



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

YAN SILVA PINTO RIBEIRO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO
NO ÂMBITO DA SAÚDE PÚBLICA: UMA ANÁLISE DOS
CASOS DE DOENÇAS ONCOLÓGICAS**

Salvador
2022

YAN SILVA PINTO RIBEIRO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO
NO ÂMBITO DA SAÚDE PÚBLICA: UMA ANÁLISE DOS
CASOS DE DOENÇAS ONCOLÓGICAS**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Cristiano Chaves de Farias

Salvador
2022

TERMO DE APROVAÇÃO

YAN SILVA PINTO RIBEIRO

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO NO ÂMBITO DA SAÚDE PÚBLICA: UMA ANÁLISE DOS CASOS DE DOENÇAS ONCOLÓGICAS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2022.

Ao meu avô Joaquim, que antes de desencarnar, por conta de câncer, pediu a todos da família que cuidassem de mim, a quem sinto profundo amor, gratidão e saudade; à minha mãe Sandra Suely, que em seu puro amor materno foi e é capaz de segurar suas próprias dores, para amparar as do seu filho, numa verdadeira lição de amor, força, fé e caridade; à minha avó Zenita, que sempre me ensinou a acreditar nos meus objetivos, a ter paciência, fé e coragem, e me oportunizou estudar; à Guinorá, minha amada madrinha, com quem também muito pude contar nesta jornada, a quem sou profundamente grato; e à Maria Regina, meu amor, que tanto me apoia e incentiva todos os dias, e com quem posso dividir os momentos mais difíceis e os mais felizes, nesta jornada.

AGRADECIMENTOS

De início, agradeço a Deus por esta oportunidade bendita, e pela força que me proporcionou todos os dias, para conseguir concluir mais esta etapa, diante de todas as dificuldades.

Agradeço também à minha família por todo o apoio e carinho que me deram, especialmente minha mãe Sandra Suely Silva Pinto e minha avó Zenita da Silva Pinto, que ajudaram a acreditar mais em mim mesmo.

Agradeço a minha namorada Maria Regina Lima Silva pela parceria, amizade, amor e apoio que me deu nessa fase tão difícil da minha vida, a quem todas as palavras são poucas para expressar meu amor.

Minha gratidão também aos amigos que a faculdade me deu, especialmente à amiga querida Michaela Nicole Santos, que tanto me ajudou e me incentivou a terminar este trabalho, e a quem torço muito pela felicidade e sucesso em tudo o que fizer.

Não poderia deixar de agradecer também à Dr.^a Tatiane Fonseca, que muito me ajudou no direcionamento às fontes de pesquisa da área da saúde, e a quem acompanho e muito admiro pelo trabalho de excelência na área da judicialização da saúde.

Por fim, deixo aqui meus agradecimentos ao meu orientador, Professor Cristiano Chaves de Farias pela disposição em me ajudar, e a todos os professores que fizeram parte dessa jornada.

“É Deus que te faz entender toda poesia, que torna mais valiosa a vida, e prova que ainda dá pra ser feliz” - Sol da Meia-Noite.

Rosa de Saron

RESUMO

A responsabilidade civil do Estado por omissão na prestação da saúde pública aos casos de doenças oncológicas é um tema que envolve discussões acerca da natureza de incidência da responsabilização, com ausência de uniformidade no entendimento acerca da aplicabilidade da teoria objetiva ou subjetiva. A responsabilidade civil subjetiva tem como relevante a culpa anônima como pressuposto para sua configuração, enquanto a responsabilidade objetiva requer apenas a existência de um nexos causal entre o dano e a conduta omissiva. Deste modo, o objetivo nuclear do presente trabalho é a avaliação da incidência da norma jurídica do art. 37, §6º, da Constituição Federal nas hipóteses em que o poder público assume uma conduta omissa no cumprimento do seu dever de prestação da saúde às pessoas que sofrem com câncer. Sendo a saúde um direito fundamental, a sua exigibilidade é imediata, não se admitindo qualquer justificativa que se possa eximir o Estado do seu cumprimento. Desse modo, a proposta de análise consiste na criação de uma hipótese inicial, para a qual a responsabilidade do Estado, em tais circunstâncias, incide objetivamente. Assim, põe-se a correlacionar as características basilares da responsabilidade civil do Estado ao dever fundamental de garantia da saúde pública, com ênfase no princípio maior da dignidade da pessoa humana, compreendendo-se a grande importância da proteção e promoção os direitos da pessoa com câncer. Nessa senda, realiza-se uma pesquisa essencialmente bibliográfica, extraíndo conceitos de livros, leis, jurisprudências, artigos científicos, e utiliza-se o método hipotético dedutivo, para, por meio do falseamento da hipótese criada, poder extrair uma conclusão mais próxima da realidade. Conclui-se que os efeitos práticos do uso de uma ou outra teoria são bem semelhantes, porém a responsabilidade objetiva tende a proteger ainda mais a vítima do dano.

