois de punido (OLIVEIRA, 2015, p. 107).

Ainda neste mesmo sentido, complementa Diniz:

Historicamente, nos primórdios da civilização humana, dominava a vingança coletiva, que se caracterizava pela reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um de seus componentes. Posteriormente evolui para uma reação individual, isto é, vingança privada, em que os homens faziam justiça pelas próprias mãos, sob a égide da Lei de Talião, ou seja, da reparação pelo mal, sintetizada nas fórmulas “olho por olho, dente por dente”, “quem com ferro fere, com ferro será ferido”. Para coibir abusos, o poder público intervinha apenas para declarar quando e como a vítima poderia ter o direito de retaliação, produzindo na pessoa do lesante dano idêntico ao que experimentou (DINIZ, 2013, p. 26-27).

Após esse período, os povos passaram a perceber que era necessário ir além quando alguém era lesado por um dano promovido por terceiro não sendo suficiente somente fazer justiça de igual forma. Assim, deram início às primeiras composições, ou seja, levava-se o caso até uma autoridade pública que tinha autorização para analisa-la, e, caso entendesse existir o dano o responsável deveria “pagar” o que na época era denominado como *poena*, contudo ainda não existia a proporcionalidade

nestas decisões. Diante de tais mudanças na forma de fazer valer seus direitos, já era possível notar que a sociedade começava a dar mais valor a compensação econômica ao invés de vindicta.

Foi, pois, com fundamento na lei das XII tábuas que o jus civile assumiu definitivamente a tutela da repressão dos delitos e fixou penas para cada classe de ofensas. Os delitos passaram, então, a ser considerados geradores de obrigações para com o ofendido, podendo ser compensados com o pagamento de penas pecuniárias que eram fixadas pelo juiz. Dependendo do delito, cabia à parte lesada escolher: ou a reparação civil com o pagamento da pena pecuniária, ou o processo criminal com a aplicação da penalidade específica (ROLIM, 2011, p.277).

Até este momento somente o dano era levado em consideração, sendo suficiente para comprovação do direito de reparação. A culpa ainda não era analisada de forma relevante para comprovar a existência ou não do dano ora alegado.

Foi com o surgimento da *Lex Aquilia*, período em que o Estado passou por uma grande evolução na responsabilidade civil, que de fato assumiu o papel de repressor com punições por meio de ações indenizatórias. A *Lex Aquilia* veio justamente com intuito de tornar mais claro e objetivo a questão das reparações oriundas de danos causados a terceiros passando a analisar, de forma mais profunda, a questão da culpa do agente e, caso esta não fosse comprovada inexistia responsabilização. Ainda, “a *Lex Aquilia de damno*” estabeleceu as bases da responsabilidade extracontratual, criando uma forma pecuniária de indenização do prejuízo, com base no estabelecimento de seu valor” (DINIZ, 2013, p. 27).

A partir de então o Estado passou a interferir diretamente na solução das questões que envolviam ocorrência de danos indenizáveis, seja por ação ou omissão do particular, e, assim, condenando (por meio de composições) o agente causador ao pagamento em pecúnia a fim de repará-lo. Segundo Diniz (2013, p. 27) “essa composição permaneceu no direito romano com o caráter de pena privada e como reparação, visto que não havia nítida distinção entre a reponsabilidade civil e penal”.

Antes da *Lex Aquilia* as penas aplicadas eram previamente tarifadas de acordo com a extensão do dano ocorrido o que gerava muitos transtornos, pois, nem sempre esses valores correspondiam de forma proporcional ao fato dano real. Já com a existência da *Lex Aquilia* esse foi mais um ponto alterado passando a aplicar uma

pena proporcional entre ato e dano, deixando de existir então as tarifas pré-estabelecidas.

Diante tantos avanços que a Lex Aquilia promoveu na responsabilidade civil, assevera Braga (2012, p. 12) que, “ as vertentes desse instituto milenar são acolhidas por grande parte das legislações modernas de todo mundo, inclusive pelo código napoleônico, que acabou por influir em muitas outras legislações, inclusive no código civil brasileiro de 1916”.

Com o surgimento da era de industrialização houve avanços significativos na forma de vivência do povo, e, conseqüentemente, um aumento na ocorrência dos riscos de danos no dia-a-dia do trabalhador, fazendo com que a responsabilidade civil passasse a ter um caráter mais humanizado, valorizando cada vez mais a importância de penalizações quando a vida fosse colocada em risco por atos irresponsáveis. Assim, como bem aponta Maria Helena Diniz, “todo risco deve ser garantido, visando a proteção jurídica à pessoa humana, em particular aos trabalhadores e às vítimas de acidentes, contra a insegurança material, e todo dano deve ter um responsável” (DINIZ, 2013, p.28).

Orlando Gomes complementa ainda que:

A insuficiência da noção de culpa como fundamento da responsabilidade apresentou-se mais ostensivamente com a frequência dos acidentes de trabalho em consequência da introdução de processos mecânicos na técnica de produção. O operário ficava desamparado diante da impossibilidade de provar a culpa do patrão. A injustiça que esse desamparo representava despertou a atenção de juristas, provocando o reexame do problema da responsabilidade civil. Para atender a esse imperativo de equidade, procuram, a princípio, empregar processos técnicos que abrandassem o rigor lógico do princípio, sugerindo, dentre outros, a inversão do ônus da prova. Ainda assim, o resultado não satisfaz. O movimento ganhou, então, maior arrojado com a doutrina preconizada por Saleilles, através do qual a própria noção de culpa é alargada sob fundamento de que o Código Civil empregara a palavra em dois sentidos, num dos quais se confundia com o nexos causal. Foi, sem dúvida, passivo audacioso, mas curto, sobre ser falso no terreno doutrinário, por importar uma absurda conciliação da nova ideia com a doutrina tradicional. Ao emprestar novo significado à culpa, Saleilles mais não fez do que eliminá-lo da responsabilidade, querendo conservá-la com seu fundamento. O rompimento com a tradição veio a se dar sob a influência das ideias de Josserand, que, com maior audácia, reclamou a substituição da culpa na teoria da responsabilidade (GOMES, 2011, p. 85-86).

No Brasil, em 1916, foi consolidado o primeiro Código Civil com grandes influências da era napoleônica e, este já trazia a previsão da responsabilidade civil baseada na culpa⁴⁸, ou seja, a responsabilidade subjetiva (exige comprovação de dolo ou culpa). O referido código já previa também a possibilidade da responsabilidade extracontratual do Estado (ou aquiliana), o que veremos em tópico próprio no decorrer do presente trabalho.⁴⁹

Neste sentido, segundo Hely Lopes Meirelles,

O Código Civil brasileiro/16, acolhendo a doutrina subjetivista dominante em sua época, estabeleceu no art. 15 que *as pessoas jurídicas de Direito Público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem dano a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.*

Nesse dispositivo ficou consagrada, embora de maneira equívoca, a teoria da culpa como fundamento da responsabilidade civil do Estado. A imprecisão do legislador, todavia, propiciou larga divergência na interpretação e aplicação do citado artigo, variando a opinião dos juristas e o entender da jurisprudência entre os que viam, nele, a exigência da demonstração da culpa civil da Administração e os que já vislumbravam admitida a moderna teoria do risco, possibilitando a responsabilidade civil sem culpa em determinados casos de atuação lesiva do Estado (MEIRELLES, 2013, p. 728).

A responsabilidade civil aquiliana ganhou contornos ainda mais fortes por tratar-se de um período em que o país passava por uma grande revolução industrial, sendo necessário um avanço na forma de encarar os danos advindos principalmente dos trabalhadores, que em sua maioria tratavam de danos físicos em decorrência do manuseio dos maquinários. O Estado além de responder subjetivamente, passou também a adotar a teoria do risco. Assim, “permaneceu entre nós a *doutrina subjetiva*

⁴⁸ Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.521 a 1.532 e 1.542 a 1.553 (BRASIL, 1916).

⁴⁹ Segundo Gustavo Henrique de Oliveira (2015, p. 114), “ A evolução dessa espécie de reponsabilidade civil culminou com a releitura da palavra *iniuria* que, originariamente, correspondia ao dano contra a lei e que, mais tarde, pelos juriconsultos foi-lhe apregoado outro sentido, qual seja, culpabilidade do causador da lesão. Passou-se a exigir que o prejuízo causado o fosse dolosa ou culposamente, sendo imputável, outrossim, a negligência mais leve. Dessa forma para que surgisse o *dammun iniuria datum*, de acordo com a Lei Aquilia, eram imprescindíveis três requisitos: **a iniuria**, que se traduzia na ocorrência do dano de maneira contrária ao direito; **a culpa**, que inicialmente se expressava em um ato comissivo doloso ou irressarcidas passou-se a considerar o ato omissivo também e, por fim, **o dammun** que representava a ocorrência de lesão perpetrada diretamente à coisa em virtude de ação do agente”.

até o advento da Constituição/46, que com o disposto no art. 194, acolheu a teoria objetiva do risco administrativo, revogando em parte o art. 15 do antigo CC” (MEIRELLES, 2013, p. 728-729).

Neste sentido, José Antonio Remedio assegura que:

“Todavia, o desenvolvimento da atividade industrial, a modernização dos veículos, o crescimento da população, entre outros fatores, fez com que se multiplicasse o número de acidentes tornando ineficaz o conceito tradicional de culpa para a proteção das vítimas, na medida em que, em muitos casos, era praticamente impossível a vítima provar a culpa do agente responsável. Sob tais circunstâncias, surgiu na Europa do século XIX a denominada teoria do risco, segundo a qual, aquele que, no seu interesse, criar uma situação de risco, será responsável pela ocorrência de eventual dano, independente de ter agido com culpa, ou seja, a obrigação de indenizar é fixada com base em aspecto meramente objetivo, circunscrito à existência da conduta, do dano e do nexa causal entre a conduta e o dano. (REMEDI, 2018, p. 751)

Ainda sobre esses avanços, Maria Helena Diniz, explica o seguinte:

“É preciso deixar bem claro que a culpa continua sendo o fundamento da responsabilidade civil, que o risco não anulou, constituindo-se, ao seu lado, também como fundamento da responsabilidade civil. Reforça essas ideias Antônio Chaves, ao escrever: “numa ocasião em que se contam às centenas de milhares de vítimas de acidentes de trânsito e das negligências ou imperícias profissionais, apresenta-se não sob o manto de conveniência, mas de uma necessidade imperiosa lançar mão da teoria do risco” (DINIZ, 2013, p. 29).

Já com a entrada e vigor da Constituição Federal de 1988, o Estado passou a ser responsabilizado objetivamente pelos atos que causarem algum tipo de dano a terceiro, se estendendo aos agentes públicos que estejam atuando em nome do Estado. Neste sentido, amparado na Constituição Federal, prevê o artigo 43 do Código Civil de 2002, vejamos:

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo (BRASIL, 2002).

Foi de fato com a entrada em vigor do atual Código Civil de 2002 que a responsabilidade objetiva passou a ser prevista de forma definitiva na legislação infraconstitucional. Todavia, a responsabilidade subjetiva permaneceu prevista pelo

nosso ordenamento jurídico como regra geral e a objetiva como exceção, aplicada nos casos em que a lei a mencionar expressamente. Nota-se que a ideia da necessidade de culpa para a caracterização da existência do dever de ressarcimento do dano não mais atendia as necessidades da sociedade.⁵⁰

A esse respeito, o Código Civil de 2002 prevê em seu artigo 927 e parágrafo único o seguinte:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (BRASIL, 2002).

Neste diapasão, preleciona José Antonio Remedio o seguinte:

O código civil de 2002, embora adote a culpa com fundamento básico da responsabilidade civil (art.927, caput), também admite a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (art. 927, parágrafo único) (REMEDIO, 2018, p. 751).

O instituto da responsabilidade civil passou por vários momentos até a sua interpretação atual, sendo que em seu início a culpa não era vista como um elemento essencial para a caracterização da existência da responsabilidade. Após, passou a entender ser necessário essa análise da culpa dando ensejo à reponsabilidade

⁵⁰ Menciona Gustavo Henrique de Oliveira, em sua obra Responsabilidade Civil dos Pais pelos atos ilícitos dos filhos capazes, fatos ocorridos em outros países que também levaram ao surgimento da responsabilidade objetiva, vejamos: “ É relevante explicitar, ainda, a importante contribuição da doutrina e da jurisprudência francesa para o desenvolvimento do instituto em testilha. De fato, no ano de 1885, na França, a Corte Suprema impunha o dever de indenizar as vítimas, independentemente de culpa, pelos danos proporcionados por animais, restringindo, demasiadamente, as possíveis causas de exoneração da responsabilidade do guarda ou proprietário do animal. Posteriormente, em 1896, a decisão Teffaine, que se referia à morte acidental de um operário, em virtude da explosão de um rebocador a vapor, foi vista por Salleiles e Joserand, defensores da teoria do risco, como um avanço sintomático e significativo em prol da responsabilidade fundamentada no risco. Entrementes, é interessante esclarecer que a respeito da mesma decisão, os irmãos Mazeud vislumbram ainda a responsabilidade subjetiva como seu fundamento. Apenas trinta e cinco anos mais tarde, em 1930, uma outra decisão da Corte de Cassation, conhecida por “*I arrêt Jand Heur*”, ratificou a proposição, em acidentes de veículos, deste caminho percorrido em busca da noção de garantia social, por meio de uma releitura do art. 1384, 1ª alínea, do CC francês, abandonando a expressão *présomption de faute [déjà inconciliable avec la jurisprudence]* por *présomption de responsabilité*, independentemente de culpa (OLIVEIRA, 2015, p. 124-125).

subjetiva exigindo a comprovação de dolo ou culpa permanecendo em nosso ordenamento jurídico até os dias atuais. Contudo, ao inovar ainda mais, o legislador criou a responsabilidade objetiva, ou seja, a possibilidade da configuração da responsabilidade independente de dolo ou culpa, contudo, aplicado somente aos casos específicos previstos em lei.

A responsabilidade civil cinge-se, portanto, à reparação do dano causado a outrem, desfazendo tanto quanto possível seus efeitos, restituindo o prejudicado ao *statu qui ante*. A responsabilidade civil constitui uma relação obrigacional que tem por objeto a prestação de ressarcimento. Tal obrigação de ressarcir o prejuízo causado pode originar-se: a) da inexecução de contrato; e b) da lesão a direito subjetivo, sem que preexista entre lesado e lesante qualquer relação jurídica que a possibilite.

A responsabilidade civil pressupõe uma relação jurídica entre a pessoa que sofreu o prejuízo e a que deve repará-lo, deslocando o ônus do dano sofrido pelo lesado para outra pessoa que, por lei, deverá suportá-lo, atendendo assim a necessidade moral, social e jurídica de garantir a segurança da vítima violada pelo prejuízo (DINIZ, 2013, p. 23).

Assim, não restam dúvidas quanto à importância desse instituto para a sociedade em geral, principalmente quando falamos em responsabilidade civil Aquiliana (responsabilidade civil extracontratual objetiva)⁵¹, vez que através dela é possível com que o Poder Público responda, diretamente, por seus atos omissos, o que contribui de forma positiva para que cada vez mais o Estado cumpra com seus deveres, principalmente aqueles que dizem respeito à manutenção da dignidade humana como é o caso do direito fundamental à saúde pública, dentre tantos outros que possuem grande relevância para uma maior qualidade de vida de toda população.

4.1.1. Conceito, pressupostos e classificação

A responsabilidade civil deve atuar sempre quando há um ato oriundo de uma ilegalidade que cause um dano para uma das partes, seja em uma relação entre particulares ou particulares e Estado. Em decorrência desse dano causado pode

⁵¹ Segundo José Antonio Remedio, “no Brasil, inúmeros diplomas normativos preveem a responsabilidade civil objetiva com base na teoria do risco, como ocorre em relação aos acidentes com vítimas em estradas de ferro (Decreto 2.681/12, arts.17 a 23), aos acidentes de trabalho (CF, art. 7º, XXVIII; Lei 8.213/91, arts.20 a 23), aos danos causados por aeronaves (Código Brasileiro de Aeronáutica – Lei 7.565/86, art. 246 e seguintes), aos danos causados por agentes das pessoas jurídicas de Direito Público ou de Direito Privado, prestadoras de serviços públicos (CF, art. 37, §6º), aos danos causados ao consumidor (CDC – Lei 8.078, art. 12 e seguintes) e aos acidentes nucleares (CF, art. 21, XXIII, “d”, Lei 6.453/77, art. 4º e seguintes) (REMEDIÓ, 2018, p. 752).

haver sanções reparatórias a serem aplicadas com intuito de restaurar à situação anterior ou pelo menos amenizar os prejuízos causados. Segundo Hely Lopes Meirelles, a responsabilidade civil pode ser conceituada da seguinte forma:

[...] fixa-se que a *responsabilidade civil* é a que se traduz na obrigação de reparar *danos patrimoniais* e se exaure com a indenização. Com a obrigação meramente patrimonial, a responsabilidade civil independe da criminal e da administrativa, com as quais pode coexistir sem, todavia, se confundir (MEIRELLES, 2013, p. 724).

Quanto ao significado do termo “responsabilidade”, este, além de ter como significado a responsabilização de alguém, é ainda interpretado como um dever a ser cumprido, dentre outros diversos significados. Já em relação ao termo “civil”, este refere-se a sociedade, a vida humana. Como bem salienta Oliveira (2015, p. 107) “tem origem etimológica no termo latino, *respondere*, e significa a obrigação que emerge responsabilizar alguém por seus atos lesivos.”

