



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

JHONATAN BRESSAN DA SILVA

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE:

**ANÁLISE DA APELAÇÃO N° 0301213-78.2018.8.24.0038/SC, DA 4ª TURMA DO
TJSC, QUE DETERMINOU O ESTADO A RESSARCIR PACIENTE COM GASTOS
DE UTI**

Tubarão

2021

JHONATAN BRESSAN DA SILVA

**DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE:
ANÁLISE DA APELAÇÃO N° 0301213-78.2018.8.24.0038/SC, DA 4ª TURMA DO
TJSC, QUE DETERMINOU O ESTADO A RESSARCIR PACIENTE COM GASTOS
DE UTI**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade do Sul de Santa Catarina como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Linha de pesquisa: Justiça e Sociedade.

Orientador: Prof. Cristiano de Souza Selig, Esp.

Tubarão

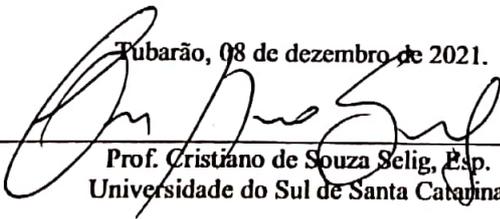
2021

JHONATAN BRESSAN DA SILVA

**DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE:
ANÁLISE DA APELAÇÃO Nº 0301213-78.2018.8.24.0038/SC, DA 4ª TURMA DO
TJSC, QUE DETERMINOU O ESTADO A RESSARCIR PACIENTE COM GASTOS
DE UTI**

Esta Monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Tubarão, 08 de dezembro de 2021.



Prof. Cristiano de Souza Selig, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Fábio Borges, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. José Paulo Bittencourt Júnior, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos amigos próximos e familiares, em especial à minha mãe, Denise, que, oferecendo todo o suporte nos momentos de dificuldade, proporcionaram um caminho mais suave durante esta árdua jornada.

Aos professores, que com paciência nos conduziram ao conhecimento durante todo o caminho da graduação.

RESUMO

No presente trabalho buscou-se analisar a Apelação nº 0301213-78.2018.8.24.0038/SC, julgada pela 4ª Turma do TJSC, que determinou o Estado a ressarcir paciente com os gastos referentes a internação em leito de UTI da rede privada, utilizando-se do método exploratório quanto ao nível da pesquisa, com abordagem qualitativa e procedimento bibliográfico, documental e estudo de caso para coleta de dados. De acordo com as pesquisas, verifica-se que é dever do Estado garantir a todos os particulares o direito à saúde de forma integral e igualitária, e por se tratar de um direito fundamental, tem um núcleo mínimo que não pode ser negado ou suprimido sob pena de lesão a preceitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, circunstância que legitimaria o controle judicial sobre as políticas públicas do Administrador, sem que se caracterize lesão ao princípio da separação dos poderes, a fim de assegurar o mínimo existencial ao particular. Deste modo, pode-se concluir por um acerto da decisão que determinou ao Estado de Santa Catarina ressarcir os gastos na rede privada de saúde da paciente acidentada na Serra Dona Francisca.

Palavras-chave: Controle judicial. Políticas públicas. Direito à saúde.

ABSTRACT

In the present work, it was sought to analyze Appeal No. 0301213-78.2018.8.24.0038/SC, judged by the 4th Panel of the TJSC, which determined the State to reimburse the patient with expenses related to the hospitalization in a private ICU bed, using the exploratory method regarding the level of research, with a qualitative approach and bibliographic, documental and case study procedures for data collection. According to the surveys, it appears that the State must guarantee all individuals the right to health in a comprehensive and equal manner, and as it is a fundamental right, it has a minimum core that cannot be denied or suppressed under penalty of damage to fundamental precepts of the Federal Constitution of 1988, a circumstance that would legitimize judicial review over the Administrator's public policies, without characterizing damage to the principle of separation of powers, to ensure the minimum existential to the individual. Thus, it can be concluded that the decision that determined the State of Santa Catarina to reimburse the expenses in the private healthcare network of the injured patient in Serra Dona Francisca was correct.

Keywords: Judicial review. Public policy. Right to health.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E O CASO DA PACIENTE ACIDENTADA NA SERRA DONA FRANCISCA	13
2.1	DIREITOS FUNDAMENTAIS. PECULIARIDADES E DEFINIÇÕES.....	13
2.2	FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO À SAÚDE	18
2.3	FUNDAMENTOS INFRACONSTITUCIONAIS DO DIREITO À SAÚDE.....	21
2.4	O CASO DA PACIENTE ACIDENTADA NA SERRA DONA FRANCISCA	23
3	O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	26
3.1	PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	28
3.2	PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA E HARMONIA DOS PODERES.....	32
3.3	RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL	35
4	RESSARCIMENTO DOS GASTOS DA PACIENTE ACIDENTADA NA SERRA DONA FRANCISCA À LUZ DO DECIDIDO NA APELAÇÃO N° 0301213-78.2018.8.24.0038, JULGADA PELA 4ª TURMA DO TJSC	39
4.1	FUNDAMENTOS DOS APELANTES	39
4.2	FUNDAMENTOS DOS APELADOS	42
4.3	DECISÃO DA 4ª TURMA DE DIREITO PÚBLICO DO TJSC	44
5	CONCLUSÃO	48
	REFERÊNCIAS	50

1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais derivam da dignidade da pessoa humana, razão pela qual visam, em sua maioria, garantir o mínimo existencial e limitar o poder do Estado em face do indivíduo, possibilitando a convivência em sociedade (MARMELSTEIN, 2019, p. 16). Dentre os direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal de 1988, podemos destacar o direito à saúde e a repartição dos poderes do Estado, garantindo a todos a saúde básica e criando mecanismo de controle do poder estatal, respectivamente.

O direito à saúde é reconhecido pela Constituição e pela legislação infraconstitucional como direito fundamental, devendo a todos ser garantido. Do mesmo modo, a separação dos poderes também é tida pela Constituição como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil.

Todavia, em alguns casos, o cidadão precisa ver o seu direito à saúde efetivado de forma urgente, mas o que ocorre muitas vezes é uma omissão ou inércia do Estado em prover o mínimo existencial.

No caso da apelação 0301213-78.2018.8.24.0038/SC, a paciente necessitava de atendimento urgente em leito de UTI, mas o Estado não dispunha da vaga. Seus familiares, assistindo seu ente querido padecer ante a inércia do Estado em providenciar o leito, após diversas tentativas, procederam à internação da paciente em clínica particular, pleiteando, posteriormente, o ressarcimento dos gastos com a rede privada, o que foi concedido pela 4ª Turma do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

No momento em que o Judiciário determina ao Executivo o pagamento de gastos havidos pelo administrado com saúde, aparentemente, verifica-se um choque entre princípios e direitos fundamentais.

De um lado estão o direito fundamental à saúde, princípio da dignidade humana e o dever dos entes da federação em subsidiar esses fundamentos, de outro, o princípio da separação dos poderes, isonomia e universalidade.

A administração pública cumpre com o dever de garantir a saúde da população através das políticas públicas executadas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), gerenciando suas receitas e infraestrutura, buscando atender todos os cidadãos de forma igualitária.

Parte da jurisprudência, embasada em alguns dispositivos constitucionais, entende que o Poder Judiciário não pode determinar quais as políticas públicas que a administração deve executar para atender, da melhor forma, os administrados, visto que isso seria competência exclusiva do Poder Executivo.

No caso do direito à saúde, em especial, argumenta-se que o Sistema Único de Saúde atua como garantidor universal de tratamento igualitário a todos os cidadãos, de modo que não pode servir como ente segurador de gastos particulares dos administrados. O direito fundamental à saúde será provido através da manifestação do poder público, representado pelas decisões do administrador eleito pela soberania popular, de modo que a ninguém será dispensado o tratamento “melhor” na rede privada às custas do ente público, gerando onerosidade excessiva ao erário, prejudicando a execução de diversas outras políticas públicas.

Mesmo que todos detenham o direito fundamental à saúde, existe um limite prático até onde a administração consegue garanti-lo de forma igualitária sem que haja prejuízo para toda coletividade.

As políticas públicas estão necessariamente atreladas aos gastos da administração pública, que são limitados pela lei orçamentária. Os gastos de cada setor são delimitados pelas decisões discricionárias do administrador público eleito, daí porque o Poder Judiciário não poderia intervir na administração, determinando onde o Estado deve gastar uma verba que já estava predestinada.

Entretanto, não pode o Poder Público valer-se da argumentação de insuficiência de recursos, infraestrutura ou onerosidade excessiva, para escusar-se de garantir o mínimo existencial para todos os administrados.

Ao tratar sobre os direitos fundamentais do homem, Silva (2020, p. 180) leciona:

No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais *do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. (Grifo do autor).

Deste modo, tem-se que a administração pública não deve garantir apenas a isonomia formal, ou seja, aquela escrita na norma, mas sim a isonomia material, fazendo com que o direito fundamental à saúde chegue efetivamente a todos que dele necessitem, sem escusas e ressalvas.

Neste sentido, se a administração não consegue prover um leito de UTI na rede pública a um paciente necessitado, deve ao menos providenciar seu atendimento em estabelecimento análogo da rede privada, sob pena de faltar com o dever de garantir o acesso universal e isonômico à saúde, insculpido no artigo 196 da Constituição Federal, conforme: “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).

Entretanto, a morosidade da administração em prover essa transferência para a rede privada pode ser fatal, caso em que se justificaria a internação prévia por ato do particular, pleiteando posterior ressarcimento do Estado, como se deu no caso da apelação nº: 0301212-78.2018.8.24.0038.

É verdade que o Estado não tem condições de prover o serviço na sua melhor qualidade para todos os administrados, em face da quantidade de pessoas e insuficiência de recursos e infraestrutura. Apesar disso, o Estado não deveria valer-se dessa argumentação para justificar a omissão em garantir o mínimo existencial para cada cidadão.

Diante deste aparente choque entre princípios e direitos fundamentais, bem como sobre o dissídio jurisprudencial existente sobre o tema, vale a pena estudar como se deu a garantia do direito à saúde e o controle judicial de política pública no julgamento da apelação nº 0301212-78.2018.8.24.0038 pela 4ª Câmara do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Para melhor compreensão do estudo, importante definir alguns conceitos operacionais, como o “controle judicial de política pública”. Segundo Fonte (2015, p. 53), as políticas públicas são as ações da administração pública que visam efetivar os direitos insculpidos no ordenamento jurídico, sejam eles fundamentais ou não.

Como anteriormente dito, na maioria das vezes as políticas públicas são implementadas pelo administrador público eleito pelo povo, através de sua discricionariedade. Entretanto, num Estado de Direito, algumas prestações devidas pela administração pública não devem ter margem de discricionariedade, razão pela qual existe um controle do Poder Judiciário sobre esses atos do administrador público, à luz dos princípios da separação dos poderes e da inafastabilidade da jurisdição.

Deste modo, verificando haver lesão ou ameaça a direito fundamental, o Poder Judiciário, mediante provocação, age determinando as políticas públicas de competência da administração, exercendo assim, o controle judicial sobre as políticas públicas.

Todavia, conforme anteriormente citado, há uma linha tênue entre a garantia de direitos através de determinação do Poder Judiciário e a lesão ao princípio da separação dos poderes, que devem agir em harmonia.

O artigo 2º da Constituição dispõe que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (BRASIL, 1988). Observa-se que o citado artigo insculpe o princípio da separação dos poderes, instituindo o chamado “sistema de freios e contrapesos”.

O mecanismo criado pela Constituição serve para coibir abusos e ingerências praticadas por alguma das funções do Estado. Como regra, um poder não intervirá no outro; entretanto, existe a possibilidade de a intervenção ocorrer. O problema é que a Lei não dispõe (e nem seria capaz) sobre todos os casos em que uma função estatal é autorizada a intervir na outra, deixando tal atribuição para a doutrina e jurisprudência, que não chegam a um posicionamento uniforme.

A insegurança jurídica é um problema que assola todos os operadores do direito. O conflito entre as decisões proferidas pelos tribunais do país, ou até mesmo pelas câmaras de um tribunal, prejudica a formação de uma jurisprudência concreta sobre bens jurídicos relevantes.

Especialmente nos casos em que se discutem direitos fundamentais é interessante analisar quais as razões que fundamentam o posicionamento de determinado tribunal, visto que tais direitos estão diretamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana e devem transcender qualquer limitação imposta pelo Estado para sua efetivação.