Palavras-chave: Responsabilidade civil; Estado; câncer; subjetiva; objetiva.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
CC/2002	Código Civil de 2002
CF/88	Constituição Federal da República de 1988
des.	desembargador
INCA	Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva
Min.	Ministro
n.º	Número
PNPCC	Política Nacional para a Prevenção e Controle do Câncer
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
TJ	Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	1
2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	4
2.1 O ESTADO: PERTINÊNCIAS INTRODUTÓRIAS	4
2.2 CARACTERÍSTICAS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO ...	5
2.3 PRINCÍPIOS.....	8
2.4 TEORIAS DA RESPONSABILIDADE ESTATAL: FASES DE EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	10
2.4.1 Teoria da irresponsabilidade do Estado	10
2.4.2 Teorias subjetivistas	12
2.4.3 Teorias objetivas	13
2.4.4 Teoria adotada pelo atual ordenamento jurídico brasileiro	15
2.5 ELEMENTOS	17
2.5.1 Conduta	18
2.5.2 Dano	19
2.5.3 Nexo causal	20
2.5.4 E o elemento subjetivo culpa?	21
2.6 EXCLUDENTES DE ILICITUDE.....	22
2.7 A RESPONSABILIDADE CIVIL POR OMISSÃO	24
3 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE, SUS E DOENÇAS ONCOLÓGICAS	27
3.1 BREVE ABORDAGEM ACERCA DOS DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS	28
3.2 DIREITO À SAÚDE	33
3.2.1 Saúde pública como dever prestacional do Estado	36
3.2.2 Dever prestacional <i>versus</i> teoria da reserva do possível	37
3.3 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)	40
3.4 DAS DOENÇAS ONCOLÓGICAS NO ÂMBITO DA SAÚDE PÚBLICA	42
3.4.1 Garantia legal de tratamento de câncer no SUS	46
3.4.2 Pode se falar em dever de promover medidas preventivas?	47
4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO NA SAÚDE PÚBLICA NOS CASOS DE DOENÇAS ONCOLÓGICAS	47

4.1 RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA NO ÂMBITO DA SAÚDE PÚBLICA	50
4.2 DIGNIDADE HUMANA COMO FUNDAMENTO DA RESPONSABILIZAÇÃO PELA AUSÊNCIA OU INEFICIÊNCIA DA SAÚDE PÚBLICA EM GARANTIR OS DIREITOS DA PESSOA COM CÂNCER	52
4.3 EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE E A RESERVA DO POSSÍVEL NA SAÚDE PÚBLICA.....	54
4.4 AS OMISSÕES ESTATAIS NA SAÚDE PÚBLICA EM CASOS DE DOENÇAS ONCOLÓGICAS: RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA OU OBJETIVA?	57
6 CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS.....	66

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem seu enfoque nas áreas do direito material público e privado, especificamente Direito Administrativo, Direito Civil e Constitucional, e tem como objeto de estudo a responsabilidade civil do Estado em razão de omissões na prestação de tratamentos oncológicos pelo SUS.

Nem sempre se falou em responsabilização civil do Estado por eventuais danos, sejam eles por ação ou por omissão, causados aos particulares. Houve um período em que se preconizava a irresponsabilidade estatal, diante de uma visão absoluta/divina de poder do governante.

Com a ruína dos ideais do Estado absolutista, passou-se a entender por sua responsabilização civil, exigindo-se para tanto a comprovação do elemento subjetivo culpa, atrelado ao agente público. Entendeu-se pela responsabilidade subjetiva do Estado.

Porém, com o desenvolvimento social, amplia-se a complexidade das relações sociais, das atribuições e deveres do Estado, bem como o campo de responsabilização deste. A responsabilização do Estado em seus atos comissivos começa a ser vista de forma objetiva, ou seja, sem a exigência de que a vítima comprove a culpa do Ente ou do agente para configuração do dever de indenizar.

A grande questão que envolve esta temática reside nos casos de omissão do Poder Público. Não há pacificidade de entendimento: parte da doutrina e jurisprudência entende que deve haver responsabilização desde que comprovado a culpa, como falha no serviço; e outra parte entende que não se faz necessário comprovar o elemento subjetivo, responsabilizando-se o Estado objetivamente apenas com a demonstração da conduta, do dano e do nexo causal.

Esta discussão pode levar a efeitos práticos relevantes a respeito da proteção da vítima, e se seria razoável permitir espaço para que o Estado alegue ausência de culpa, sendo que este age, não raras vezes, com negligência no contexto social.

Nesse campo de questionamento, entra o panorama das omissões do Estado na prestação de saúde pública. A saúde é um direito fundamental, essencial à própria garantia de uma vida minimamente digna, e guarda suas raízes no princípio da

dignidade humana, que determina ao Estado deveres fundamentais de prestação do mínimo existencial.

Nessa senda, no âmbito do SUS, as doenças oncológicas ganham um espaço de notável relevância, em virtude dos deveres de prestação impostos ao poder público, como forma de proteger os seres humanos que tanto sofrem com uma doença grave como esta.

É sabido que o câncer causa sérios impactos na vida de uma pessoa, e permitir o seu avanço implica em grande possibilidade de danos irreversíveis.

Diante disso, emerge-se a dúvida a respeito de como se procede, no ordenamento pátrio, a responsabilização do poder público quando este é omissivo em seus deveres fundamentais de prestação da saúde em casos de doenças oncológicas, ou seja, se seria subjetiva ou objetiva.

Parte-se da hipótese de que a responsabilidade civil do Estado por omissão na prestação da saúde pública em tratamentos oncológicos se dará de forma objetiva, não se necessitando provar a culpa do agente público ou falha no serviço, desde que haja nexo causal direto entre o dano sofrido e a omissão estatal, como interpretação mais adequada ao art. 37, §6º, da CF/88.