Sobre o significado da palavra, Maria Helena Diniz ainda complementa que:

O vocábulo “responsabilidade” é oriundo do verbo latino *respondere*, designando o fato de ter alguém se constituído garantidor de algo. Tal termo contém, portanto, a raiz latina *spondeo*, fórmula pela qual se vinculava, no direito romano, o devedor nos contratos verbais. Deveras, na era romana a *stipulatio* requeria o pronunciamento das palavras *dare mihi spondes? Spondeo*, para estabelecer uma obrigação a quem assim respondia. Todavia, a afirmação – de que o responsável será aquele que responde e que responsabilidade é a obrigação do responsável, ou melhor, o resultado da ação pela qual a pessoa age ante esse dever – será insuficiente para solucionar o problema e para conceituar a responsabilidade. Se ele agir de conformidade com a norma ou com seu dever, seria supérfluo indagar da sua responsabilidade, pois ele continuará responsável pelo procedimento, mas não terá nenhuma obrigação traduzida em reparação de dano, como substitutivo do dever de obrigação prévia, porque a cumpriu, de modo que o que nos interessa, ao nos referirmos à responsabilidade, é a circunstância da infração da norma ou obrigação do agente. A responsabilidade serviria, portanto, para traduzir a posição daquele que não executou o seu dever (DINIZ, 2013, p. 49).

No que tange o conceito da responsabilidade civil, as doutrinas ainda não possuem um conceito geral envolvendo esse instituto sendo ora definido com base na culpa (obrigação imposta ao sujeito), ora como repartição de prejuízos causados afim de equilibrar direitos e interesses, dentre outras definições.

Independente de qual seja a definição adotada sempre haverá um objetivo comum, qual seja, a busca do equilíbrio na reparação. Assim, “a responsabilidade civil, que tem como um pressuposto um equilíbrio a ser restabelecido pela reparação, pode ser entendida como a obrigação de indenizar os danos produzidos na esfera de direitos de outrem, seja por ato próprio, por ato de terceiro ou de coisa a si dependentes” (OLIVEIRA, 2015, p. 107).

Quando há envolvimento do Poder Público esse equilíbrio deve ser considerado de forma fundamental a fim de neutralizar os prejuízos causados.

Daí a imprescindibilidade de se restabelecer o equilíbrio, ressarcindo os lesados à custa dos cofres públicos. Consequentemente, ficará a cargo do Estado a obrigação de indenizar dano acarretado pelo funcionamento do Poder Público, evitando-se que se onerem alguns cidadãos mais do que outros (DINIZ, 2013, p. 679).

Contudo, na atualidade encontramos em grande maioria doutrinas que defendem ser a responsabilidade civil um meio de reparação com base na responsabilidade objetiva exigindo a mera existência de risco (independente de dolo ou culpa); ou na subjetiva, a qual é imprescindível existência do elemento culpa.

[...] poder-se-á definir a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano civil ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal. Definição esta que guarda, em sua estrutura, a ideia da culpa quando se cogita da existência de ilícito (responsabilidade subjetiva), e a do risco, ou seja, da responsabilidade sem culpa (responsabilidade objetiva) (DINIZ, 2013, p. 50).

Assim, somando todos entendimentos doutrinários quanto a sua definição, resta evidente o ensinamento no sentido que esse instituto busca o equilíbrio social podendo ocorrer por meio da compensação de um “prejuízo” sofrido; prevenção; sanção; e de socialização de custos, sempre buscando garantir os direitos legais fazendo com que impere a justiça. Neste sentido, afirma Coelho:

A principal função da responsabilidade civil é compensar os danos sofridos pelo sujeito ativo. Se forem eles exclusivamente patrimoniais, a indenização terá equivalência ao valor dos danos, e o credor não se enriquece com o pagamento. Se forem extrapatrimoniais, não há esta

equivalência e o credor enriquece com o cumprimento da obrigação de indenizar. [...]

A responsabilidade civil, quando subjetiva, cumpre também a função sancionatória. A obrigação de indenizar representa a punição do sujeito passivo pela prática do ato ilícito. [...]

A responsabilidade civil, quando objetiva, cumpre também a função de socialização de custos. Os exercentes de algumas atividades podem distribuir entre os beneficiários delas as repercussões econômicas dos acidentes, mesmo que não tenham nenhuma culpa por eles. [...]

A responsabilidade, por fim, cumpre função preventiva. Quando subjetiva, ao sancionar o ato ilícito desestimula a sua prática: quando objetiva, ao tratar a indenização como custo de atividade estimula a prevenção dos acidentes ou prejuízos como medida de racionalidade econômica (COELHO, 2010, p. 284-288).

Existem causas ou circunstâncias que podem ensejar a exclusão da responsabilidade civil, e então não sendo o agente responsabilizado pelo dano ocorrido. Essas excludentes podem ocorrer tanto na responsabilidade subjetiva quanto na objetiva. Segundo José Antonio Remedio, essas excludentes são definidas como:

Em regra, as excludentes da responsabilidade estão relacionadas à causalidade ou à ilicitude. São causas que excluem o nexo de causalidade e, por conseguinte, a própria responsabilidade civil, não importando se a responsabilidade é objetiva ou subjetiva. a) a culpa exclusiva da vítima, que se verifica quando o dano decorre de conduta culposa exclusiva do ofendido, sendo o agente causador direto mero instrumento do evento danoso; b) o fato de terceiro, que ocorre quando o ato é praticado por terceira pessoa, e esta foi a única causa do prejuízo; c) a força maior ou o caso fortuito, que se verifica no fato necessário, cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir (CC, art. 393, parágrafo único); d) a cláusula de não indenizar, no campo contratual. As causas excludentes de ilicitude, por sua vez, estão relacionadas apenas à responsabilidade civil subjetiva, ou seja, uma vez verificadas, afastam a ilicitude do ato (REMEDIO, 2018, p. 753).

Doutrinariamente a responsabilidade civil possui quatro pressupostos (também conhecidos como classificação) sendo: a) conduta voluntária do agente (ação ou omissão; b) dano; c) nexo de causalidade; e d) elemento subjetivo (dolo ou culpa)⁵².

⁵² Aponta Gustavo Henrique de Oliveira (2015, p. 118) que “É necessário reconhecer, no entanto, que o elemento subjetivo culpa, em sentido lato, não é, hodiernamente, requisito imprescindível para a eclosão do dever de indenizar perante o nosso sistema, porquanto, como se verá, há previsão expressa em leis esparsas, microssistemas e no próprio Código Civil de 2002, no art. 927, parágrafo único, da responsabilidade objetiva, ou seja, independentemente de culpa”.

Para que seja caracterizada a existência da responsabilidade civil diante de um ato/fato que resulte em dano é imprescindível a ocorrência do chamado “tripé” que seria o ato (ação), nexo causal⁵³ e dano⁵⁴, sendo que não há dano sem um ato anterior que o provoque, bem como não é possível uma responsabilização sem o liame existente entre eles que nada mais é do que o nexos de causalidade.

Em relação ao quarto pressuposto culpa (elemento subjetivo), como já visto no decorrer do presente trabalho, pode ou não estar presente, sendo que, sua ausência, caso possível na responsabilidade objetiva, não prejudicará a responsabilização do agente causador do dano. Existem casos que se fazem necessários a comprovação da culpa, ou seja, aqueles pautados na responsabilidade subjetiva.

Neste sentido, Maria Helena Diniz dispõe em sua doutrina sobre os pressupostos da responsabilidade civil o seguinte:

[...] entendemos que a responsabilidade civil requer: a) Existência de uma *ação*, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta com ato ilícito ou lícito, pois ao lado da culpa, como fundamento da responsabilidade, temos o risco. [...] b) Ocorrência de um *dano* moral e/ou patrimonial causado à vítima por um ato comissivo ou omissivo do agente ou de terceiro por quem o imputado responde, ou por um fato de animal ou coisa a ele vinculado. Não pode haver responsabilidade civil sem dano, que deve ser certo, a um bem ou interesse jurídico, sendo necessária a prova real e concreta dessa lesão. [...] c) *Nexo de causalidade entre dano e ação* (fato gerador da responsabilidade), pois a responsabilidade civil não poderá existir sem o vínculo entre ação e dano (DINIZ, 2013, p. 52-54).

Quanto a classificação da responsabilidade civil esta pode ser dividida em contratual; extracontratual; subjetiva e; objetiva. No que tange à definição de cada uma das classificações, José Antonio Remédio preleciona o seguinte:

Várias são as classificações existentes a respeito da responsabilidade civil. Entre elas, destacam-se as que subdividem a responsabilidade civil em contratual e extracontratual (ou Aquiliana), assim como em subjetiva ou objetiva. a) Contratual: decorre de contrato ou de

⁵³ “Tanto na responsabilidade subjetiva quanto na objetiva será essencial a existência da relação de causalidade entre o ato e o resultado. Há duas grandes teorias a respeito da causalidade: a da equivalência das condições e da causalidade adequada. De acordo com a primeira, desenvolvida por Von Buri, basta que o fato gerador da responsabilidade surja como condição *sine qua non* do dano para surgir nexos de causalidade. Pela segunda, devem-se eliminar os fatos menos relevantes, que possam estar entre os antecedentes do dano, apurando-se os fatos que normalmente podem ser o centro do nexos causal” (REMEDIÓ; FREITAS; LOZANO JUNIOR, 2000, p. 12)

⁵⁴ Segundo Remedio, Freitas e Lozano Junior (2000, p. 17), “Dano, em sentido amplo, é toda lesão a qualquer bem juridicamente protegido”.

convenção entre as partes; há prévio acordo de vontades entre as partes, porém o agente descumpre o pactuado; b) extracontratual (ou Aquiliana): decorre de um preceito geral violado ou da obrigação legal de não causar dano a outrem; c) subjetiva: está relacionada com o comportamento do sujeito, ou seja, para que haja a obrigação de indenizar, o fato deve ter sido causado por culpa do agente; d) objetiva: o dever de indenizar está relacionado apenas à existência de conduta (ação ou omissão), resultado (dano) e nexos causal entre a conduta e o resultado, não se indagando a respeito da culpa do causador do dano (REMÉDIO, 2018, p. 752).

A responsabilidade subjetiva nada mais é do que responsabilizar o agente pela conduta ilícita praticada que resultou na ocorrência do dano, tal conduta advém do emprego de dolo ou culpa. Já em relação à responsabilidade objetiva não há necessariamente uma conduta ilícita, contudo, ainda assim têm-se a ocorrência de um dano, bastando estar presente a conduta, resultado e o nexos causal entre eles para restar configurado a teoria, o que ocorre independente de dolo ou culpa. Neste sentido, afirma Fábio Ulhoa Coelho:

São duas as espécies de responsabilidade civil: subjetiva e objetiva. Na primeira, o sujeito passivo da obrigação pratica ato *ilícito* e esta é a razão de sua responsabilização; na segunda, ele só pratica atos *lícitos*, mas se verifica em relação a ele o fato jurídico descrito na lei como ensejador da responsabilidade. Quem responde subjetivamente fez algo que não deveria ter feito; quem responde objetivamente fez só o que deveria fazer. A ilicitude ou licitude da conduta do sujeito a quem se imputa a responsabilidade civil é que define, respectivamente, a espécie subjetiva ou objetiva (COELHO, 2010, p. 269).

Como veremos em tópico específico, o Estado pode responder objetivamente frente a seus atos bem como de seus funcionários, ou seja, independentemente de dolo ou culpa por ato que gere dano a terceiro, cabendo posterior ação de regresso, se for o caso. Essa responsabilidade Extracontratual objetiva também é aplicada com base na teoria do risco nos casos de omissão frente a prestação de direitos garantidos à população que cause danos à população, como é no caso da saúde pública, tornando a responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana um meio imprescindível para manter a garantia tanto ressarcitória, como desestimuladora de tal ato.

4.2. Responsabilidade civil extracontratual: evolução legislativa e teorias fundamentadoras

A Responsabilidade Civil extracontratual do Estado, conhecida também como Responsabilidade Civil Aquiliana encontra-se pacificada por todo ordenamento jurídico, bem como pelas jurisprudências, cabendo ao Estado responder pelos seus atos omissos. Contudo, nem sempre essa responsabilidade civil Estatal esteve presente na sociedade, prevalecendo nos séculos passados a Teoria da Irresponsabilidade. Neste sentido, afirma Maria Helena Diniz:

A doutrina mais antiga é a da irresponsabilidade absoluta, decorrente da ideia absolutista que apresentava o Estado como um ente-poderoso, contra o qual não prevaleciam os direitos individuais. Assim sendo, quem contratava com um funcionário público devia saber que este, enquanto preposto do Estado, não podia violar a norma, uma vez que Estado exercia a tutela do direito. Se o funcionário, no desempenho de sua função, lesasse direitos individuais, ele é que, pessoalmente, deveria reparar o dano e não o Estado. Infere-se daí que a irresponsabilidade estatal era temperada, pois se admitia a responsabilidade do funcionário, quando o evento danoso estivesse relacionado a um comportamento pessoal, seu. Além disso, os administrados não estavam completamente desprotegidos perante comportamentos unilaterais do Estado, visto que havia leis que previam sua responsabilização em certos casos, como a Lei francesa de 28 pluvioso do Ano VIII, por danos resultantes de obras públicas, por prejuízos causados por gestão do domínio privado do Estado, ou pelas coletividades públicas locais (DINIZ, 2013, p. 684).

Até o final do século XVIII imperava a teoria da irresponsabilidade, ou seja, o Estado não poderia ser responsabilizado por qualquer erro cometido. Naquela época considerava-se que o Rei jamais cometia erros pois se isso ocorresse ele estaria no mesmo patamar dos seus súditos o que era inadmissível. Essa teoria tornou-se ainda mais forte nos estados absolutistas que imperava a soberania do Estado.

Adotada na época dos Estados absolutos e obedecendo às condições políticas vigentes no período, a teoria da irresponsabilidade era baseada na soberania do Estado, autoridade superior e incontestável perante os súditos. Considerava-se, com fundamento na teoria do direito divino dos reis, elaborada por Jacques-Bénigne Bossuet, que os monarcas eram infalíveis e não poderiam causar danos, impossibilitando qualquer tentativa de responsabilizá-los. Surgiram, então, princípios como *The King can do not wrong* (o rei não pode errar) e *Le Roi ne peut mal faire* (o rei não pode fazer mal) (BEZERRA, 2016, s/p).

Com o passar do tempo essa visão de impunidade foi sofrendo intervenções⁵⁵ e, em meados do século XIX houve uma grande evolução no tocante à forma de tratamento do Estado passando este a responder de forma subjetiva pelos seus erros, o que possibilitou a sua reparação pelo Estado.

É inegável, no entanto, que o avanço do instituto da responsabilidade civil extracontratual ou Aquiliana, no direito romano, operou-se a partir da introdução do elemento subjetivo da culpa, contra o objetivismo do direito primitivo, eliminando-se do direito a ideia de pena, para substituí-la pela de reparação do prejuízo ocasionado (OLIVEIRA, 2015, p. 116).

Neste período surgiram os atos de Império com uma postura ainda considerada impositiva em relação aos administrados e os atos de gestão, que tratavam de forma igualitária Estado e particular, sendo possível, nesse último caso, a implicação da responsabilidade civil.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, os atos de gestão e os de Império naquela época se diferenciavam da seguinte forma:

Numa primeira fase, distinguiam-se, para fins de responsabilidade, os atos de império e os atos de gestão. Os primeiros seriam os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial, exorbitante do direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes; os segundos seriam praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços; como não difere a posição da Administração e a do particular, aplica-se a ambos o direito comum (DI PIETRO, 2010, p. 644).

A teoria da irresponsabilidade⁵⁶ foi sendo superada em todos os países passando a ser os Estados responsabilizados caso agissem de forma contrária à lei. Sobre o assunto, afirma José Antonio Remedio o seguinte:

⁵⁵ Segundo Maria Helena Diniz (2013, p. 684) “Hodiernamente, não mais se aceita tal teoria, pois a valoração dos direitos não se compadece com a ideia de que a vítima de um procedimento lesivo não tenha, contra o Estado, o direito de reparação, devendo limitar-se a demandá-la daquele que diretamente provocou o mal, embora agindo em nome e por conta do Estado”.

⁵⁶ Segundo Hely Lopes Meirelles (2013, p. 725) “A doutrina da irresponsabilidade está inteiramente superada, visto que as duas últimas Nações que a sustentavam, a Inglaterra e os Estados Unidos da América do Norte, abandonaram-na, respectivamente, pela *Crown Proceeding Act*, de 1947, e pelo

Até recentemente predominava no mundo a teoria da irresponsabilidade do Estado, sob os seguintes fundamentos básicos: o Estado não erra; o Estado age para atender ao interesse de todos, não podendo, por isso, ser responsabilizado, a soberania do Estado impede que seja reconhecida sua responsabilidade perante o indivíduo.

A efetiva implantação do Estado de Direito, com a submissão do Estado à lei, fez com que, paulatinamente, a teoria da irresponsabilidade do Estado fosse abandonada, embora alguns Estados ainda continuassem a utilizá-la, como ocorreu com Estados Unidos até 1946 e a Inglaterra até 1947.

A tese da irresponsabilidade do Estado está hoje proscrita nas legislações da grande maioria das nações, haja vista que a culpa, existente no Direito Privado, ganhou novos domínios, fazendo com que a responsabilidade dos Estados prevista nos Códigos passasse a integrar o texto constitucional, como ocorreu no Brasil (REMEDI, 2018, p.755)

Em 1824 foi promulgada no Brasil sua primeira Constituição Federal e, em seu texto legal já havia previsão da responsabilidade subjetiva do Estado o que permaneceu nas seguintes Constituições. Neste período era possível a responsabilização de pessoas jurídicas de direito público devendo ser provado nos mesmos moldes em que era aplicado aos demais particulares, sendo a comprovação da prova elemento fundamental para a implicação de ressarcimento pelo Estado (COELHO, 2010, p. 382).

