

O colapso do SUS diante da emergência sanitária decorrente do Covid-19: força maior ou omissão da Administração Pública na efetivação do direito fundamental à saúde?

The collapse of SUS due to the health emergency resulting from Covid-19: greater strength or omission by the Public Administration in the implementation of the fundamental right to health?

Suzana Mendonça¹

Aline Regina Carrasco Vaz²

Resumo: A emergência sanitária decorrente do Covid-19 alterou profundamente as estruturas sociais em diversos setores, mas a saúde pública certamente representa uma das esferas mais afetadas. O sistema público de saúde, também apoiado pela iniciativa privada, vem suportando uma excessiva sobrecarga de demanda, cuja consumação desencadeia dúvidas sobre a diligência da atuação estatal frente os efeitos da pandemia. A efetivação do direito à saúde depende, em períodos de normalidade, de condutas positivas praticadas pelo Estado no sentido de efetivá-lo. Tal incumbência resta ainda mais patente em um contexto de crise sanitária. Pretende-se, assim, analisar se houve omissão estatal na concretização do direito à saúde na conjuntura de emergência sanitária experimentada em razão da pandemia, bem com se as atuações - ou ausência de atuações - ensejam responsabilização estatal.

Palavras-chave: Direito fundamental à saúde. Responsabilidade do Estado. Omissão da Administração Pública.

Abstract: The health emergency resulting from Covid-19 has profoundly altered social structures in several sectors, but public health certainly represents one of the most affected spheres. The public health system, also supported by the private sector, has been bearing an excessive demand overload, the consummation of which triggers doubts about the diligence of state action considering the effects of the pandemic.

¹ Mestre em Ciências Jurídico-Políticas, Especialidade de Direitos Fundamentais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Bioética pela Universidade de Lisboa. Advogada.

² Mestranda em Direito e Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Bioética pela Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Médico pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci - UNIASSELVI. Advogada.

The concretion of the right to health depends, in periods of normality, on positive behaviors practiced by the State in order to make it effective. This task remains even more evident in a context of health crisis. It is intended, therefore, to analyze whether there was a state omission in the implementation of the right to health in the conjuncture of health emergency experienced due to the pandemic, as well as whether the actions - or absence of actions - enable state accountability.

Key words: Fundamental right to health. State accountability. Omission by the Public Administration.

Introdução

A saúde, bem jurídico essencial à existência digna, constitui direito fundamental pendente de prestações materiais positivas para o seu devido preenchimento prático. Isso significa que as normas referentes ao direito à saúde somente se tornam factíveis se houver empreendimento de ações estatais para tanto, por meio de políticas públicas.

Em períodos de normalidade, a efetivação do direito à saúde encontra entraves diversos, entre eles a reserva do possível, cujo conteúdo expressa a finitude dos recursos públicos como fundamentação para o incumprimento de serviços de saúde. Já em circunstâncias de emergência sanitária, como a vivenciada em decorrência da pandemia, outros obstáculos se fazem presentes, como a sobrecarga do sistema de saúde.

Nessa perspectiva, será analisada a posição do direito à saúde especialmente considerando o contexto de crise sanitária atualmente experimentado e as eventuais adversidades impostas ao Poder Público na garantia dos meios e instrumentos necessários à adequada assistência de saúde para a população.

1. Direito Fundamental à Saúde

O reconhecimento dos direitos fundamentais decorre meramente da humanidade³ inerente a cada indivíduo, o que sustenta a sua titularidade universal⁴, não havendo qualquer distinção entre os destinatários das normas de proteção

³ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 20.

⁴ ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 217, 1999, pp. 55-66.

referentes aos bens jurídicos de maior essencialidade à dignidade humana. Embora os direitos fundamentais sejam regularmente agrupados em dimensões, não somente para fins de classificação, mas também de alusão ao caráter gradual de seu estabelecimento nos ordenamentos jurídicos, o catálogo fundamental de direitos sustenta-se sobretudo nos pilares das atuações estatais necessárias para sua efetivação.

O preenchimento fático dos direitos fundamentais, isto é, a conversão das normas de proteção em prática, resta pendente de determinados comportamentos estatais. Enquanto parcela dos direitos é marcada pela omissão estatal para sua devida implementação, consideradas condutas negativas do Estado - como sucede no âmbito dos direitos individuais -; outra porção depende de atuações ativas do Poder Público para sua apropriada efetivação, definidas como ações positivas - como é o caso dos direitos sociais.