Assim, o objetivo do presente trabalho consiste em identificar qual teoria da responsabilidade civil (subjetiva ou objetiva) se aplica aos casos de omissão na saúde pública, especialmente voltados às situações em que se encontra de um lado o direito da pessoa com câncer, e do outro o dever do Estado de possibilitar a efetivação deste direito.

Para tanto, se faz necessário compreender o conceito doutrinário da responsabilidade civil do Estado, seus elementos e características, além de apontar seu tratamento no atual ordenamento jurídico, almejando identificar sua incidência quando houver danos advindos de atos omissivos.

Igualmente, é imprescindível se identificar a importância da adequada prestação da saúde pública na concretude da dignidade da pessoa humana, compreendendo os impactos físicos, psicológicos e sociais da doença oncológica, e por fim concluir se, nos casos em que o Estado se omite na prestação da saúde a quem se encontra nessa triste situação de vulnerabilidade, a sua responsabilização dependeria ou não da comprovação de culpa.

O recorte temático foi escolhido tendo em vista a instabilidade doutrinária e jurisprudencial sobre a objetividade ou subjetividade na responsabilização cível do poder público, nos casos em que este é omissivo. A exigência ou não de comprovação de culpa para configuração da responsabilidade civil estatal aparenta ter de impactar direta e expressivamente na proteção da vítima do dano. Daí, extrai-se a importância jurídica.

Desta feita, o presente estudo tem sua relevância social no que tange às discussões sobre o acesso à saúde, os deveres do Estado para com os cidadãos, e a possibilidade de efetivação da justiça como resposta aos descasos danosos no fornecimento dos serviços de saúde pública.

Do aspecto técnico, trata-se de um trabalho de pesquisa essencialmente bibliográfico, na medida em que serão utilizados como fontes livros, artigos científicos, periódicos, jurisprudência, leis, entre outros. Quanto à perspectiva da abordagem do problema, a pesquisa será qualitativa, tendo em vista que a proposta é a análise, compreensão e avaliação do objeto, qual seja, a responsabilização civil do Estado por suas omissões na saúde pública.

Desse modo, o método utilizado é o hipotético-dedutivo, de Karl Popper, que consiste na criação de uma hipótese, para, então, submetê-la ao falseamento, cujo objetivo é verificar a sua comprovação ou não.

Assim, nos próximos capítulos encontra-se o desenvolvimento do presente trabalho, no qual se tem, no capítulo 2, uma compreensão do Estado e do caráter geral acerca da sua responsabilidade civil, em seus aspectos basilares, como teorias justificadoras, princípios, elementos, excludentes, e, por fim, desaguando no tratamento das omissões.

Por conseguinte, o capítulo 3 é dedicado à compreensão do direito fundamental à saúde como dever do Estado, bem como o entendimento acerca do sistema em que se encontra organizada a saúde pública no Brasil - o SUS -, partindo-se, então, para uma compreensão mais específica acerca do câncer, e sua relevância no SUS.

No capítulo 4, volta-se a análise ao tratamento das omissões estatais no âmbito da saúde pública, as suas características fundamentais, como a solidariedade dos entes federativos, a dignidade humana como fundamento, o tratamento da reserva

do possível, e por fim a discussão acerca da incidência de responsabilidade subjetiva ou objetiva.

Portanto, parte-se ao tratamento da responsabilidade civil do Estado, no capítulo 2, a seguir.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Diante da complexidade temática, visando uma melhor compreensão da responsabilidade civil incidente nas ações ou omissões estatais, e todo o seu desenrolar, faz-se necessário explorar e explanar características importantes a respeito do Estado, figura esta diariamente presente no contexto social, e inerente a este. (NETTO, 2019, p. 33-34)

Sendo assim, passa-se a tratar especificamente da figura do Estado, apresentando-se as pertinências temáticas relativas à proposta deste trabalho, para o aprofundamento necessário ao tratamento da responsabilidade civil.

2.1 O ESTADO: PERTINÊNCIAS INTRODUTÓRIAS

Inicialmente, cumpre trazer, ainda que brevemente, o conceito de Estado, bem como demais características importantes a serem trabalhadas.

Para Maluf (2019, p. 52), o Estado é, num sentido democrático, uma estrutura organicista fundada na busca do interesse da comunidade que o compõe. Desta feita, fixa seu conceito na frase “o Estado é o órgão executor da soberania nacional” (MALUF, 2019, p. 52). Cicco e Gonzaga (2016, p. 57) entendem o Estado como um Ente organizado política, social e juridicamente, responsável pela soberania e ordem, bem como é regido por uma Constituição. Dallari (2013, p. 122) conceitua-o como uma ordem jurídica dotada de soberania, cuja finalidade é alcançar o bem comum do povo situado em seu território.

Dentre tais conceitos supracitados, pode-se extrair que o Estado é um ente criado para a disciplina da vida em sociedade, com objetivo à tutela do bem comum.

No presente cenário brasileiro, a partir da CF/88, tem-se um Estado Constitucional e Democrático de Direito, em que são levados como norte princípios e regras de valorização e garantia das liberdades individuais, da promoção dos direitos fundamentais sociais, da busca pelo bem comum e da proteção de direitos difusos e coletivos. (BONAVIDES, 2004, p. 63-65)

A partir da noção básica e breve do que é Estado, passa-se a demonstrar a razão a qual o torna um sujeito de direitos e deveres no Ordenamento Jurídico.