A Constituição de 1891, primeira Constituição Republicana, manteve no art. 82 a orientação preconizada pela alínea 29 do art. 179 da Constituição Imperial de 1824. [...] A Constituição de 1934 contemplou a responsabilidade solidária entre o Estado e o funcionário, ao estatuir que “os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos (art. 171, *caput*). A Constituição de 1937 manteve no art. 158 a orientação dada pelo *caput* do art.171 da Constituição de 1934 (REMEDI, 2018, p. 758).

federal Tort Claims Act, de 1946. Caíram, assim, os últimos redutos da irresponsabilidade civil do Estado pelos atos de seus agentes”

A partir de então surgiram as primeiras teorias civilistas da responsabilidade civil⁵⁷ do Estado, sendo adotado o Direito Civil⁵⁸ como intermediador dessa responsabilidade considerando a culpa do agente causador do dano para ser reconhecida, dando ensejo ao surgimento da denominada teoria da Responsabilidade com responsabilidade com culpa, teoria da responsabilidade subjetiva ou teoria Civilista. Neste sentido, afirma Remedio (2018, p. 755), “na sequência à teoria da irresponsabilidade do Estado, surgiu a denominada **teoria da responsabilidade com culpa, teoria civilista**⁵⁹ ou **teoria da responsabilidade subjetiva**, com inspiração no Direito Civil”.

A teoria da responsabilidade subjetiva do Estado foi considerada um grande avanço possibilitando a responsabilização por seus atos sempre que seus agentes agissem com dolo ou culpa causando danos aos particulares⁶⁰.

Contudo, mesmo com tantos avanços envolvendo a possibilidade de responsabilização do Estado, a população ainda encontrava dificuldades no quesito comprovação de culpa do agente, o que deixava a desejar na prática uma punibilidade real e eficaz. Neste sentido, tornou-se necessário, para que houvesse uma maior eficiência, bem como possibilidade da ocorrência de responsabilização envolvendo atos omissos do poder público de uma nova teoria que facilitasse a aplicação da responsabilidade civil do Estado na prática.

⁵⁷ Para Diniz (2013, p. 684) “Essa teoria é inaceitável sob o prisma moral e prático, pois se a vítima se queixa de um dano causado pela pessoa jurídica de direito público em atuação ilícita, não satisfaz ao sentimento de justiça distinguir se o ato praticado *iure gestionis* ou *iure imperii*, porque em ambas as hipóteses o restabelecimento do equilíbrio exige a composição do patrimônio ofendido. Praticamente, é difícil caracterizar a atuação estatal e dizer em cada caso se o ato é de império ou de gestão. Negar indenização pelo Estado em qualquer de seus atos que causaram danos a terceiros é subtrair o poder público de sua função primordial de tutelar o direito”.

⁵⁸ No direito *alemão*, o instituto da responsabilidade civil extracontratual da Administração, tal como na Itália, tem-se regido tradicionalmente pelo Código Civil (BGB). Contudo, e diferentemente do que sucedeu na Itália, algumas modalidades dessa responsabilidade, e alguma áreas do instituto, foram afastadas pela jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça (*Bundesgerichtshof* – BGH) do Direito Civil e sujeitas a um regime especial, que hoje tem fonte, não só na jurisprudência, como também no costume e em lei especial. Nasceu o chamado *Staatshaftungsrecht* (QUADROS, 1995, p.22).

⁵⁹ Segundo Diniz, “tentando justificar a responsabilidade estatal, surgiu a teoria civilista, que distinguia, na ação estatal, atos de gestão e de império. Quando o Estado procedesse como pessoa privada, seria responsável na gestão de seu patrimônio pelos prejuízos que causasse e, quando agisse no exercício de sua soberania e em razão do império a que esta se prendia, não poderia ser responsabilizado por ser atos” (DINIZ, 2013, p. 684).

⁶⁰ Segundo preleciona José Antonio Remedio, têm-se que “o código Civil Brasileiro de 1916 adotou a referida teoria, ao dispor no art. 15 que “as pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando ao dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano” (REMEDI, 2018, p.755).

Com a entrada em vigor de uma nova Constituição Federal em 1946, a responsabilidade civil do Estado passou também a ser objetiva (Teoria da Responsabilidade civil extracontratual objetiva do Estado). Neste momento, a prova da culpa do agente deixou de ser indispensável para a implicação da responsabilização tornando mais fácil a comprovação do dano causado pelo Poder Público⁶¹. Segundo José Antonio Remedio (2018, p.758), “ a responsabilidade civil do Estado, antes fundada apenas no dolo ou na culpa, a partir da Constituição de 1946 passou a ter como fundamento o risco para o dever de indenizar, dando ensejo à aplicação da responsabilidade objetiva”. O que permaneceu na Constituição de 1967 (art. 105).

Neste sentido, afirma Coelho:

A Constituição de 1946 mudou a regra. A responsabilidade civil do Estado passou a ser objetiva e tem sido desta espécie desde então. A transição de uma para outro regime, contudo, não foi imediata. Esbarrou na distinção que doutrina e jurisprudência faziam entre atos de império e de gestão, procurando circunscrever a estes últimos a responsabilidade do Estado (COELHO, 2010, p. 382).

Após, novas teorias foram surgindo a fim de tentar fortalecer a fundamentação da responsabilidade civil do Estado, contudo, como veremos a seguir, nem todas foram aceitas pelo Brasil. Conhecidas como teorias publicistas, foram criadas três diferentes espécies sendo a teoria da culpa administrativa, também conhecida como teoria da culpa no serviço ou teoria da culpa anônima do serviço; teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral.

A doutrina do Direito Público propôs-se a resolver a questão da responsabilidade civil da Administração por *princípios objetivos*, expressos na *teoria da responsabilidade sem culpa* ou fundados numa *culpa especial do serviço público* quando lesivo de terceiros. Nessa tentativa surgiram as teses de *culpa administrativa*, do *risco administrativo* e do *risco integral*, todas elas identificadas no tronco comum da *responsabilidade objetiva da Administração Pública*, mas com variantes nos seus fundamentos e na sua aplicação, sem se falar

⁶¹ O marco inicial do estabelecimento da responsabilidade estatal com base em princípios do Direito Público se deu com a orientação da jurisprudência francesa no famoso *arrêt Blanco*, em 1873. No caso em tela, a menina Agnès Blanco foi atropelada por uma vagonete da Companhia Nacional de Fumo do Estado Francês, tendo uma perna amputada. Inconformado, seu pai, Jean Blanco, promoveu ação de indenização contra o Estado por prejuízos causados a terceiros em decorrência da atuação de seus agentes (BEZERRA, 2016, s/p).

nas submodalidades em que se repartiram essas três correntes (MEIRELLES, 2013, p. 725).

Para a primeira espécie, teoria da culpa administrativa basta existir a falta de serviço para ser responsabilizado, ou seja:

Pela teoria da culpa administrativa, teoria da culpa no serviço ou teoria da culpa anônima do serviço, a falta de serviço ou *fraute du servisse* dos franceses é suficiente para a responsabilidade civil, mesmo que não seja identificado o agente responsável pela ação. A teoria da culpa administrativa, transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo, possui como fundamentos a falta do serviço e a culpa subjetiva do agente, independentemente de sua identificação (REMEDIIO, 2018, p.755).

A referida teoria ainda que exclusivamente baseada na falta de um serviço ou sua má prestação, necessita da demonstração da intensão do agente, ou seja, trata-se de uma teoria subjetiva, sendo indispensável a presença do dolo ou culpa na sua configuração.

Já para a **teoria do risco administrativo**⁶², **que entendemos ser a teoria mais adequada para os casos envolvendo responsabilidade civil do Estado por omissão, basta a ocorrência do dano lesivo, independente de dolo ou culpa do agente causador.** O risco da atividade exercida é suficiente para a configuração da responsabilidade, sendo o agente totalmente responsável a partir do momento em que o assume. Nas palavras de José Antonio Remedio, essa teoria pode ser defendida da seguinte forma:

Tal teoria funda-se no risco que a atividade administrativa necessariamente provoca, sendo seus pressupostos a existência de um ato ou fato administrativo, a ocorrência de dano, e a existência de nexo de causalidade entre o ato ou fato e o dano. Configurado o nexo de causalidade entre a ação e o dano, verifica-se a responsabilidade objetiva do Estado pela reparação, ainda que demonstrada a ausência de culpa do agente público. No caso, adota-se como fundamento o princípio da “solidariedade social”, no sentido de que todos devem contribuir para a reparação dos danos causados pela atividade

⁶² “A teoria do Risco nasceu no século XIX e, de acordo com ela, aquele que, no seu interesse, criar uma situação de risco, será responsável quando ocorrer um dano, independente de ter agido com culpa. A obrigação de indenizar fixa-se no aspecto meramente objetivo, bastando a existência da conduta, dano e nexo causal. No caso, como esclarece Philippe Le Torneau, o juiz não tem que examinar o caráter lícito ou ilícito do ato impugnado ao pretendo responsável: as questões de responsabilidade transformam-se em simples problemas objetivos que se reduzem à pesquisa de uma relação de causalidade” (REMEDIIO; FREITAS; LOZANO JUNIOR, 2000, p. 10-11)

administrativa. A responsabilidade objetiva do Estado, aplicada na maioria dos Estados, inclusive no Brasil, está fundamentada na teoria do risco, e pode ser excluída nos casos de culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior (REMEDI, 2018, p. 756).

Segundo Mirelles, têm-se que:

O §6º do art. 37 da CF seguiu a linha traçada nas Constituições anteriores, e, abandonando a privatística *teoria subjetiva da culpa*, orientou-se pela doutrina do Direito Público e manteve a *responsabilidade civil objetiva da administração*, sob a modalidade do risco administrativo. Não chegou, porém, aos extremos do *risco integral*. É o que se infere do texto constitucional e tem sido admitido reiteradamente pela jurisprudência, com apoio da melhor doutrina (MEIRELLES, 2013, p. 729).

A atual Constituição Federal de 1988 (art. 37, §6º)⁶³ e o Código Civil de 2002 (art. 43)⁶⁴ comungam do mesmo entendimento em relação à responsabilidade civil do Estado, ou seja, este responderá de forma objetiva (responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito público) fundada na teoria do risco independente de culpa cabendo ação de regresso contra o responsável se for o caso.

No ordenamento jurídico brasileiro (CF, art. 37, §6º, e CC, art. 43) a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público funda-se nas suas relações com os administrados, em razão de comportamentos comissivos, caso em que, na teoria do risco, será objetiva (CF/88, art. 37, §6º; RT, 745:278; RTJ, 55:516), e omissivos danos, hipótese em que será subjetiva, conforme a teoria da culpa fundada na falta de serviço (ato ilícito), e, ainda, nas relações entre Estado e funcionário ter-se-ia uma responsabilidade subjetiva, visto que o direito de regresso da pessoa jurídica de direito público contra o agente faltoso está condicionado à conduta culposa ou dolosa deste (Cf/88, art. 37, §6º, e CC, art. 43) (DINIZ, 2013, p. 682).

Contudo, apesar de existirem no Brasil diversos entendimentos tanto doutrinários como jurisprudenciais quanto a aceitação da teoria do risco administrativo

⁶³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (BRASIL, 1988).

⁶⁴ Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo (BRASIL, 2002).

nos casos envolvendo omissão estatal, a questão ainda não é aceita de forma unânime entre os doutrinadores e julgadores em relação a tratar-se de uma teoria objetiva ou subjetiva.

Por fim, têm-se a teoria do risco integral, a responsabilidade se dá de forma objetiva independentemente da existência de qualquer fato exterior que exclua essa responsabilidade, como ocorre na teoria do risco administrativo, a qual como já mencionado anteriormente, será excluída nos casos de culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. Aqui, basta a ocorrência do dano, não interessando nenhum outro fato que possa vir justificar e afastar a responsabilidade do Estado.⁶⁵

Neste sentido, assegura José Antonio Remedio que:

Pela **teoria do risco integral**, os danos causados a terceiros por atos ou fatos administrativos são sempre indenizados, independentemente de dolo ou culpa, não se admitindo qualquer forma de exclusão da responsabilidade. [...]. Segundo o sistema da teoria do risco integral, só haverá exoneração de responsabilidade quando o dano não existir ou quando o dano não guardar relação de causalidade com a atividade da qual emergiu o risco. (REMEDIO, 2018, p. 756-757)

Existem situações em que o Estado não responderá civilmente pelo dano causado como nos casos de força maior, estado de necessidade e culpa exclusiva da vítima concorrendo unicamente para o dano contra si produzido. Assim, segundo Diniz:

Já se decidiu que a força maior (fato da natureza), em regra, é causa excludente de responsabilidade, mas o mesmo não se poderá dizer do caso fortuito. Para que a força maior seja excludente da responsabilidade civil do Estado exige-se que seja comprovadamente irresistível, inevitável e imprevisível para que fique bem caracterizada a inimputabilidade da entidade pública. Igualmente o Estado não responderá quando, ao atuar por estado de necessidade, causar danos, ante a preponderância, nesse caso, de interesses gerais públicos sobre conveniências, bens ou direitos dos particulares. Não haverá responsabilidade civil estatal se houver culpa da vítima concorrendo unicamente para o dano contra si produzido, mas para tanto ao Estado compete a prova da ocorrência da ação culposa do lesado. Assim sendo, se a culpa não for exclusiva da vítima porque o funcionário também concorreu para o evento lesivo, o Estado

⁶⁵ Segundo José Antonio Remedio, “alguns doutrinadores sustentam a aplicação da teoria do risco integral em matéria ambiental, seja em relação ao Estado, seja no tocante a qualquer outro causador do dano ambiental. Assim, para Édis Milaré, nos casos de dano ao meio ambiente, a regra é a responsabilidade civil objetiva fundada na teoria do risco integral, sendo prescindível a investigação de culpa, irrelevante a licitude da atividade e inaplicáveis eventuais excludentes de responsabilidade ou a cláusula de não-indenizar” (REMEDIO, 2018, p. 756).

responderá apenas pela metade dos prejuízos havidos. O estado ficará isento de responsabilidade se houver ação direta de terceiro, interferindo danosamente na relação jurídica entre particular e poder público e se se comprovar que este último não concorreu para a existência do dano (DINIZ, 2013, p. 691).

Em relação ao dever do Estado quanto ao cumprimento de direitos fundamentais sociais deve sempre ser observado se sua atuação é compatível com os mandamentos constitucionais devendo haver uma maior fiscalização em decorrência da importância que esses direitos possuem na vida do ser humano, principalmente no que tange aos direitos sociais prestacionais. Desta forma, quando o Estado é omissivo na prestação desses direitos decorrendo de um comportamento ilícito (imprudência, negligência ou imperícia)⁶⁶ deve ser responsabilizado civilmente por tal ato⁶⁷.

Assim, alunos da rede oficial de ensino, **pessoas internadas em hospitais públicos** ou detentos, **caso sofram algum dano quando estejam sob a guarda imediata do Poder Público, têm direito à indenização**, salvo se ficar comprovada a ocorrência de alguma causa excludente daquela responsabilidade estatal (MEIRELLES, 2013, p. 731, grifo nosso).

Sobre essa questão envolvendo omissão Estatal os autores ainda possuem diferentes posicionamentos, sendo que alguns entendem tratar-se de responsabilidade subjetiva e outros, objetiva. Vejamos alguns posicionamentos.

Segundo Maria Helena Diniz:

[...] como ensina, magistralmente, Celso Antônio Bandeira de Mello, “a responsabilidade por omissão é responsabilidade por comportamento ilícito. E é responsabilidade subjetiva porquanto supõe dolo ou culpa em suas modalidades de negligência, imperícia ou imprudência, embora possa tratar-se de uma culpa não individualizável na pessoa de tal ou qual funcionário, mas atribuída ao serviço estatal genericamente. É a culpa anônima ou *faute de servisse* dos franceses, entre nós traduzida como falta de serviço” (DINIZ, 2013, p. 695).

Já para Fábio Ulhoa Coelho, têm-se que:

⁶⁶ Segundo José Antônio Remédio, “a negligência consiste na ausência de diligências e prevenção, de cuidado necessário às normas que regem a conduta humana; a imprudência revela-se na precipitação de uma atitude, no comportamento inconsiderado, na insensatez e no desprezo das cautelas necessárias em certos momentos; e a imperícia consiste na falta de habilidade exigível para a prática do ato” (REMEDIO, 2018, p. 754).

⁶⁷ 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).

A responsabilidade do Estado é objetiva em qualquer hipótese, independentemente da natureza do ato que deu ensejo ao prejuízo. Para Oswaldo Aranha Bandeira Mello, contudo, ela tem lugar apenas se os danos decorrem de ato comissivos. Pelas omissões, a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público seria ainda subjetiva (1974:487). No mesmo sentido é o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello (1980:822/823; 1981:149). **Essa distinção, note-se, não tem sido aceita pelos tribunais, que responsabilizam o Estado independentemente de culpa do agente tanto no caso de ação como de omissão danosa na prestação do serviço público** (Gonçalves, 203:290). E ela, realmente, não tem sentido. A rigor, como já assentado, ação e omissão são apenas modos diferentes de descrever a mesma conduta (COELHO, 2010, p. 383, grifo nosso).