Em importante trabalho de pós-graduação, Trindade (2010) analisou as decisões do Tribunal de Justiça do Maranhão sobre o direito fundamental à saúde e a utilização do controle jurisdicional como forma de efetivar políticas públicas, constatando a dualidade nas decisões do próprio tribunal estadual.

Destaca-se também o trabalho realizado por Alonso (2012), onde discorre sobre o controle judicial das políticas públicas, mas de maneira mais ampla, diferente do que se pretende no presente trabalho.

Ademais, em pesquisas realizadas no banco de dados da Unisul e na Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações (BDTD), não se logrou encontrar trabalhos acadêmicos sobre o assunto. Nas pesquisas, foram utilizadas as expressões “Controle judicial de políticas públicas” juntamente com “Direito fundamental à saúde”, o que resultou em alguns trabalhos sobre ativismo judicial e controle judicial das políticas públicas, mas nenhum analisando quais as razões e critérios do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Assim, o presente trabalho acadêmico será de grande valia aos estudantes e a população em geral.

Outrossim, é importante que a sociedade saiba quais os rumos que a jurisprudência estadual está tomando, bem como, quais as razões que fundamentam as decisões dos julgadores, que não são eleitos pelo povo, ao (in)determinar a efetivação de direitos fundamentais através da realização de políticas públicas.

Sendo assim, o objetivo geral do presente trabalho é analisar a Apelação nº 0301213-78.2018.8.24.0038/SC, julgada pela 4ª Turma do TJSC, que determinou o Estado a ressarcir paciente com os gastos referentes à internação em leito de UTI da rede privada, enquanto os objetivos específicos são descrever o direito fundamental à saúde e o caso da paciente

acidentada na Serra Dona Francisca, caracterizar o controle judicial das políticas públicas e suas teorias, os princípios da dignidade da pessoa humana, independência e harmonia entre os poderes, bem como a teoria da reserva do possível e do mínimo existencial, e ainda, analisar as razões das partes no recurso de apelação e a decisão proferida pela 4ª Turma de Direito Público do TJSC.

A presente pesquisa é de natureza exploratória, pois para entender como se deu a intervenção do judiciário no caso dos autos nº 0301213-78.2018.8.24.0038/SC, é necessário haver uma compreensão básica de alguns conceitos e teorias acerca dos direitos fundamentais. As pesquisas de nível exploratório são mais utilizadas em trabalhos que normalmente abordam questões básicas, propiciando ao pesquisador uma maior aproximação com o tema e seus conceitos básicos, facilitando a compreensão do problema de pesquisa e a elaboração de hipóteses (LEONEL; MARCOMIM, 2015, p. 12).

Quanto a abordagem, será qualitativa porquanto pretende responder o problema de pesquisa através de uma análise das razões expostas pelas partes e julgadores no processo em apreço, bem como dos conceitos doutrinários acerca do tema. Este tipo de abordagem favorece a análise dos dados coletados através do procedimento bibliográfico e de estudo de caso.

Utiliza-se o procedimento bibliográfico e documental ante a necessidade de análise da vasta doutrina, jurisprudência e legislação que cerca o tema objeto do estudo, possibilitando o contato com as teorias conflitantes e suas razões, bem como as razões protocoladas pelas partes na apelação nº 0301213-78.2018.8.24.0038/SC.

Ademais, tendo em vista que a resposta do problema de pesquisa depende especificamente da análise do decidido no citado recurso, utiliza-se o procedimento do estudo de caso, pois conforme Gil (2008, p. 57), o estudo de caso é o procedimento através do qual se estuda de maneira aprofundada um ou poucos objetos, possibilitando maior conhecimento sobre o tema em análise. Deste modo, serão objeto de análise no presente trabalho as razões dos apelantes, dos apelados e também as razões que fundam a decisão proferida pela 4ª turma de direito público do TJSC, excluindo-se da análise o processo que originou o recurso.

A coleta dos dados bibliográficos deu-se por intermédio de consulta aos conceitos gerais sobre os temas abordados na pesquisa e tratados por autores consagrados no ramo do Direito Constitucional, obtidas, em sua maioria, através da biblioteca virtual da Unisul. De outro modo, os dados documentais e de estudo de caso foram obtidos em consulta pública ao *site* do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, através do sistema *eproc*, onde se pode ter acesso às razões dos apelantes, apelados e julgadores protocoladas na Apelação nº 0301213-78.2018.8.24.0038/SC,

e em consulta ao *site* do Planalto, onde se pode obter acesso às diversas leis federais que versam sobre os temas aqui tratados.

Após a coleta, foi realizada uma abordagem qualitativa dos dados bibliográficos, documentais e do caso em específico, através de uma análise subjetiva dos conceitos doutrinários e das razões expostas pelas partes dentro do processo em análise, bem como quais os fundamentos da decisão que determinou o ressarcimento de gastos da paciente pelo Estado.

Por fim, a presente pesquisa desenvolveu-se em três capítulos, seguidos da conclusão. No primeiro capítulo, buscou-se conceituar e caracterizar os direitos fundamentais, demonstrando suas peculiaridades e os fundamentos constitucionais e infraconstitucionais do direito fundamental à saúde, bem como a descrição do caso da paciente acidentada na Serra Dona Francisca.

No segundo capítulo, investigou-se o fenômeno do controle judicial das políticas públicas e, de forma mais específica, os princípios fundamentais que geram as controvérsias sobre o tema.

Já o terceiro capítulo objetivou estudar o ressarcimento de gastos da paciente acidentada na Serra Dona Francisca, através de uma análise específica dos fundamentos dos apelantes, apelados e dos julgadores.

2 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E O CASO DA PACIENTE ACIDENTADA NA SERRA DONA FRANCISCA

Neste capítulo serão abordados diferentes conceitos dos direitos fundamentais e suas peculiaridades, tratando de forma pormenorizada o direito fundamental à saúde, seus fundamentos constitucionais e infraconstitucionais, assim como fará uma descrição mais detalhada do caso da paciente acidentada na Serra Dona Francisca, objeto do presente estudo.

2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS. PECULIARIDADES E DEFINIÇÕES

Primordialmente, é necessário caracterizar e conceituar o que são direitos fundamentais, isto porque o enquadramento de determinado direito como fundamental gera consequências relevantes no ordenamento jurídico.

Segundo Marmelstein (2019, p. 16), enquadrar um direito como fundamental gera implicações práticas no ordenamento jurídico, visto que essa espécie de direitos detém aplicação imediata, hierarquia constitucional e são considerados cláusulas pétreas.

São dotados de eficácia imediata por imposição expressa do próprio §1º do artigo 5º da Constituição Federal; são direitos que não podem ser suprimidos, pois a sua disposição na Constituição faz com que as normas inferiores tenham que se adequar aos seus primados, devido ao *status* de norma superior da Constituição; não podem ser retirados ou minorados no ordenamento, nem mesmo através de emenda constitucional, por força da proteção especial que a constituição lhes confere no artigo 60, §4º, IV. (BRASIL, 1988).

A doutrina parece consentir quanto ao sentido jurídico do conceito de direitos fundamentais, dispondo que direitos fundamentais são aqueles positivados na constituição de um determinado país. Neste sentido, leciona Marmelstein (2019, p. 18):

Do ponto de vista jurídico, não é qualquer valor que pode ser enquadrado no conceito de direitos fundamentais. Juridicamente, somente são direitos fundamentais aqueles valores que o povo (leia-se: o poder constituinte) formalmente reconheceu como merecedores de uma proteção normativa especial, ainda que implicitamente. Esse reconhecimento formal ocorre através da positivação desses valores por meio de normas jurídicas. Para ser ainda mais preciso, pode-se dizer que, sob o aspecto jurídico-normativo, somente podem ser considerados como direitos fundamentais aqueles valores que foram incorporados ao ordenamento constitucional de determinado país.

Na mesma linha, afirma Martins (2021, p. 296) ‘‘[...] direitos fundamentais são aqueles reconhecidos e positivados no ordenamento jurídico interno do país’’. Assim, do ponto de vista jurídico, direitos fundamentais são aqueles elencados na Constituição.

Deste modo, delimitar o conceito de direitos fundamentais é de suma importância, pois muitas vezes – como ocorre na nossa Constituição – a lei maior traz um rol extenso e vago de direitos fundamentais.

Topograficamente, os direitos fundamentais estão previstos no título II da Constituição de 1988, englobando os artigos 5º até o 17, sendo todos eles enquadrados como direitos fundamentais à luz do conceito jurídico. Todavia, a própria Constituição reconhece que há outros direitos fundamentais espalhados por todo o texto e até mesmo derivando de princípios constitucionais, conforme observa-se do artigo 5º, §2º:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL, 1988).

Sendo assim, cabe destacar quais os elementos que caracterizam os direitos fundamentais, para que o operador do direito possa os reconhecer assim que topá-los ao longo do texto constitucional.

Sem sombra de dúvidas, um elemento caracterizador dos direitos fundamentais que une grande parte da doutrina sobre o tema é o princípio da dignidade da pessoa humana. Aliás, o principal elemento caracterizador da fundamentalidade de um direito é o princípio da dignidade da pessoa humana (MARTINS, 2021, p. 296), e a doutrina segue esta linha, vejamos:

No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais *do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.

[...]

[...] *direitos fundamentais do homem* são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana (SILVA, 2020, p. 180-181, grifo do autor).

Marmelstein (2019, p. 16) dispõe que os direitos fundamentais são balizadores da convivência digna em sociedade, estabelecendo padrões mínimos e proteção do cidadão em face de arbitrariedades, e afirma ‘‘a dignidade humana é, portanto, a base axiológica desses

direitos”. Observa-se que o autor trata de uma outra característica dos direitos fundamentais, a limitação do poder, incrementando a “fundamentalidade” abordada por Martins.

Deste modo, o autor constrói um conceito um pouco mais amplo do que seriam os direitos fundamentais, *in verbis*:

os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico. (MARMELSTEIN, 2019, p. 18).

A função limitadora de poderes também é abordada de forma conjunta com a dignidade da pessoa humana por Moraes (2021, p. 21), ao definir direitos fundamentais:

O importante é realçar que os direitos humanos fundamentais relacionam-se diretamente com a garantia de não ingerência do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana, tendo um universal reconhecimento por parte da maioria dos Estados, seja em nível constitucional, infraconstitucional, sejam em nível de direito consuetudinário ou mesmo por tratados e convenções internacionais.

Tem-se então destacados dois elementos essenciais aos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana e a limitação de poderes. Verifica-se, porém, que o conceito ainda é restrito; e, segundo o citado autor, assim deveria ser, pois a banalização do conceito acarretaria uma desvalorização do termo “fundamental” (MARMELSTEIN, 2019, p. 20). Todavia, não é o que acontece, ao menos na Constituição de 1988, onde no “Título II”, reservado aos Direitos e Garantias Fundamentais, encontram-se diversos dispositivos que não se ligam ao princípio da dignidade da pessoa humana e a limitação de poderes.

Diante do exposto, pode-se concluir que o princípio da dignidade da pessoa humana e a limitação de poderes são elementos que devem pautar o operador do direito ao enquadrar um direito positivado ao longo do texto constitucional, ou fora dele, como fundamental, ainda que mostrem-se implícitos.

Superado o conceito, importante destacar as características dos direitos fundamentais e as implicações práticas desta qualidade no ordenamento jurídico. Na doutrina, as características de maior destaque são a historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, universalidade, dentre outras.

O Direito é a ciência que regula as relações da sociedade. Com o passar dos tempos, toda sociedade evolui, e o Direito, como ciência reguladora, deve acompanhar a evolução social. Conforme afirma Martins (2021, p. 331) ‘a evolução histórica faz com que nasçam

novos direitos fundamentais”. Por isso diz-se que a historicidade é uma característica dos direitos fundamentais, pois à medida que a sociedade avança, surgem novas demandas que requerem uma proteção especial do Direito.

Os direitos fundamentais são universais, ou seja, aplicados indistintamente à todas as pessoas, como veremos no exemplo do acesso ao SUS que é assegurado a todos os brasileiros em todo o território nacional (vide tópico 2.3). Todavia, existe exceção, ao exemplo dos direitos políticos em que nossa Constituição exige o preenchimento de alguns requisitos para o exercício.