Nessa esteira, assinala-se que a personalidade jurídica é um dos fundamentos basilares ao reconhecimento dos sujeitos de direitos e deveres dentro da ordem jurídica. Existem, para tanto as pessoas naturais e pessoas jurídicas, e o Estado integra este segundo grupo. (DALLARI, 2013, p. 123-127)

As pessoas jurídicas, conforme o art. 40, do CC/2002, se subdividem entre pessoas jurídicas de direito público, interno ou externo, e pessoas jurídicas de direito privado. O Estado possui personalidade jurídica de direito público, e sua característica interna ou externa varia conforme o âmbito das relações jurídicas estabelecidas – se no âmbito nacional ou internacional (CAHALI, 2012, p. 12).

Outrossim, lhe é reconhecida a personalidade jurídica, sendo materializadas suas ações por meio de pessoas naturais (CAHALI, 2012, p. 13-14), passando-se a contrair direitos e deveres frente à ordem jurídica, podendo, igualmente, figurar no polo passivo de pretensões movidas contra si. (DALLARI, 2013, p.126-127)

Portanto, não é juridicamente correto se falar em responsabilização da Administração Pública, porquanto integrante da estrutura da pessoa jurídica “Estado”, esta sim capaz de direitos e obrigações. (DI PIETRO, 2017, p. 815)

2.2 CARACTERÍSTICAS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Diante do breve delineamento acerca do que é o Estado, bem como o que o torna um sujeito de direitos e deveres no mundo jurídico, faz-se necessário investigar o fenômeno da sua responsabilização na seara cível, em razão de eventuais danos provocados por seus atos.

A definição conceitual de responsabilidade civil é trazida por Marçal Justen Filho (2018, p. 1.283) como o “dever de indenizar os danos materiais e morais sofridos por terceiros em virtude de ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado, tal como os lucros cessantes relacionados”.

Afirma-se que se há campo para a responsabilização sobre ações e omissões inerente a todos os sujeitos de direitos e deveres, não poderia ser diferente com o Estado, e atualmente tal entendimento é pacífico nos mais diversos ordenamentos jurídicos. (MELLO, 2015, p. 1.021)

Nessa senda, a natureza da Responsabilidade Civil do Estado é formada por características específicas, principalmente pelo fato de unir dois polos do direito classicamente vistos como apartados e intangíveis, quais sejam os do direito privado e público. Em outras palavras, a natureza envolve não apenas disciplina civilista (de Direito Privado), mas também disciplina/regramento de Direito Administrativo e Constitucional. (NETTO, 2019, 37-39)

No Ordenamento Jurídico brasileiro é marcante a presença da disciplina da responsabilização estatal, em linhas gerais, tanto na CF/88, em seu art. 37, §6º, quanto no CC/2002, em seu art. 43, com redações bastante similares entre si.

Ainda, não podendo, nem pretendendo, reduzir apenas a este detalhe, há também o fato de que a própria Responsabilidade Civil assume novos contornos diante da complexidade social atual, buscando abarcar a criação de riscos que envolvem as atividades desenvolvidas, adaptando-se aos padrões e necessidades trazidos pelas transformações sociais, no mais das vezes por meio do exercício da atividade jurisdicional, que é meio mais eficaz a acompanhar as mudanças do que a própria lei. (NETTO, 2019, p. 33-37)

Ao tratar da responsabilidade na seara cível, em termos gerais, tem-se as teorias subjetiva e objetiva. De acordo com a teoria subjetiva da responsabilidade civil, para que se possa responsabilizar alguém por um dano causado, deve-se comprovar os seguintes elementos: a conduta danosa; o dano; o nexos causal entre os dois anteriores; e para além disso, a culpa do agente causador do dano. (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2021, p. 180)

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 66), o núcleo da teoria subjetiva é a própria culpa, sendo campo delimitador – e mais do que isso, é elemento de

constituição da responsabilização –, tendo em vista que ninguém poderá responder além de sua culpa. Nestes casos, a vítima do dano deve provar a existência de culpa (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 66).

A teoria subjetiva teve forte influência nos institutos de responsabilidade civil do Código Civil Brasileiro de 1916, com previsão expressa nos arts. 159 e 1.518; e está presente no atual CC/2002, por força dos arts. 186 e 942, os quais elencam a culpa como pressuposto de responsabilização pelo dano. (GONÇALVES, 2017, p. 25)

Nessa linha, a concepção de culpa adotada pelo atual Código Civil abarca o sentido amplo, no qual engloba tanto o dolo quanto a culpa em sentido estrito. Assim, identifica-se a culpa em sentido amplo através da constatação de negligência, imprudência e imperícia, utilizando-se um parâmetro objetivo para auferir a culpa, o do agir do homem médio. A culpa é, portanto, a quebra de um dever. (GONÇALVES, 2017, p. 33-35)

Quando se fala nessa quebra de dever no âmbito de uma relação contratual, há uma maior clareza na constatação do elemento subjetivo culpa do agente causador de um eventual dano advindo de violação à norma pactual (inadimplência), e, por consequência, do dever de reparação – trata-se da responsabilidade civil contratual. Nesses casos, a regra é de que o agente causador do dano (devedor) tem o ônus de provar que não há culpa. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 68-71)

Quando o elemento culpa advém de uma quebra de dever fora do âmbito contratual, fala-se em responsabilidade extracontratual ou aquiliana. Nesses casos, o dever violado advém de mandamento legal – então, a culpa passa a ser, não mais uma violação de norma interpartes, mas uma violação da própria lei –, e a comprovação do elemento subjetivo do agente causador do dano fica a cargo da vítima na concepção subjetivista. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 68-71)