Neste sentido, seguimos no presente trabalho a posição de que quando o Estado age de forma danosa, seja por ação ou omissão, este deverá responder de forma objetiva independente de dolo ou culpa, com o devido respeito às exceções que poderão excluir essa responsabilidade, sendo este também o posicionamento majoritário no Supremo Tribunal Federal. Vejamos:

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL - A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. - Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o 'eventus damni' e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva , independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 – RTJ 71/99 – RTJ 91/377 – RTJ 99/1155 – RTJ 131/417). - O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias – como o caso fortuito e a força maior – ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à

própria vítima (RDA 137/233 – RTJ 55/50). (...) ” (RTJ 163/1107-1108, Rel. Min. CELSO DE MELLO) (STF, Agr. Reg. Agr. de Instrumento nº 852237 RS. Relator: Min. Celso de Mello, Data do Julgamento: 09/09/2013).

Ainda,

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE SAÚDE. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. NECESSIDADE DO REEXAME DO CONJUNTO FÁTICOPROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 279/STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO

[...]

Segundo lição de Seabra Fagundes, no Brasil, a partir da Constituição de 1946, adotou-se, no que diz respeito às entidades de Direito Público, a responsabilidade objetiva e, segundo a maioria dos doutrinadores, com base na teoria do risco administrativo (O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, 2.^a ed. p. 218). Esta teoria, a do risco administrativo, não chega, porém, aos extremos da Teoria do Risco Integral, que de forma radical obriga a Administração a indenizar sempre, desde que comprovado o dano e nexos de causalidade. Enfocando o tema, Wilson Melo e Silva preceitua: [...] A lição acima transcrita, embora anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, ainda é atual. Analisando a responsabilidade objetiva, no Recurso Especial nº 13369/MS, o Ministro Garcia Vieira, Relator, afirmou em seu substancial voto que, ‘a teoria do Risco Administrativo, acolhida por nosso ordenamento jurídico (art. 37, § 6.º, da CF) não exige a comprovação de culpa do agente público para se configurar a responsabilidade da administração. Exige-se apenas a prova da prática do ato ou da omissão do agente, no exercício de suas atribuições ou a título de exercê-las, a comprovação do dano e a relação de causalidade. É certo que esta teoria não exige a culpa do agente público, mas permite seja comprovada a existência da culpa da vítima para atenuar ou ilidir a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público’. Portanto, a teoria do risco administrativo estabelece que a pessoa jurídica de direito público responda pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pelo particular e a ação do agente ou do órgão da administração, independente da culpa do servidor ou do próprio serviço público (STF, Agr. Reg. Rec. Extraordinário nº 838508 DF. Relator: Min. Luiz Fux, Data do Julgamento: 19/11/2015).

Assim, diante da existência legal da responsabilidade civil extracontratual objetiva do Estado é possível que o direito a saúde pública, direito fundamental social quando não atendido de forma eficiente pelo poder público, este deve responder, dentro dos limites da lei, por tamanha ineficiência vez que resta inadmissível uma má

prestação de saúde pública aos que dela necessitam ferindo diretamente a dignidade da pessoa humana, senão, o direito à vida.

Ainda, o princípio da reserva do possível nem sempre é utilizado de forma correta pelos administradores, sendo em muitos casos utilizado como instrumento para justificar uma gestão ineficiente ou até mesmo ilegal em relação à prestação de deveres estatais. Assim, é nesse sentido também que a responsabilidade civil extracontratual possui um relevante papel, qual seja, promover a aplicação de sanções contra atos "irresponsáveis" da administração pública.

Segundo Paulo Cesar da Silva Braga em sua dissertação de Mestrado:

Em um país de dimensões continentais, formado por uma população de baixíssima consciência política e onde os administradores, em sua maioria, possuem pouca ou senão nenhuma solidariedade e respeito às leis, a teoria da reserva do possível atravessa o oceano, e passa entre nós a ser um escudo protetor da ilegalidade.

Fala-se em ilegalidade uma vez que não prestar saúde pública de forma eficiente significa violar o sistema; dessa forma, também se acaba por violar um princípio - o que é pior que violar uma norma em si, pois significa ofender toda a estrutura de um sistema. Mas é preciso ter-se a consciência de que a insuficiência da saúde pública é uma obrigação descumprida, é a inexecução de uma obrigação, a violação de um direito fundamental, que gera então um dano, individual ou coletivo, e, por conseguinte, a responsabilização – e defender responsabilização sem dano nos parece ser mero truísmo (BRAGA, 2012, p. 2).

Após uma breve análise das teorias que cercam a responsabilidade civil extracontratual do Estado, passamos a sua definição, instituto tão importante para a sociedade nos dias atuais contribuindo diretamente na possibilidade do ressarcimento no âmbito civil⁶⁸ por condutas errôneas ou omissas do Poder Público frente à garantia de direitos imprescindíveis para a manutenção da vida humana, como é o caso dos direitos fundamentais sociais.

Segundo preleciona Maria Helena Diniz, a responsabilidade civil extracontratual Estado é conceituada nos seguintes moldes:

⁶⁸ Segundo afirma Remedio (2018, p.752-753) “[...] as instancias civil, penal e administrativa são independentes, sendo pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nesse sentido. Também é firme na Corte Suprema o entendimento de que a aplicação de penalidade na instância administrativa é independente das esferas penal, cível e de improbidade administrativa. [...]. Apesar da responsabilidade civil ser independente da criminal, não se pode questionar mais sobre a existência do fato ou sobre quem seja o seu autor quando estas questões se acharem decididas no juízo Criminal (CC, art. 935).”

[...] a questão da responsabilidade civil aquiliana do Estado, ou melhor, das pessoas jurídicas de direito público, que na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, é, sem dúvida, no caso de atos ilícitos (comissivos ou omissivos) uma consequência do princípio da legalidade, sendo princípio da isonomia ou da igualdade de todos perante a lei e, na de atos ilícitos e na de danos ligados a situação criada pelo Poder Público (mesmo que o autor do prejuízo não tenha sido o Estado), do princípio da igualdade, pois o fundamento daquela responsabilidade é a garantia de uma equânime repartição dos ônus resultantes do evento danoso, evitando que uns suportem prejuízos oriundos de atividades desempenhadas em prol da coletividade. Funda-se a responsabilidade estatal, portanto, no princípio da isonomia, logo, deve haver igual repartição dos encargos públicos entre os cidadãos, pois, se em razão da atividade administrativa somente alguns particulares sofrerem danos especiais e anormais, isto é, que não são comuns da vida social, haveria um desequilíbrio na distribuição dos ônus públicos se somente eles suportassem o peso daquela atividade. Daí a imprescindibilidade de se restabelecer o equilíbrio, ressarcindo os lesados à custa dos cofres públicos (DINIZ, 2013, p. 679).

Hely Lopes Meirelles:

Responsabilidade civil da Administração é, pois, a que impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las. É distinta da responsabilidade contratual ou legal (MEIRELLES, 2013, p. 724).

Para José Antonio Remedio, têm-se como responsabilidade civil extracontratual o seguinte:

Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado, no dizer de Bandeira de Mello, a “obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos” (REMEDIO, 2018, p. 754).

O Estado responde diretamente pelos danos causados por seus agentes a terceiros devendo estes serem ressarcidos, “os danos que causa advêm do desempenho de funções que visam atender a interesses da sociedade, não sendo justo que somente algumas pessoas sofram com o evento lesivo oriundo de atividade exercida em benefício de todos” (DINIZ, 2013, p. 680).

O Estado age através de seu representante legal (pessoa física) podendo ser de um governante até mesmo um simples funcionário ou prestador de serviços que

esteja a serviço do poder público, desta forma, mesmo que não seja o Estado (pessoa jurídica) que tenha tomado a decisão ou realizado a atividade que ensejar a responsabilidade, este responderá diretamente pelo ato.⁶⁹ Neste sentido, “se houver, ato ilícito (dolo ou culpa) por parte de seu agente, terá o Estado direito de regresso contra ele. Paga então, ao prejudicado e recupera com o agente culpado o valor da indenização” (COELHO, 2010, p. 382).

O referido autor afirma ainda que:

Na ordem jurídica vigente, a objetivação é afirmada no plano constitucional (CF, art. 37, §6º: “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que ser agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”) e legal (CC, art. 43: “as pessoas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos de seus agentes que nessa qualidade causarem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”) (COELHO, 2010, p. 382).

Quando se fala em Estado, necessário se faz uma interpretação extensiva do termo, vez que aqui não se trata apenas da administração pública direta estando enquadrado também as pessoas jurídicas de direito público auxiliares do Estado, bem como de direito privado que desempenham atividades estatais. Assim, assevera Diniz:

Incluir-se-ão, ainda, para fins de responsabilidade do Estado, as pessoas jurídicas de direito público auxiliares do Estado, as de direito privado que desempenham cometimentos estatais sob concessão ou delegação explícitas (concessionárias de serviço público e delegados de função público) ou implícitas (sociedades mistas e empresas do Estado, no desempenho de serviço público propriamente dito) (DINIZ, 2013, p. 681).

Desta maneira, resta demonstrado a importância do instituto da responsabilidade civil quando aplicada no âmbito público fazendo com que o Estado responda de forma direta por seus atos que causem danos à sociedade, seja individual ou coletivo.

⁶⁹ Segundo a autora Maria Helena Diniz na obra Curso de Direito Civil Brasileiro – Volume 7: Responsabilidade Civil ressalta que “a responsabilidade civil estatal não está somente disciplinada pelo direito civil, mas, principalmente, pelo direito público, ou seja, direito constitucional, direito administrativo e direito internacional público” (DINIZ, 2013, p.681).

Assim, após uma longa passagem evolutiva da legislação envolvendo a possibilidade da existência da responsabilidade extracontratual (Aquiliana) objetiva do Estado, o que veio facilitar na prática a ocorrência do efetivo ressarcimento aos prejudicados, se for o caso. O assunto ganha contornos ainda mais especiais quando se trata de lesão à direitos fundamentais sociais prestacionais, pois estes dependem exclusivamente de ações públicas para serem efetivados como é o caso da saúde e, quando este dever constitucional não é exercido com eficiência pelo Estado não resta alternativa que não seja buscar amparo na possibilidade de responsabilização e reparação por tais atos. Por fim, o instituto da responsabilidade civil extracontratual do Estado, nesses casos, não possui outro fim que não seja ao da busca por justiça para fazer valer o respeito à dignidade da pessoa humana.

4.2.1. Responsabilidade objetiva frente à omissão estatal

O Código Civil de 1916 foi o propulsor da responsabilidade subjetiva sendo esta interpretada e utilizada como norma geral. Porém, ainda nesse período, nos casos em que o Estado integrava como parte passiva já era utilizada a responsabilidade objetiva o que tornou ainda mais evidente com o advento da Constituição de 1946 e, sendo de fato concretizada com a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002.

Antes de adentrarmos nas particularidades da responsabilidade civil objetiva do Estado (Aquiliana), é de suma importância entender que “incide a responsabilidade civil objetiva quando a Administração Pública assume o compromisso de velar pela integridade física da pessoa e esta vem a sofrer um dano decorrente da omissão do agente público naquela vigilância” (MEIRELLES, 2013, p. 731).

Apesar de defendermos neste estudo a aplicabilidade da responsabilidade civil extracontratual objetiva nos casos omissos do Estado, em especial, na omissão do cumprimento de direitos fundamentais sociais como a saúde pública, grande parte da doutrina ainda afirma tratar-se a omissão estatal de responsabilidade subjetiva, contudo, este entendimento não é unanimidade.

Embora inexista unanimidade a respeito da natureza da responsabilidade civil decorrente de omissão estatal, predomina na doutrina o entendimento de que se trata de responsabilidade subjetiva. Conforme Bandeira de Mello, a responsabilidade civil do Estado decorrente de ato ilícito fruto de omissão é subjetiva, ou seja, somente pode ser atribuída ao Estado se houver prova de culpa ou dolo do funcionário. Para figurado, o Estado, no caso de omissão, somente

é responsável civilmente quando houver *faute de service*, ou seja, quando não tiver funcionado o serviço ou quando estiver funcionado mal ou tardiamente. A jurisprudência, no entanto, não é pacífica a respeito (REMEDIO, 2018, p. 760).

José Antonio Remedio, em sua obra Direito Administrativo, afirma que apesar de haver diversos entendimentos doutrinários e jurisprudências afirmando ser uma responsabilidade subjetiva, aduz a existência de julgados recentes do Supremo Tribunal Federal adotando a teoria da responsabilidade objetiva nos casos de omissão. Assim, preleciona o seguinte:

Mais recentemente, o STJ mitigou seu entendimento, ao decidir que a responsabilidade civil do Estado, por omissão, é subjetiva ou por culpa, regime comum ou geral esse que, baseado no art. 37 da CF, enfrenta duas exceções principais: uma, quando a responsabilização objetiva do ente público decorrer de expressa previsão legal, em microsistema especial, como na proteção do meio ambiente; outra, **quando as circunstâncias indicarem presença de um *standard* ou dever de ação estatal mais rigoroso do que aquele que jorra, consoante a construção doutrinária e jurisprudencial, do texto constitucional.** (REMEDIO, 2018, p.760-761, grifo nosso).

Assim, já é possível verificar que o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento de que **quando a questão ventilada envolver “dever de ação estatal mais rigoroso do que aquele que jorra, consoante a construção doutrinária ou jurisprudencial”, há que se falar na responsabilidade civil extracontratual objetiva, restando, portanto, indiscutível a presença de dever de ação estatal nos casos envolvendo omissão na prestação do direito fundamental à saúde pública (dever estatal constitucionalmente protegido).**

O mencionado autor, ainda sobre o assunto, traz à baila que o Supremo Tribunal Federal também já vem adotando a posição trata-se, a questão ora discutida, de responsabilidade objetiva nos casos omissos. Nesse sentido, têm-se que:

De outro lado, em recentes julgados o STF passou a adotar a tese de responsabilidade objetiva nos casos de omissão. Nesse sentido: a) a omissão do Poder Público, quando lesiva aos direitos de qualquer pessoa, induz à responsabilidade civil objetiva do Estado, desde que presentes os pressupostos primários que lhe determinam a obrigação de indenizar os prejuízos que os seus agentes, nessa condição, hajam causado a terceiros; b) **a jurisprudência dos Tribunais em geral tem reconhecido a responsabilidade civil objetiva do Poder Público nas hipóteses em que o *eventus damini* ocorra em hospitais públicos (ou mantidos pelo Estado), ou derive de tratamento médico inadequado, ministrado por funcionário público, ou, então, resulte de conduta positiva (ação) ou negativa (omissão) imputável a servidor público com atuação na área médica;** c) a jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que as pessoas jurídicas de Direito Público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, §6º, da CF. tanto por atos comissivos quanto por omissivos, desde que demonstrado o nexo causal entre o dano e a omissão do Poder Público; d) a responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, no art. 37, § 6º, “**subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral**”. (REMEDIO, 2018, p. 761, grifo nosso).

Desta maneira, a plausibilidade de nosso entendimento quanto à aplicação da responsabilidade civil extracontratual objetiva (teoria do risco administrativo) nos casos de omissão estatal envolvendo o dever de prestação da saúde pública no Brasil.

Como visto no tópico anterior, quando se trata do Estado a responsabilidade civil subjetiva deixa de seguir a regra geral passando a ser aplicado a responsabilidade objetiva (teoria subjetiva da culpa) pautada no risco administrativo. “A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem concurso do lesado” (MEIRELLES, 2013, p. 726).

Nas palavras de José Antonio Remedio, têm-se por teoria do risco administrativo o seguinte:

A teoria do risco administrativo, consagrada no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houveram dado causa, por ação ou por omissão. Tal concepção teórica informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público e que faz emergir, da mera ocorrência do ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal ou patrimonial sofrido, independentemente da caracterização da culpa dos agentes estatais

ou de demonstração de falta do serviço público (REMEDI, 2018, p.758-759).

Quando nos referimos à teoria do risco administrativo não deve ser levado em consideração o grau culpa do poder público em relação ao dano, tampouco a sua existência ou inexistência, bastando que o dano tenha ocorrido em decorrência de uma ação ou omissão do Estado. Aqui basta o risco da atividade pública para ser configurado a indenização, ou seja, prescinde de apreciação dos elementos subjetivos dolo e culpa, sendo eles analisados somente em caso de ações regressivas. Neste sentido, segundo José Antonio Remedio (2018, p. 759), “ a consideração no sentido da licitude da ação administrativa é irrelevante, pois, sofrendo o particular um prejuízo em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, é devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais”.

O Código Civil de 2002, em seu parágrafo único do artigo 927 prevê de forma expressa a possibilidade de responsabilização por danos advindos de atividades de risco.

Hely Lopes Meirelles, defensor assíduo dessa teoria afirma ainda em sua obra que a teoria do risco administrativo no que tange à reparação do dano não só o Estado arcará com essa responsabilidade, mas também toda coletividade, o que se dará por meio do erário público.

O risco e a solidariedade social são, pois, os suportes desta doutrina, que, por sua objetividade e partilha dos encargos, conduz à mais perfeita justiça distributiva, razão pela qual tem merecido o acolhimento dos Estados modernos, inclusive o Brasil, que a consagrou pela primeira vez no art. 194 da CF/46 (MEIRELLES, 2013, p. 726).

Mesmo que essa teoria não preceda de demonstração de culpa, quando tratar-se de situação em que o poder público não concorreu com o fato danoso (nem seus funcionários) este tem o direito de provar a culpa total ou parcial do lesado e, assim, excluirá integral ou parcialmente, se for o caso, sua responsabilidade em indenizar. A referida teoria defende a não necessidade de comprovação de culpa pelo lesado e não a responsabilização do Estado a qualquer custo devendo sempre ser analisado o caso concreto.

O parágrafo 6º do art. 37 da Constituição Federal de 1988 dispõe de forma expressa sobre a responsabilidade objetiva:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) [...]