Outrossim, nas palavras de Silva (2020, p. 183) “são direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial”. Daí a característica de inalienabilidade, estabelecendo a impossibilidade de comércio dos bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais.

Também são imprescritíveis, uma vez que o decurso do tempo não faz com que o titular perca o direito se não o exercer, e irrenunciáveis (MORAES, 2021, p. 21). Quanto à irrenunciabilidade, importante destacar que o titular pode escolher não exercer o seu direito, mas nunca despojar-se dele.

Ademais, é importante tratar do caráter relativo dos direitos fundamentais, pois até mesmo essas situações tão protegidas pela Constituição não podem ser interpretadas de forma absoluta.

Pois bem, se a historicidade é uma característica dos direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana é o balizador de sua interpretação, em teoria, um bem jurídico que no passado era considerado essencial ao exercício do mínimo existencial pode não ser mais nos dias atuais.

Em sua obra, Martins (2021, p. 297) levanta importante questão sobre a possibilidade de um direito perder a sua “fundamentalidade” com o passar do tempo, oportunidade em que opina de forma contrária, justificando que deixar o reconhecimento dos direitos fundamentais somente ao princípio da dignidade da pessoa humana causaria enorme insegurança jurídica ante a amplitude do conceito. De outro modo, Silva (2021, p. 183) entende de forma diversa, argumentando que a imutabilidade desses direitos estaria em desacordo com a característica da historicidade.

Ademais, as normas de direitos fundamentais são na verdade princípios ou normas-princípio. Os princípios diferem das normas ou regras puras pois aqueles enunciam normas que comportam graus de aplicabilidade de acordo com as possibilidades reais e jurídicas, enquanto essas enunciam comandos de “fazer ou não fazer”. (MENDES; ALEXY *apud* SCARPA, 2021,

p. 66-70). Dado o caráter aberto dessa espécie de direitos, muitas vezes irradiando valores a serem interpretados pelo operador do direito, frequentemente ocorre uma colisão entre princípios fundamentais.

Em alguns casos, a própria Constituição estabelece a limitação ao direito que ela mesma confere, como no caso do direito ao livre exercício de qualquer profissão, desde que atendidos os requisitos estabelecidos pela lei:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]
XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. (BRASIL, 1988).

Neste caso, a própria Constituição ponderou os bens jurídicos. Todavia, o problema é que na maioria dos casos a Constituição não estabelece uma limitação clara aos direitos fundamentais e nem lhes confere valor diferente, de modo que quando há um conflito entre estes valores a situação torna-se de difícil resolução.

Não obstante, uma parcela da doutrina diz que alguns direitos fundamentais têm evidente caráter absoluto, como por exemplo o direito à não ser torturado disposto no artigo 5º, III, da Constituição de 1988 (BULOS *apud* MARTINS, 2021, p. 332). Neste sentido, não haveria como estabelecer penas de tortura ou tratamento degradante contra qualquer pessoa, independente dos seus atos.

No entanto, bens jurídicos de suma importância, como a vida humana, sofrem com a relativização pela própria Constituição, evidenciando que os direitos fundamentais não podem ser levados como absolutos, mas sim como parâmetros de otimização do ordenamento jurídico. Neste sentido, leciona Martins (2021, p. 333): “Entendemos que, como os direitos fundamentais são postos em nossa Constituição como princípios, e não regras, devem ser considerados como mandamentos de otimização, ou seja, devem ser cumpridos no grau máximo de sua efetividade”.

Assim sendo, os direitos fundamentais são princípios que devem ser perseguidos e efetivados da melhor forma possível, levando-se em conta os obstáculos fáticos e jurídicos enfrentados pelo agente efetivador. Vale destacar o exemplo citado por Marmelstein (2019, p. 375):

Tome-se como exemplo a norma contida no art. 196 da Constituição: “a saúde é direito de todos”. Trata-se nitidamente de um princípio. A saúde é um direito que

deve ser efetivado ao máximo, até onde for possível, dentro das capacidades fáticas (financeiras, por exemplo) e jurídicas. Quanto maior for a disponibilidade orçamentária tanto maior será o grau de efetividade desse direito. Essa norma é, por assim dizer, um objetivo a ser alcançado (de preferência, o mais rápido e na maior medida possível).

Entender que os direitos fundamentais têm força principiológica e não se resumem a regras absolutas é o mesmo que aceitar que estes estarão em constante conflito. As vezes para garantir um direito, como o direito à privacidade, é necessário restringir outro direito tão essencial quanto, como a liberdade de imprensa.

Deste modo, havendo um conflito entre direitos e/ou princípios fundamentais fica a cargo do magistrado interpretar e valorar os bens em discussão de acordo com o caso concreto, ponderando os fatos trazidos à luz da proporcionalidade e decidir pela supressão, total ou parcial, de um princípio em face do outro.

2.2 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO À SAÚDE

O direito à saúde está disposto na Constituição de 1988 no artigo 6º, que inaugura o capítulo II, dos direitos sociais. Está dentro do “Título II”, que elenca os direitos fundamentais: “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).

Conforme se observa, pela topografia do texto, o direito à saúde pode ser considerado um direito fundamental. Entretanto, não ignorando a discussão sobre a fundamentalidade dos direitos tratada no tópico anterior, cabe destacar a base principiológica, que faz com que a Constituição trate o direito a saúde como fundamental.

Os direitos sociais surgiram em uma época em que as garantias individuais, formalmente dispostas nas constituições, não bastavam para garantir a igualdade entre os cidadãos. Neste sentido, surge a necessidade de que o Estado garanta, de forma igualitária e ativa, a prestação de certos serviços sociais. Podemos encontrar tal comando imperativo já no preâmbulo da Constituição de 1988:

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, grifo nosso).

Com a ideia de impor um dever de garantia ao Estado, surge o movimento chamado “Constitucionalismo Social”. Nas palavras de Martins (2021, p. 476), “o Estado deveria abandonar sua postura passiva, negativa e assumir um papel positivo, ativo, a fim de que a igualdade jurídico-formal apregoada nos textos constitucionais fosse, de fato, concretizada”. Tal movimento marca a transição do estado liberal para o estado social.

É neste sentido que a Constituição de 1988 não só elenca a saúde como um direito fundamental como impõe ao Estado o dever de garanti-lo através de condutas positivas, como se vê no artigo 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).

Ademais, mostra-se adequada a imposição desse dever de garantia do direito à saúde, uma vez que constituem objetivos da República Federativa do Brasil a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem-estar de todos, conforme expressa o artigo 3º, III e IV:

Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988).

Neste sentido, observa-se que o direito à saúde, assim como os demais direitos sociais, legitima-se pelo princípio da dignidade da pessoa humana, conforme leciona Marmelstein (2019, p. 195) “[...] são inegavelmente instrumentos de proteção e concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, pois visam garantir as condições necessárias à fruição de uma vida digna”. Por certo, não há como se falar em vida digna sem saúde, que é o básico para manutenção da vida humana.

Os direitos sociais estão diretamente relacionados ao direito de igualdade, pois visam extinguir as situações sociais que colocam em “desvantagem” certa parte do povo, através de prestações positivas do Estado (SILVA, 2020, p. 288). Importante destacar que o direito à igualdade é outro valor que se pode extrair do já citado preâmbulo da Constituição de 1988, podendo ser entendido como um dos objetivos do legislador constituinte.

Outrossim, não há como ignorar que o princípio da dignidade da pessoa humana é evidentemente um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, de acordo com a disposição expressa do artigo 1º, III: ‘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: [...] a dignidade da pessoa humana; [...]’ (BRASIL, 1988).

Sendo assim, para concretizar os objetivos da República, criando uma sociedade justa e igualitária para todos, sem distinção, deve o Estado se incumbir de pôr em pé de igualdade todos os seus cidadãos, proporcionando uma base social confortável para que essa igualdade possa ser exercida. É neste sentido que o legislador constituinte impõe certos deveres prestacionais ao Estado, como o de garantir a saúde básica.

Pode-se dizer, então, que o direito à saúde encontra fundamento primordialmente nos princípios fundamentais da Constituição de 1988, relacionando-se com a dignidade da pessoa humana e com os objetivos da busca pela concretização da igualdade e do bem-estar social.

Com base nesses princípios, o constituinte abre o Título VIII, ‘Da Ordem Social’, onde implementou o já citado artigo 196, que impõe ao Estado o dever de garantir o direito à saúde através das políticas públicas. Para viabilizar e implementar as políticas públicas de saúde, o legislador constituinte criou um sistema único de saúde a ser financiado, dentre outras fontes, com o orçamento da seguridade social da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme:

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. (BRASIL, 1988).

Observa-se que o Sistema Único de Saúde (SUS) é dividido de forma hierarquizada entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, ao qual a Constituição delega a organização para a lei infraconstitucional.

Ademais, o legislador constituinte cuidou de tratar da competência básica do SUS, conforme se observa do artigo 200, *in verbis*:

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;
- 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).

Importante destacar que apesar de o legislador constituinte estabelecer uma hierarquia dentro do SUS, o dever de prestar e zelar pela saúde positivado no artigo 196 é de competência comum de todos os entes federados, conforme se observa do artigo 23, II: “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência [...]”.

(BRASIL, 1988).

Todavia, a organização e definição das demais atribuições do SUS em cada esfera da federação ficou para o legislador infraconstitucional, que posteriormente tratou de regulamentar a matéria.

2.3 FUNDAMENTOS INFRACONSTITUCIONAIS DO DIREITO À SAÚDE

O direito à saúde encontra seu principal fundamento infraconstitucional na Lei nº 8.080/90, também conhecida como Lei Orgânica da Saúde, que dispõe sobre os mecanismos de promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como a organização e funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS).

Logo no início, a lei elenca o direito à saúde como fundamental e reafirma o disposto pelo artigo 196 da Constituição ao atribuir o dever de garantir esse direito ao Estado, conforme se observa do artigo 2º e §1º:

A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.
O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e

no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988).

Ademais, a citada lei reforça uma das características dos direitos fundamentais, a universalidade, e salienta o princípio da integralidade tratado no artigo 198 retro, elencando-os como princípios no rol do artigo 7º:

As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;
II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;
[...]. (BRASIL, 1990).

Como se viu no tópico 2.1, o acesso a um direito fundamental deve ser garantido a todas as pessoas, sem distinções. Deste modo, o atendimento através do Sistema Único de Saúde é assegurado a todos os brasileiros em todo o território nacional; há inclusive, hipótese de atendimento de estrangeiro que esteja de passagem pelo país e eventualmente necessite de cuidados emergenciais.

Importante ressaltar o princípio da integralidade, segundo o qual, o tratamento de que a pessoa necessita deve ser fornecido de forma integral pelo Sistema Único de Saúde.

Conforme tratado no tópico anterior, a Constituição delegou à lei inferior a atribuição de organizar o SUS, o que foi realizado no artigo 9º, da Lei 8.080/90, ao distribuir a gestão da saúde entre os entes federados:

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).

Observa-se que a lei conferiu ao Poder Executivo de cada ente federado a gestão do SUS, dando-lhes autonomia para implementar as políticas públicas que visam garantir o direito à saúde para todos dentro de sua esfera de abrangência.

Ao passo que a lei confere certa discricionariedade ao administrador público, também impõe o limite da Lei de Diretrizes Orçamentárias:

Art. 31. O orçamento da seguridade social destinará ao Sistema Único de Saúde (SUS) de acordo com a receita estimada, os recursos necessários à realização de suas finalidades, previstos em proposta elaborada pela sua direção nacional, com a participação dos órgãos da Previdência Social e da Assistência Social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias. (BRASIL, 1990).

Neste sentido, a discricionariedade do administrador está adstrita ao montante que a Lei de Diretrizes Orçamentárias estabeleceu como necessário para atender as finalidades do SUS.

Ponto importante a ser destacado é a possibilidade de participação da iniciativa privada no SUS, conforme autoriza o artigo 24 da Lei 8.080/90:

Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.
Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público. (BRASIL, 1990).

Deste modo, visando a integração máxima do direito à saúde como princípio fundamental, pode o poder público buscar socorro na rede privada quando não dispuser de meios suficientes para garantir o mínimo a todos.

Neste compasso, o SUS exerce papel fundamental na garantia de igualdade, principalmente no Brasil, onde em 2013, ao menos, 80% da população dependia das políticas públicas de saúde. A universalidade do sistema é candente ao observarmos o Plano Nacional de Imunização, referência mundial, contando com mais de 40 imunizantes contra as mais variadas doenças (DUARTE; EBLE; GARCIA, 2018).

