

# UMA VISÃO SOCIAL E JURÍDICA SOBRE O DIREITO À SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL

A SOCIAL AND LEGAL OVERVIEW ON THE RIGHT PUBLIC HEALTH IN BRAZIL

Fabricio Batista de Souza<sup>1</sup>  
Pedro Henrique Marangoni<sup>2</sup>  
Luiz Roberto Prandi<sup>3</sup>

DE SOUZA, F. B.; MARANGONI, P. H.; PRANDI, L. R. Uma visão social e jurídica sobre o direito à saúde pública no Brasil. **Akrópolis** Umuarama, v. 26, n. 2, p. 209-219, jul./dez. 2018.

DOI: 10.25110/akropolis.v26i2.7460

**RESUMO:** Procurou-se com este trabalho lançar um olhar sobre o direito social à saúde, que é estabelecido constitucionalmente como um dever do Estado, diretamente ligado ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e garantida mediante políticas sociais e econômicas. Partindo dessas diretrizes foi criado o Sistema Único de Saúde - SUS, cujos principais princípios norteadores são: universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; a integralidade de assistência; a igualdade da assistência à saúde; sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie. Entretanto, apesar do cuidado com que o legislador constituinte tratou a saúde, o Estado tem violado esse direito social. As políticas públicas direcionadas a esta área, tem se mostrado insuficientes, e o país ainda tem problemas graves relacionados a este tema como falta de médicos, falta de medicamentos e de equipamentos, demora no atendimento, falta de estrutura dos hospitais, etc. Todas essas carências geram danos à população, passíveis de reparação civil, por parte do Estado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Normas programáticas; Responsabilidade civil; Saúde pública; Visão social.

**ABSTRACT:** This paper seeks to cast a glance at the social right to health, which is constitutionally established as a duty of the state, directly connected with the fundamental principle of human dignity and guaranteed through social and economic policies. Based on these guidelines was created the National Health System - SUS, whose the main guiding principles are: universal access to health services at all levels of care, full assistance, equality of health care, without prejudice or privileges of any kind. However, despite the care with which the constitutional legislator had with the health, the state is violating this right. Public policies directed to this area, has proved insufficient, the country still has serious problems related to this subject as lack of doctors, lack of medicines and equipment, delay in treatment, lack of structure of hospitals, etc. All deficiencies can generate damage to population liable to civil remedies, by the state.

**KEYWORDS:** Civil responsibility; Program standards; Public health; Social vision.

<sup>1</sup>Bacharel em Direito pela Universidade Paranaense - UNIPAR - Umuarama - Paraná.  
E-mail: fabriciodireito2011@hotmail.com

<sup>2</sup>Bacharelado em Direito e participante do PIBIC da Universidade Paranaense - UNIPAR - Umuarama - Paraná.  
E-mail: phmgoni@hotmail.com

<sup>3</sup>Doutor em Ciências da Educação pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Atualmente é professor titular de Sociologia Jurídica e Coordenador Multicampi do Programa de Valorização do Magistério Superior - PRÓ-MAGÍSTER da Universidade Paranaense - UNIPAR - Umuarama - PR.  
Email: prandi@prof.unipar.br

## 1 INTRODUÇÃO

Quando se fala em saúde pública, abre-se uma extensa discussão a respeito do tema, pois se trata de uma questão social, política e jurídica. Social, porque se trata de um direito fundamental dos cidadãos, positivado na Constituição da República Federativa do Brasil, justamente no capítulo destinado aos direitos sociais. Política, uma vez que no texto constitucional, é rezada como um dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas. Assim, caso haja irregularidade, violação, precariedade, ou qualquer outro problema relacionado à prestação desse direito, culminando em conflito de direitos entre as partes, torna-se questão jurídica, cabendo ao judiciário a prestação jurisdicional.

A população mais pobre do país é também a mais necessitada da assistência do Estado, mas pouco sabe sobre esse direito social e se vê à mercê das políticas públicas prestadas, que, muitas vezes, se mostram insuficientes, podendo causar danos aos usuários.