A teoria objetiva, por outro lado, direciona-se à questão da criação de um risco em razão de uma determinada atividade, e por isso justifica-se o dever de indenizar, como uma questão de se arcar com os ônus e os bônus do exercício de atividades – a chamada teoria do risco. (SCHREIBER, 2015, p. 28-29)

No entendimento de Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 48-49), são pressupostos da responsabilidade civil objetiva a ação, o dano e o nexos causal que liga estes dois. Em outras palavras, na teoria objetiva, parte-se do princípio de que há o dever de

indenizar inerente aos danos provocados, enfocando-se na existência do nexo causal, ao invés da culpa. (GONÇALVES, 2017, p. 48)

Constata-se uma crescente ampliação da visão objetiva, com eminente priorização da reparação do dano, sendo cada vez mais relevante voltar-se os olhos para o resultado danoso do que para a análise de sua origem causal, como bem assinala Anderson Schreiber (2015, p. 30).

Ademais, o estudo sobre a responsabilidade civil do Estado incide sobre a faceta extracontratual, não se prestando à análise da responsabilidade contratual, a qual é regida por princípios específicos, não atinentes ao presente objeto. (DI PIETRO, 2017, p. 815)

Nesse mesmo sentido, afirma Matheus Carvalho (2017, p. 337) que a responsabilidade civil do Estado pelos danos eventualmente causados aos particulares é uma expressão/manifestação da responsabilidade extracontratual, pois não é oriunda de anterior instrumento pactual.

Assim, será visto que no Ordenamento Jurídico brasileiro tal responsabilidade é objetiva, geralmente, razão pela qual para a sua devida configuração os pressupostos passam a ser a ação ou omissão estatal, o dano, e o nexo causal entre estes últimos. (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2021, p. 684)

Ainda, importante observação traz Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 1.022) que não se pode confundir a responsabilização do Estado com as hipóteses de permissão sacrifício de direitos de particulares em prol da supremacia do interesse público, como é o caso das intervenções do Estado na propriedade, por terem regimes diversos.

Findados os esboços genéricos que circundam o tema, passa-se a tratar dos princípios que o norteiam.

2.3 PRINCÍPIOS

Embasando-se na doutrina de Felipe Peixoto Braga Netto (2019, p. 37), tem-se como princípio fundamental da atual disciplina de responsabilização estatal o

neminem laedere, segundo o qual deve-se agir a fim de não causar danos aos demais.

Tem-se também como princípio da responsabilidade civil a dignidade da pessoa humana, que se funda na proteção do indivíduo como sujeito de direitos, contra todo e qualquer ato que ofenda sua esfera jurídica e o relegue a situação de degradação e objetificação, e se funda também na garantia material de uma existência minimamente digna. É uma das balizas do Estado Democrático de Direito. (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2021, p. 42-47)

Esse princípio assume algumas dimensões importantes, para além da proteção do indivíduo: a política ou social, relativa às relações entre sujeitos de direito; a cultural - que implica no respeito das diferenças e garantia das liberdades; e a histórica - que implica na utilização da proporcionalidade como forma de ponderação no choque de interesses entre direitos protegidos por este princípio, a fim de que se possa compreender quando há o dever de reparação do dano. (FARIAS; ROSENVALD; NETTO; 2021, p. 45-47)

Para além destes, menciona-se os seguintes princípios: da primazia do interesse da vítima; da solidariedade social; e da proteção. (NETTO, 2019, p. 71-79)

Do princípio da primazia do interesse da vítima, há que se falar em uma postura voltada à reparação do dano, em que o foco não é mais a verificação da presença do elemento subjetivo culpa do agente, voltando-se para o nexos causal, razão pela qual se possibilita o justo reequilíbrio da esfera jurídica lesada nos casos concretos. (NETTO, 2019, p. 72-73)

Do princípio da solidariedade social, parte-se da ideia de que o Estado age na busca do bem comum da sociedade, e diante de um dano provocado a um particular, diante de ação ou omissão, não se faria justo que este arcasse, sozinho, com o prejuízo. Neste princípio, à sociedade, por aproveitar do bônus da atividade estatal, também, ao fim e ao cabo, incumbe o ônus de arcar partilhar a reparação à vítima. (NETTO, 2019, p. 73-75)

Por fim, o princípio da proteção que preconiza um dever do Estado em agir para evitar que danos aos direitos fundamentais ocorram, sejam eles provocados por particulares ou pelo próprio Estado. Assim, advindo de uma função preventiva, mas não se tratando de preconização absoluta, o Estado deve pautar suas ações ou

omissões no respeito à Constituição, e, por consequência, aos direitos fundamentais dos cidadãos. (NETTO, 2019, p. 75-77)

Expostos os princípios que norteiam o presente tema, passa-se a demonstrar a evolução teórica, ao longo dos séculos, que resultou nos moldes de responsabilidade civil do Estado que temos hoje presentes no ordenamento jurídico pátrio.

2.4 TEORIAS DA RESPONSABILIDADE ESTATAL: FASES DE EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Como restou demonstrado nos tópicos anteriores, sob fundamentação doutrinária e constitucional/legal, hoje já se tem um entendimento pela responsabilização civil do Estado, tendo em vista este ser sujeito de direitos e deveres.