Assim sendo, pode-se dizer que a Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/90), é importante fundamento infraconstitucional do direito fundamental à saúde, regulamentando sua forma de entrega à população, observando os princípios da universalidade, integralidade do tratamento e igualdade.

2.4 O CASO DA PACIENTE ACIDENTADA NA SERRA DONA FRANCISCA

Por fim, levando a cabo o presente capítulo, serão apresentados alguns esclarecimentos acerca do caso paradigma objeto deste estudo, qual seja, o acidente na Serra Dona Francisca, ocorrido no dia 6 de janeiro de 2018, quando Maria Aparecida Borges de Oliveira passeava com seu marido pela serra Dona Francisca, localizada no município de Joinville/SC, e sofreram

um grave acidente automobilístico. O carro em que Maria e seu marido estavam caiu em uma ribanceira.

Somente após 36h do acidente foram encontrados e resgatados, no dia 8 de janeiro de 2018, quando Maria foi alocada em estado grave no Hospital Municipal São José. Dado seu estado de saúde, a paciente necessitava de internação imediata em uma Unidade de Terapia Intensiva (UTI). Entretanto, não havia vaga na unidade hospitalar, razão pela qual a paciente foi alocada em uma ala de apoio, onde ficou aguardando uma vaga em leito de UTI.

Diante da gravidade do estado de saúde da paciente, a internação na unidade de tratamento adequada se mostrava urgente, de modo que no dia 14 de janeiro de 2018, após 6 dias sem conseguir um leito pela rede pública, seu filho, com a ajuda de alguns parentes e amigos, solicitou sua transferência para uma unidade hospitalar da rede privada na região, onde havia disponibilidade de leito de UTI.

Todavia, a conta do hospital particular ficou muito cara, de modo que novamente solicitou a transferência para um leito na rede pública, no dia 16 de janeiro de 2018. Nesta oportunidade, surgiram duas vagas, uma na cidade de Canoinhas e outra em Jaraguá do Sul. Porém, a cidade de Canoinhas não tinha cirurgião torácico que pudesse atender a demanda da paciente e o médico especialista de Jaraguá negou a transferência.

A paciente sofria de politraumatismo e necessitava de ventilação mecânica, de modo que foi obrigada a aguardar, na unidade privada, a disponibilidade de um leito na rede pública.

Neste contexto, ante a insuficiência de recursos para a manutenção da paciente na rede privada, seu filho procurou a Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, que tentou resolver a demanda administrativamente através de solicitação de leito à Secretaria de Saúde do município e ao Hospital Municipal São José; sem sucesso.

Ante a negativa administrativa, a Defensoria Pública requereu no juízo da fazenda pública de Joinville a condenação do Município de Joinville e do Estado de Santa Catarina na obrigação de disponibilizar um leito de UTI para a paciente, seja na rede pública, seja na rede privada com a cobertura de custos, e a ao ressarcimento dos gastos da paciente referentes ao período em que teve de aguardar na rede privada. A disponibilização de leito foi requerida em sede de tutela antecipada de urgência e deferida pelo juízo.

No curso do processo, a paciente veio a falecer, no dia 26 de fevereiro de 2018. Ao final, o juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública de Joinville julgou extinto o processo quanto ao pedido de disponibilidade do leito, ante a morte da requerente, e condenou o Município de Joinville e o Estado de Santa Catarina na obrigação de ressarcir os gastos da paciente com a rede privada de saúde, de forma solidária.

Irresignados, ambos entes públicos apresentaram recurso de apelação, que foi distribuído para a 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, sob a relatoria do Excelentíssimo Desembargador Odson Cardoso Filho.

Ao final, o colegiado decidiu por manter a obrigação de ressarcir imposta ao município e ao Estado, modificando, todavia, a forma de responsabilidade, que passou a ser subsidiária do município ao invés de solidária, de modo que o ônus de ressarcir foi direcionado primeiramente ao Estado de Santa Catarina.

Deste modo, passadas essas premissas iniciais acerca deste trabalho, com destaque à definição dos direitos fundamentais e ao caso concreto ensejador da pesquisa, na sequência, abordar-se-á acerca do controle judicial das políticas públicas, justamente, para verificar a possibilidade de o Judiciário determinar ao Executivo o custeio do tratamento de saúde pessoas individualmente consideradas.

3 O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Para compreender o fenômeno do Controle Judicial das Políticas Públicas é necessário estudar a Separação dos Poderes, teoria difundida por Montesquieu em meados do século XVIII. Nesta época, os cidadãos estavam constantemente reivindicando direitos fundamentais ligados a liberdades individuais, visando protegerem-se das ingerências praticadas pelo Estado. Para o filósofo, a única maneira de se atingir essa liberdade é através da criação de diversos ‘‘Poderes’’ estatais, que, se opondo, regular-se-iam (RIPAMONTI *apud* CANELA JUNIOR, 2010, p. 67). Decorre daí a ideia de que o poder concentrado unicamente em um órgão ou uma pessoa favoreceria a prática de arbitrariedades, e a solução seria a dissolução das funções estatais em órgãos diversos que atuariam em conjunto, fiscalizando e controlando uns aos outros, criando o famoso sistema de freios e contrapesos posteriormente adotado em diversas Constituições.

Deste modo, seria muito mais difícil uma das funções estatais atentar contra as liberdades individuais do particular, pois estará sujeita à controle e coação das demais funções. Essa ideia favorecia a burguesia da época, que via-se livre das ingerências da nobreza.

Com o passar dos tempos, alterou-se o contexto social, surgindo a necessidade de garantia não só do direito à liberdade como também do direito à igualdade. O século XX foi marcado pela revolução industrial e duas grandes guerras, eventos que colocaram muitas pessoas ao redor do mundo na miséria. Neste contexto, diversos Estados ao redor do mundo inscreveram em suas Constituições direitos relacionados à igualdade, com destaque para a Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada por vários países em 1948.

Contudo, não bastava somente a garantia formal destes direitos, ou seja, a sua mera inscrição nos textos constitucionais e tratados internacionais. Havia a necessidade de que o Estado efetivasse esses direitos, o que deu início a uma transição do Estado Liberal para o Estado Social, onde o Estado deixa de lado a sua postura negativa e passa a atuar, de fato, na vida dos particulares, buscando a promoção da igualdade. Neste sentido, leciona Scarpa (2021, p. 31, grifo do autor): ‘‘Novos direitos incorporam-se ao catálogo de direitos fundamentais, direitos que não correspondem, na sua face mais visível, a uma pretensão de abstenção do Estado, mas sim a prestações positivas, reclamando um *fazer* estatal para suas satisfações’’.

Segundo a doutrina, nesta transição entendeu-se que os direitos de liberdade poderiam ser fortalecidos caso outros direitos de igualdade fossem efetivados por condutas positivas do Estado (CAPPELLETTI *apud* CANELA JUNIOR, 2010, p. 71). Outrossim, entende Scarpa

(2021, p. 33) que os direitos fundamentais de segunda geração surgiram para reparar os danos sociais causados pelo Estado Liberal.

Ocorre que, com essa transição de Estado, alterou-se a concepção sobre a teoria da separação dos poderes abordada por Montesquieu no século XVIII. Anteriormente, conforme já citado, o objetivo era impedir ingerências do Estado na vida dos particulares; agora, todavia, a proteção dos direitos de primeira geração passa a ser acrescida da concretização dos direitos de segunda geração (CANELA JUNIOR, 2010, p. 72). Deste modo, as funções estatais passam a moderar não só a conduta ativa do Estado, mas também sua omissão.

Neste cenário, as Constituições começaram a dar o direito fundamental e impor o dever de garanti-lo ao Estado, como ocorre, por exemplo, com o direito fundamental à saúde em nossa Constituição, garantido no artigo 6º e implementado nos artigos 196 e seguintes. Conforme visto no item 2.3 supra, a realização dessas políticas públicas está atrelada à Lei de Diretrizes Orçamentárias, que é de iniciativa do Poder Executivo, segundo o artigo 165, III, da Constituição: “Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: [...] os orçamentos anuais” (BRASIL, 1988), passando também por deliberação no Poder Legislativo.

Segundo o sistema de separação dos poderes adotada por nossa Constituição no artigo 2º, a implementação das políticas públicas inicia no Poder Executivo e tramita no Poder Legislativo, funções incumbidas de, primariamente, administrar a coisa pública e legislar, respectivamente. (BRASIL, 1988). Importante destacar que, por mais que a Constituição estabeleça alguns percentuais mínimos de verbas a serem obrigatoriamente direcionadas para determinados setores, ainda há uma margem de discricionariedade do administrador público e do legislativo, que nem sempre podem tomar as decisões mais alinhadas ao interesse público. E é aí que o judiciário ganha força na atuação política, pois se o Estado omitir-se em garantir o mínimo existencial, o cidadão pode buscar o judiciário para que, através da força que os dispositivos constitucionais lhe conferem, determine que o Estado cumpra sua obrigação constitucional com o particular.

Entretanto, delimitar as situações em que o Poder Judiciário pode intervir e sobrepor a vontade do administrador público, que foi eleito pela soberania popular, mostra-se complicado ante a amplitude e complexidade dos princípios que cercam a separação dos poderes e os direitos fundamentais.

Segundo Fonte (2015, p. 208-209), o Supremo Tribunal Federal reconhece a possibilidade de controle judicial das políticas públicas quando objetivam efetivar direitos fundamentais positivados na Constituição, entretanto, tal critério não pode servir exclusivamente de base para admitir a intervenção do judiciário, visto que diante da amplitude

dos conceitos que cercam a teoria dos direitos fundamentais, qualquer política pública poderia ser objeto de controle, pois relacionar-se-iam, ainda que indiretamente, com algum direito fundamental. Conforme tratado no tópico 2.1, delimitar os direitos fundamentais é tarefa que requer especial atenção do operador do direito, visto que a banalização do tema pode resultar em prejuízos para todos os particulares.

Neste contexto, sustenta o citado autor que existem duas categorias de políticas públicas, distintas na medida em que buscam realizar o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental reconhecido pela nossa Constituição, sujeitas a regimes diferenciados de controle. Diz que são “políticas públicas constitucionais essenciais” aquelas que relacionam-se com o “adimplemento concreto do mínimo existencial”. Leciona ainda que, via de regra, a transposição dos princípios para as políticas públicas deve se dar através dos órgãos compostos por representantes eleitos pelo povo (Executivo e Legislativo), conforme o princípio democrático, mas que, entretanto, algumas decisões não podem justificar-se apenas na vontade da maioria, devendo o judiciário entrar em cena e garantir o mínimo existencial, quando for o caso (FONTE, 2015, p. 209).

Ainda assim, mesmo com a distinção feita pelo autor, mostra-se muito tênue a linha entre a garantia do direito fundamental e a invasão de competência de uma função estatal na outra, visto que condicionada a conceitos amplos e de difícil limitação como o “mínimo existencial”, “dignidade humana”, “independência e harmonia dos poderes”, questões que serão abordadas nos tópicos deste capítulo.

3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, positivado no artigo 1º, III, da Constituição, que assim dispõe: “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: [...] a dignidade da pessoa humana; [...]”. (BRASIL, 1988).

Portanto, encontra seu fundamento jurídico no próprio texto constitucional. Todavia, não se trata de um direito fundamental, conforme se observa pela sua topografia, mas sim de um princípio balizador de todo o ordenamento constitucional.

Segundo Martins (2021, p. 813), trata-se de um “princípio axial, um padrão de interpretação sistemática das normas definidoras de direitos fundamentais”. Ademais, parte da doutrina sustenta que tal princípio não se limita a balizar a interpretação dos direitos

fundamentais, irradiando para todo o ordenamento, inclusive a parte que rege as relações privadas (SARMENTO *apud* MARTINS, 2021, p. 813). Daí porque a importância de compreender o princípio da dignidade humana, visto que sua carga axiológica serve de base para a interpretação não só dos direitos fundamentais, como de todo o ordenamento jurídico.