Filtrando-se a análise para os direitos sociais, extrai-se de sua essência a imposição ao Estado de uma obrigação de agir⁵ para viabilizar o seu pleno exercício. Confere-se ao Poder Público, portanto, a atribuição de fornecer mecanismos de concretização de justiça social⁶, de modo a demandar a execução de prestações materialmente indispensáveis para a efetivação de seu conteúdo. Constante do rol de direitos fundamentais de ordem social, a saúde desencadeia a exigência de condutas estatais comissivas com o intuito de atendimento da população.

Consignado no art. 6º da Constituição da República, referente aos direitos sociais, e no art. 196, a saúde constitui direito de todos e dever do Estado, de modo a ser garantida por meio de políticas públicas que assegurem a sua promoção e proteção em caráter igualitário e universal. Assim, o texto constitucional fixa as bases do amparo da saúde, estabelecendo, inclusive, a igualdade e a universalidade no âmbito dos serviços de saúde, o que significa que todos devem ser contemplados pelas correspondentes políticas públicas elaboradas e executadas pelo Estado.

A execução prática das prestações estatais positivas, por força do art. 198 da Constituição, sucede por meio do Sistema Único de Saúde, cuja estrutura foi idealizada para fornecer a prestação de serviços de saúde em maior proximidade com a população através dos braços regionais e locais do sistema de saúde pública. Os serviços públicos de saúde, nessa perspectiva, cravam suas bases na descentralização, no atendimento geral e na participação comunitária, de modo a serem desempenhados em âmbito federal, estadual e municipal.

⁵ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 15.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MANINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, 8ª ed., Saraiva, São Paulo, 2019, p. 403.

Importante registrar que todos os entes da Federação são solidariamente responsáveis pela assistência de saúde para a população, não somente por força do §2º do art. 198 da Constituição da República, mas também pelo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal⁷. Assim, nas hipóteses em que se demanda em juízo aspectos referentes à saúde, a autoridade judicial é competente para definir sua efetivação a partir do caso concreto, em observância às regras de repartição de competência, de descentralização e de hierarquização.

Cabe ao Poder Público, dessa forma, conceder os meios e instrumentos indispensáveis à proteção e à promoção e do direito à saúde nos moldes previstos pelo texto constitucional. A saúde somente se converte em um direito plenamente exercível se verificada a adequada execução e o propício alcance das políticas públicas, o que significa que a omissão estatal não somente viola o texto constitucional, como também inviabiliza a concretização do direito fundamental à saúde.

Nessa perspectiva, o Poder Público deve atuar para garantir a devida execução das medidas materialmente necessárias para a viabilização do direito à saúde, tanto em termos de acesso, como quanto aos elementos associados à prevenção, ao atendimento e à recuperação de pacientes⁸.

⁷ Entendimento firmado no âmbito do RE 855.178 de relatoria do Ministro Luiz Fux (Tema nº 793: “Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde”) e reafirmada em sede de embargos de declaração (DJe: 23/05/2019). Cita-se a ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. DESENVOLVIMENTO DO PROCEDENTE. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE DE SOLIDÁRIA NAS DEMANDAS PRESTACIONAIS NA ÁREA DA SAÚDE. DESPROVIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. 1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. 2. A fim de otimizar a compensação entre os entes federados, compete à autoridade judicial, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, direcionar, caso a caso, o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. 3. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União. Precedente específico: RE 657.718, Rel. Min. Alexandre de Moraes. 4. Embargos de declaração desprovidos.”

⁸ Cita-se trecho do voto do Ministro Celso de Mello no âmbito do ARE 685.230 AgR, DJe: 05/03/2013: “O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. 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 censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.”

A relevância da saúde, assim, eleva seu conteúdo ao caráter público, produzindo como repercussão direta a tarefa por parte do Estado de zelar por esse bem da coletividade⁹. Não obstante, o art. 199 da Constituição dispõe que é de livre iniciativa privada a assistência à saúde, de modo a abrir às entidades privadas a participação complementar nos serviços de saúde. Logo, aos privados é permitida a prestação de serviços de saúde como forma de somar esforços em sintonia com o Poder Público para assegurar a concreta realização do direito à saúde.