No entanto, a responsabilização estatal nem sempre este foi o entendimento prevalecente. O desenvolvimento histórico da responsabilidade civil do Estado foi gradual, e diversas são as teorias que tentam explicá-la, indo desde a irresponsabilidade, passando pelas teorias de responsabilidade subjetiva, e desaguando nas teorias de responsabilidade objetiva. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 270-278)

Tais teorias representam as três fases históricas (NETTO, 2019, p. 100-101) - da irresponsabilidade; da responsabilidade subjetiva nos moldes civilistas; da responsabilidade objetiva. Fala-se ainda, focando-se no presente, em uma quarta fase, que, segundo Netto (2019, p. 101-103), pauta a responsabilização na visão do Estado como garantidor de direitos fundamentais.

2.4.1 Teoria da irresponsabilidade do Estado

Inicialmente, cumpre tratar da teoria da irresponsabilidade estatal, teoria esta que tem a sua origem em meados do século XIX, sustentada por ideais do absolutismo. (CAHALI, 2012, p. 18-19)

Nessa perspectiva, o Estado não poderia responder pelos danos causados, pois visto como garantidor eficaz e infalível dos direitos de todos os indivíduos da sociedade. Trata-se de teoria, reitera-se, que advém de uma visão absolutista de Estado. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 270)

Então, leva-se o Estado ao patamar de perfeição, de garantidor incondicional da ordem jurídica, que age sempre para cumprir com sua finalidade - o bem comum da sociedade -, ao mesmo tempo em que não se admite a sua responsabilização por eventuais erros dos agentes públicos, por não enxergar neles uma representação do Estado – que somente era possível à figura do governante. (CAHALI, 2012, p. 18-19)

Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 1.029-1.030) realiza a análise histórica do desenvolvimento da responsabilidade civil do Estado a partir do direito francês, tratando o seu desenvolvimento, não como teorias, mas como princípios; e nessa oportunidade, constata que o princípio da irresponsabilidade do Estado não era absoluto naquele ordenamento jurídico, pois quando houvesse previsão em instrumento legal específico, aceitava-se a sua responsabilização.

Além disso, constata também que tal princípio implicava em transferência da responsabilização para o agente público, em razão de suas condutas danosas, o que na prática restava a ineficiência da medida, tendo em vista que existiam meios protecionistas de garantia aos agentes estatais, que muitas vezes impediam que estes sofressem condenações civis por seus atos. (MELLO, 2015, p. 1.029-1.030).

Essa admissão de uma possível e pontual previsão legal de responsabilização num período em que imperava a irresponsabilidade também é ressaltada por Matheus Carvalho (2017, p. 338), já como indicativo da construção de um caminho de para se chegar nas teorias subjetivistas.

Em verdade, sustentar tal visão seria fechar os olhos para as injustiças praticadas por um Ente dotado de grande poder, e poucas (ou nenhuma) limitação, nestes casos; e que, como qualquer indivíduo em sociedade, contrai direitos e deveres, pelo fato de se ter uma personalidade jurídica. (CAHALI, 2012, p. 19)

Portanto, diante da insuficiência de se defender a irresponsabilidade do Estado, bem como pela queda do regime absolutista e ascensão do pensamento liberal, foi-se originando as teorias da responsabilidade do Estado. Dentre tais teorias, há aquelas

que defendem uma responsabilização subjetiva do Estado, e outras que pregam sua responsabilidade objetiva, inclusive integralmente a todo e qualquer dano causado aos particulares. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 270-278)

2.4.2 Teorias subjetivistas

Como primeiro passo de responsabilização, tem-se, dentre as teorias que atribuem o responsabilidade subjetiva, a chamada teoria civilista, que, ao analisar os atos praticados pelo Estado, subdivide-os em atos de gestão e atos de império. (CAHALI, 2012, p. 20)

Os atos de império, nessa visão, são atos que representam o exercício do poder soberano do Estado, e, nesse caso, não poderia incidir responsabilização por eventuais danos causados. Por outro lado, os atos de gestão são atos pelos quais o Estado responderia por atos de seus agentes, nos mesmos moldes que os particulares. (CAHALI, 2012, p. 20)

Nessa senda, deu-se espaço à aplicação da chamada culpa civilística, assim chamada pelo fato de ser tratada pelos moldes do regime de direito privado, estava atrelada aos comportamentos dos agentes públicos, tendo como pressuposto a necessidade de comprovação de culpa individual destes frente a um dano causado ao particular (CUNHA JR., 2015, p. 355-356).

Ocorre que, para se alcançar a demonstração da culpa civil do agente público, fazia-se necessária a comprovação de que este agiu com negligência, imprudência e imperícia, exigência esta que, na prática, tornava-se excessivamente onerosa ao particular vítima do dano, apenas corroborando para a perpetuação de injustiças por parte daquele que deveria resguardar a ordem jurídica. (CARVALHO, 2017, p. 338-339)

Em resposta à ineficiência da comprovação de culpa do agente público, ainda dentro das teorias subjetivistas, criou-se a chamada teoria da culpa do serviço (*faute du service*), também chamada de teoria da culpa administrativa (CUNHA JR., 2015, p. 357), ou ainda culpa anônima (CARVALHO, 2017, p. 339).