O maior problema da doutrina é aplicar e, principalmente, delimitar o princípio da dignidade humana. Cuida-se de um conceito muito amplo, gerando diversos conflitos jurídicos acerca de sua incidência, conforme exemplifica Martins (2021, p. 811):

Identificar e delimitar a amplitude desse princípio é um dos maiores desafios do Direito Constitucional contemporâneo. O uso desmedido e irrefletido desse princípio, em vez de fortalecê-lo, enfraquece-o. É comum, em inúmeros temas jurídicos controvertidos, encontrarmos teses antagônicas igualmente fundamentadas na dignidade da pessoa humana. Por exemplo, enquanto os defensores da legalização do aborto fundamentam sua tese na dignidade da pessoa humana da gestante, os opositores da tese utilizam como fundamento a dignidade da pessoa embrionária.

Conforme se extrai da lição do citado autor, a amplitude do conceito favorece o surgimento de conflitos entre pretensões completamente opostas com fundamento no mesmo princípio. Deste modo, além de compreender a natureza do princípio, é importante entender a sua aplicação e delimitação, sob pena de banalizá-lo.

Quanto a aplicação do princípio, sustenta a doutrina que existem três esferas, uma que utiliza o princípio como critério de interpretação do conteúdo dos direitos fundamentais; outra que utiliza como baliza na ponderação de conflitos entre direitos fundamentais; a que utiliza como critério de proteção para os direitos fundamentais (NOVAIS *apud* MARTINS, 2021, p. 813).

Por ser um fundamento da República, o princípio da dignidade humana deve servir de base para interpretação de todo o ordenamento, constitucional ou infraconstitucional. Sarmento, citado por Martins (2021, p.813) em sua obra, exemplifica a questão da interpretação ao trazer à baila o caso em que o Supremo Tribunal Federal, interpretando o artigo 226, §3º, da Constituição à luz do princípio da dignidade humana, estendeu o direito de união estável aos casais do mesmo sexo.

Ainda nesta linha, diz-se que o princípio da dignidade humana deve servir como principal meio de detecção de direitos fundamentais fora do Título II da Constituição. Conforme já visto no tópico 2.1, direitos fundamentais não são somente aqueles positivados no título reservado ao tema, mas também podem ser encontrados ao longo da Constituição, tratados internacionais e legislação infraconstitucional, sendo a relação do direito com dignidade da pessoa humana seu principal elemento caracterizador da “fundamentalidade”.

Outrossim, o princípio da dignidade da pessoa humana mostra-se essencial na ponderação dos conflitos entre direitos fundamentais. Neste sentido: “Cuida-se de um parâmetro importante, que busca reduzir o arbítrio do intérprete, bem como diminuir o risco de que a ponderação se converta em instrumento para o enfraquecimento dos direitos fundamentais diante dos interesses da maioria”. (SARMENTO *apud* MARTINS, 2021, p. 814).

Neste ínterim, observa-se que o princípio da dignidade humana relaciona-se diretamente com o controle judicial das políticas públicas, pois, conforme citado no tópico supra, os direitos fundamentais são passíveis de controle pelo judiciário quando são suprimidos ou negados aos particulares.

É cediço que os direitos fundamentais podem sofrer limitações quando postos em conflito ou por expressa previsão de lei, e é aí que entra a terceira esfera de aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, a da proteção. Segundo Martins (2021, p. 814, grifo do autor), “a *dignidade da pessoa humana* pode ser utilizada como parâmetro de fixação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, seja no aspecto negativo, seja no aspecto positivo”. Deste modo, pode-se concluir que há uma parte do direito fundamental que não pode ser limitado, uma parte intangível, seja quando posto em conflito com outro direito fundamental, seja por disposição legal. Neste sentido, leciona Novais (*apud* MARTINS, 2021, p. 814):

um direito fundamental pode, em princípio, ser limitado desde que haja razões atendíveis suficientemente fortes, mas haveria, em todo o caso, um núcleo do seu conteúdo, um âmbito nuclear de proteção, cuja afetação equivaleria a violação do direito fundamental; esse núcleo intangível seria constituído e delimitado, segundo essa concepção, pela dignidade da pessoa humana.

Martins (2021, p. 814) complementa a ideia do citado autor dizendo que a dignidade humana não serve apenas para delimitar o núcleo intangível do direito fundamental, mas também para evidenciar quais condutas ativas o Estado deve tomar para efetivar tais direitos. Assim, a dignidade da pessoa humana mostra, em mais um aspecto, sua relação de proximidade com o controle judicial das políticas públicas ao esclarecer quais omissões do Estado seriam passíveis de judicialização, fator essencial para evitar a judicialização de qualquer direito ou caso que não justifique a intervenção de uma função estatal na outra.

Há na doutrina uma proposta de delimitar a dignidade da pessoa humana de forma negativa, ou seja, evidenciar quais situações causariam lesão ao princípio para que na análise de um caso concreto, estas sirvam de parâmetro.

Para Novais (*apud* MARTINS, 2021, p. 815):

há violação da dignidade humana quando a pessoa é desrespeitada na sua humanidade, quando não lhe é reconhecida a sua natureza de sujeito e quando é colocada ou é abandonada numa situação ou num estado em que não dispõe de condições mínimas para desenvolver as suas capacidades de realização humana. (Grifo nosso).

Neste sentido, constitui violação da dignidade da pessoa humana sempre que um particular é desrespeitado em sua qualidade de ser humano, denegrado, objetificado, ou ainda, quando é posto em uma situação em que lhe são negadas condições mínimas para sua existência digna como sujeito. O segundo trecho da citada lição merece especial destaque no presente trabalho, pois a ausência de condições mínimas para subsistência do sujeito como situação lesiva ao princípio da dignidade da pessoa humana guarda relação direta com a teoria do mínimo existencial, a qual será tratada adiante no tópico 3.3.

Por fim, cabe discutir sobre a suposta natureza absoluta do princípio. Parte da doutrina, fundada na teoria de Kant, acredita se tratar de um princípio absoluto, como leciona Santos (*apud* MARTINS, 2021, p. 812): “a dignidade da pessoa humana é um princípio absoluto, porquanto, repetimos, ainda que se opte em determinada situação pelo valor coletivo, por exemplo, esta opção não pode nunca sacrificar, ferir o valor da pessoa”. Assim sendo, mesmo havendo uma margem de relativização, o princípio não pode ser completamente deixado de lado.

De outro modo, a doutrina majoritária aponta no sentido da possibilidade de se relativizar o princípio apesar de sua força (MARTINS, 2021, p. 812). Todavia, “pode haver ponderação da dignidade de uma pessoa com a dignidade de outra pessoa, não com qualquer outro princípio, valor ou interesse”. (MIRANDA *apud* MARTINS, 2021, p. 812). Deste modo, ainda que passível de relativização, esta não pode ocorrer de forma total, exigindo a observância de regras mais rígidas.

A República Federativa do Brasil funda-se no princípio da dignidade da pessoa humana, colocando o ser humano no pedestal da proteção jurídica. Todavia, é sabido que não é possível sua implementação da noite para o dia, pois existem limitações fáticas e a concretização ou reconhecimento de um princípio por vezes acaba afastando outro.

Ocorre que, por vezes o Estado deixa de cumprir com o seu dever de fornecer ao particular aquelas condições mínimas que propiciam ao exercício básico das necessidades inerentes ao ser humano, caracterizando lesão ao fundamento da República, sem haver, contudo, uma circunstância que justifique a relativização ou afastamento do princípio em sua totalidade.

Nesta toada, seria legítimo, por força do princípio da independência e harmonia dos poderes, a intervenção de uma função estatal na outra a fim de delegar ao particular o mínimo que lhe foi negado, conforme passa-se a expor nos tópicos seguintes.

3.2 PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA E HARMONIA DOS PODERES

O princípio da independência e harmonia entre os poderes, que deriva do princípio da separação dos poderes, está insculpido como princípio geral constitucional no artigo 2º da Constituição Federal: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. (BRASIL, 1988). Destaca-se, porém, que a Constituição utiliza de forma equivocada a expressão “Poderes”, visto que este é uno e indivisível.

A Constituição refere-se ao Poder Político, consubstanciado na legitimidade que o Estado detém para impor limitações e deveres à sociedade, com a finalidade de se atingir um bem comum. O Estado exerce o poder político através de seus órgãos constitucionais, que em sua maioria são preenchidos por representantes do povo, detentor de todo o poder, conforme o parágrafo único do artigo 1º, da Constituição:

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

Neste sentido, leciona Silva (2020, p. 110, grifo do autor): “[...] o poder político, *uno, indivisível e indelegável*, se desdobra e se compõe de *várias funções*, fato que permite falar em *distinção das funções*, que fundamentalmente são três: a *legislativa*, a *executiva* e a *jurisdicional*”. Sendo assim, deve-se observar os “Poderes da União”, como funções estatais, cada qual com suas atribuições e especificidades.

O princípio da separação dos poderes adotado por nossa Constituição funda-se, principalmente, na limitação de poderes do Estado, conforme já exposto no tópico 3 ao tratarmos da teoria difundida por Montesquieu. Ademais, a divisão de funções estatais fundamenta-se na especialização funcional e na “*independência orgânica*, significando que, além de especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente

dos outros, o que postula a ausência de meios de subordinação”. (SILVA, 2020, p. 111, grifo do autor). Daí decorre o já citado princípio da independência e harmonia entre os poderes.

A independência significa que cada função estatal deve ter autonomia para exercer suas atribuições, organizar o seu funcionamento e pessoal sem que seja necessário o aval de outra função ou órgão do governo.

Todavia, essa independência não pode ser absoluta, sob pena de ferir uma das principais características da separação dos poderes, o sistema de freios e contrapesos. Sobre a margem de intervenção, leciona Silva (2020, p. 112):

[...] nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.

O Poder Judiciário não pode inovar a ordem jurídica, mas pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei feita pelo Poder Legislativo, deixando de aplicá-la; o Poder Executivo não pode intervir nas decisões do Poder Judiciário, mas tem a atribuição de nomear os Ministros dos Tribunais Superiores; o Poder Executivo pode vetar as inovações feitas pelo Poder Legislativo e até mesmo legislar em alguns casos, mas tudo sob o crivo do Legislativo. Sendo assim, verifica-se que para o bom funcionamento das instituições deve haver harmonia entre as funções estatais.

Deste modo, a Constituição delimita a competência de cada função estatal e dispõe de meios sutis de controle, mas sem autorizar a usurpação de atribuições. Tanto é que o Poder Judiciário pode reconhecer a inconstitucionalidade por omissão do legislativo, mas nada pode fazer além de cientificar a função competente sobre a ausência da legislação necessária, que, entretanto, não está obrigada a inovar a ordem jurídica.

A linha entre freios e contrapesos e invasão de competência mostra-se muito mais tênue quando estão em discussão direitos fundamentais sociais. Segundo Scarpa (2021, p. 167-168), a concretização de direitos fundamentais sociais implica sempre em um gasto de dinheiro e as normas constitucionais que dispõem sobre direitos fundamentais sociais e atuação do Estado na economia são diretrizes às funções executiva e legislativa, que detém a atribuição de alocar as finanças públicas. Neste sentido, uma determinação de política pública por parte da função jurisdicional, alterando as finanças do Estado, implicaria em clara afronta à harmonia entre as funções.

Além de a alocação de despesas ser uma decisão eminentemente política, onde se confere certa margem de discricionariedade ao representante do povo, eleito pela soberania popular, pode-se dizer que um processo judicial não seria o cenário adequado para a realocação de gastos. Isto porque, geralmente, está em análise um único caso concreto e sua decisão pode ter efeitos reflexos em todas as outras questões políticas já previamente elaboradas pelas funções competentes, que detém uma gama maior de dados para embasar sua tomada de decisão no tocante a gastos públicos.

Deste modo, decisões puramente políticas não podem ser objeto de análise do judiciário, porém, uma decisão política pode ter uma ‘‘face judicial’’, que justificaria a intervenção da função jurisdicional (MELLO *apud* SCARPA, 2021, p. 168-169). Neste sentido, uma decisão discricionária (política) também pode ser objeto de controle por outra função.

De acordo com Scarpa (2021, p. 169), é o que acontece no caso dos direitos fundamentais sociais, pois sua efetivação se dá através de políticas públicas que se desenvolvem conforme o administrador público aloca sua verba de forma discricionária, porém, há um núcleo mínimo que não pode ser deixado de lado na tomada de decisão, constituindo sua ‘‘face judicial’’. Sendo assim, havendo lesão a direito fundamental social por suposta falta de recursos, poderia o Poder Judiciário determinar a realocação de verbas em outras áreas.