1.1. Reserva do Possível e Mínimo Existencial

As prestações estatais positivas no sentido de efetivar direitos fundamentais são realizadas mediante políticas públicas, cuja execução demanda dispêndio de recursos¹⁰ públicos de caráter material e humano. Entretanto, o volume de serviços referentes à saúde, bem como a limitação de recursos, demandam especial atenção do Estado nas realização de suas atividades para que se tenha um equilíbrio entre os instrumentos disponíveis e a qualidade da assistência prestada.

Nessa perspectiva, considerando o conjunto de demandas sociais pendentes de viabilização estatal, revela-se essencial a harmonia entre toda a multiplicidade de tarefas públicas, principalmente no que tange às políticas públicas, por meio de escolhas estratégicas que não embarquem a concretização de direitos, especialmente a saúde. O principal desafio, assim, é efetivar a conversão das normas referentes ao direito fundamental à saúde em prática, apesar dos obstáculos.

Nesse sentido, as políticas públicas estão sujeitas à disponibilidade de recursos financeiros pelo Estado, de modo a indicar o conteúdo referente à reserva do possível¹¹, que diz respeito à impossibilidade da plena concretização da pluralidade de direitos pendentes de prestações materiais positivas de maneira simultânea, especialmente considerando a escassez de verbas orçamentárias.

Por outro lado, a incumbência do Poder Público está conectada à necessidade de preenchimento das bases mínimas para uma vida digna, revelada pelo fornecimento dos meios indispensáveis à proteção de bens jurídicos substanciais ao indivíduo. O mínimo existencial representa, assim, um princípio que

⁹ ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da Saúde - Lições*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014, p. 10.

¹⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas Públicas e Direito Administrativo*, Revista de Informação Legislativa, a. 34, n. 133, 1997, pp. 89-98.

¹¹ SCAFF, Fernando Facury. *Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos*. *Revista Verba Juris*, a. 4, n. 4, 2005, p. 89.

garante aqueles bens jurídicos considerados basilares para a existência digna da pessoa, pendente de prestações ativas do Estado para a sua devida materialização.

Embora respaldado a partir do catálogo de direitos fundamentais, o mínimo existencial não se enquadra em tal conjunto de direitos¹². Ademais, a ausência de previsão constitucional expressa de um mínimo existencial não reduz a sua relevância, nem mesmo inviabiliza o seu reconhecimento, uma vez decorrente da dignidade humana e da proteção à vida¹³.

Assim, a reserva do possível não deve representar fundamentação suficientemente robusta para eliminar os instrumentos essenciais ao mínimo existencial e, conseqüentemente, à uma vida digna, na medida em que não se pode afastar a tarefa estatal de execução de medidas aptas a efetivar direitos fundamentais. Assim, a Administração Pública, como responsável pela elaboração e execução de políticas públicas, não pode se eximir de cumprir sua missão constitucional, independentemente de eventuais alegações de finitude de recursos. Deve, por outro lado, analisar as alternativas e tomar decisões administrativas fundadas na melhor escolha, especialmente quanto à alocação de recursos, com a finalidade de implementação do direito à saúde.

2. Responsabilidade Civil: breves apontamentos

A noção de responsabilidade está umbilicalmente ligada à própria etimologia, oriunda do latim *respondere*, traduzida na ideia de “responder a alguma coisa”¹⁴, ou seja, na necessária responsabilização das pessoas pela prática de seus atos danosos.

Trata-se de uma obrigação derivada, baseada no princípio *neminem laedere*, limite objetivo da liberdade individual em uma sociedade civilizada¹⁵ e indissociável da natureza humana¹⁶, bem como no princípio de ressarcimento dos danos¹⁷,

¹² ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª ed, Malheiros, 2011, p. 67.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle de políticas públicas com base nos direitos sociais, Revista de Investigações Constitucionais, Vol. 3, n. 2, maio/ago., Curitiba, 2016, pp. 115-141.

¹⁴ STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil, 7 ed., São Paulo: RT Editora, 2007, p. 114.

¹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de direito civil: volume único. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 854.

¹⁶ STOCO, Rui. Tratado... cit., p. 114.

¹⁷ O princípio do ressarcimento dos danos, segundo Luís Manuel Teles de Menezes Leitão (*Direito das Obrigações*, Vol. I – Introdução da constituição das obrigações, 15ª ed., 3v., Coimbra: Almedina, 2018, p. 49) implica na “transferência do dano do lesado para outrem” e “opera-se mediante a constituição de uma obrigação de indemnização, através da qual se deve reconstituir a situação que existiria se não tivesse ocorrido o evento lesivo”.

correspondendo à obrigação de indenizar que surge de um conjunto de atos que causem danos à outrem¹⁸.