Na visão da teoria da culpa anônima, basta a vítima do dano comprovar que este foi oriundo de uma má prestação do serviço público, facilitando-se um pouco mais os meios de comprovação. (CARVALHO, 2017, p. 339)

Desse modo, como dito acima, a teoria da culpa no serviço foi criada como meio de proteger a vítima, e evitar a manutenção de injustiças por parte do Estado, retirando-se o foco da culpa civil do agente público, e transferindo-o para a falha na prestação do serviço. (CARVALHO, 2017, p. 339)

Trata-se de teoria de responsabilidade subjetiva, pois há ainda a presença do elemento subjetivo culpa voltado ao serviço público, caracterizada pela ausência, falha ou atraso do serviço frente ao dever legal de adequada prestação deste. Não são suficientes à responsabilização apenas os elementos conduta, dano e nexo causal. É preciso que haja o elemento subjetivo, que é culpa pela quebra de um dever. (MELLO, 2015, p. 1.031-1.034)

Assevera Rui Stoco (2013, p. 59) que:

A teoria da culpa administrativa representou o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo que a sucedeu, pois leva em conta a “falta do serviço” para dela inferir a responsabilidade da Administração.

Assim, apesar dessa teoria almejar a proteção das vítimas de danos provocados pelo Estado, ainda restou insuficiente na prática, pois continuou dificultosa a tarefa de comprovação da ausência ou falha na prestação do serviço, dando ensejo às teorias de responsabilidade objetiva. (CARVALHO, 2017, p. 339)

2.4.3 Teorias objetivas

Com desenvolvimento dos estudos, o tema passa a ser tratado pelo direito público, quando começa a ganhar os contornos da objetividade, estando fora dos campos do direito civil, segundo afirma Cahali (2012, p. 23).

Assim, a terceira fase do desenvolvimento histórico da responsabilidade civil do Estado é o campo das teorias objetivas (NETTO, 2019, p. 101). Para estas teorias, o

elemento culpa perde lugar ao foco no elemento nexos causal, que passa a ser razão determinante para a responsabilidade civil (DI PIETRO, 2017, p. 819)

Assim, a primeira teoria a ser tratada é a do risco administrativo. Para essa teoria, não há necessidade de aferição de culpa para que surja o dever de indenizar, bastando que se demonstre que, entre sua ação/omissão e um dano sofrido por um particular, há o nexos causal – deixando-se espaço para as excludentes de responsabilidade. (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2021, p. 684)

De acordo com Dirley da Cunha Júnior (2015, p. 357-358), a teoria do risco administrativo leva em conta o risco potencial aos particulares, criado pela atividade estatal, bem como os ônus e bônus dessa atividade, que embora pautada no interesse público, não pode pesar sobre as eventuais vítimas de um dano oriundo dela.

Outra teoria de responsabilidade objetiva do estado é a do risco integral. A grande diferença entre esta e a teoria do risco administrativo, é que na teoria do risco integral o dever de indenizar é levado ao extremo, não se aceitando as excludentes de responsabilização incidentes sobre o nexos causal. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 277-278)

Fala-se, também, na teoria do risco social, que elenca o Estado como garantidor do equilíbrio social. Quaisquer atos, de qualquer pessoa, que provoquem danos à outra, se o causador do dano não os reparar, resta ao Estado tal dever. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 277-278)

Felipe Peixoto Braga Netto (2019, p. 101) afirma passarmos atualmente, desde a segunda década deste século XXI, por uma quarta fase da responsabilidade civil do Estado, qual seja a da máxima de garantias dos direitos fundamentais.

Nessa senda, há irradiação dos direitos fundamentais por todo o ordenamento jurídico, e, conseqüentemente, para as relações entre interpessoais, não sendo suficiente que o Estado se abstenha de causar danos aos particulares. Agora faz-se necessário que sejam tomadas ações para se prevenir/coibir o dano, seja em razão do dever de proteção, seja pelo dever de promoção. (NETTO, 2019, p. 102-102)

Ao se adotar apenas a postura negativa, qual seja de abstenção, nessa nova fase, poderá acarretar, inclusive, responsabilidade civil por omissão. Não se faz coerente, inclusive o uso indiscriminado da reserva do possível, tendo em vista a suposta

ausência de recursos não pode ser justificativa para se furtar do cumprimento de um dever, ou da responsabilização quaisquer danos oriundos de seus atos omissivos. (NETTO, 2019, p. 101-102)

2.4.4 Teoria adotada pelo atual ordenamento jurídico brasileiro

Diante das teorias apresentadas anteriormente, necessário trazer a teoria adotada pelo ordenamento jurídico pátrio para tratar da responsabilidade civil do Estado.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p. 821), a teoria da irresponsabilidade jamais foi adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, pois repudiada tanto pelos doutrinadores quanto pelos tribunais.

O início da positivação desta temática no Brasil tem suas bases na teoria subjetiva, com a previsão de responsabilização pessoal dos agentes públicos, desde a Constituição de 1824, mantendo-se na de 1891, com regramento infraconstitucional prevendo a responsabilidade solidária do Estado; adiante, com a regra de responsabilidade subjetiva estatal no art. 15, do Código Civil de 1916; sendo subjetiva até às previsões de responsabilidade subjetiva e solidária entre Estado e agente público, nas Constituições de 1934 e 1937. (DI PIETRO, 2017, p. 821)

A partir da Constituição de 1946, passa-se a prever a responsabilização com base na teoria objetiva, prevendo-se a possibilidade de regresso contra o agente causador do dano nos casos em que se comprove a culpa. Posteriormente, a Constituição de 1967 também adotou regra no mesmo sentido, mas complementou a possibilidade de regresso contra o agente público, adicionando dolo, além da culpa. (DI PIETRO, 2017, p. 821)

A atual regra da responsabilidade civil do Estado está prevista no art. 37, §6º, da CF/88, estabelecendo a responsabilização tanto às pessoas jurídicas de direito público quanto às de direito privado prestadoras de serviço público que causarem danos à terceiros, assegurando-se o direito de regresso contra o agente público causador do dano, em caso de comprovação de dolo ou culpa.