Ademais, todo o arcabouço principiológico da Constituição é voltado ao sentido de se colocar os direitos fundamentais como prioridade, visto que são situações essenciais a assegurar a vida digna, fundamento da República. Neste sentido:

É natural, portanto, que o orçamento deva ser ajustado para atender às prioridades constitucionais, visto que tais prioridades não podem ficar sujeitas ao arbítrio do legislador ordinário. Negar ao judiciário a possibilidade de intervir no orçamento para assegurar a observância dos princípios constitucionais significaria outorgar mais força à lei do que à própria Constituição, o que seria inadmissível. (SCARPA, 2021, p. 172).

Pode-se concluir, portanto, que o judiciário, por força da Constituição, pode realizar uma espécie de controle de constitucionalidade sobre a lei orçamentária, verificando se foram preteridas políticas públicas essenciais, como as relativas aos direitos fundamentais sociais, determinando que a verba seja incluída na próxima proposta orçamentária ou até mesmo realocando as verbas da proposta vigente.

Além disso, cabe destacar que as funções legislativa e executiva, onde seus representantes são eleitos pelo voto do povo, estão constantemente sujeitos à pressão política, de modo que sua atuação pode se dar em privilégio de um determinado grupo em detrimento de outro. De modo diverso, a função jurisdicional não sofre, ao menos não deveria, com

pressões políticas, visto que seus julgadores ingressam na carreira através de sua competência técnica e não por voto.

Importante salientar que o Poder Judiciário não pode extrapolar no controle judicial das políticas públicas, sob pena de invasão de competência. Neste sentido, leciona Scarpa (2021, p. 178):

O que não pode, evidentemente, é o Judiciário ultrapassar o limite do conteúdo mínimo dos direitos sociais, pois, nessa hipótese, estará assumindo, em larga escala, o controle das políticas públicas e invadindo a esfera de atuação reservada aos demais poderes, sem estar legitimado para tanto. Se isso ocorrer, haverá ofensa à separação dos Poderes e, conseqüentemente, ingerência indevida do judiciário no orçamento.

Portanto, observa-se que o limite da intervenção harmônica da função jurisdicional na função legislativa e executiva, no que tange a determinação de políticas públicas, relaciona-se com o mínimo existencial, que por outro lado encontra óbice na teoria da reserva do possível, como se verá no tópico seguinte.

3.3 RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL

Conforme dito anteriormente, a implementação dos direitos sociais implica sempre em um gasto público, visto que invariavelmente resultam em prestações materiais. Neste sentido, difundiu-se a teoria da reserva do possível “para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos”. (CANOTILHO *apud* SCARPA, 2021, p. 157). Deste modo, a teoria originária do Direito alemão, serve como base para argumentação do Estado em diversos processos judiciais envolvendo a efetivação de direitos sociais. Todavia, todo direito, seja ele social ou não, implica em um certo gasto, ainda que sua prestação final não seja material, de modo que o argumento não pode prosperar quanto aos direitos fundamentais (SCARPA, 2021, p. 152). Assim, deve ser analisada com certa cautela a teoria, pois a mera alegação de insuficiência de recursos não é hábil a indeferir a prestação material de algum direito fundamental social.

Além disso, há que se observar a reserva do possível sob o aspecto fático e jurídico. Quanto ao primeiro aspecto, pode-se apontar uma total incapacidade de recursos, materiais ou até mesmo pessoal. Sobre este aspecto, interessante destacar a lição de Scarpa (2021, p. 158-159), citando como exemplo a prestação da saúde:

Do ponto de vista fático, não se pode exigir do Estado o cumprimento de uma prestação positiva, se não há, de fato, materialmente, recursos. Assim, se todas as

vagas de UTI em determinada localidade estão ocupadas, de nada adianta um comando judicial que determine a internação de um paciente. Em casos tais, incide a velha máxima romana: *impossibilium nulla obligatio est*.

Nestes casos, mesmo havendo o reconhecimento da obrigação do Estado em prestar ao particular o direito à saúde, nada seria alterado na prática diante da absoluta impossibilidade. Pode-se citar como exemplo a pandemia causada pela COVID-19, que implicou na escassez de leitos de UTI e equipamento de ventilação mecânica; de nada adianta a determinação judicial se não há possibilidade material. Ainda, em casos extremos como o do exemplo citado, é plausível acreditar que ninguém melhor do que o profissional da saúde competente para gerenciar os leitos.

De modo diverso, sob o aspecto jurídico, a reserva do possível traduz uma impossibilidade jurídica que “[...] decorre da falta de previsão orçamentária para fazer face a determinadas despesas, porque o administrador optou por direcionar recursos para outras finalidades”. (JACOB, *apud* SCARPA, 2021, p. 159). Entretanto, tal limitação não pode ser absoluta, “devendo ser relativizada para satisfazer o mínimo existencial”. (SCARPA, 2021, p. 159). Assim, seria legítima uma intervenção do Poder Judiciário no orçamento público visando assegurar o mínimo existencial enquanto houver condições fáticas para tanto.

Pode-se dizer, ademais, que uma intervenção no orçamento público, neste sentido, estaria em perfeita harmonia com os primados constitucionais, tendo em vista que a vida digna é um dos fundamentos da República e sua concretização se dá através da garantia do mínimo essencial ao desenvolvimento humano. Nesta linha:

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, [...] na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições da própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos fundamentais, condições materiais mínimas de existência. (SCARPA, 2021, p. 161).

Ademais, negligenciar o mínimo existencial caracterizaria clara afronta à Constituição, padecendo de inconstitucionalidade toda lei e ato neste sentido. Assim veja, Novais (*apud* MARTINS, 2021, p. 815):

Uma comunidade que assenta no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, deve, sim, sob pena de inconstitucionalidade por violação desse princípio, assegurar aquelas oportunidades de realização humana, pelo menos, num patamar mínimo, objetivamente determinável no contexto a que se refere e de acordo com as diferentes possibilidades, limitações e carências de cada pessoa considerada como fim em si mesma.

É certo que nem todos têm as mesmas oportunidades a depender do meio econômico e social que está inserido, fato que gera desigualdade social. É difícil buscar o aprimoramento pessoal, profissional, contribuir com o país e o avanço da sociedade quando não se tem à disposição o mínimo para sua subsistência como pessoa humana. Razão pela qual, garantir o mínimo existencial a todos também é garantir o direito de igualdade e o bem-estar social, objetivos da república.

Assim sendo, mostra-se consensual na doutrina que a garantia do mínimo existencial legitima a intervenção de uma função estatal na outra, inclusive servindo como meio de “atenuar os efeitos da reserva do possível”. (SARLET *apud* SCARPA, 2021, p. 175). Deste modo, o controle judicial sobre o orçamento público opera a favor da harmonia entre os poderes, contribuindo para o bom funcionamento das funções.

É importante destacar que quando está em jogo a garantia do mínimo dos direitos sociais, a mera alegação genérica de insuficiência de recursos não pode prosperar, devendo a administração pública provar de forma concreta a insuficiência de recursos e que uma realocação no orçamento público causaria dano ou eminente risco de dano a outros direitos fundamentais (ALMEIDA *apud* SCARPA, 2021, p. 176). Isto porque a proteção que a Constituição confere à dignidade humana deve ser mais valorada do que a intangibilidade do orçamento público.

Outrossim, o mínimo existencial deveria ser considerado já na proposta orçamentária, visto que a Constituição, através de seus princípios, estabelece uma série de prioridades mínimas. Neste contexto, é perfeitamente aceitável que o judiciário realize o controle de constitucionalidade sobre o orçamento a fim de verificar se alguma política pública essencial foi preterida em relação a bens jurídicos de menor importância. Essa prioridade em assegurar o mínimo deriva da própria dignidade humana, e cabe ao julgador do caso concreto usar da razoabilidade para analisar se houve lesão a preceitos constitucionais na proposta orçamentária do Estado. Sobre o tema, destaca-se:

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. (BARCELLOS *apud* SCARPA, 2021, p. 161).

Ainda que o magistrado não detenha o conhecimento técnico sobre contas públicas e não disponha dos mesmos dados que o administrador público, dentro de um processo judicial

tal circunstância pode ser suprida com a apresentação de documentos pela administração pública e também por uma eventual prova pericial, como é corriqueiro no judiciário.

Sendo assim, forçoso concluir que não pode a administração pública valer-se da teoria da reserva do possível, alegando meramente a insuficiência de gastos para eximir-se do dever de efetivar o mínimo existencial, devendo, no mínimo, demonstrar cabalmente a impossibilidade material e absoluta ou o dano que uma realocação de recursos causaria à coletividade.

A função jurisdicional, usando da razoabilidade e de todos os mecanismos de produção de prova que se serve o processo judicial, poderia realizar o controle judicial do orçamento público no tocando à efetivação de políticas públicas, observando sempre o mínimo existencial, sem que isso configure invasão de competências, contribuindo, aliás, com o bom funcionamento da máquina estatal ao cumprir com o seu dever constitucional de resguardar os preceitos constitucionais.

4 RESSARCIMENTO DOS GASTOS DA PACIENTE ACIDENTADA NA SERRA DONA FRANCISCA À LUZ DO DECIDIDO NA APELAÇÃO N° 0301213-78.2018.8.24.0038, JULGADA PELA 4ª TURMA DO TJSC

Diante de todo o exposto, este capítulo será reservado à análise do decidido na Apelação n° 0301213-78.2018.8.24.0038, julgada pela 4ª Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, examinando as razões de apelação do Estado de Santa Catarina, Município de Joinville, as contrarrazões da parte apelada, bem como a fundamentação da decisão colegiada.

Pretende-se, no presente capítulo, correlacionar as teorias estudadas nos tópicos anteriores com os fundamentos que compõe as razões de apelação dos entes públicos, contrarrazões da parte apelada e da decisão da turma, que impôs ao Estado de Santa Catarina o dever de ressarcir a paciente com os gastos na rede privada de saúde.

4.1 FUNDAMENTOS DOS APELANTES

O primeiro apelo veio do Estado de Santa Catarina, que sustentou a necessidade de reforma integral da decisão prolatada em primeira instância.

Inicialmente, o ente público defendeu que não é de sua competência a criação de leitos de UTI. Explicou que, de acordo com a divisão tripartiti do SUS, o Estado apenas gerencia os leitos de UTI implementados com a verba do Ministério da Saúde, o que o faz através do Complexo Regulador, que é dividido entre as regiões em Centrais de Regularização, repartições que visam obter informações precisas e de forma imediata acerca da política pública de saúde de cada região do Estado, criando uma rede de compartilhamento instantânea através da qual se rege a distribuição da verba pública, fundando-se na universalidade do atendimento, descentralização, regionalização e hierarquização do SUS. É através desta rede que o Estado controla os leitos de UTI disponíveis, por exemplo.

Ou seja, é através desta integração entre diversos gestores que o Estado percebe a necessidade de cada região no que diz respeito a consultas, atendimentos ambulatoriais, pré-hospitalares, urgências e leitos de UTI, e direciona a verba vinda do Ministério da Saúde de forma equitativa para cada região, visando cumprir com a universalidade do acesso à saúde.

Neste contexto, sustentou o Estado que não haveria nos autos prova alguma de que a Central de Regularização competente foi acionada para buscar uma vaga em leito de UTI, de

modo que não houve ação ou omissão estatal que causasse dano à paciente. Segundo o ente público, sequer foi solicitado leito de UTI, razão pela qual não há que se falar em negativa de leito pela administração.

Sustentou ainda, em clara remissão à teoria da reserva do possível material, que de qualquer modo um comando judicial não poderia criar leitos novos, visto que aquela era a realidade fática do momento.

Prosseguindo, ressaltou que o Poder Judiciário não poderia substituir a administração pública na implementação de políticas públicas de saúde, pois caracterizaria clara invasão de competências, ferindo o princípio da separação dos poderes insculpido no artigo 2º, da Constituição Federal.

Ademais, alega que uma decisão desse tipo afrontaria o princípio da isonomia e da universalidade, pois o pleito da autora extrapola o direito à saúde. Segundo o ente público, em que pese a Constituição, em seu artigo 196, impor ao Estado o dever de garantir o direito à saúde, este não pode ser convertido em um segurador universal. Sustenta que o SUS serve para garantir o acesso igualitário a todos, não podendo ser transformado em mero ‘ressarcidor de despesas particulares’.