O instituto da responsabilidade civil admite uma dupla faceta de classificações: poderá ser contratual ou extracontratual, a depender da existência de uma relação intersubjetiva prévia entre as partes e dos direitos afetados; e subjetiva ou objetiva, a depender da necessidade de verificação de culpa do agente.

A obrigação extracontratual decorre da inobservância dos deveres genéricos a todos impostos e como consequência da violação de direitos absolutos assegurados aos indivíduos, ainda que inexistam qualquer relação prévia intersubjetiva entre os sujeitos¹⁹. Em sentido contraposto, a obrigação contratual ou obrigacional decorre da violação ou incumprimento das obrigações específicas previamente assumidas pelas partes.

A diferença basilar entre a responsabilidade civil objetiva e a subjetiva reside na imprescindibilidade de comprovação de culpa *lato sensu* na prática das condutas. A subjetiva pressupõe a existência de uma conduta culposa²⁰ para a sua verificação, enquanto a objetiva somente é admitida em situações excepcionais²¹ e independe da existência de culpa do agente. Assim, quando presentes os demais requisitos legais e ausentes as causas excludentes de responsabilidade²², estaremos diante da necessária reparação do dano causado à vítima.

Os pressupostos da responsabilidade civil decorrem da inteligência dos artigos 186 e 927, ambos do Código Civil. São eles: conduta²³ comissiva ou

¹⁸ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Direitos das...* cit., p. 279.

¹⁹ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Direito das...* cit., pp. 281-282; GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *Manual de Direito Civil: volume único*, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 864; NADER, Paulo, *Curso de Direito Civil, vol. 7: responsabilidade civil*, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, pp. 47-48; FIUZA, César, *Direito Civil: curso completo*, 2ª ed. em ebook baseada na 18ª ed. impressa, São Paulo: RT, 2016, p. 213.

²⁰ MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das Obrigações*, 5ª ed., Lisboa: AAFDL Editora, 2017, p. 71.

²¹ Casos especificados em lei e atividades de risco, consideradas aquelas que, por sua própria natureza, implicarem risco para os direitos de outrem.

²² As causas excludentes de responsabilidade civil são aquelas capazes de romper o nexo causal, impedindo, conseqüentemente, a satisfação da pretensão indenizatória. Admite-se a existência de seis principais causas excludentes de responsabilidade: estado de necessidade (art. 188, II, CC); legítima defesa (art. 188, I, CC); exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal (art. 188, I, segunda parte, CC); caso fortuito e força maior (art. 393, CC); culpa exclusiva da vítima; e fato de terceiro, embora este último encontre alguma resistência na jurisprudência dos Tribunais Superiores.

²³ Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (*Manual de Direito Civil: volume único*, São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 874) a voluntariedade se reveste no núcleo fundamental da conduta. No mesmo sentido: TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 339.

omissiva; ilicitude da conduta²⁴; dano²⁵; nexo de causalidade²⁶; e culpa *lato sensu*²⁷, dispensada nos casos de responsabilidade objetiva.

2.1 Responsabilidade Civil do Estado

A responsabilidade do Estado, ao revés da responsabilidade dos cidadãos, nem sempre foi admitida pelos ordenamentos jurídicos. Inúmeras teorias foram elaboradas ao longo da história, partindo da teoria da irresponsabilidade do Estado, perpassando pela teoria da responsabilidade subjetiva, até se alcançar à teoria da responsabilidade objetiva.

A teoria da irresponsabilidade do Estado, largamente admitida na época dos Estados absolutos, pautava-se fundamentalmente na ideia de soberania estatal²⁸ (*the king can do no wrong e quod principi placuit habet legis vigorem*); justificada na imposição a todos sem compensação²⁹ já que, por exercer a tutela do direito, não poderia o Estado agir contra ele. Responsabilizar o Estado implicaria, portanto, no desrespeito à incontestável autoridade do soberano diante de seus súditos.