O presente trabalho objetiva fazer uma breve abordagem sobre o direito à saúde pública no Brasil. Começando por um breve retrospecto do período ditatorial anterior à promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Serão expostas as principais bases jurídicas constitucionais da saúde pública no país, as quais deram origem ao Sistema Único de Saúde - SUS, assim como descrever os princípios norteadores desse sistema. Será feita uma abordagem sobre alguns princípios que devem ser observados no momento da aplicação do direito à saúde, para que se evitem excessos, e haja ponderação e eficácia. Buscar-se-á entender a situação atual da saúde pública no Brasil, bem como relatado alguns dos muitos problemas enfrentados pelos usuários deste sistema.

A parte final será dedicada a dispor a respeito da prestação dos serviços de saúde pelo Estado, apresentando alguns dos principais problemas enfrentados pelos usuários do Sistema Único de Saúde, assim como, sobre a reponsabilidade civil estatal, pelo mau atendimento no serviço público de saúde.

## 2 A SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL

Ao analisar o contexto histórico do Brasil antes da Constituição Federal de 1988, vemos

que o país havia passado por um recente período ditatorial, que começara em 1964. O momento mais duro foi em 1967 com a imposição dos Atos Institucionais, sendo o AI 5, o mais arbitrário, pois fechou o Congresso Nacional, aumentou a censura, proibiu reuniões políticas, entre outras restrições a direitos políticos e civis.

Após esse extenso período sem poder gozar plenamente do direito de liberdade de expressão, a população brasileira saiu às ruas em abril de 1984, em grandes manifestações populares, a denominada “Campanha das Diretas Já”. Então, no dia 25 de abril de 1984, a emenda para a eleição direta ainda naquele ano foi votada no Congresso Nacional sem a presença de populares, que não puderam presenciar a votação devido à forte segurança militar montada em volta do congresso.

Entretanto, apesar da grande expectativa, os 2/3 de votos indispensáveis à aprovação da emenda não foram alcançados, o resultado foi: 298 votos a favor, 65 contra e 3 abstenções e 112 candidatos não compareceram. A aprovação dependia de no mínimo 320 votos, frustrando assim o sonho das eleições diretas.

A seguir, foram realizadas eleições indiretas e com o apoio das mesmas lideranças das “Diretas Já”. Tancredo Neves foi eleito, porém, devido seu falecimento antes da posse, assumiu a presidência o vice José Sarney. Assim, no ano de 1985, uma emenda constitucional reestabeleceu as eleições diretas e em meio à sede de democracia, no dia 5 de Outubro de 1988 foi promulgada a atual Constituição vigente, que se destaca pela proteção aos preceitos democráticos.

O advento da Constituição Federal de 1988 trouxe várias mudanças relacionadas ao direito à saúde pública no Brasil. Em seus artigos iniciais, nota-se a importância que o constituinte a tratou, estando esta dentre os direitos fundamentais, na parte direcionada aos direitos sociais, como denota o art. 6º da CF ao rezar que: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, o moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Mas para entender melhor os direitos sociais, é necessário abordar primeiramente a eficácia das normas constitucionais programáticas, um tema que é muito discutido em nosso ordenamento jurídico. Vários estudos foram realiza-

dos na intenção de aprofundar o conhecimento sobre essas normas constitucionais.

Ao falar sobre o surgimento das normas programáticas, José Afonso Silva (2001, p. 136-137) explica:

Esse embate entre o liberalismo, com seu conceito de democracia política, e o intervencionismo ou o socialismo repercute nos textos das constituições contemporâneas, com seus princípios de direitos econômicos e sociais, comportando um conjunto de disposições concernentes tanto aos direitos dos trabalhadores como à estrutura da economia e ao estatuto dos cidadãos. O conjunto desses princípios forma o chamado conteúdo social das constituições. Vem daí o conceito de constituição dirigente, de que a Constituição de 1988 é exemplo destacado, enquanto define fins e programas de ação futura no sentido de uma orientação social democrática. Por isso, ela, não raro, foi minuciosa e, no seu compromisso com as conquistas liberais e com um plano de evolução política de conteúdo social, o enunciado de suas normas assumiu, muitas vezes, grande imprecisão, comprometendo sua eficácia e aplicabilidade imediata, por requerer providências ulteriores para incidir concretamente. Muitas normas são traduzidas no texto supremo apenas em princípio, como esquemas genéricos, simples programas a serem desenvolvidos ulteriormente pela atividade dos legisladores ordinários. São estas que constituem as normas constitucionais de princípio programático.

Após essa argumentação, José Afonso Silva (2001, p. 138) define normas programáticas como:

[...] aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios a serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.