Na visão do Estado, a autora deveria buscar o acesso à saúde junto ao SUS antes da rede privada, alegando que qualquer comando judicial deveria ser no sentido de disponibilizar um leito na rede pública, mas não o ressarcimento com gastos de rede privada. Ou seja, a autora deveria buscar o judiciário antes de proceder à internação na rede privada, para que obtivesse uma determinação de internação na rede pública em caso de negativa de leito.

Tal situação se justificaria porque o SUS já tem uma estrutura preparada para atender o particular que não tem condições de arcar com os custos de acesso à saúde, organizando sua estrutura de forma menos custosa, o que não ocorre na rede privada onde a finalidade é o lucro.

Segundo o Estado de Santa Catarina, a paciente, diante da situação de urgência, poderia optar por sujeitar-se ao tratamento a todos conferido através do SUS, sendo hipossuficiente, ou buscar atendimento na rede privada. Ao buscar o tratamento na rede privada, por livre e espontânea vontade, não faria jus ao ressarcimento dos gastos sem a participação do poder público.

Ademais, deferir o pleito da autora criaria um perigoso precedente, estimulando os particulares a buscarem o atendimento de suas necessidades médicas na rede privada de saúde, onde por vezes o sistema é mais célere e cômodo, e posteriormente pleitear o ressarcimento desses gastos na rede pública sob a alegação de hipossuficiência. É certo que conforme o disposto no artigo 199 da Constituição, a iniciativa privada pode explorar a assistência à saúde

e obviamente cobrar um valor condizente com o serviço prestado à luz do princípio da autonomia privada e a finalidade de obtenção de lucro. (BRASIL, 1988). Entretanto, colocar o SUS na posição de ressarcidor de gastos, com um precedente dessa natureza, poderá acarretar um prejuízo desmedido ao erário, visto que os custos na rede privada são naturalmente elevados, o que prejudicaria a execução de uma política pública que já é deficitária por parte do Estado.

Segundo as razões do Estado, a paciente optou pela rede privada quando poderia se submeter ao tratamento do SUS. Desta feita, o pleito da paciente extrapolaria o direito de acesso à saúde, por clara afronta ao princípio da isonomia e universalidade do atendimento.

Posteriormente, sobreveio apelo do Município de Joinville, que alegou a ausência de nexo de causalidade entre a conduta do ente municipal e o dano experimentado pela autora, bem como a competência exclusiva do Estado de Santa Catarina no gerenciamento de leitos de UTI entre municípios.

Sustentou o Município de Joinville que em momento algum omitiu-se no dever de prestar assistência à paciente, pois quando do acidente, foi recebida e acomodada no Hospital Municipal São José, recebendo todos os tratamentos necessários até a transferência para o leito de UTI de que necessitava, tendo optado por livre e espontânea vontade pela transferência para a rede privada de saúde.

Ademais, afirma o Município que foi ofertado à paciente duas vagas de UTI, em cidades distintas, mas que não há provas de que o atendimento foi negado. Ressalta ainda que o ente municipal se comprometeu a arcar com a transferência da paciente para outra cidade, e em contrariedade às razões do Estado, afirma que foi sim solicitada pesquisa de disponibilidade de leitos de UTI junto ao sistema mantido pelo ente estadual.

Deste modo, ressalta que atendeu as necessidades da paciente na medida de suas possibilidades, visto que a gerência de leitos de UTI na região compete ao Estado de Santa Catarina por força do artigo 1º, da Lei Estadual nº 16.158/2013:

Ficam criadas as Centrais de Regulação de Internações Hospitalares e as Centrais de Regulação de Consultas e Exames que serão operacionalizadas pela Superintendência de Serviços Especializados e Regulação da Secretaria de Estado da Saúde (SES).

Parágrafo único. As Centrais de Regulação têm por objetivo:

I – descentralizar e regionalizar a assistência à saúde, otimizando os recursos e qualificando a oferta;

II – padronizar os Protocolos Clínicos e de Acesso que serão utilizados nas Centrais de Regulação, aumentando o controle e a fiscalização dos serviços e atendimentos;

III – estabelecer competências, fluxos e responsabilidades na regulação do acesso à saúde no âmbito do SUS (Sistema Único de Saúde);

IV – garantir a agilidade e a qualidade no acesso à assistência à saúde pública;

V – reduzir o tempo de espera para consultas, exames e internações; e

VI – reduzir o número de transporte de pacientes entre municípios.

(SANTA CATARINA, Assembleia Legislativa, 2013).

Ainda que existentes leitos mantidos pelo Município, a atribuição de gerenciá-los é do ente estadual. Assim sendo, visto que o Município de Joinville dispensou à paciente, desde o primeiro momento, toda a assistência necessária, inclusive ofertando vagas em cidades diversas, e que a paciente optou pela transferência para a rede privada por conta própria, pleiteia o afastamento da responsabilidade do ente pela ausência de nexo de causalidade entre a conduta e o dano, assim como pela inexistência de ato ilícito.

Subsidiariamente, caso reconhecida a sua omissão, o ente municipal pleiteou o direcionamento da obrigação de ressarcimento exclusivamente ao Estado de Santa Catarina. Isso porque, conforme antes dito, o ente municipal não tem qualquer poder sobre a gerencia das vagas de UTI na sua região, sendo de competência exclusiva do Estado a gestão das filas.

Assim sendo, ante a repartição de competências, busca o município a aplicação da tese firmada no Tema 793 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019).

Ressalta, ainda, que o Município de Joinville requereu a disponibilidade de leito para a paciente no primeiro momento e que a partir daí seria de competência do ente estadual gerir eventual fila existente e alocar a paciente no leito mais adequado diante da situação fática, razão pela qual eventual condenação deveria recair sobre este.

Outrossim, pleiteou o ente municipal que, caso sua condenação fosse mantida, o valor da indenização deveria ser apurado em liquidação de sentença, pois os alguns valores apresentados em primeira instância mostravam-se inadequados ou superfaturados, quer pela desnecessidade do serviço, quer pelo preço exorbitante cobrado pelo ente privado.

4.2 FUNDAMENTOS DOS APELADOS

Em contrarrazões à apelação interposta pelo Estado de Santa Catarina, o filho da paciente, representado pela Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, alega que a política pública de saúde foi ineficiente.

Destaca a Defensoria Pública que a paciente deu entrada no Hospital Municipal São José no dia 08 de janeiro de 2018, ocasião em que seu estado de saúde já requeria uma

acomodação em leito de UTI. No entanto, no dia 14 de janeiro de 2018, após aguardarem por seis dias um leito de UTI, sem resposta, a família se viu na obrigação de transferir a paciente para rede privada. Esse decurso de tempo sem ao menos prestar uma resposta à paciente, segundo a Defensoria, destaca a ineficiência da política pública de leitos de UTI do Estado de Santa Catarina.

Neste contexto, os familiares da paciente reuniram algum dinheiro e solicitaram sua transferência para a rede privada de saúde. Todavia, como a situação econômica da paciente e de seus familiares não era confortável, não tardou para que não tivessem mais condições de mantê-la na rede privada, onde os custos dos serviços se mostraram exorbitantes.

Assim sendo, no dia 16 de janeiro de 2018, foi solicitada nova transferência da paciente para um leito de UTI na rede pública. Após a nova solicitação surgiram duas vagas, uma na cidade de Canoinhas e outra na cidade de Jaraguá do Sul, no entanto, sem sucesso na transferência pois aquela cidade não tinha cirurgia torácico (necessário dado o estado delicado de saúde da paciente) e esta recusou a acomodação da paciente.

Neste meio tempo, passaram-se nove dias sem que a paciente fosse acomodada em um leito de UTI do SUS, o que, segundo a Defensoria Pública, deixa mais do que claro a ineficiência da política pública de gestão de leitos de UTI do Estado.

A paciente necessitava da acomodação desde o dia 8 de janeiro de 2018, porém, somente no dia 26 de janeiro de 2018 foi acomodada em um leito de UTI da rede pública, após duas solicitações sem efeito. Se não houvesse a omissão estatal, não precisaria a paciente buscar a chance de sobrevivência na rede privada.

Deste modo, argumenta a Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina que, no caso em apreço, não se trata de usar o SUS como segurador universal, mas de fazer o Estado arcar com a responsabilidade pela sua política pública de saúde ineficaz.

Em contrariedade às razões do ente municipal, a Defensoria Pública sustenta a responsabilidade solidária entre os entes da federação na obrigação de prestar a saúde, bem como diz que a alegação de inexistência de omissão do Município de Joinville não pode prosperar.

Escorando-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e citando a tese firmada na primeira parte do Tema 793 da corte, sustenta a Defensoria que a responsabilidade de prestar assistência integral à saúde é solidária de todos os entes da federação, de modo que não pode prosperar a alegação de competência exclusiva do Estado de Santa Catarina para reparar os danos.

Neste sentido, destaca que a paciente ficou sob os cuidados do Hospital Municipal, e que apesar de ser-lhe ofertada duas vagas de UTI através da solicitação do Município de Joinville, a transferência não se operou devido a negativa dos próprios agentes da administração. A rede pública oferece as vagas e nega a transferência, qual a culpa da paciente?

Sendo assim, entende a Defensoria que houve omissão do SUS, aqui entendido, por força da competência concorrente, como omissão da rede municipal e estadual de saúde, razão pela qual tanto o Município de Joinville quanto o Estado de Santa Catarina devem ser condenados na obrigação de ressarcir os gastos com o tratamento na rede privada de saúde.

4.3 DECISÃO DA 4ª TURMA DE DIREITO PÚBLICO DO TJSC

Com as contrarrazões, os apelos subiram ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina e foram conhecidos, com exceção do apelo do Município de Joinville na parte em que questiona o valor arbitrado a título de indenização com base nas despesas apresentadas em 1ª instância, pois esse ponto não foi contestado na instância inicial, restando prejudicada a análise pelo Tribunal sob pena de supressão de instância.

Inicialmente, o relator destacou que o direito à saúde é assegurado tanto pela Constituição Federal, quanto pela Constituição do Estado de Santa Catarina e pela legislação infraconstitucional, citando o artigo 196 da Constituição Federal, que trata do dever do Estado em prestar a todos a saúde, bem como o artigo 153 da Constituição Estadual, que replica o artigo 196 a nível estadual:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem a 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. Parágrafo único. O direito à saúde implica os seguintes princípios fundamentais:
I - trabalho digno, educação, alimentação, saneamento, moradia, meio ambiente saudável, transporte e lazer;
II - informação sobre o risco de doença e morte, bem como a promoção e recuperação da saúde. (SANTA CATARINA, Assembleia Legislativa, 1989).

Neste ínterim, citando a Lei 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde), ressalta que a saúde é um direito fundamental do ser humano e que sua assistência deve ser prestada de forma integral ao cidadão. Ademais, elucida que a competência de prestar essa assistência integral é concorrente de todos os entes da federação, por força do disposto no artigo 23, II, da Constituição Federal. Entretanto, reconhece a tese firmada pelo STF no Tema 793, que dispõe sobre a solidariedade dos entes públicos em prestar a saúde, mas destacando o dever de o

julgador direcionar o ônus do ressarcimento de acordo com as regras de hierarquia e repartição do sistema público de saúde.

Destaca o relator, que no momento da entrada no Hospital Municipal São José, já havia recomendação no sentido de que a paciente deveria ser acomodada em leito de UTI diante do seu grave estado de saúde, mas que não havia vaga naquele hospital, oportunidade em que foi solicitado à Central de Regulação administrada pelo Estado um leito. Ressalta, outrossim, que passaram-se seis dias sem que houvesse uma resposta, ou ao menos uma previsão, sobre a vaga solicitada para a paciente, razão pela qual sua família, diante de seu gravíssimo estado de saúde, optou pela transferência para rede privada de saúde.

Ademais, destaca que por diversas vezes a paciente pleiteou uma vaga em leito público, insistindo diversas vezes na solicitação, sem sucesso. Ainda assim, cita documentos constantes no processo de conhecimento que evidenciam a tentativa de transferência da paciente para a cidade de Canoinhas, onde não havia cirurgião torácico, razão pela qual seria inviável a transferência da paciente em decorrência do seu estado de saúde que requeria um profissional desta especialidade, bem como para a cidade de Jaraguá do Sul, onde o especialista recusou a transferência.

Somente após 20 dias do sinistro é que a paciente foi acomodada em leito de UTI no Hospital e Maternidade de Jaraguá do Sul, sobrevivendo seu falecimento no mês seguinte.