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

O Poder Público irá responder pelos danos causados a terceiros independente de comprovação de dolo ou culpa e, posteriormente, caso seja demonstrado culpa exclusiva de seu servidor⁷⁰ aquele poderá ingressar regressivamente⁷¹ contra este. Assim, o lesado estará “seguro” quanto ao ressarcimento do dano não sendo prejudicado por futuras discussões acerca da culpa entre poder público e servidor responsável.

José Antonio Remedio, sobre o assunto, aduz o seguinte:

A jurisprudência assentada no STJ sob a égide do CP/1973 é no sentido de que nas ações de indenização fundadas na responsabilidade civil objetiva do Estado não é obrigatória a denúncia da lide do agente público supostamente responsável pelo ato lesivo (CPC/1973, art. 70, III), **por impor ao autor manifesto prejuízo à celeridade na prestação jurisdicional, dando ensejo, num mesmo processo**, além da discussão sobre a responsabilidade objetiva referente à lide originária (CF, art. 37, § 6º), à necessidade da verificação da responsabilidade subjetiva entre o ente público e o agente causador do dano, a qual é desnecessária e irrelevante para o

⁷⁰ Para Hely Lopes Meirelles (2013, p. 730) “A Constituição atual usou acertadamente o vocábulo *agente*, no sentido genérico de servidor público, abrangendo, para fins de responsabilidade civil, todas as pessoas incumbidas da realização de algum serviço público, em caráter permanente ou transitório. O essencial é que o agente da Administração haja praticado o ato ou a omissão administrativa na qualidade de agente público. Não se exige, pois, que tenha agido no exercício de suas funções, mas simplesmente na qualidade de agente público, e não como pessoa comum”.

⁷¹ “A ação regressiva da Administração contra o causador direto do dano está instituída pelo §6º do art. 37 da CF como mandamento a todas as entidades públicas e particulares prestadoras de serviços públicos. Para o êxito desta ação exigem-se dois requisitos: primeiro, que a Administração já tenha sido condenada a indenizar a vítima do dano sofrido; segundo, que se comprove a culpa do funcionário no evento danoso. Enquanto para a Administração a responsabilidade *independe da culpa*, para o servidor a responsabilidade *depende da culpa*; aquela é objetiva, esta é subjetiva e se apura pelos critérios gerais do Código Civil” (MEIRELLES, 2013, p. 737).

eventual ressarcimento do particular (REMEDIIO, 2018, p. 765, grifo nosso).

O fato da responsabilidade recair em um primeiro momento apenas para o Estado gera uma maior proteção em relação ao cumprimento de seus serviços frente à população, ou seja, contribuindo, de alguma forma, para que o Estado cumpra seus deveres constitucionais e infra legais com maior comprometimento e respeito ao próximo, principalmente no que tange a direitos fundamentais sociais como é o caso da saúde pública. Neste sentido, adverte Meirelles que:

Nessa substituição da responsabilidade individual do servidor pela responsabilidade genérica do Poder Público, cobrindo o risco da sua ação ou omissão, é que se assenta a teoria da *responsabilidade objetiva* da Administração, vale dizer, da *responsabilidade sem culpa*, pela só ocorrência da falta anônima do serviço, porque esta falta está, precisamente, na área dos riscos assumidos pela Administração para a consecução de seus fins (MEIRELLES, 2013, p. 731).

A indenização do Estado irá beneficiar não só um grupo de pessoas, podendo se estender a toda população como bem afirma Coelho:

Aqui, não se impõe ao causador de danos uma sanção com o objetivo de desestimular a prática ilícita – esta, como se verá, é uma das funções da responsabilidade subjetiva. Apenas se aloca recursos de forma racional, compatibilizando a eficiência na administração da escassez e redução das injustiças na distribuição. As atividades que deram ensejo ao dano indenizável não devem ser desestimuladas; pelo contrário, o proveito que as generalidades das pessoas delas usufruem é visto como altamente compensador em face dos danos causados a alguns poucos. A questão, portanto, não é reduzir ou suprimir os ganhos, mas distribuir entre todos os beneficiados o custo com as indenizações dos danos que a atividade causa (COELHO, 2010, p. 277).

A legislação vigente contribui diretamente para que o Estado responda por seus atos sempre que estes gerarem danos a terceiros, não só danos patrimoniais, mas qualquer ato danoso que possa causar prejuízos ao indivíduo⁷², como por exemplo

⁷² Importante mencionar, segundo preleciona Remedio que: “os elementos que estruturam e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem: a alteridade do dano; a causalidade material entre o *eventos damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público; a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional; e a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal” (REMEDIIO, 2018, p. 759).

pela falta da prestação de um direito fundamental social prestacional. Na saúde essa questão fica fácil ser vislumbrada, vez que quando ocorre a omissão do poder público com a falta de médicos, tratamentos adequados, medicamentos, leitos, vacinas, dentre tantas outras necessidades indispensáveis na manutenção da saúde, a população fica mercê da sorte e, em muitos casos, correndo sérios riscos de vida ou danos à saúde irreversíveis.

Quando analisamos condutas que podem gerar riscos tão sérios à população tomamos conta da necessidade e importância que o instituto da responsabilidade civil aquiliana possui na prática, pois, é justamente através dela que o lesado, ou grupo de lesados, possuem uma ferramenta para buscar punição por tamanha falta de responsabilidade do Estado quando age de forma comissiva ou omissiva⁷³. Contudo, não esquecendo da possibilidade de exclusão da responsabilidade da pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviços públicos quando ficar demonstrado a exclusiva culpa da vítima ou nos casos fortuitos, força maior, como já mencionado em tópico anterior.

4.3. Danos sociais: a possibilidade de reversão das verbas indenizatórias em favor de estabelecimentos de beneficência

Não é possível falar em responsabilidade civil sem dano, pois é a partir da ocorrência de um dano que nasce o dever de reparação. Como já vimos no decorrer do presente trabalho, é possível afastar a culpa na responsabilidade civil, contudo, o dano é imprescindível para sua configuração. Neste sentido, “o dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, visto que não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo. Só haverá responsabilidade civil se houver um dano a reparar” (DINIZ, 2013, p. 77).

⁷³ A respeito do prazo prescricional em relação à ação de responsabilidade civil do Estado há controvérsias entre doutrinadores. “Consoante o art. 1º-C da Lei 9.494/97, incluído pela MP 2.180-35, de 2001, prescreve em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Por outro lado, de acordo com o inciso V do § 3º do art. 206 do CC/2002, prescreve em três anos “a pretensão de reparação civil”. Na Jurisprudência, consoante julgados do STJ, é de três anos o prazo prescricional relativo à pretensão de reparação civil contra o Estado (CC, art. 206, § 3º, V), prazo esse que prevalece sobre o quinquênio previsto no art. 1º do Decreto 20.910/32. No entanto, também decidiu o STJ, é de cinco anos o prazo para a pretensão de reparação civil do Estado, sendo firme a jurisprudência da Corte “no sentido de que a prescrição contra a fazenda pública, mesmo em ações indenizatórias, rege-se pelo Decreto 20.910/32, que disciplina que o direito à reparação econômica prescreve em cinco anos da data da lesão ao patrimônio material ou imaterial” (REMEDI, 2018, p.766).

O dano pode ainda ser conceituado de forma mais ampla, ou seja, pode ser caracterizado advindo de uma lesão além do patrimônio material do indivíduo. Para Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 337) o dano pode ser considerado como “não só o patrimônio, mas a honra, a saúde, a vida, suscetíveis de proteção”.

A possibilidade da reparação civil quando há lesão ao direito da personalidade, torna possível a responsabilização advinda de uma conduta que cause danos a direitos que compõe características próprias dos seres humanos, direitos extremamente individuais que são protegidos pela Constituição Federal. A personalidade nada mais é do que o primeiro direito que um indivíduo possui.

Maria Helena Diniz cita em sua obra “Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil” o seguinte a respeito do direito a personalidade:

R. Limongi França apresentou, cientificamente, a estrutura da especificação e classificação dos direitos de personalidade, assim formulada: os direitos da personalidade são direitos de defender: 1) *a integridade física*: a vida (a concepção e a descendência – gene artificial, inseminação artificial ou de proveta; o nascimento – aborto; o planejamento familiar – limitação de filhos; a proteção do menor pela família ou pela sociedade; a habitação a educação; o trabalho; o transporte adequado; a segurança física; **o aspecto físico da estética humana; a proteção médica e hospitalar**; o meio ambiente ecológico; o sossego; o lazer; o desenvolvimento vocacional profissional e artístico; a liberdade física; o prolongamento artificial d vida; a reanimação; a velhice digna etc.), os alimentos, o próprio corpo vivo ou morto, o corpo alheio vivo ou morto, as partes separadas do corpo vivo ou morto (o espermatozoide; o óvulo, o uso do útero para procriação alheia; o exame médico; a transfusão ou a alienação de sangue; o transplante; a experiência científica; o transexualismo; a mudança artificial do sexo; o débito conjugal; a liberdade física; o “passe” esportivo; o sepulcro; a cremação; a utilização científica do cadáver; a doação de órgãos do corpo morto; o culto religioso no enterro); 2) *a integridade intelectual*: a liberdade de pensamento; autoria científica, artística e literária e a atuação de esportista participante ou não de espetáculo; 3) *a integridade moral*: a honra, a honorificência, o recato, o segredo pessoal, doméstico, político, religioso e profissional, a imagem, a identidade pessoal, familiar e social (profissional, política e religiosa), a liberdade civil, política e religiosa, a segurança moral, a intimidade, o aspecto moral da estética humana, a identidade sexual, o nome, o título, o pseudônimo, a alcunha (DINIZ, 2013, p. 91-92).

Para Manuela Cibim Kallajian, têm-se por direito da personalidade o seguinte:

Consagrando em seu texto a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, a Constituição Federal reconheceu que a pessoa é detentora de direitos inerentes à sua personalidade. É

justamente a personalidade que nos identifica como pessoa, como ser humano que integra a sociedade e o gênero humano. [...] A personalidade consiste nos caracteres próprios da pessoa. Pela personalidade, que é um atributo jurídico reconhecido aos seres humanos, podemos adquirir, aferir e ordenar outros bens. Contudo, não é a personalidade o objeto dos direitos da personalidade, mas algumas qualidades, expressões ou projeções dela, visto que a personalidade não é exatamente um direito, mas um conceito básico sobre o qual se apoiam os direitos. Consiste, pois, na parte intrínseca da pessoa humana, no conjunto de caracteres do próprio indivíduo. Pela personalidade, a pessoa pode adquirir e defender os demais bens (KALLAJIAN, 2019, p. 32).

Principalmente no que tange aos danos a personalidade nem sempre é possível o restabelecimento da situação anterior à sua ocorrência. Nesses casos, quando isso ocorre a responsabilidade civil faz jus do instituto da compensação.

É sabido que um dos principais objetivos do Estado é, ou deveria ser, a busca pela ordem social (bem-estar e justiça social) e para isso, é necessária uma governança ativa e próspera sempre voltada para o desenvolvimento do país, bem como para preservação da vida humana com qualidade e dignidade.

É por meio do bem-estar social que a sociedade consegue usufruir de uma melhor qualidade de vida em todos os aspectos fazendo valer de seus direitos para viver com tranquilidade. Assim, quando o Estado fornece ao indivíduo meios aptos para uma vida digna, aquele está cumprindo com seus deveres sociais que podem ser por exemplo o **acesso amplo e irrestrito à saúde pública**, um meio ambiente equilibrado, uma política habitacional, educação, segurança, acesso à justiça e etc.

O Estado passa a ser responsabilizado toda vez que agir de forma comissiva ou omissiva que resulte em dano à sociedade civil coletiva, restando configurado o dano social. Nestes casos deverá ocorrer a compensação, vez que a própria sociedade arcará com o ressarcimento feito pelo Estado. Nesta linha de pensamento, segue Freire e Aragão, vejamos:

[...] restando comprovada a falta de investimento em infraestrutura por longos anos (para que se possa justificar a negligência e não adentrarmos na seara da independência dos poderes), e uma vez que tal fato tenha gerado prejuízo para a qualidade de vida da sociedade ou de um determinado grupo social, deve a União ser condenada a ressarcir os danos sociais, o mesmo ocorrendo com os Estados e Municípios, de acordo com a respectiva competência constitucional; nestes casos, em particular por se tratar de ressarcimento (indiretamente) realizado pela própria sociedade, e em benefício dela mesma, a indenização limitar-se-á ao aspecto exclusivamente

compensatório, jamais se revestindo de qualquer viés punitivo (ou inibitório-pedagógico) e, ainda assim, a grupos sociais determinados (FREIRE; ARAGÃO, 2019, s/p).

A falta de prestação de uma saúde pública com qualidade trata-se também de um dano social no sentido de que quando há uma conduta comissiva ou omissiva do poder público que resulte em uma má ou inexistente prestação de serviços médicos, falta de medicamentos para o atendimento básico dos populares ou até mesmo de equipamentos hospitalares, o dano sofrido se estende a diversas pessoas, configurando um dano social.

Sobre a destinação dos valores atribuídos a compensação de danos sociais arbitrados pelo poder judiciário (danos coletivos), nada mais justo que todos possam usufruir dos benefícios advindos dessas penalizações e, para isso, não há melhor destinação do que fundos judiciários, bem como institutos (público ou privados) voltados para a beneficência do necessitado por atuação do terceiro setor.

Quando há uma maior fiscalização da sociedade, bem como aplicação da lei pelo poder judiciário a fim de reparação de danos causados pelo poder público à população, principalmente no que atinge lesões irreversíveis de direitos fundamentais sociais prestacionais (que são deveres do poder público em disponibiliza-los) como ocorre com a saúde pública no Brasil, sem dúvidas há também uma melhor prestação pelo poder público a fim de evitar futuras condenações pecuniárias.

4.4. Saúde pública: dever prestacional x omissão estatal

A boa administração deve sempre ser respeitada pelo gestor público inclusive no que tange ao cumprimento dos direitos fundamentais prestacionais previstos na Carta Magna⁷⁴, bem como o cumprimento o princípio da finalidade, ou seja, de maneira alguma a ação ou omissão estatal deve prejudica-la, pois caso contrário, estará afetando diretamente o povo. Neste sentido, “o que o princípio da finalidade preceitua é que nenhuma ação ou omissão da Administração Pública beneficie ou

⁷⁴ Afirma Valter Alves Carvalho (2013, p. 103) “Conforme apontado ao longo desse estudo, o direito à boa administração pode ser conectado a diversos aspectos da Administração Pública. Caminhando para o fechamento, pode-se estabelecer um vínculo entre os serviços públicos, os direitos fundamentais, em especial os de caráter prestacionais, e os serviços públicos, prestados pelo Estado diretamente ou concedidos a particulares”.

prejudique pessoas sem ter como meta a realização de objetivos previstos no ordenamento jurídico” (ARAGÃO, 2012, p. 81).

Ainda,

Os serviços sociais em especial, tal como os de acesso à saúde e à educação, que podem ser compartilhados com o mercado, merecem ser desenvolvidos em consonância com a normatividade da boa administração, posto que se volta preferencialmente a uma parcela da sociedade que não logra realizar a fruição de tais bens pelas regras do mercado. A realidade social brasileira é marcada por inúmeras desigualdades estruturais de acesso aos bens jurídicos que funcionam como capacitação para o envolvimento no próprio processo democrático (trabalho, saúde, educação, renda, acesso à justiça etc.). A exclusão social se coloca, portanto, como mazela a impedir o amadurecimento de uma democracia e a fazer com que o Estado esteja constitucionalmente em mora com a população (CARVALHO, 2013, p. 106-107).

O Estado possui o dever de disponibilizar acesso à saúde pública a todos que dela necessitem de forma eficiente para que esse direito satisfaça as necessidades básicas de um atendimento médico com qualidade para restabelecer a saúde de forma digna. Para isso, é necessário que o poder público busque os meios mais eficientes para a concretização da saúde, o que na maioria das vezes se dá pela implementação de políticas públicas, como por exemplo o Sistema Único de Saúde - SUS.

A fim de reafirmar a importância do compromisso do poder público para com a criação e, principalmente, manutenção das políticas públicas, Valter Alves Carvalho aduz em sua dissertação de mestrado o seguinte:

Esse pensamento se conforma com o reconhecimento normativo, portanto. Uma vez feitas as escolhas em termos de políticas públicas, o dever de concretizá-las nasce inexoravelmente para a Administração Pública. Essas escolhas podem ser feitas pela Constituição ou pelas maiorias democráticas – cujo espaço não deve ser sufocado em favor de um projeto constitucional totalmente abrangente (CARVALHO, 2013, p. 101).

A partir do momento em que o Estado deixa de cumprir com seus deveres constitucionais no que tangem ao fornecimento de uma saúde pública apta ao atendimento e restabelecimento da saúde humana, seja por ação ou omissão, este

passa a ser responsabilizado civil, administrativa e, até criminalmente, dependendo do caso concreto, pelos seus atos.

Quando se trata de saúde pública é evidente que o Estado deve presta-la a fim de assegurar o mínimo de sobrevivência aos indivíduos que dela necessitem, pois, é a partir de uma boa qualidade de vida que é possível dá-se início ao desenvolvimento social.