A respeito das referidas normas, Crisafulli traz a seguinte definição (Apud BONODI-

VES, 2002, p. 221-222):

Nesta acepção, programáticas se dizem aquelas normas jurídicas com que o legislador, ao invés de regular imediatamente um certo objeto, preestabelece a si mesmo um programa de ação, com respeito ao próprio objeto, obrigando-se a dele não se afastar sem um justificado motivo. Com referência àquelas postas não numa lei qualquer, mas numa Constituição do tipo rígido, qual a vigente entre nós, pode e deve dar-se um passo adiante, definindo como programáticas as normas constitucionais mediante as quais um programa de ação é adotado pelo Estado e cometido aos seus órgãos legislativos, de direção política e administrativa, precisamente como programa que obrigatoriamente lhes incumbe realizar nos modos e formas da respectiva atividade. Em suma, um programa político, encampado pelo ordenamento jurídico e traduzido em termos de normas constitucionais, ou seja, provido de eficácia prevalente com respeito àquelas normas legislativas ordinárias: subtraído, portanto, às mutáveis oscilações e à variedade de critérios e orientações de partido e de governo e assim obrigatoriamente prefixados pela Constituição como fundamento e limite destes.

Nesta linha de raciocínio, as normas programáticas comportariam pouca normatividade, apresentando somente rumos a serem seguidos pelo Poder Público, contudo, sem determinar as atitudes a serem tomadas.

Já Canotilho (2001), atribui mais força normativa a tais normas na obra "Constituição Dirigente", ganhando destaque entre os juristas constitucionais brasileiros, ao buscar respostas às dúvidas relativas à aplicabilidade das normas programáticas e ao enfrentar as omissões e imposições da legislação constitucional, promovendo incursões em problemas como os da aplicação e efetividade das normas constitucionais.

Na lição de Dieter Grimm (2001, p. 295):

A bondade das constituições não se deixa determinar de forma absoluta e universal, mas apenas segundo um contexto histórico-concreto. O que tem êxito em um país, não serve necessariamente para um outro. O que era razoável no passado, pode perder seus objetivos no

presente. Constituições apontam para o resultado no futuro e afirmam-se (historicamente) no tempo. Seu êxito depende por isso também dos problemas que se opõem a elas na curso do tempo. Tais problemas conclusivamente apenas podem ser previstos pelos autores da Constituição de forma limitada. Por conseguinte, as soluções também quase sempre não se encontram dispostas prontamente na Constituição. A diferença entre normas abstratas e problemas concretos precisa ser ultrapassada, pelo contrário, através do significado e aplicação das normas. Nesse ponto, o êxito de uma Constituição também (depende das) respostas que são extraídas pelos interpretes das normas constitucionais e que são determinadas definitivamente pelo teor da Constituição.

Segundo o autor, é incumbência do Estado garantir os direitos políticos, não só na Constituição, mas na realidade social, entendimento que ressalta o deslocamento da visão abstencionista do Estado para uma estrutura promocional de direitos. Fica claro que a Constituição não apresenta normas sem eficácia, se assim fosse não se falaria em regras jurídicas, mas sim em preceitos e valores morais. Então, tomando como exemplo a classificação feita por José Afonso Silva (1998), tem-se:

As normas de eficácia plena: São as de eficácia imediata, que não precisam de complementação legislativa para produção de seus efeitos.

As normas de eficácia contida: São normas que possuem aplicabilidade imediata, contudo por ter grande amplitude de conteúdo, confere ao legislador opção de restringi-lo, assim em caso de inércia do legislador, elas terão aplicabilidade imediata em toda a sua amplitude.

As normas de eficácia limitada: Essas se dividem em:

α) As de princípio intuitivo (impositivas ou facultativas): Impositivas – As que necessitam de complementação; Facultativas – Permitem ao legislador editar ou não lei para disciplinar o conteúdo dela.

β) As normas programáticas: São normas que estabelecem diretrizes, programas a serem cumpridos. Em virtude de sua natureza dirigente, há muita discussão doutrinária a respeito de sua eficácia.

Como o presente trabalho trata do direito social à saúde, uma norma programática, cumpre esclarecer melhor essa classificação normativa. O professor José Afonso da Silva (1998, p. 138) conceitua as normas programáticas como:

[...] aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.