A aplicação da teoria da irresponsabilidade sucumbiu no século XIX, dando espaço à teoria da responsabilidade subjetiva do Estado, pautada na culpa dos agentes. Em um primeiro momento, distinguiam-se os atos de império dos atos de gestão³⁰, vez que somente os segundos eram passíveis de responsabilização. Passo seguinte, admitiu-se a responsabilidade do Estado pelos atos danosos praticados,

²⁴ A ilicitude poderá decorrer de uma violação das obrigações contratuais ou extracontratuais.

²⁵ Consubstancia-se no prejuízo resultante da conduta do agente, na violação de um interesse, supressão de um bem ou não aquisição de um direito juridicamente protegido da vítima, independentemente de sua natureza (patrimonial ou extrapatrimonial).

²⁶ O nexo de causalidade nada mais é que a correspondência lógica entre a conduta e o dano verificado, observada a teoria da causalidade adequada, adotada pela legislação pátria.

²⁷ A culpa *lato sensu* engloba tanto o dolo quanto a culpa *strictu sensu* (imprudência, negligência e imperícia). Segundo Sérgio Cavalieri Filho (*Programa de responsabilidade civil*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 39) a culpa *strictu sensu* pode ser sintetizada “como conduta voluntária, contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível”.

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 32 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1456.

²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 29 ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 1017.

³⁰ Maria Sylvia Zanella di Pietro (*Direito... cit.*, p. 1457) aponta que “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 situações 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”.

tanto por ação quanto por omissão, desde que efetivamente comprovada a culpa dos agentes.

Por fim, buscando a ampliação da proteção dos administrados, desenvolveu-se, a partir da jurisprudência francesa³¹, a teoria da responsabilidade objetiva, para a qual basta a existência do nexo de causalidade entre o dano e a conduta omissiva ou comissiva estatal. Essa teoria desdobrou-se na teoria da culpa do serviço e na teoria do risco (administrativo e integral), que parte do pressuposto que o risco de dano é inerente à própria atividade estatal³².

No Brasil adotou-se como regra, por decorrência da literalidade do §6º do art. 37 da CRFB, a teoria da responsabilidade objetiva do Estado fundada no risco administrativo. Embora não exista qualquer embargo à aplicação da responsabilidade objetiva aos atos comissivos do Estado, parte da doutrina³³ defende a impossibilidade de aplicação desta modalidade de responsabilidade diante de atos omissivos do Estado. Uma segunda corrente³⁴ defende a aplicação da responsabilidade objetiva quando se estiver diante de conduta omissiva específica, aplicando-se a responsabilidade subjetiva exclusivamente quando diante de uma omissão genérica.

A jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal³⁵ adota a segunda corrente, admitindo a possibilidade de aplicação da responsabilidade objetiva nos casos em que configurado o nexo causal entre o dano sofrido pelo administrado e a omissão do Poder Público em impedir a sua ocorrência, quando tinha a obrigação específica de fazê-lo. Entretanto, nos casos em que há dever genérico de agir, a Corte aplica a responsabilidade subjetiva diante da inércia estatal.

2.2 Causas excludentes de Responsabilidade do Estado: é possível o enquadramento da situação de emergência desencadeada pela pandemia como força maior?

A responsabilidade civil do Estado pressupõe a existência de uma ação ou omissão (genérica ou específica) e de um dano, sendo justificada diante da comprovação do nexo de causalidade entre ambas. A culpa, portanto, não se

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito... cit.*, p. 1458; MELLO, Celso Antônio Bandejas de, *Curso... cit.*, p. 1022.

³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito... cit.*, p. 1460.

³³ Neste sentido: MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso... cit.*, p. 1029.

³⁴ Neste sentido: CAVALIERI FILHO, Sérgio. *A Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado*, In *Revista da EMERJ*, v. 14, n. 55, jul.-set. 2011, pp. 10-20.

³⁵ STF, RE 841526, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, j. 30/03/2016, Repercussão geral.

reveste como elemento essencial à responsabilidade civil do Estado, devendo ser apurada exclusivamente nos casos de omissão genérica.

Figurando o nexo de causalidade como fundamento central da responsabilização estatal, somente as causas capazes de rompê-lo serão hábeis a excluir o dever de indenizar do Estado. Dentre as causas passíveis de rompimento do nexo de causalidade na responsabilidade civil do Estado³⁶, encontram-se a força maior, a culpa exclusiva da vítima e a culpa de terceiros.