O princípio (fundamento da república) da dignidade da pessoa humana deve ser interpretado como o principal e maior princípio-fundamento que rege a Constituição Federal, pois, sem dúvidas nenhuma é a partir dele que surgem os demais direitos fundamentais, inclusive o direito a saúde. Neste sentido, Braga preleciona sobre a importância do respeito à dignidade humana pelo Estado o seguinte:

Não se trata de um favor do Estado para com os administrados, mas um dever imperativo, onde não há discricionariedade, mas vinculação à lei maior. No Estado hodierno, não há espaço para o Estado polícia, para o estado ilusionista (que administra assentado em normas programáticas). Estamos em tempos que requerem concretização dos direitos. Assim, o Estado, ao menos aqueles que se intitulam como democrático de direito, vincula à lei como de resto qualquer outro elemento que lhe é material, povo ou população. É exatamente isso que é esperado e que pode ser exigido de um Estado democrático de direito e exatamente isso que pode ser lapidado do princípio maior da dignidade da pessoa humana (BRAGA, 2012, p. 55).

Desta maneira, a saúde pública é dever do Estado e direito do povo não sendo admissível qualquer justificativa ou ato de irresponsabilidade do poder público que deixe de presta-la com o mínimo necessário para garantia da vida humana com dignidade. Tampouco é admissível o argumento da reserva do possível, vez que em não raros casos utiliza-se dessa “artimanha” para justificar uma gestão ineficiente na prestação da saúde pública.

Sobre essa questão, o doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet em pronunciamento em Audiência Pública realizada no Supremo Tribunal Federal em 27 de abril de 2009, afirmou o seguinte:

Há estudos atuais comprovando, categoricamente, que a União não gasta em nenhuma rubrica orçamentária aquilo que foi disponibilizado pelo orçamento, inclusive na área da Saúde. Há provas cabais de

Estados e Municípios que não investem naquilo que foi imposto pela União no direito à Saúde.

Alegar a reserva do possível nessas circunstâncias é uma alegação vazia. Lembra que um precedente Do Tribunal Constitucional da Colômbia, interessantíssimo, que envolvia não um direito à ação, mas direito à moradia – há outros casos também no direito à saúde -, onde a redução de verba orçamentária, por lei, para o ano seguinte, em relação à moradia básica para o cidadão, foi, sim, considerada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional da Colômbia, alegando que o Estado, embora tenha uma alegação razoável de que esses recursos seriam indispensáveis para investir em outro setor, nesse aspecto foi principal causador da má gestão e da falta de recursos, e que isso não poderia servir de alegação eficiente em cada caso, a não ser que realmente comprovado o desequilíbrio manifesto do sistema orçamentário (Pronunciamento de Ingo Wolfgang Sarlet em Audiência Pública realizada no Supremo Tribunal Federal, 2009, p. 9-10).

O Poder Público possui a liberdade de administrar a gestão pública até certo ponto, pois, existem regras e leis que limitam essa liberdade não podendo agir com discricionariedade sempre que entender necessário. A discricionariedade⁷⁵ é limitada pela legalidade e proporcionalidade, pois quando se trata de medidas que visem proporcionar a concretização de direitos fundamentais ao ser humano o Estado deve ater-se às obrigações legais mínimas para a efetivação desses direitos. Ou seja, a discricionariedade não trata de uma opção de agir ou não agir do poder público quando envolve questões previstas pela Constituição que exigem uma atuação positiva do Estado, “a discricionariedade administrativa jamais poderá se converter em inércia do Estado. Assim sendo, a elaboração de uma lei vincula-se ao Executivo e ao Legislativo, os quais deverão tomá-la como meta, até sua plena concreção” (LAGE, 2013, p. 177).

A importância do direito à saúde já foi reafirmada em diversos mandamentos legais tanto nacionais, como internacionais, o que torna ainda mais evidente que não há que se falar em discricionariedade Estatal na prestação desse direito, mas, sim, em vinculação.

⁷⁵“Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto a fim de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente” (MELLO, 1998, p. 48).

A Constituição Federal de 1988 prevê o direito à saúde como um direito fundamental social em seu artigo 6º⁷⁶, reafirmando-o no artigo 196⁷⁷ do mesmo diploma legal.

Ao analisar a Constituição, as normas que regem os direitos fundamentais não devem ser interpretadas de forma programáticas e sim de eficácia plena, sendo de suma importância, essenciais para uma vivência humana com o mínimo necessário. Contudo, essa interpretação não deve ocorrer de forma a levar ao entendimento de que alguns desses direitos fundamentais não necessitem de ações governamentais para serem efetivados, podendo inclusive necessitar de leis infraconstitucionais para organiza-las e direcioná-las na prática.

A saúde foi inserida na Constituição Federal juntamente com os demais direitos sociais a fim de buscar maior igualdade entre os indivíduos, pois a partir de então, todos deveriam receber o mesmo tratamento, o que não seria diferente com a prestação de uma saúde digna, o que é essencial para o restabelecimento da vida humana.

A respeito da relevância dos direitos sociais inseridos na Carta Magna como meio garantidor da liberdade dos indivíduos, afirma Silva:

Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciados em normas constitucionais, que possibilitem melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo de liberdade (SILVA, 2014, p. 289-290).

Ainda, existem leis infraconstitucionais sobre a saúde pública como a Lei 8.080/90 - Sistema Único de Saúde) prevendo princípios e diretrizes que devem ser seguidos para o cumprimento da Carta Magna e, ainda, reconhecendo em seu artigo

⁷⁶ Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).

⁷⁷ Art. 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

2º a saúde com uma prestação do Estado, “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício” (BRASIL, 1990).

Além da previsão Constitucional e infra legal, o direito à saúde recebeu proteção internacional sendo previsto no artigo XVIII da Declaração dos Direitos Humanos o que demonstra, mais uma vez, a importância desse direito para todos, sem distinção.

Diante de tantas menções legais envolvendo o direito a saúde pública a sua relevância na vida do ser humano, direito essencial para a manutenção da sobrevivência humana com o mínimo de dignidade, deve ser a proteção à vida humana o principal objetivo do Estado.

Contudo, no Brasil, a saúde pública na prática não vem recebendo a devida atenção já há algum tempo e essa omissão estatal vem causando diversos danos (em sua maioria irreparáveis) aos populares que necessitam de tratamentos médicos para salvarem suas vidas. Vários são os problemas detectados como a falta de médicos (decorrente de má remuneração), falta de medicamentos, de aparelhos imprescindíveis para os atendimentos, leitos, enfermeiros e demais profissionais indispensáveis para o atendimento ao doente, dentre outros fatores imprescindíveis para os cuidados mínimos dentro de um hospital público, o que vem transformando os corredores dos hospitais públicos em um verdadeiro caos e, vidas que poderiam ser salvas são perdidas aos olhos de todos.

Ao Estado cabe sempre a mesma justificativa, a ausência de recursos públicos para investimentos, bem como o cumprimento do princípio da reserva do possível destinada para aquele fim. Segundo Paula Barcellos (2002, p. 237) “na ausência de um estudo mais aprofundado, a reserva do possível funcionou muitas vezes como o mote mágico, porque assustador e desconhecido, que impedia qualquer avanço na sindicabilidade dos direitos sociais”. E assim, a população paga mais uma vez pela ineficiência de seu gestor público.

É justamente para enfrentar esse tipo de justificativa que a responsabilidade civil é apta a ser utilizada pela parte mais fraca, qual seja, a população, como meio de cobrar do poder público a responsabilização por tamanha ineficiência na prestação de seus serviços básicos. Estamos nos referindo aqui sobre serviços previstos na

Constituição Federal como dever do Estado e direito de todos, como ocorre com a saúde pública, educação, segurança, etc.

Nos casos de insuficiência de recursos a serem destinados a saúde pública, cabe ao poder público remanejar internamente para que haja destinação de recursos de outras áreas, quando possível, devendo sempre ser respeitado a razoabilidade e proporcionalidade, mas isso raramente é feito na prática, o que fica comprovado pela situação crítica que se encontra a atual saúde pública no país.

Porém, quando não existe outra alternativa é imprescindível a busca pelo poder judiciário para solucionar as questões, bem como determinar as sanções reparatórias/compensatórias cabíveis para que o dano não volte a acontecer com outras pessoas que dependam desses serviços públicos principalmente quando nos referimos a danos (em sua maioria irreversíveis) diretamente ligados à vida humana.

Em conclusão, considerando os diversos pontos aqui levantados a fim de demonstrar a essencialidade da manutenção mínima da saúde pública no país pelo Estado como um dever constitucional a ser respeitado e cumprido, não resta possível qualquer justificativa com fins de tentar “lubridiar”, “ocultar”, “justificar” na verdade, uma gestão ineficiente, irresponsável e omissa que causa danos à saúde humana. Assim, deve o poder público, nesses casos, ser responsabilizado por seus atos.

A responsabilidade civil extrajudicial do Estado possui o condão de não só exigir a reparação/compensação do responsável pelo dano, mas também agir de forma pedagógica para que o Estado não volte a praticar atos omissos em relação a prestação mínima (dentro da razoabilidade) de direitos fundamentais essenciais para a vida humana.

4.5. Análise jurisprudencial acerca da omissão estatal à saúde pública e sua responsabilização

Não é recente os problemas que o país enfrenta quando o assunto é prestação estatal da saúde pública, que vem agindo de forma leviana há anos apesar de possuímos uma extensa legislação protetiva da saúde pública.

Diante a recorrente inércia Estatal ao fornecimento com um mínimo necessário de atendimento à saúde daqueles que dela necessitam, a população, bem como os órgãos fiscalizadores não vem tendo outra alternativa a não ser a busca pelo Poder Judiciário a fim de solucionar essas questões.

É evidente que o assunto torna ainda mais delicado quando se trata de omissão Estatal na prestação de direitos fundamentais sociais previstos para garantir aos indivíduos uma vida com o mínimo de dignidade humana, como é o caso da saúde pública, direito indispensável para a manutenção da vida humana. Neste sentido, assevera Ingo Wolfgang Sarlet sobre a importância da intervenção judiciária quando o caso se refere a manutenção da dignidade humana, vejamos:

Por outro lado, em que pese eventual divergência a respeito da fundamentalidade dos direitos sociais de um modo geral e dos limites de sua exigibilidade em Juízo, constata-se – pelo menos entre nós e em expressiva parcela da doutrina (mas também, embora talvez ainda com menor ênfase) e da jurisprudência – um crescente consenso no que diz com a plena justiciabilidade da dimensão negativa (defensiva) dos direitos sociais em geral e da possibilidade de se exigir em Juízo pelo menos a satisfação daquelas prestações vinculadas ao mínimo existencial, de tal sorte que também nesta esfera a dignidade da pessoa humana (notadamente quando conectada com o direito à vida) assume a condição de metacritério para as soluções tomadas no caso concreto, o que, de resto, acabou sendo objeto de reconhecimento em decisão recente do nosso Supremo Tribunal Federal (SARLET, 2011, p.112).

Ocorre que essa busca pelo judiciário vem tornando-se insustentável, pois o acúmulo de processos nos tribunais já atingem números assustadores o que chama atenção dos julgadores na seriedade do problema e ao mesmo tempo comprova o descaso do poder público para com o cumprimento de seus deveres legais. Desta forma, os Tribunais Superiores vêm cada vez mais colecionando jurisprudências a fim de consolidar entendimentos reiterados a respeito de inúmeras questões práticas envolvendo omissões estatais na prestação de serviços indispensáveis da saúde pública. Neste sentido, o Ministro Ilmar Galvão sustenta o seguinte:

O art. 196 da Constituição Federal estabelece como dever do Estado a prestação de assistência à saúde e garante o acesso universal e igualitário do cidadão aos serviços e ações para sua promoção, proteção e recuperação. O direito à saúde, como está assegurado na Carta, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas, no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele (STF, Rec. Extraordinário nº 226835. Relator: Min. Ilmar Galvão. Primeira Turma. Data de Julgamento: 14 dez.1999).

Os Tribunais vêm entendendo ser aplicável a teoria do risco administrativo objetiva nos casos envolvendo omissão ou má prestação de serviços públicos.

De uma forma geral, no entanto, a teoria do risco integral não encontra acolhida nos Tribunais Brasileiros, que adotam predominantemente a teoria do risco administrativo. Neste sentido, sob a égide da CF/69, decidiu o STF que a responsabilidade objetiva prevista no art. 107 da Constituição Federal não importa em reconhecimento da teoria do risco integral. O art. 107 de CF/69, relativamente à responsabilidade civil das pessoas jurídicas de Direito Público, possui redação semelhante à do art. 37, §6º, da CF/88, persistindo, portanto, a orientação antes firmada pelo STF. No ano de 2016, decidiu a Suprema Corte que “a responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, §6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral (REMEDIOS, 2018, p. 757)

As inúmeras ações pleiteadas buscam dar eficácia plena e imediata ao artigo 196 da Constituição Federal, vez que prevê o acesso a prestação da saúde a todos pautado na universalidade, contudo, na prática, esse acesso vem sendo restringido por má prestação estatal.

A discussão se fundamenta unicamente em duas justificativas claras, porém envolvendo direitos conflitantes, sendo de um lado a proteção da vida humana e de outro a falta de recursos públicos suficientes para destinação à saúde, pois o país já algum tempo vem enfrentando crises financeiras. Neste contexto, questiona-se o seguinte: o que deve prevalecer, o cuidado à vida humana ou a real situação financeira do país? Essas e outras indagações vem sendo reiteradamente discutidas por pesquisadores do direito a fim de encontrar soluções práticas para a questão com urgência, pois a vida humana não pode esperar.

Diante essas situações envolvendo a prestação estatal da saúde pública, os tribunais vêm analisando e decidindo inúmeros casos práticos tanto no sentido de proferir decisões mandamentais para cumprimento de fornecimento de medicamentos, exames, cirurgias e etc., como decisões condenatórias por danos já ocorridos decorrente da omissão estatal, o que ficou conhecido como judicialização da saúde.

Sobre essa questão, o Ministro Gilmar Mendes manifestou em pronunciamento em Audiência Pública realizada em 27 de abril de 2009 no Supremo Tribunal Federal sobre a situação caótica em que o país lida com a saúde pública e a importância da intervenção do poder judiciário na questão, vejamos:

No contexto em que vivemos, de recursos públicos escassos, aumento da expectativa de vida, expansão dos recursos terapêuticos e multiplicação das doenças, as discussões que envolvem o direito à saúde representam um dos principais desafios à eficácia jurídica dos direitos fundamentais.[...] O Poder Judiciário, que não pode deixar sem resposta os casos submetidos à sua apreciação, vem se deparando com situações trágicas no julgamento do pedido de cada cidadão que reclama um serviço ou um bem de saúde, muitas vezes extremamente urgente e imprescindíveis. [...] precisamos analisar, entre outras questões, as consequências da atuação do Poder Judiciário para a ordem, a saúde e a economia pública, mas sem esquecer que estamos tratando de um dos direitos mais importantes para os cidadãos brasileiros, o direito à vida (Pronunciamento do Ministro Gilmar Ferreira Mendes em Audiência Pública realizada no Supremo Tribunal Federal, 2009, p.4-6).

Passamos então a analisar alguns julgamentos realizados pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal sobre questões envolvendo a saúde pública no Brasil.

Daremos início à essa análise jurisprudencial pelo Superior Tribunal de Justiça, que vem proferindo o seguinte entendimento sobre as questões de não fornecimento de medicamentos para tratamentos graves, vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC/1973. AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PARA O TRATAMENTO DE MOLÉSTIA. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA (ASTREINTES) COM MEIO DE COMPELIR O DEVEDOR A ADIMPLIR A OBRIGAÇÃO. FAZENDA **PÚBLICA**. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO CONTEÚDO NORMATIVO INSERTO NO § 5º DO ART. 461 DO CPC/1973. DIREITO À **SAÚDE** E À VIDA. 1. Para os fins de aplicação do art. 543-C do CPC/1973, é mister delimitar o âmbito da tese a ser sufragada neste recurso especial representativo de controvérsia: possibilidade de imposição de multa diária (astreintes) a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros. 2. A função das astreintes é justamente no sentido de superar a recalcitrância do devedor em cumprir a obrigação de fazer ou de não fazer que lhe foi imposta, incidindo esse ônus a partir da ciência do obrigado e da sua negativa de adimplir a obrigação voluntariamente. 3. A particularidade de impor obrigação de fazer ou de não fazer à Fazenda **Pública** não ostenta a propriedade de mitigar, em caso de descumprimento, a sanção de pagar multa diária, conforme prescreve o § 5º do art. 461 do CPC/1973. E, em se tratando do direito à **saúde**, com maior razão deve ser aplicado, em desfavor do ente público devedor, o preceito cominatório, sob pena de ser subvertida garantia fundamental. Em outras palavras, é o direito-meio que assegura o bem maior: a vida. Precedentes: AgRg no AREsp 283.130/MS, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 8/4/2014; REsp

1.062.564/RS, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJde 23/10/2008; REsp1.062.564/RS, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 23/10/2008; REsp1.063.902/SC, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ de 1/9/2008; e AgRg no REsp 963.416/RS, Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ de 11/6/2008. 4. À luz do § 5º do art. 461 do CPC/1973, a recalcitrância do devedor permite ao juiz que, diante do caso concreto, adote qualquer medida que se revele necessária à satisfação do bem da vida almejado pelo jurisdicionado. Trata-se do "poder geral de efetivação", concedido ao juiz para dotar de efetividade as suas decisões. 5. A eventual exorbitância na fixação do valor das astreintes aciona mecanismo de proteção ao devedor: como a cominação de multa para o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer tão somente constitui método de coerção, obviamente não faz coisa julgada material, e pode, a requerimento da parte ou ex officio pelo magistrado, ser reduzida ou até mesmo suprimida, nesta última hipótese, caso a sua imposição não se mostrar mais necessária. Precedentes: AgRg no AgRg no AREsp 596.562/RJ, Relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe 24/8/2015; e AgRg no REsp 1.491.088/SP, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 12/5/2015. 6. No caso em foco, autora, ora recorrente, requer a condenação do Estado do Rio Grande do Sul na obrigação de fornecer (fazer) o medicamento Lumigan, 0,03%, de uso contínuo, para o tratamento de glaucoma primário de ângulo aberto (C.I.D. H 40.1). Logo, é mister acolher a pretensão recursal, a fim de restabelecer a multa imposta pelo Juízo de primeiro grau (fls. 51-53). 7. Recurso especial conhecido e provido, para declarar a possibilidade de imposição de multa diária à Fazenda Pública. Acórdão submetido à sistemática do § 7º do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973 e dos arts. 5º, II, e 6º, da Resolução STJ n. 08/2008 (STJ, RE nº 1474665/RS. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Primeira Seção. Data do Julgamento: 26 abr.2017).