Essas normas são dirigidas ao legislador, entretanto, em muitos casos, como no da saúde pública, têm como destinatário a Administração Pública. Possuem vinculação desde a data da promulgação da Carta Magna e as leis que não se adequarem às suas diretrizes, tornam-se inválidas diante delas.

Portanto, evidente que as normas programáticas não dependem do legislador ou do Poder público, para possuírem efetividade. Canotilho (1999, p. 1105-1106) se posiciona no mesmo sentido:

Mais complexa é a questão da aplicabilidade directa das normas programáticas (normas-fim ou normas-tarefa). Como se viu, elas constituem direito atual juridicamente vinculante. [...] Além de constituírem princípios e regras definidoras de diretrizes para o legislador e a administração, as [...] vinculam também os tribunais, pois os juízes.

Diante do exposto, temos que o direito social à saúde, previsto no artigo 5º da CF, trata-se de direito fundamental da pessoa humana e de eficácia plena. Já a norma do Art. 196, que institui o dever do Estado na garantia desse direito, é de eficácia limitada, tendo como destinatário o Estado, contudo conclui-se que mesmo as normas de caráter programático possuem eficácia, assim como são vinculativas.

No contexto do direito à saúde pública, que faz parte do rol destas, observa-se que a regra contida no Art. 196, que institui o dever do Estado na garantia da prestação desse direito social, não pode ser considerada como simples ideais ou valores constitucionais, ou até mesmo

como simples promessas. O referido artigo reza sobre a atuação na redução do risco de doenças e outros agravos, ou seja, essas medidas estão diretamente ligadas ao direito à vida e ao princípio da dignidade humana.

A obra “Comentários à Constituição de 1988”, vol. III, traz os seguintes comentários de José Cretella Júnior (1993, p. 4331):

Nenhum bem da vida apresenta tão claramente unidos o interesse individual e o interesse social, como o da saúde, ou seja, do bem-estar físico que provém da perfeita harmonia de todos os elementos que constituem o seu organismo e de seu perfeito funcionamento. Para o indivíduo saúde é pressuposto e condição indispensável de toda atividade econômica e especulativa, de todo prazer material ou intelectual. O estado de doença não só constitui a negação de todos estes bens, como também representa perigo, mais ou menos próximo, para a própria existência do indivíduo e, nos casos mais graves, a causa determinante da morte. Para o corpo social a saúde de seus componentes é condição indispensável de sua conservação, da defesa interna e externa, do bem-estar geral, de todo progresso material, moral e político.

A tarefa do Poder Executivo é um desafio a ser enfrentado, tendo em vista que administrar uma pequena empresa já tem um certo grau de dificuldade, imagina a administração de todo país. Diante dessa complexidade e na busca de maior eficácia na prestação dos serviços de saúde, o legislador no Art. 198, trouxe diretrizes que serviram de base para a criação do Sistema Único de Saúde, quais sejam:

- 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.

O §1º do mesmo artigo reza que esse sistema será financiado com recursos da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Resalta-se que em um contexto mais generalizado do Art. 194 da CF introduz as disposições gerais quanto à seguridade social

elencando demais princípios basilares destinados a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e a assistência social. Logo, partindo das diretrizes previstas no Art. 198 e 194 da CF, que trouxeram os conceitos de unicidade e integralidade do sistema de saúde, foi editada a Lei 8080/90, intitulada Lei Orgânica da Saúde (LOS), que no Art. 7º trouxe vários princípios a serem obedecidos, os quais deram origem ao Sistema Único de Saúde (SUS).

Derivado da Carta Magna, o SUS baseia-se nos seguintes princípios:

a) **Universalidade:** é a garantia de acesso à saúde a toda sociedade, todo cidadão. Assim, institui-se o acesso universal dos indivíduos aos serviços públicos de saúde;

b) **Seletividade, Distributividade e Equidade:** é assegurar ações e serviços de todos os níveis de acordo com a complexidade que cada caso requeira, mais o cidadão onde morar, sem privilégios e sem barreiras. Todo cidadão é igual perante o SUS e será atendido conforme suas necessidades até o limite do que o sistema puder oferecer para todos;

c) **Integralidade:** é o reconhecimento na prática dos serviços de que o homem é um ser integral, biopsicossocial, e deverá ser atendido com esta visão integral por um sistema de saúde também integral, voltado a promover, proteger e recuperar sua saúde (BRASIL, 2000).