A força maior³⁷, única tratada diante da pertinência com o tema abordado, consiste em um acontecimento imprevisível, inevitável e alheio à vontade das partes³⁸. Desta forma, ao menos quantos aos comportamentos ativos, não sendo imputável à Administração, não haveria nexo de causalidade entre o dano e o comportamento e, conseqüentemente, não haveria responsabilidade civil do Estado.

É necessário, contudo, apontar que a responsabilidade do Estado subsistirá, ainda que presente força maior, quando ocorrer a omissão do Poder Público na realização de um serviço ou no seu mal funcionamento (*faute du servisse*)³⁹.

Feitas as considerações iniciais, resta analisar se o estado de emergência decorrente da pandemia pode ser considerado força maior e, em caso positivo, se houve omissão do Estado na prestação de serviço público capaz de ensejar a responsabilização.

A Organização Mundial da Saúde emitiu o primeiro alerta para a doença coronavírus em 31 de dezembro de 2019, após as autoridades chinesas notificarem casos suspeitos de pneumonia na cidade de Wuhan. Em janeiro de 2020, diante do alastramento dos casos da doença do continente Asiático para o Europeu, a OMS declarou que o surto da doença constituía uma Emergência de Saúde Pública

³⁶ A Medida Provisória nº. 966, cuja vigência está encerrada, previa a responsabilização dos agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19 exclusivamente nos casos de dolo ou erro grosseiro, e determinava que “o mero de nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização do agente público”. A MP foi objeto das ADIs 6421, 6422, 6425, 6427, 6428 e 6431, em que deferida cautelar parcial a fim de dar interpretação conforme à Constituição para dois dos dispositivos questionados.

³⁷ Diante da condensação, pelo Código Civil, do significado das expressões caso fortuito e força maior em conceito único, adotamos ambos como sinônimos diante da ausência de utilidade prática de sua diferenciação. Nesse sentido: VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, 8 ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 312.

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella, Direito... cit., p. 1469.

³⁹ Maria Sylvania Zanella Di Pietro (Direito... cit., p. 1470) apresenta o seguinte exemplo elucidativo: “quando as chuvas provocam enchentes na cidade, inundando casas e destruindo objetos, o Estado responderá se ficar demonstrado que a realização de determinados serviços de limpeza dos rios ou dos bueiros e galerias de águas pluviais teria sido suficiente para impedir a enchente”.

Internacional e, em meados de março, a caracterizou como pandemia, em virtude de sua alta incidência em todos os continentes⁴⁰.

No Brasil, especificadamente, o primeiro caso da doença foi confirmado na cidade de São Paulo em 26 de fevereiro de 2020⁴¹, ou seja, passados dois meses do primeiro alerta emitido pela OMS. A doença disseminou rapidamente pelos Estados, como previsto e alertado pelos organismos internacionais, chegando à marca dos 4.657.702 casos confirmados e 139.808 óbitos após sete meses⁴² do primeiro caso.

A transmissão simultânea das informações acerca do alto índice de contágio da doença, acarretando no colapso do sistema público de saúde de países europeus, a nosso ver, seria suficiente, por si só, para afastar o seu enquadramento como força maior e, conseqüentemente, a possibilidade de exclusão da responsabilidade do Estado, considerando a ausência de imprevisibilidade.

Para além disso, os organismos internacionais de saúde alertaram exaustivamente acerca da necessidade de adoção de medidas de prevenção e de combate precoce à disseminação da doença, divulgando todas as informações e estudos até então realizados.

Ainda que não considerada a intransponível previsibilidade e, até mesmo, a inevitabilidade da magnitude com que a doença atingiria o país, subsistiria a responsabilização do Estado por omissão diante do colapso do SUS, com falta de leitos, materiais, medicamentos e maquinários indispensáveis à manutenção dos pacientes nas unidades de terapia intensiva dos hospitais públicos.

Inúmeros são os casos encontrados na jurisprudência que, ordinariamente, tratam da omissão estatal quanto aos serviços públicos de saúde. Não raros são os casos de pacientes que, diante da ausência de disponibilidade na rede pública de saúde precisam ser encaminhados à rede privada para a satisfação do direito fundamental à saúde.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que incumbe ao Estado, por decorrência do art. 196 da Constituição Federal, fornecer gratuitamente a internação em leitos e UTI conforme orientação médica, devendo

⁴⁰ Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus). OPAS Brasil, 2020. Disponível em: <<https://www.paho.org/pt/covid19#:~:text=Em%2011%20de%20mar%C3%A7o%20de,24%20de%20setembro%20de%202020>>. Acesso em 24 de set. 2020.