O Recurso interposto ventila a possibilidade de imposição de multa diária ao ente público pelo não fornecimento de medicamento imprescindível para o tratamento do paciente. Fundamenta o Ministro Relator que o direito à vida deve ser protegido, portanto, devendo ser adotado as medidas necessárias para a satisfação da vida humana. Nota-se aqui que o julgamento reconheceu a relevância que o direito à saúde possui para o indivíduo, sendo dever do Estado cumpri-lo.

Ainda tratando sobre o fornecimento de medicamentos, o Superior Tribunal de Justiça já possui entendimento quanto a possibilidade de sequestro de valores públicos para este fim quando não realizado de livre e espontânea vontade pelo Estado. É o que demonstra o julgamento a seguir:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO DE MEDIDA NECESSÁRIA À EFETIVAÇÃO DA TUTELA

ESPECÍFICA OU À OBTENÇÃO DO RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE. ART. 461, § 5o. DO CPC. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE CONFERIDA AO JULGADOR, DE OFÍCIO OU A REQUERIMENTO DA PARTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. ACÓRDÃO SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO 08/2008 DO STJ.

1. Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo, o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação. 2. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 08/2008 do STJ (STJ, RE nº1069810/RS. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Primeira Seção. Data do Julgamento: 23 out.2013).

No tocante aos processos envolvendo pedidos de indenizações em desfavor do poder público em casos de omissões a prestação de saúde, o Superior Tribunal de Justiça também vem se manifestando como podemos observar nos julgamentos seguintes:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. OMISSÃO ESPECÍFICA. FUNDAÇÃO MUNICIPAL DE SAÚDE. ATENDIMENTO INEFICIENTE. DESÍDIA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REVISÃO. IRRISORIEDADE APONTADA. AFASTAMENTO DA SÚMULA 7/STJ.

I - O presente feito decorre de ação objetivando indenização por danos morais diante da suposta negligência no atendimento que ocasionou a morte da filha da parte autora no referido nosocômio descrito na inicial. Na sentença, julgou-se procedente o pedido. No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a sentença foi parcialmente reformada, apenas para que a incidência dos juros seja contada da data do evento danoso. II - No tocante à violação dos arts. 944 do Código Civil de 2002 e 6º, VI, da Lei n. 8.078/90, quanto à pretensão de revisão da verba indenizatória, a jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que é admissível o reexame do valor fixado a título de danos morais em hipóteses excepcionais, quando for verificada a exorbitância ou a índole irrisória da importância arbitrada, em flagrante ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. A propósito, confira-se: AgInt no REsp 1287225/SC, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 16/03/2017, DJe 22/03/2017 e AgInt no AREsp 873.844/TO, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 16/03/2017, DJe 27/03/2017). III - Nesse panorama, é necessária uma análise dos precedentes desta Corte de Justiça em casos análogos, para o fim de caracterização da irrisoriedade apontada. Veja-se: AgInt no AREsp 1261372/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 07/08/2018, DJe 15/08/2018 e AgInt no AREsp 958.733/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 24/04/2018, DJe 03/05/2018. IV - Com base nos precedentes citados, o valor fixado pela instância ordinária, não se mostra razoável, diante das peculiaridades do caso, podendo ser revisto nesta Corte, no que

a pretensão, de fato, autoriza o afastamento do óbice sumular n. 7/STJ. V - Correta, portanto a decisão agravada que conheceu do agravo em recurso especial para dar provimento ao recurso especial, para majorar a verba indenizatória para o valor de R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), nos parâmetros dos precedentes invocados. VI - Agravo interno improvido (STJ, Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº1423745/RJ. Relator: Min. Francisco Falcão. Segunda Turma. Data do Julgamento: 11 jun.2019).

Ainda, neste mesmo contexto, têm-se:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. MORTE DE PACIENTE. ATENDIMENTO NA REDE PRIVADA DE SAÚDE. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO ESTADO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535, INCISO II, DO CPC/73. INEXISTÊNCIA. FUNDAMENTOS NÃO ATACADOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA N. 283/STF. I - Na origem, trata-se de ação de indenização por danos materiais em face do Estado, agravante, tendo em vista a ocorrência de morte de paciente, ante a falta de vagas para a sua internação em UTI em hospital conveniado ao SUS, o que teria forçado a família a buscar tratamento em hospital particular. II - Não há violação do artigo 535 do CPC/73 quando não se vislumbra omissão, contradição ou obscuridade no acórdão recorrido capaz de tornar nula a decisão impugnada no especial, sendo que as alegações da parte agravante limitam-se a mero inconformismo com o mérito da contenda. III - Os argumentos expendidos no apelo raro não infirmaram os fundamentos expostos no acórdão recorrido, acerca da legitimidade passiva ad causam do Estado, agravante, na indenização por danos materiais à paciente, pois a qualquer um dos entes federativos cabe a responsabilidade pelo direito à saúde dos cidadãos; bem como quanto à legalidade do ressarcimento ao cidadão que busca a rede hospitalar privada para garantir sua saúde, tendo em vista os gastos por ele efetuados, em razão do dever constitucional previsto ao poder público na manutenção da saúde. Aplicável, portanto, no caso, o verbete sumular n. 283/STF no ponto. IV - Agravo interno improvido (STJ, Agravo em Recurso Especial nº1917.241/GO. Relator: Min. Francisco Falcão. Segunda Turma. Data do Julgamento: 16 fev.2017).

No julgamento a seguir, trata-se da falta de disponibilidade de médicos para atendimento no Sistema Único de Saúde, sendo reconhecida a responsabilidade solidária entre os entes federados pelo funcionamento do SUS. Sobre este argumento, entende o STJ a possibilidade da aplicação da responsabilidade civil no caso em tela por se tratar de ofensa a um direito fundamental. Vejamos:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO A SAÚDE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973. FORNECIMENTO DE

TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS PELO FUNCIONAMENTO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. ACÓRDÃO PARADIGMA: RE 855.178/SE, REL. MIN. LUIZ FUX, DJE 16.3.2015 (TEMA 793). AGRAVO INTERNO DO ENTE ESTADUAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Enunciado Administrativo 2). 2. Inexiste a alegada violação do art. 535 do CPC/1973, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do acórdão recorrido. O Tribunal de origem apreciou fundamentadamente a controvérsia, não padecendo o acórdão recorrido de qualquer omissão, contradição ou obscuridade. Observe-se, ademais, que julgamento diverso do pretendido, como na espécie, não implica ofensa à norma ora invocada. 3. Conforme o Tema 793 da Repercussão Geral do STF, 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 (RE 855.178/SE, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 16.3.2015). 4. Na mesma linha, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que o funcionamento do Sistema Único de Saúde é de responsabilidade solidária dos Entes Federados, de forma que qualquer deles tem legitimidade para figurar no polo passivo da demanda que objetivo o acesso a tratamento de saúde, não sendo cabível o chamamento ao processo dos demais (AgRg no AREsp. 350.065/CE, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 24.11.204; AgRg no REsp. 1.297.893/SE, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 5.8.2013). 5. Sendo solidária a obrigação, cabe ao Ente demandado judicialmente prover o fornecimento do tratamento médico, sob pena de ofensa ao direito fundamental à saúde. 6. Agravo Interno do Ente Estadual a que se nega provimento (STJ, Agravo Interno no Recurso Especial nº1484696/PI. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Primeira Turma. Data do Julgamento: 18 mar.2019).

Ainda neste mesmo contexto, o STJ entendeu possível a aplicação da responsabilidade civil mantendo a indenização já fixada em decisão anteriormente proferida por tribunal de primeiro e segundo grau a respeito de omissão do Estado no fornecimento de medicamento para tratamento de câncer levando o paciente a óbito, é o que expõe a seguir:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO MORAL. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. MORTE DE PACIENTE, EM TRATAMENTO DE CÂNCER, EM RAZÃO DA INTERRUPTÃO DO FORNECIMENTO DO FÁRMACO, PELO ESTADO. ALEGADA NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF.

ACÓRDÃO BASEADO EM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DA MATÉRIA, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL, SOB PENA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STF. ACÓRDÃO QUE, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS, CONCLUIU PELA EXISTÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A OMISSÃO DO ESTADO E A MORTE DO PAI DOS AUTORES. REEXAME. SÚMULA 7/STJ. PRETENDIDA REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, NA VIA ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão publicada em 19/12/2016, que, por sua vez, julgara recurso interposto contra decisum publicado na vigência do CPC/73. II. Na origem, trata-se de ação de indenização por danos morais e materiais, proposta por Joelson de Almeida Souza, Jairo de Almeida Souza, Jailson de Almeida Souza e Joaquim de Almeida Souza, em desfavor do Estado do Acre, em decorrência da não disponibilização de medicamento para tratamento de câncer, na rede pública estadual de saúde, resultando no óbito de seu genitor. III. Quanto à alegação de negativa de prestação jurisdicional, verifica-se que, apesar de apontar como violado o art. 535 do CPC/73, o agravante não evidencia qualquer vício, no acórdão recorrido, deixando de demonstrar no que consistiu a alegada ofensa ao citado dispositivo, atraindo, por analogia, a incidência da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal ("É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia"). Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp 422.907/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/12/2013; AgRg no AREsp 75.356/SC, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 21/10/2013. IV. No mérito, o Tribunal de origem decidiu a controvérsia, acerca da responsabilidade civil do Estado, sob o enfoque eminentemente constitucional, o que torna inviável a análise da questão, no mérito, em sede de Recurso Especial, sob pena de usurpação da competência do STF. Precedentes do STJ (AgRg no AREsp 584.240/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 03/12/2014; AgRg no REsp 1.473.025/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 03/12/2014). V. Ademais, o Tribunal de origem manteve a sentença de parcial procedência, concluindo, à luz das provas dos autos, que "há nexo de causalidade entre a conduta omissiva e a precoce morte do Paciente, de quem lhe foi retirada a chance de uma sobrevida, não havendo que se falar em caso fortuito, sequer comprovado pelo Estado". Ainda segundo o acórdão de 2º Grau, "a conduta omissiva do Estado em não fornecer o medicamento impediu que o enfermo tivesse a possibilidade de um benefício futuro provável, consubstanciado na esperança de controle da evolução da doença". Conclusão em sentido contrário, demandaria, inarredavelmente, o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, o que é inviável, em sede de Recurso Especial, em face da Súmula 7 desta Corte. VI. No que tange ao quantum indenizatório, "a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a revisão dos valores fixados a título de danos morais somente é possível quando exorbitante ou insignificante, em flagrante violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não é o caso dos autos. A verificação da razoabilidade do quantum

indenizatório esbarra no óbice da Súmula 7/STJ" (STJ, AgInt no AREsp 927.090/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 08/11/2016). VII. No caso, o Tribunal de origem, à luz das provas dos autos, fixou a indenização por danos morais em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a ser dividido pelos quatro autores, quantum que não se mostra excessivo, diante das peculiaridades da causa, expostas no acórdão recorrido. Incidência da Súmula 7/STJ. VIII. Agravo interno improvido (STJ, Agravo Interno no Recurso Especial nº1577177/AC. Relatora: Min. Assusete Magalhães. Segunda Turma. Data do Julgamento: 20 jun. 2017).

Passemos a analisar julgamentos sobre o tema na ordem do Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal recentemente decidiu a respeito da manutenção de bloqueio de verbas públicas para garantia do funcionamento do Sistema Único de Saúde entendendo ser medida necessária para o cumprimento do dever estatal em concretizar minimamente o direito fundamental. Neste sentido, deve-se buscar as medidas necessárias para a continuidade da prestação desse direito imprescindível para manutenção da vida. Vejamos a seguir recente decisão proferida em novembro de 2019 pelo Ministro Dias Toffoli. Vejamos:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS. DIREITO À SAÚDE. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. DETERMINAÇÃO DE BLOQUEIO DE VALORES PARA MANUTENÇÃO DO ATENDIMENTO PÚBLICO A PACIENTES DO SUS. NÃO COMPROVAÇÃO DO RISCO DE GRAVE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE OCORRÊNCIA DE DANO INVERSO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A decisão agravada não ultrapassou os limites normativos para a suspensão de segurança, isto é, circunscreveu-se à análise dos pressupostos do pedido, quais sejam, juízo mínimo de deliberação sobre a natureza constitucional da matéria de fundo e existência de grave lesão à ordem, à segurança, à saúde e à economia públicas, nos termos do disposto no art. 297 do RISTF. 2. Constatação de periculum in mora inverso, ante a imprescindibilidade da manutenção do atendimento a pacientes do Sistema Único de Saúde (SUS), sobressaindo-se a necessidade de proteção à saúde, à vida e à dignidade. 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento (STF, Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada STA 791 Agr/SC. Relator: Min. Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Data do Julgamento: 20 nov.2019).

Os Tribunais, em especial da Suprema Corte, buscam garantir o cumprimento do direito à saúde pública nos casos em que o Estado age de forma omissa. A questão merece maior cuidado e zelo por tratar-se de direito que demanda urgência, pois o periculum in mora neste caso pode gerar danos irreversíveis.

Ainda, em recente entendimento jurisprudencial da Suprema Corte a respeito da aplicação da responsabilidade civil frente a omissão Estatal na implementação de políticas públicas ocasionando eventual falha no serviço prestado, ensejou indenização para parte lesada.

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO À SAÚDE. OMISSÃO DO ESTADO CONSTATADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 279/STF. RECURSO PROTETATÓRIO. IMPOSIÇÃO DE MULTA. 1. Para dissentir do acórdão recorrido quanto à morosidade do Estado para a execução da política pública seria imprescindível a análise do material fático-probatório dos autos, procedimento vedado em instância extraordinária. Súmula 279/STF. 2. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não é cabível, na hipótese, condenação em honorários advocatícios (arts. 17 e 18, Lei nº 7.347/1985). 3. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015 (STF, Ag. Reg. no Recurso Extraordinário nº 1016398/SE. Relator: Min. Roberto Barroso. Primeira Turma. Data do Julgamento: 06 nov.2018).

No caso em tela, restou analisar a responsabilidade objetiva advinda do artigo 196 da Carta Magna e a possibilidade de responsabilização por danos morais e matérias pela demora de atendimento médico na rede pública de saúde, SUS. Diante tal discussão, o Ministro relator aduziu em sua fundamentação que “apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos” (BRASIL, Ag. Reg. RE nº 1016398/SE, 2018), citando a título de enriquecimento de sua fundamentação passagem do Ministro Celso de Mello, no RE 271.286:

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.

Ag. Reg. no Recurso Extraordinário nº 1016398/SE. Relator: Min. Roberto Barroso. Primeira Turma. Data do Julgamento: 06 nov.2018).

Neste sentido, o instituto da responsabilidade civil extracontratual objetiva do Estado para com a fiscalização, bem como penalização por atos omissos do poder público, principalmente no que se referem ao não cumprimento de direitos fundamentais prestacionais garantidos pela Constituição é de suma importância como auxílio na efetivação desses direitos, devendo ser considerado a relevância do dano, que na maioria das vezes pode ser irreversível como ocorre na saúde pública. Assim, os Tribunais Superiores vêm entendendo, como já mencionado anteriormente, pela responsabilização do poder público nos casos omissos na prestação da saúde à população.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa orientou-se por apresentar um discurso normativo sobre a recorrente omissão Estatal em relação à efetivação do direito fundamental à saúde.

Conforme analisado no decorrer deste estudo, demonstrou a importância da prestação da saúde pública na vida do ser humano, sendo essencial para a manutenção do direito à vida.

O Brasil possui uma vasta legislação garantindo este direito e prevendo diretrizes a serem traçadas para tal feito. Contudo, na prática, o que se vem observando é uma total indiferença por parte do governo em fazer valer esse direito da forma que deveria, uma vez que se trata de um dever constitucional do poder público para com seu povo.

O direito à saúde está elencando no rol dos direitos fundamentais, artigo 6º da Constituição Federal de 1988, sendo reafirmado em capítulo exclusivo nos artigos 196 e 200 do mesmo diploma legal, o que não deixa dúvidas quanto à obrigação do poder público em prestá-lo. Ainda, por se tratar de uma norma de eficácia limitada, este direito necessita de ação estatal para ser efetivado, não tendo força normativa suficiente para se autoaplicar (norma de eficácia limitada).

Ressalta-se que, apesar da existência de todo um aparato legislativo resguardando e direcionando o cumprimento deste direito fundamental, o poder público age reiteradamente de forma omissa em relação à sua prestação, sendo esta, em não raras vezes, oferecida para o povo precariamente, não tendo o mínimo necessário para um atendimento digno, como por exemplo a falta de medicamentos listados pelo SUS, vacinas, médicos e demais profissionais essenciais à saúde, hospitais sem equipamentos, falta de leitos, dentre outros inúmeros problemas.