Extraí-se de tais princípios, que todo aquele que precisar de assistência à saúde deve ser recebido pelo SUS. O fornecimento deve ser feito em igualdade para todos, sem qualquer distinção. Desse modo, o SUS objetiva a garantia da efetividade da prestação desse direito social, visando à diminuição das desigualdades sociais e o pleno e acesso aos serviços de saúde. A prestação do direito à saúde é de responsabilidade da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios. Esses respondem de forma solidária. Essa responsabilidade inerente a cada ente federativo é definida na Lei Orgânica da Saúde:

À direção nacional do SUS, atribuiu a competência de ‘prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional’ (art. 16, XIII), devendo ‘promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e muni-

cipal' (art. 16, XV). À direção estadual do SUS, a Lei nº 8080/90, em seu art. 17, atribuiu as competências de promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde, de lhes prestar apoio técnico e financeiro, e de executar supletivamente ações e serviços de saúde. Por fim, à direção municipal do SUS, incumbiu de planejar, organizar, controlar, gerir e executar os serviços públicos de saúde. (BRASIL, 2000).

Assim, diante de um ato ilícito causado por mau atendimento no serviço público de saúde, caso se busque solução no judiciário, os Entes federativos responderão solidariamente.

### 3 O DIREITO À SAÚDE EM OBSERVÂNCIA DE ALGUNS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Além das fontes jurídicas constitucionais já citadas, existem outras criadas para complementar esse direito de assistência, criando assim uma vasta proteção para que esse direito se concretize. Porém, há certa dificuldade em se aplicar e dar eficácia ao direito à saúde, pois mesmo as normas de direitos fundamentais devem ser ponderadas quando entram em conflito com outros princípios. No caso da saúde, os principais princípios a serem observados são:

**O PRINCÍPIO DA IGUALDADE:** Para maior compreensão deste princípio deve se ter noção do conceito de isonomia jurídica que significa "tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade". Assim, ao fazer a aplicação do direito à saúde tal princípio deve ser observado. Um exemplo fático seria o caso de uma ordem judicial exigindo o transplante de órgão; como nesses casos há uma fila de espera, observado que todos os que aguardam têm direitos iguais, a ordem de espera deve ser respeitada, para que não haja ferimento do princípio da igualdade.

**O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE:** Em nosso ordenamento jurídico existem diversos princípios derivados dos direitos fundamentais, os quais muitas vezes entram em colisão. A abrangência desses princípios é limitada pelo princípio da proporcionalidade, de modo a evitar excessos. Nas palavras de Willis Santiago Guerra Filho (1997), uma medida será proporcional "se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente,

proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens". Um exemplo de contradição a este princípio seria a exigência da execução de um tratamento médico, que se tenha certeza que não se obterá êxito ou o fim almejado.

Segundo o entendimento de Barroso (2001, p. 218-219), não há distinção entre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, quando comenta:

Conclui-se, assim, a trajetória histórica da cláusula do devido processo legal e do princípio da razoabilidade no direito constitucional norte-americano. É bem de ver que tais conceitos correram mundo e repercutiram sobre os ordenamentos jurídicos atentos à constante busca de equilíbrio entre o exercício do poder e a preservação dos direitos dos cidadãos. Convém, por isso mesmo, aprofundar o exame do tema à luz dos métodos de argumentação e exposição sistemática que caracterizam o modo de entender e praticar o direito nos países de tradição jurídica romano-germânica. De logo é conveniente ressaltar que a doutrina e a jurisprudência, assim na Europa continental como no Brasil, costumam fazer referência, igualmente, ao princípio da proporcionalidade, conceito que em linhas gerais mantém uma relação de fungibilidade com o princípio da razoabilidade. Salvo onde assinalado, um e outro serão aqui empregados indistintamente.

**O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL:** Em síntese, condiciona a atuação do Estado aos recursos públicos disponíveis. Assim, para que as prestações positivas do Estado estejam vinculadas, sua eficácia estará submetida ao princípio da reserva do possível.

O Poder Público muitas vezes, invoca a necessidade de previsão orçamentária como forma de limitação à prestação dos direitos sociais, o que acaba sendo desacerto, pois a necessidade de previsão orçamentária vincula-se à Administração Pública, não ao Judiciário.