⁴¹ Brasil confirma primeiro caso da doença. Ministério da Saúde, 2020. Disponível em <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/saude-e-vigilancia-sanitaria/2020/02/brasil-confirma-primeiro-caso-do-novo-coronavirus>>. Acesso em: 24 de set. de 2020.

⁴² Painel Coronavírus. Ministério da Saúde, 2020. Disponível em: <<https://covid.saude.gov.br/>>. Acesso em: 24 de set. de 2020.

arcar com os custos da internação em hospital privado quando inexistir vaga disponível em rede pública⁴³.

O Superior Tribunal de Justiça, a par da jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal⁴⁴, refuta, expressamente, o princípio da reserva do possível e a limitação orçamentária como óbices à efetiva concretização do direito fundamental à saúde, considerando que estão intrinsecamente ligados à dignidade humana, não podendo ser limitados em razão de escassez decorrente das más escolhas do administrador⁴⁵.

⁴³STJ, REsp 1803426/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/05/2019, DJe 30/05/2019. Em sentido similar, são os arestos dos Tribunais de Justiça: TJSC, Apelação Cível n. 0000258-23.2013.8.24.0030, de Imbituba, rel. Francisco Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. 02-06-2020; TJSC, Apelação n. 0301213-78.2018.8.24.0038, de TJSC, rel. ODSO CARDOSO FILHO, 4ª Câmara de Direito Público, j. 23-07-2020; TJDF, Acórdão 1218092, 07302222620198070016, Relator: CARLOS ALBERTO MARTINS FILHO, Terceira Turma Recursal, data de julgamento: 26/11/2019, publicado no PJe: 28/11/2019; TJDF, Acórdão 1250976, 00327897020168070018, Relator: ARNALDO CORRÊA SILVA, Segunda Turma Recursal, data de julgamento: 22/5/2020, publicado no PJe: 29/5/2020.

⁴⁴ STF, ARE 727864 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 04/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 12-11-2014 PUBLIC 13-11-2014; STF, ARE 639337 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125; STF, RE 581352 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 29/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-230 DIVULG 21-11-2013 PUBLIC 22-11-2013.

⁴⁵ ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. DIREITO SUBJETIVO. PRIORIDADE. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. ESCASSEZ DE RECURSOS. DECISÃO POLÍTICA. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL. 1. A vida, saúde e integridade físico-psíquica das pessoas é valor ético-jurídico supremo no ordenamento brasileiro, que sobressai em relação a todos os outros, tanto na ordem econômica, como na política e social. 2. O direito à saúde, expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 e em legislação especial, é garantia subjetiva do cidadão, exigível de imediato, em oposição a omissões do Poder Público. O legislador ordinário, ao disciplinar a matéria, impõe obrigações positivas ao Estado, de maneira que está compelido a cumprir o dever legal. 3. A falta de vagas em Unidades de Tratamento Intensivo - UTIs no único hospital local viola o direito à saúde e afeta o mínimo existencial de toda a população local, tratando-se, pois, de direito difuso a ser protegido. 4. Em regra geral, descabe ao Judiciário imiscuir-se na formulação ou execução de programas sociais ou econômicos. Entretanto, como tudo no Estado de Direito, as políticas públicas se submetem a controle de constitucionalidade e legalidade, mormente quando o que se tem não é exatamente o exercício de uma política pública qualquer, mas a sua completa ausência ou cumprimento meramente perfunctório ou insuficiente. 5. A reserva do possível não configura carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana, já que é impensável que possa legitimar ou justificar a omissão estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação de apoio médico-hospitalar. A escusa da 'limitação de recursos orçamentários' frequentemente não passa de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez daquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade. O absurdo e a aberração orçamentários, por ultrapassarem e vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não compondo, em absoluto, a esfera da discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da separação dos Poderes. 6. 'A realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador' (REsp. 1.185.474/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29.4.2010). 7. Recurso Especial provido." (REsp 1068731/RS, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 17.2.11).

Conclusões Sintéticas

O direito à saúde resta pendente de prestações estatais ativas para assegurar o seu pleno exercício, vinculando o Estado ao fornecimento de meios e instrumentos indispensáveis à sua devida concretização. Ademais, revela-se necessária a implementação de providências públicas no sentido de viabilizar patamares basilares para uma vida digna, representados pelo mínimo existencial, cujo conteúdo decorre essencialmente da proteção à vida e da dignidade humana.