Para tanto, observou-se a necessidade de medidas urgentes para solução do problema da saúde pública que vem se agravando a cada dia, ficando o povo a mercê da sorte, colocando suas vidas em riscos constantes. Neste sentido, sem outra alternativa viável, a sociedade vem buscando recorrentemente o Poder Judiciário para solução dessas questões, entendendo ser este o meio mais célere para a obtenção de resultados positivos e, conseqüentemente, o cumprimento pelo poder público de seus deveres. Contudo, ao longo de alguns anos, o Poder Judiciário vem acumulando

grande massa de processos sobre a questão e, quando julgados, as sentenças não raras vezes passam por “desapercebidas”, “indiferentes” pelos governantes que justificam o seu não cumprimento na falta de orçamento público, dentre outras justificativas que não são pertinentes para questões que envolvem a manutenção da vida humana.

Visando a busca de uma solução para o problema, o estudo buscou aprofundar-se no entendimento do instituto da responsabilidade civil extracontratual objetiva do Estado, pautada na teoria do risco administrativo a fim de responsabilizar, independente de dolo ou culpa, por atos estatais omissos frente ao cumprimento do direito à saúde pública essencial para manutenção da vida e, assim, consequentemente tentar fazer com que o Poder Público sinta-se coagido a cumpri-lo. Assim, a teoria do risco administrativo, resta ser a mais adequada para os casos envolvendo responsabilidade civil do Estado por omissão, bastando a ocorrência do dano lesivo, independente de dolo ou culpa do agente causador. Nesses casos, o risco da atividade exercida é suficiente para a configuração da responsabilidade, sendo o agente totalmente responsável a partir do momento em que o assume. Vale ressaltar por oportuno que, no nosso ordenamento jurídico apesar de já existir diversos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais quanto a aplicação da responsabilidade extracontratual objetiva em casos de omissão do poder público, ainda não é pacificado, vez que há também entendimentos afirmando trata-se de responsabilidade subjetiva.

Quanto aos problemas formulados na introdução, conclui-se pelo reconhecimento do direito à uma boa prestação da saúde pública pelo Estado, sendo um dever constitucional inquestionável, bem como um direito imprescindível para manutenção da vida. Sua vinculação aos direitos fundamentais sociais prestacionais se justifica pelo próprio ordenamento constitucional, como já mencionado anteriormente, o que demonstra ser seu inteiro cumprimento de vital relevância para com a sociedade, e caso não ocorra esse cumprimento de forma natural, que o instituto da responsabilidade civil extracontratual objetiva aquiliana seja aplicado para que os responsáveis respondam na medida de seus atos omissos.

Por fim, os cidadãos necessitam serem respeitados e ouvidos pelos gestores públicos, que seus direitos positivados na Carta Magna sejam efetivados com qualidade e respeito, pois não tratam de meras formalidades legais a serem seguidas,

mas sim, de direitos que visam proporcionar o mínimo de dignidade e bem-estar a cada um. Para tanto, cabe ao poder público agir com mais responsabilidade e empatia ao seu povo, o que nada mais é do que sua obrigação como dever Estatal.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales. Traducción de Carlos Bernal Pulido**. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo. Tradução de Luís Afonso Heck**. 2ª ed. Porto Alegre, 2008.

AMARAL, Gustavo. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para transição das práxis judiciárias. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ARAÚJO, Cassiano Silva; SOARES, Heber Peres.; RANGEL, Tauã Lima Vedal. Teoria da reserva do possível versus direito à saúde: uma reflexão à luz do paradigma da dignidade da pessoa humana. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 20, n.164, 2017. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/teoria-da-reserva-do-possivel-versus-direito-a-saude-uma-reflexao-a-luz-do-paradigma-da-dignidade-da-pessoa-humana/>>. Acesso em: 17. Set. 2019.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2002.

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos Humanos: Paradoxo da Civilização**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos.cont>>. Acesso em: 27 ago. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BELLO, Enzo. Cidadania e direitos sociais no Brasil: um enfoque político e social. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 177/205.

BEZERRA, Thiago Cardoso. A evolução da responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico brasileiro. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 22 out 2019. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46632/a-evolucao-da-responsabilidade-civil-do-estado-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 22 out 2019.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. Revisão de Estevão Rezende Martins. 2.ed. Brasília: UNB, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRAGA, Paulo Cesar da Silva. **A responsabilidade civil do Estado pela violação ao direito fundamental à saúde pública suficiente**. Orientador: Dr. José Luiz Gavião de Almeida. 2012. 141 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Metodista de Piracicaba. Piracicaba, 2012.

BRANCO, P. G. G. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES. G., BRANCO, P.G.G. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Código Civil. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

BRASIL. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Lei nº 3.0171, de 1 de Janeiro de 1916. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 07 nov. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Sistema Único de Saúde/Conselho Nacional de Secretários de Saúde**. Brasília: CONASS, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988 Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº29, de 13 de setembro de 2000. Altera os Artigos 34,35, 156,160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm>. Acesso em: 30 set.2019

BRASIL. Lei nº 8080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 07 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990(b). Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde - SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm>. Acesso em: 11 out. 2019

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº1917.241/GO**. Relator (a): Min. Francisco Falcão. Segunda Turma. Data do Julgamento: 16/02/2017, Brasília, DF. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=65685800&num_registro=201601221753&data=20170308&tipo=5&formato=P DF>. Acesso em: 12 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada STA 791 Agr/SC**. Relator (a): Min. Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Data do Julgamento: 20/11/2019, Brasília, DF. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751595912>>. Acesso em: 13 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº1423745/RJ**. Relator (a): Min. Francisco Falcão. Segunda Turma. Data do Julgamento: 11/06/2019, Brasília, DF. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=96537158&num_registro=201900006222&data=20190614&tipo=5&formato=P DF>. Acesso em: 12 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial nº1484696/PI**. Relator (a): Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Primeira Turma. Data do Julgamento: 18/03/2019, Brasília, DF. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?document_o_tipo=5&documento_sequencial=93693208®istro_numero=201600322258&publicacao_data=20190326&formato=PDF>. Acesso em: 12 dez. 2019

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial nº1577177/AC**. Relator (a): Min. Assusete Magalhães. Segunda Turma. Data do Julgamento: 20/06/2017, Brasília, DF. Disponível em:< https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1615596&num_registro=201600049415&data=20170628&formato=PDF>. Acesso em: 12 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº1069810/RS**. Relator (a): Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Primeira Seção, Brasília, DF: Data do Julgamento: 23/10/2013, Brasília, DF. Disponível em:< <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=>

32093797&num_registro=200801389284&data=20131106&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 10 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1474665/RS**. Relator (a): Min. Benedito Gonçalves. Primeira Seção, Brasília, DF: Data do Julgamento: 26/04/2017, Brasília, DF. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=71997847&num_registro=201402074797&data=20170622&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 10 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 852237 RS**. Relator (a): Min. Celso de Mello, Brasília, DF: Data do Julgamento: 09/09/2013, Brasília, DF. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4463295>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.016.398 SE**. Relator (a): Min. Luís Roberto Barroso, Brasília: Data do Julgamento: 19 nov. 2018, Brasília, DF. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748675907>>. Acesso em: 21 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1016398/SE**. Relator (a): Min. Roberto Barroso, Brasília, DF: Data do Julgamento: 06/11/2018. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748675907>>. Acesso em: 17 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 838508 DF**. Relator (a): Min. Luiz Fux, Brasília, DF: Data do Julgamento: 19/11/2015. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9816146>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 45 - DF**. Relator (a): Min. Celso de Mello, Brasília, DF. Data do Julgamento: 04/05/2004. Disponível em:<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUMA%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/l7lb9d2>>. Acesso em: 16 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 22.164/SP**. Relator (a): Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno, Brasília, DF: Data Julgamento 30 out. 1995, Do Julgamento:17/11/1995, Brasília, DF. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9823158>>. Acesso em: 10 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 226835**. Relator (a): Min. Ilmar Galvão. Primeira Turma. Brasília, DF. Data de Julgamento 14/12/1999,

Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14695914/recurso-extraordinario-re-226835-rs>>. Acesso em: 10 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 271.286-8 RS**. Relator (a): Min. Celso de Mello. Segunda Turma, Brasília, DF. Data Julgamento 24/11/2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 21 out. 2019

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. São Paulo: Elsevier, 2004.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas e Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, J.J. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CARDOSO Jr, J.C.; JACCOUD, L. Políticas Sociais no Brasil: organização, abrangência e tensões da ação estatal. In: JACCOUD, L. (Org.). **Questão Social e Políticas Sociais no Brasil Contemporâneo**. Brasília: IPEA, 2005, p. 181-260.

CARVALHO, Valter Alves. **O direito à boa administração pública**: uma análise no contexto dos direitos de cidadania no Brasil / Valter Alves Carvalho. Orientador: Prof. Dr. Gustavo Sampaio Telles Ferreira. 2013. 119 f Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade Federal Fuminense – Niterói, 2013. Disponível em: < http://ppgdc/sites.uff.br/wp-content/uploads/sites/34/2017/06/DISSERTA%C3%87%C3%83O_-_Valter_Alves_Carvalho.pdf>. Acesso em: 14 out. 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: obrigações e responsabilidade civil. V. 2. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Rodrigo Batista. **Direitos fundamentais sociais e políticas públicas**: subjetivação, justiciabilidade e tutela coletiva do direito à educação. Leme/SP: Habermann Editora, 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2001.

COSTA NETO, João. **Dignidade Humana**: visão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, do STF e do Tribunal Europeu. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível**. Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais. 3ª ed., Salvador: JusPodivm, 2008.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DALLARI, Pedro B. de Abreu. Institucionalização da participação popular nos municípios brasileiros. **Instituto Brasileiro de Administração Pública**, Caderno n. 1, p. 13-51, 1996.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2ª ed. rev., atual e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Volume 7: Responsabilidade Civil. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Editora Forense, 2019.

FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón; LEÓN HILARIO, Leysser. La reedificación conceptual de la responsabilidad extracontractual objetiva. **Revista de la Facultad de Derecho Pontífica Universidad Católica del Perú**. Lima, n. 58, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley más débil**. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FRIEIDE, Reis; ARAGÃO, Luciano. **Dos danos sociais**. Jus, 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/73759/dos-danos-sociais>>. Acesso em: 03 dez. 2019.

GOMES, Orlando. **Responsabilidade Civil/Orlando Gomes**. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito (org.). Rio de Janeiro: forense, 2011.

GONÇALVEZ, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012

KALLAJIAN, Manuela Cibim. **Privacidade, informação e liberdade de expressão**. Curitiba: Juruá, 2019.

KIM, Richard Pae; MENOZZI JUNIOR, M. Direito à saúde: eficácia das normas constitucionais. **Diritto & Diritti**, p. 1- 20, 2011.

KIM, Richard Pae. FUNDOS PÚBLICOS E POLÍTICAS PÚBLICAS: O regime jurídico e a gestão dos fundos especiais, instrumentos para a implantação e a garantia dos direitos fundamentais. In. CECATTO, Maria Aurea Baroni; MISAILIDIS, Mirta Lerena; LEAL, Mônica Clarissa Hanning; MEZZARROBA, Orides (orgs.). **Cidadania. Direitos Sociais e Políticas Públicas**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

KIM, Richard Pae. Tularidade dos Direitos Fundamentais Difusos e Coletivos. In. KIM, Richard Pae; BARROS, Sérgio Resende de; KOSATO, Fausto Kozo Matsumoto. (coord). MISAILIDIS, Mirta Gladys L. M; MACHADO, Paulo Affonso Leme (orgs.). **Direitos Fundamentais coletivos e difusos**: Questões sobre a fundamentalidade. São Paulo: Editora Verbatim, 2012.

LAGE, Lívia Regina Savergrini Bissole. Políticas públicas como programas e ações para o atingimento dos objetivos fundamentais do estado. In: **O controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Coordenado por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

LEWANDOWSKI, R. **Proibição do retrocesso**: os direitos fundamentais são produto de uma evolução multissecular. Jornal Folha de São Paulo/Opinião, 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/RicardoLewandowski/ArtigosJornais/1117223.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2019.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 5, n.18, p. 169-186. Jul./set. 2007.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. De los derechos humanos al derecho a una buena administración. In: ÁVILA RODRÍGUEZ, Carmen María. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Francisco (Coord.). **El derecho a una buena administración y la ética pública**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 43-54.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Conselho Nacional de Justiça. In: Renault, Sérgio Rabello Tamm; Bottini, Pierpaolo (coord.). **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MASTRODI, Josué. **Direitos Sociais Fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 43ª Edição. Atualizada por José Emmanuel Burle Filho; Carla Rosado Burle e Luís Gustavo Casillo Ghideti. São Paulo: Malheiros, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista diálogo jurídico**, Salvador, n.10, p.1-12, jan. 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Pronunciamento em Audiência Pública realizada no Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica__MGM.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2019.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 25. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 34^a ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NOVAIS, José Reis. **Direitos Sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra, Coimbra, 2010.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

NUNES, Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique de. **Responsabilidade civil dos pais pelos atos ilícitos dos filhos capazes**. Curitiba: Juruá, 2015.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique de. **Responsabilidade civil**: do seu abrandamento à luz da nova sistemática brasileira. Curitiba: Juruá, 2017.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. **Recurso de Apelação n. 14609944-PR**. Relator: Maria Aparecida Blanco de Lima, Curitiba, PR. Data do Julgamento 13/03/2016, 4^a Câmara Cível, DJe 19 mai. 2016. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340631932/apelacao-apl-14609944-pr-1460994-4-acordao?ref=serp>>. Acesso em: 27 ago. 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

QUADROS, Fausto de (org). **Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública**. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais**: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Editora Coimbra, 2006.

REIS, Jorge Renato dos; CERQUEIRA, Katia Leão. In. CECATTO, Maria Aurea Baroni *et al.* (org.). **Cidadania, Direitos Sociais e Políticas Públicas**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

REMEDIO, José Antonio. **Direito administrativo**. 3 Ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2018.

REMEDIO, José Antonio; REMEDIO, Davi Pereira. Direitos Fundamentais Difusos e Coletivos e Equidade. In. KIM, Richard Pae; BARROS, Sérgio Resende de; KOSATO,

Fausto Kozo Matsumoto. (coord). MISAILIDIS, Mirta Gladys L. M; MACHADO, Paulo Affonso Leme (orgs.). **Direitos Fundamentais coletivos e difusos: Questões sobre a fundamentalidade**. São Paulo: Editora Verbatim, 2012.

REMEDIO, José Antonio; FREITAS, José Fernando Seifarth de; LOZANO JUNIOR, José Júlio. Dano Moral: **doutrina, jurisprudência e legislação**. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIBAS, Claudia Aparecida Colla Taques. **Implementação Judicial dos Direitos Fundamentais Sociais: O Direito à Saúde**. Orientador: Prof. Dr. José Luiz Gavião de Almeida. 2011. 105 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Metodista de Piracicaba. Piracicaba, 2011.

RIBEIRO, Eduardo Papamanoli. **Efetivação dos direitos fundamentais coletivos e difusos pelas políticas públicas**. Orientador: Prof. Dr. Sérgio Resende de Barros. 2013. 83 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Metodista de Piracicaba. Piracicaba, 2013.

RIVADENEIRA, Rodolfo Arango. **El concepto de derechos sociales fundamentales**. 1 Ed. Bogotá: Legis Editores, 2005.

ROCHA, José Cláudio. A participação popular na gestão pública no Brasil. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2886, 27 maio 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19205>>. Acesso em: 10 out. 2019.

ROLIM, Luiz Antônio. **Instituições de direito romano**. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROSA, M.P.; GORCZEVSKI, C.A. **A concretização dos direitos humanos sociais e a reserva do possível**. In: XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional, 2008, Salvador.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Pronunciamento em Audiência Pública realizada no Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Ingo_Sarlet__titular_da_PUC_.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2019.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Princípio da universalidade. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. In: Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). **Tomo: Direito Administrativo e Constitucional**. VIDAL, Serrano Nunes Jr.; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner; FREIRE, André

Luiz (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/77/edicao-1/principio-da-universalidade>>. Acesso em: 10 out. 2019

SILVA, José Afonso da. **Curso de direitos constitucional positivo**. 37° ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Garantias econômicas, políticas e jurídicas da eficácia dos direitos sociais**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/garantias-econ%C3%B4micas-pol%C3%ADticas-e-jur%C3%ADdicas-da-efic%C3%A1cia-dos-direitos-sociais>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TOFFOLI, Jose Antonio Dias. **Pronunciamento em Audiência Pública realizada no Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Min._Jose_Antonio_Dias_Toffoli__Advogado_Geral_da_Uniao_.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2019.

TOMMASIELLO, Flávia Carneiro. **A reserva do possível nas pesquisas acadêmicas (2013-2018), com destaque para a efetividade dos direitos à saúde**. Orientador: Prof. Dr. Richard Pae Kim. 2019. 200 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Metodista de Piracicaba. Piracicaba, 2019.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direitos Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 29-49, jul./set, 1989.

TORRES, Vivian de Almeida Gregori. A atuação do terceiro setor como grupo de pressão. **Revista de Teorias da Democracia e Direitos Políticos**, Salvador, v. 4, n. 1, p. 75-94, Jan/Jul. 2018.

WATANABE, K. **Controle jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis**. In: GRINOVER, A.P. (Orgs.) O controle jurisdicional de políticas públicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**. V. 2. Brasília: UNB, 2009

Weber, Thadeu. (2013). A ideia de um "mínimo existencial" de J. Rawls. **Kriterion: Revista de Filosofia**, 54(127), 197-210. Disponível em: <<https://dx.doi.org/10.1590/S0100-512X2013000100011>>. Acesso em: 15 out. 2019.

ZOCKUN, C. Z. **Da Intervenção do Estado no Domínio Social**. Coleção Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores. 2009.