Nesse sentido, vale destacar a importante decisão do Min. Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Pet. 1246-SC:

[...] entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se quali-

fica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana (20). Portanto, como ficou demonstrado, “o simples argumento de limitação orçamentária, ainda que relevantes e de observância indispensável para a análise da questão, não bastam para limitar o acesso dos cidadãos ao direito à saúde garantido pela Constituição Federal. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 393.175. Relator Min. Celso de Mello. DJU, Brasília, 23 de outubro de 2013.)

Essa corrente jurisprudencial defende a tese da garantir do “mínimo existencial” pelo Estado, baseada no princípio da dignidade humana, defende que todo ser humano possui direito à satisfação das necessidades básicas, entre as quais se destaca a saúde. Em contrapartida, o Estado opõe a insuficiência de recursos financeiros e necessidade de previsão orçamentária. Contudo, essas alegações devem ser demonstradas.

Isto pode ser observado abaixo, nas alegações de Farena (1997, p. 12-14):

As alegações de negativa de efetivação de um direito social com base no argumento da reserva do possível devem ser sempre analisadas com desconfiança. Não basta simplesmente alegar que não há possibilidades financeiras de se cumprir a ordem judicial; é preciso demonstrá-la. O que não se pode é deixar que a evocação da reserva do possível converta-se “em verdadeira razão de Estado econômica, num AI-5 econômico que opera, na verdade, como uma anti-Constituição, contra tudo o que a Carta consagra em matéria de direitos sociais.

Portanto, é indispensável a proteção e materialização dos preceitos constitucionais relativos à saúde, para contribuição na construção de uma sociedade mais justa e com menos desigualdade social. Essa tarefa cabe ao poder

público, pois por meio da tributação arrecada recursos e deve aplicá-los corretamente, em todas as áreas sociais, como forma de contraprestação.

### 3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Apesar da importância que o constituinte deu ao direito social à saúde, o fato é que os serviços prestados pelos SUS ainda possuem sérias deficiências. As políticas públicas direcionadas a esta área tem se mostrado insuficientes, recebendo muitas críticas dos usuários.

Mesmo com todo crescimento econômico vivenciado nas últimas décadas, o Brasil ainda tem problemas graves relacionados à saúde. Entre os principais déficits estão: falta de médicos; falta de estrutura dos hospitais; falta de leitos para internamento nas unidades de tratamento intensivo; falta de medicamentos e de equipamento; demora no atendimento, etc.

Pode-se observar tais deficiências, sendo notória a necessidade de melhoramento do sistema de saúde brasileiro.

Ao falar sobre este tema Francisco José Castilhos Karam (2004, p. 144) descreve:

O caos instalado no SUS acaba desaguando nas portas das emergências dos hospitais, já inchados pelo excesso de demanda, falta de profissionais e verba. A secretaria de saúde não sabe informar o número de pessoas que esperam por atendimento médico nos postos de saúde em todo o Estado.

Com todas essas carências, verifica-se que a efetividade da prestação desse direito ainda está longe de se tornar realidade, gerando muitas vezes violação ao preceito constitucional da proteção da dignidade da pessoa humana. Isso contraria o princípio da eficiência, rezado no caput do art. 37 da Magna Carta. Partindo dessa premissa conclui-se que a saúde deve ser prestada de forma a alcançar resultados benéficos à população, com presteza e eficiência.

A respeito desse princípio, o professor Alexandrino (2002, p. 111) ensina:

Eficiência tem como corolário a boa qualidade. A partir da positivação deste princípio como norte da atividade administrativa, a sociedade passa a dispor de base jurídica expressa para cobrar a

efetividade do exercício de direitos sociais como a educação, a saúde e outros, os quais têm que ser garantidos pelo Estado com qualidade ao menos satisfatória.

Todas as carências citadas demonstram ineficiências na prestação dos serviços públicos de saúde, que podem resultar em danos aos usuários, passíveis de reparação civil por parte do Estado. Mas, antes de se falar em reparação civil, é necessária uma breve elucidação sobre responsabilidade civil, mais especificamente sobre a do Estado.

Na doutrina há várias definições sobre o que é responsabilidade civil. Maria Helena Diniz (2002, p. 36) traz o seguinte conceito:

[...] a responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

Reza a Constituição Federal de 1988, no Art. 37§ 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, 2000)

Da leitura do referido artigo nota-se que a CF de 88 adota a responsabilidade objetiva do Estado, assim para que esta se caracterize basta a ocorrência de um dano, proveniente de uma ação ou omissão estatal e a existência do nexo de causalidade entre o evento danoso e a conduta comissiva ou omissiva, sem que haja excludente de responsabilidade.