Nesse sentido, eventuais entraves à efetivação de direitos fundamentais, em geral, e do direito à saúde, de maneira específica, ensejam responsabilização do Estado. Ainda que a Constituição da República adote a regra da responsabilidade objetiva, construções doutrinárias e jurisprudenciais fixam a responsabilidade objetiva por omissão do Estado nas hipóteses de omissão específica e a responsabilidade subjetiva nas circunstâncias de omissão genérica.

Muito embora a força maior constitua causa excludente de responsabilidade estatal, quando se está diante de omissão do Estado, especialmente nos cenários em que a prestação positiva revela-se suficiente para evitar o resultado danoso, subsiste a responsabilidade e o derivado dever de indenização pelos danos causados. Assim, no contexto da emergência sanitária em que o Estado brasileiro tinha conhecimento da magnitude dos efeitos do vírus a partir das experiências de outros países nos quais a crise já estava em pleno avanço, não seria possível arguir a consumação de força maior para remover a responsabilização estatal.

Logo, desvelam-se incabíveis à circunstância de emergência sanitária duas alegações empregadas com o intuito de afastar a responsabilidade da Administração Pública: a reserva do possível e a força maior. O contexto de crise sanitária, na realidade, demanda do Estado, por meio de ações executadas pela Administração, medidas dinâmicas, diligentes e expressivas com o intuito de assegurar a efetivação do direito à saúde.

Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, 1999, pp. 55-66.
- _____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed, Malheiros, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

Brasil confirma primeiro caso da doença. Ministério da Saúde, 2020. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46435-brasil-confirma-primeiro-caso-de-novo-coronavirus>> . Acesso em: 24 de set. de 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e Direito Administrativo, Revista de Informação Legislativa, a. 34, n. 133, 1997, pp. 89-98.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. A Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado, In Revista da EMERJ, v. 14, n. 55, jul.-set. 2011, pp. 10-20.

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

ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. Direito da Saúde - Lições, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014.

FIUZA, César, *Direito Civil: curso completo*, 2ª ed. em ebook baseada na 18ª ed. impressa, São Paulo: RT, 2016.

Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus). OPAS Brasil, 2020. Disponível em: <http://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875>. Acesso em: 24 de set. de 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de direito civil: volume único. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das Obrigações*, 5ª ed., Lisboa: AAFDL Editora, 2017.

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

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de, *Direito das Obrigações*, Vol. I – Introdução da constituição das obrigações, 15ª ed., 3v., Coimbra: Almedina, 2018.

NADER, Paulo, *Curso de Direito Civil, vol. 7: responsabilidade civil*, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Painel Coronavírus. Coronavírus Brasil, 2020. Disponível em: <<https://covid.saude.gov.br/>>. Acesso em: 24 de set. de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MANINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional, 8ª ed., Saraiva, São Paulo, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle de políticas públicas

com base nos direitos sociais, *Revista de Investigações Constitucionais*, Vol. 3, n. 2, maio/ago., Curitiba, 2016, pp. 115-141.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. *Revista Verba Juris*, a. 4, n. 4, 2005, p. 89.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*, 7 ed., São Paulo: RT Editora, 2007.

STF, RE 841526, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 30/03/2016.

STF, RE 855.178, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 23/05/2019.

STF, ARE 727864 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 04/11/2014.

STF, ARE 685.230 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 05/03/2013.

STF, ARE 639337 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011.

STF, RE 581352 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 29/10/2013.

STJ, REsp 1068731/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 17/2/11.

STJ, REsp 1803426/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/05/2019.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TJDF, Acórdão 1218092, 07302222620198070016, Rel. Carlos Alberto Martins Filho, Terceira Turma Recursal, j. 26/11/2019.

TJDF, Acórdão 1250976, 00327897020168070018, Rel. Arnaldo Corrêa Silva, Segunda Turma Recursal, j. 22/5/2020.

TJSC, Apelação Cível n. 0000258-23.2013.8.24.0030, rel. Francisco Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. 02/06/2020.

TJSC, Apelação n. 0301213-78.2018.8.24.0038, Rel. Odson Cardoso Filho, 4ª Câmara de Direito Público, j. 23/07/2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, 8 ed., São Paulo: Atlas, 2008.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2017