Sendo assim, resta claro que a paciente tentou de todo modo buscar assistência de que necessitava na rede pública de saúde. Diante da demora e de todas as negativas do poder público em prover a assistência a paciente, sua família se viu sem saída, sendo que a única opção de garantir-lhe alguma sobrevivida era transferindo-a para algum estabelecimento que tinha a infraestrutura necessária para atender sua delicada situação de saúde.

Essa demora foi reconhecida pelo Tribunal como fator determinante para tomada de decisão da família, caracterizando a omissão estatal em prestar assistência integral à saúde, razão pela qual é devida a indenização referente ao gasto com a rede privada.

No ponto, cabe destacar:

Como bem registrou o togado sentenciante, “o delicado estado de saúde de Maria indicava a imediata internação em leito de UTI para, tanto quanto possível, garantir-lhe a chance de sobrevivida” (Evento 107 – Eproc 1º Grau); entretanto, a excessiva demora do Poder Público no fornecimento da atenção médica necessária à preservação da saúde foi determinante para que seus familiares, diante da gravidade e urgência da situação, optassem por interná-la em nosocômio particular, eis que, em última análise, não possuíam outra escolha.” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, 4ª Câmara de Direito Público, 2020).

Escorando-se na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do próprio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o colegiado reconheceu que a vida, saúde e integridade físico-psíquica das pessoas são valores supremos e que sobressaem a todos os outros; que o direito à saúde é amplamente garantido na legislação constitucional e infraconstitucional, podendo ser exigido a qualquer momento pelo cidadão e devendo ser atendido pelo Estado, que está incumbido de um dever legal; que ausência de vaga de UTI no único hospital da região fere o mínimo existencial de toda a coletividade.

Ademais, reconhece que não cabe ao Poder Judiciário a efetivação de programas sociais, mas que é lícito a este realizar um controle de constitucionalidade e legalidade sobre as políticas públicas, mormente quando está em discussão sua completa ausência ou seu cumprimento insuficiente.

Interessante destacar a ressalva feita pela jurisprudência do STJ, adotada pela 4ª Turma de Direito Público do TJSC, no tocante à teoria da reserva do possível, para a qual, a teoria da reserva do possível, especialmente a alegação de limitação orçamentária, não pode servir de desculpa para que o administrador público imponha suas convicções pessoais e deixe de lado as políticas públicas que garantam a coletividade o mínimo para sua subsistência no que diz respeito à atendimento médico-hospitalar, e que este tipo de conduta cruza a linha do razoável e fere políticas públicas legisladas, não estando na margem de discricionariedade do administrado, portanto, sujeitas à controle do Poder Judiciário sem haver lesão ao princípio da separação dos Poderes. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2011).

Neste sentido, fica claro o posicionamento de que certas demandas ou prestações de direitos não podem ter uma margem total de discricionariedade por parte do administrador público responsável por sua implementação.

Ao final, o colegiado acatou o parcialmente o pleito do Município de Joinville com fulcro na parte final da tese firmada no Tema 793 do STF, direcionando o cumprimento da obrigação primeiro ao Estado de Santa Catarina e eventualmente ao Município.

O colegiado não afastou a solidariedade entre os entes federados no dever de prestar a saúde, mas usou da razoabilidade para deixar o Município como responsável subsidiário pelo cumprimento da obrigação, uma vez que, de fato, a responsabilidade de gerenciar os leitos de UTI é do Estado de Santa Catarina.

Deste modo, o Estado de Santa Catarina foi condenado na obrigação de pagar à paciente o valor de R\$ 87.597,65 (oitenta e sete mil, quinhentos e noventa e sete reais e sessenta e cinco centavos) – valor arbitrado pelo juízo de primeira instância e não modificado pelo Tribunal - à

título de ressarcimento com os gastos na rede privada de saúde, sendo o Município de Joinville responsável em caráter subsidiário para o cumprimento desta obrigação.

Sendo assim, a paciente teve seu direito fundamental à saúde assegurado pelo colegiado, que, reconhecendo a omissão estatal em prover o mínimo existencial para a particular, manteve a condenação dos entes públicos na obrigação de ressarcir os gastos da paciente com a rede privada de saúde.

Da decisão não houve recurso por parte dos entes públicos, de modo que a paciente teve seu direito fundamental à saúde assegurado pelo colegiado, recebendo a indenização pelos gastos que teve com a rede privada de saúde.

5 CONCLUSÃO

O direito fundamental à saúde relaciona-se de forma íntima com o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil. Sua garantia é dever do Estado, que deve prestar a assistência de forma integral ao particular.

Garantir o direito à saúde, a todos e de forma integral, é colocar a sociedade nos trilhos rumo à concretização dos objetivos da República Federativa do Brasil, quais sejam, construir uma sociedade livre, justa e solidária, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem-estar social.

Em razão da sua natureza de direito fundamental, a saúde tem um núcleo mínimo intangível, que não pode ser suprimido ou negado ao particular sob pena de lesão ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República.

O Estado cumpre seu dever de garantir a assistência à saúde através da implementação de políticas públicas de competência do administrador público. Tal atribuição é conferida ao Poder Executivo, primordialmente, e submetida ao crivo do Poder Legislativo, pela Constituição Federal.

Não se pode negar que a repartição das funções estatais em “Poderes” também é um princípio fundamental da República Federativa do Brasil, de modo que cada órgão detém funções específicas, devendo manter uma relação harmônica para o bom funcionamento das instituições.

Mesmo assim, haverá intervenção de uma função estatal na outra com a finalidade de coibir abusos e ilegalidades, característica que decorre do próprio sistema de repartição dos Poderes.

Quando o particular precisa ver seu direito à saúde efetivado e recebe uma negativa do Poder Público, bate à porta do Judiciário para obter a tutela, oportunidade em que o magistrado competente, usando da razoabilidade e proporcionalidade, ponderará qual princípio fundamental deve ceder.

É o que ocorre no caso em estudo, onde a paciente acidentada na Serra Dona Francisca precisou de assistência na rede pública de saúde e por vezes obteve a negativa do Poder Público. Assim, na esperança de salvar seu ente querido, ou garantir-lhe a chance de sobreviver, tendo em vista seu delicado estado de saúde e as negativas do Poder Público em atendê-la, seus familiares buscaram o atendimento que deveria ser prestado pela rede pública, na rede privada.

A paciente passou aproximadamente vinte dias sofrendo com a omissão do Estado em prover-lhe o que era seu por direito, a assistência integral à saúde. Neste meio tempo, ainda que

lhe tenha sido ofertada duas vagas em leitos de UTI pelo Município de Joinville, em cidades distintas, a transferência não se efetivou por negativa dos próprios agentes públicos. Sendo assim, não há como se dizer que a paciente deliberadamente optou por se tratar na rede privada e não ir a rede pública quando lhe foram ofertadas vagas.

O administrador público não pode se esconder atrás do princípio da separação dos poderes para manejar indiscriminadamente a verba pública preterindo determinadas políticas públicas essenciais. Nesta hipótese, é lícito ao Poder Judiciário realizar um controle de constitucionalidade sobre o orçamento público, visto que determinadas políticas públicas, como as de saúde, não podem ficar exclusivamente ao arbítrio do administrador eleito.

O arcabouço principiológico da Constituição Federal de 1988 é claro no sentido de que o mínimo existencial não pode ser negado a nenhum particular enquanto houver condições fáticas para tanto.

No caso em estudo, é candente a ineficácia da política pública de saúde, tanto na gestão de leitos do Estado, quanto pelo Município, que concorrem com a União no dever de garantir a assistência integral à saúde.

Dada a inércia e ineficácia da política pública de saúde, a paciente e seus familiares foram colocados em uma situação na qual não tinham outra opção senão a busca de uma esperança de sobrevivência na rede privada de saúde. A internação em leito de UTI era necessária desde quando a paciente deu entrada no Hospital Municipal São José, conforme demonstram os laudos médicos, mas seus familiares não tinham qualquer retorno ou previsão do sistema público acerca de quando a vaga seria disponibilizada; se no dia seguinte, na semana seguinte, no mês seguinte... De modo que a transferência para a rede privada, antes mesmo de buscar a tutela judicial, mostrava-se a única opção.

Deste modo, pode-se concluir pelo acertamento da decisão tomada pela 4ª Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina ao condenar o Estado de Santa Catarina e o Município de Joinville na obrigação de ressarcir os gastos da paciente na rede privada de saúde.

REFERÊNCIAS

ALONSO, Ricardo Pinha. **The fundamental social rights and the jurisdictional control of public policies**. 2012. 172 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: https://bdtd.ibict.br/vufind/Record/PUC_SP-1_c715c67cb044d924dd16dda00cf56183. Acesso em: 23 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de declaração no recurso extraordinário nº 855178**. [...] 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. [...]. Embargante: União. Embargada: Maria Augusta da Cruz Santos. Relator: Min. Edson Fachin, 23 de maio de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4678356>. Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Recurso Especial nº 1068731**. ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. DIREITO SUBJETIVO. PRIORIDADE. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. ESCASSEZ DE RECURSOS. DECISÃO POLÍTICA. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL. [...] 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. [...]. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Herman Benjamin, 17 de fevereiro de 2011. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1038100&num_registro=200801379303&data=20120308&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16 nov. 2021.

BRASIL. Lei N° 8.080, 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: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em: 16 nov. 2021.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas.** Editora Saraiva, 2010. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502139831/>. Acesso em: 23 abr. 2021.

Duarte, Elisete, Eble, Laeticia Jensen and Garcia, Leila Posenato **30 anos do Sistema Único de Saúde.** Epidemiologia e Serviços de Saúde [online]. 2018, v. 27, n. 1 [Accessed 25 August 2021], e00100018. Available from: <https://doi.org/10.5123/S1679-49742018000100018>. Epub 26 Mar 2018. ISSN 2237-9622. <https://doi.org/10.5123/S1679-49742018000100018>.

FONTE, F.D. M. **Políticas públicas e direitos fundamentais**, 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502622555/>. Acesso em: 26 set. 2021.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social.** 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

LEONEL, Vilson; MARCOMIM, Ivana. **Projetos de pesquisa social: livro didático.** Palhoça: Unisul Virtual, 2015.

MARTINS, FLÁVIO. **Curso de direito constitucional.** 5º ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555595314/>. Acesso em: 16 nov. 2021.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais.** 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2019. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597021097/>. Acesso em: 23 abr. 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência.** 12º ed. São Paulo: Atlas, 2021. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026825/>. Acesso em: 23 abr. 2021.

SANTA CATARINA. Assembleia Legislativa. Constituição do Estado de Santa Catarina de 1989. Florianópolis: Assembleia Legislativa. Disponível em: http://leis.alesc.sc.gov.br/html/constituicao_estadual_1989.html. Acesso em: 24 nov. 2021.

SANTA CATARINA. Assembleia Legislativa. Lei Nº 16.158, de 7 de novembro de 2013. **Dispõe sobre a criação e a concessão de incentivo financeiro às Centrais de Regulação no Estado de Santa Catarina.** Florianópolis: Governo do Estado. Disponível em: http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2013/16158_2013_lei.html. Acesso em: 24 nov. 2021.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça (4ª Câmara de Direito Público). **Apelação nº 0301213-78.2018.8.24.0038.** Apelações cíveis. Ação de Obrigação de fazer. Disponibilização de leito em Unidade de Terapia Intensiva, com pedido de ressarcimento por internação na rede privada de saúde. procedência na origem. INSURGÊNCIA dos entes públicos. Recorrentes: Estado de Santa Catarina e Município de Joinville. Recorridos: Maria Aparecida Borges de Oliveira e Marcelo Borges de Oliveira. [...] rel. Odson Cardoso Filho, 23-07-2020. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321595700375764750901405807060&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 19 set. 2021.

SCARPA, Antonio Oswaldo. **Direitos Fundamentais Sociais: Conteúdo Essencial, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie.** Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 43ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2020.

TRINDADE, Jade Carneiro. **controle judicial de políticas públicas como uma alternativa para efetivar direitos sociais: As Decisões Do Tribunal De Justiça Do Maranhão Acerca Do Direito à Saúde.** Universidade Federal do Maranhão, 2010. Disponível em: https://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UFMA_ea7a86f8624f90bbc0f6f883c78d59fb. Acesso em: 23 abr. 2021.