De acordo com a teoria do risco administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello (2006) leciona que para que haja o dever do Poder Público de reparar o dano são necessários os seguintes requisitos:

a) a existência de um dano correspondente a “lesão a um direito da vítima”, certo e injusto. Entretanto, para os adeptos da teoria

subjéctiva em caso de omissão do poder público, estes casos exigem, ainda, o comportamento culposo da administração;

b) o responsável pelo ato deve se revestir da qualidade de funcionário da Administração Pública;

c) é preciso que haja nexo de causalidade entre o ato comissivo ou omissivo da Administração e o dano causado.

A teoria objetiva adotada no ordenamento jurídico brasileiro, quando os danos decorram direto e imediatamente de conduta, comissivas de seus agentes, sendo também o entendimento da jurisprudência e do Supremo Tribunal Federal. A controvérsia é a respeito da responsabilidade civil do Estado em caso de omissão. Existem duas correntes doutrinárias sobre a responsabilidade estatal por ato omissivo. A primeira entende que em caso de omissão a responsabilidade civil do Estado é subjéctiva, respondendo o Estado com base na teoria da culpa administrativa esse é o entendimento de boa parte da doutrina.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 976-977) ou discorrer sobre esse assunto ensina:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjéctiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu o dever legal que lhe impunha obstar o evento lesivo. Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E sendo responsabilidade por ilícito é necessariamente responsabilidade subjéctiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa), ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjéctiva.

Para a outra corrente, a responsabilidade deve ser objetiva, não havendo distinção entre ação e omissão. Em casos de ocorrência de dano por ato omissivo há de se observar a natureza da omissão, para ver se esta é omissão específica ou genérica:

α) Específica é quando há o dever do Estado de evitar o dano. Um exemplo clássico é o caso de uma pessoa cair em um bueiro destampado, nessa hipótese, a omissão é específica e o Estado responde objetivamente, nos termos do Art. 37, § 6º, da CF.

β) Genérica é quando não há como identificar um agente público responsável, sendo a culpa atribuída ao serviço, não havendo o dever de agir individualizado, sendo a responsabilidade subjetiva.

Sempre que houver dano proveniente de ação ou omissão estatal, haverá a dever de reparar o dano. O Estado não será responsabilizado pelos atos praticados por seus agentes, caso haja excludentes da responsabilidade que podem ser: culpa exclusiva da vítima, culpa de terceiro, caso fortuito ou de força maior e estado de necessidade.

#### **4 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELO MAL ATENDIMENTO NOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE**

Após essa breve ilustração sobre o conceito geral de responsabilidade civil, é importante a abordagem desse tema no campo específico da saúde pública.

É fato que ainda existem muitos problemas a serem solucionados pelo Poder Público na área da saúde. Como já citado, a falta de médicos, a demora no atendimento, a falta de estrutura dos hospitais, são alguns dos muitos desafios a serem enfrentados pela Administração Pública, para melhora da qualidade de vida dos cidadãos e diminuição da desigualdade social.

Enquanto o Poder público não supre essas carências do sistema de saúde brasileiro, a população sofre com tratamentos, que muitas vezes são inadequados, precários e insatisfatórios. Com todos estes déficits, a prestação de serviço público ineficiente acaba gerando danos físicos, morais e materiais aos usuários, que para reparação do dano e garantia dos seus di-

reitos, procuram amparo no judiciário.

O dever do Poder Público de responder pelos danos causados pelo mau funcionamento do serviço públicos de saúde também é previsto no artigo 927 do Código Civil Brasileiro (VADE MECUM, 2018, p. 176).

**Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), 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.**

Como visto, o aparato jurídico para proteção do direito à saúde e responsabilização estatal é grande. Assim, verifica-se que existe um aumento de ações movidas contra o Estado, objetivando o ressarcimento de danos, entrega de medicamentos, procedimentos cirúrgicos, entre outros procedimentos e prestações positivas do governo.

Caso no final do curso processual se ficar provado a responsabilidade civil da Administração Pública, esta deverá reparar os danos suportados pela vítima, ou prover a necessidade requerida na inicial.

#### **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Constituição Federal de 1988 deu uma atenção especial ao direito à saúde pública no Brasil. Contudo, há uma grande discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito do tema, por tratar-se de normas que para sua concretização depende de políticas públicas do governo e que envolve princípios a serem observados. Um dos pontos mais controvertidos dessa discussão é a respeito da eficácia das normas de direitos sociais e sobre sua aplicabilidade. O presente artigo permite entender que, apesar do dever do Estado, previsto no Art. 196 da CF, de garantir a saúde, ser de caráter programático, a saúde não poder ser vista pelo Estado como uma simples norma abstrata, ou tida como uma promessa constitucional sem caráter vinculativo. O direito à saúde, contido no Art. 6º da CF, é um direito fundamental, portanto este direito é uma norma de eficácia plena, vinculativa do Poder Público.

Contudo, há de se observar alguns princípios, como o da igualdade, proporcionalidade

e da reserva do possível, para que se evitem excessos e que haja equilíbrio, a fim de que não se fira o princípio da segurança jurídica.

O Estado arrecada tributos, devendo destiná-los, em parte, para os gastos com a saúde. Assim, a simples alegação de que não é segurador universal, ou de insuficiência de recursos, não basta para afastar a obrigação estatal de prestação e garantia da saúde.

A má gestão pública e a ineficiência em lidar com a administração das verbas arrecadadas, assim como os problemas de corrupção e desvios de dinheiro, nas esferas da Administração Pública podem ser alguns dos principais motivos para o pouco investimento político social na área da saúde.

O baixo investimento é uma das principais causas dos vários problemas enfrentados pela população ao necessitar de atendimento médico-hospitalar. Então, quando as carências, o atendimento inadequado, a falta de estrutura, a demora, a omissão, ou outro problema relacionado acaba gerando dano ao usuário, este recorre em última instância ao Judiciário, buscando solução do problema ou reparação do dano sofrido.

Assim, cabe aos Juízes, Desembargadores ou Ministros, ponderar caso a caso, a existência de responsabilidade do Estado, caso haja, determinar o ressarcimento, reparação ou obrigação do ente público, da forma mais satisfatória à vítima e de maneira a não onerar demasiadamente os cofres públicos.

## REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. **Princípio da eficiência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.
- BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 6. ed. São Paulo, Malheiros, 2002.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização de Alexandre de Moraes. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- BRASIL. Superior Tribunal de justiça. **Recurso Especial nº 393.175**. Relator Min. Celso de Mello. DJU, Brasília, 23 de outubro de 2013.
- CANOTILHO, J. J. G. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001
- \_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra, Livraria Almadina, 1999, págs. 1105 e 1106.
- CRETELLA J. J. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.
- DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GRIMM, D. **A Constituição e a política**. Munchen: Beck, 2001.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- FARENA, D. V. M. **A Saúde na Constituição Federal**. In: Boletim do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, n. 4, 1997.
- KARAM, F. J. C. **A ética jornalística e o interesse público**. São Paulo: Summus, 2004.
- MELLO, C. A. B. de. **Curso de Direito Administrativo**. Malheiros, 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SARAIVA, **Vade Mecum**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- SILVA, J. A. da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros 2003.
- \_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

## UNA VISIÓN SOCIAL Y JURÍDICA SOBRE EL DERECHO A LA SALUD PÚBLICA EN BRASIL

**RESUMEN:** Se ha buscado con esta investigación lanzar una mirada sobre el derecho social a la salud, que es establecido constitucionalmente como un deber de Estado, directamente vinculada al principio fundamental de la dignidad de la persona humana y garantizada mediante políticas sociales y económicas. Partiendo de esas directrices se ha creado el Sistema

Único de Salud – SUS, cuyos principios orientadores son: universalidad de acceso a los servicios de salud en todos los niveles de asistencia, la integralidad de asistencia, la igualdad de asistencia a la salud, sin prejuicios o privilegios de cualquier especie. Sin embargo, a pesar del cuidado con que el legislador constituyente ha tratado la salud, el Estado ha violado ese derecho social. Las políticas públicas direccionadas a esta área se han mostrado insuficientes, y el país tiene graves problemas relacionados a este tema como falta de médicos, falta de medicamentos y de equipamientos, retraso en la atención, falta de estructura de los hospitales, etc. Todas esas carencias generan daños a la población, pasibles de reparación civil por parte del Estado.

**PALABRAS CLAVE:** Normas programáticas; Responsabilidad civil; Salud pública; Visión social.