Ainda, como já brevemente trazido anteriormente, não é apenas a Constituição que traz a previsão da responsabilização das pessoas jurídicas de direito público, pois o

CC/2002 traz, em seu art. 43, tal preceito, diferenciando-se da previsão constitucional por não tratar das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.

Di Pietro, inclusive, tece crítica pertinente à previsão do CC/2002, com o fato de não haver previsão da responsabilização das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, representando um atraso em relação à previsão constitucional (2017, p. 822).

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 279-285), a regra da responsabilidade civil do Estado é, por essência, objetiva, tendo sido adotada a teoria do risco administrativo, ressaltando a possibilidade de coexistência com casos de responsabilização subjetiva.

Assim entende Netto (2019, p. 98-100), deixando claro que somente há a presença de responsabilização pela teoria do risco integral em casos excepcionais, previstos legal ou constitucionalmente, a exemplo do dano em razão de atividade nuclear.

Cahali (2012, p. 33), ao afirmar que o melhor enquadramento se encontra na teoria do risco criado, diante da objetivação, assevera que

a responsabilidade implica a assunção de responsabilidade pelo risco criado pelas atividades impostas ao órgão público; ao nível da responsabilidade objetiva - e, conseqüentemente, da teoria do risco criado pela atividade administrativa -, descarta-se qualquer indagação em torno da falha do serviço ou da culpa anônima da Administração.

Na doutrina de Farias, Rosendal e Netto, ressalta-se, ainda, a clareza do direito/dever de regresso do Estado contra o agente público causador do dano em caso de dolo ou culpa (2021, p. 684-685).

Nessa senda, também entende Matheus Carvalho (2017, p. 341), ao concluir que a Constituição estabelece a responsabilidade objetiva do Estado, ressaltando-se a possibilidade de o agente público responder regressivamente, caso haja dolo ou culpa na sua conduta.

Isso significa dizer que, ainda que a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público - e das de direito privado prestadoras de serviço público - seja, em regra, objetiva, não se retirou o elemento subjetivo ao buscar a apuração da

responsabilidade do agente causador do dano. (FARIAS; ROSENVALD; NETTO 2021, p. 684-685)

A expressão “agente público” é tomada em seu sentido amplo, podendo ser desde agentes políticos, como o Presidente da República, até particulares em colaboração com o Estado, agentes terceirizados, ou ainda nos casos de agentes voluntários, sem nenhum caráter remuneratório. (NETTO, 2019, p. 122-125)

Se comprovada culpa ou dolo, o agente responde frente ao Estado em ação regressiva, mas não responderá diretamente ao particular vítima do dano. Em relação ao exercício direito de pretensão da vítima, o Superior Tribunal de Justiça entende no sentido de possibilidade de ingressar com ação contra o agente e contra o Estado, mas o Supremo Tribunal Federal entende de modo contrário. Prepondera-se jurisprudencialmente o entendimento de que o agente público apenas responde frente ao Estado, em ação regressiva. (NETTO, 2019, p. 131-133)

Rui Stoco (2013, p. 72-73), após abordar toda a discussão sobre a objetividade ou subjetividade da responsabilização do Estado, demonstra aderência à corrente que entende ser, em regra, objetiva a responsabilidade civil estatal prevista na Constituição Federal de 1988.

Desse modo, a responsabilidade objetiva do Poder Público é a regra no ordenamento jurídico brasileiro, não sendo uma novidade da nossa atual Carta Magna, pois já vem sendo adotada tal teoria desde a Constituição Federal de 1946. (CAHALI, 2012, p. 29-30)

Diante do tratamento sobre teoria adotada pelo ordenamento jurídico pátrio, segue-se para a explanação das excludentes de responsabilidade, e como se comportam diante da regra de objetivação.

2.5 ELEMENTOS

Por se tratar de responsabilidade civil que segue, em regra, a teoria do risco administrativo – o que implica dizer que sua natureza é objetiva, como visto anteriormente -, é que se tem a presença de três elementos, já delineados em

tópicos anteriores: a conduta, o dano e o nexo causal. (DI PIETRO, 2017, p. 819-820)

Assim, passa-se a abordar cada desses três elementos, de modo específico, a esclarecer os pontos relevantes a este estudo.

2.5.1 Conduta

Quando ao elemento conduta, é entendido como ato, que pode ser uma ação – conduta positiva, um agir – ou uma omissão – conduta negativa, um não agir -, sendo este o ponto de partida da responsabilidade civil. (BRAGA, 2021, p. 33)

Sendo os atos do poder público praticados por seus agentes, pode-se ensejar responsabilização se a conduta humana tiver alguma relevância no mundo jurídico, ou seja, se integrar o cadeia de causalidade. Um ato, comissivo ou omissivo, que não integra um encadeamento causal de acontecimentos, em regra, é irrelevante juridicamente. (BRAGA, 2021, p. 57-58)

Tais atos, com relevância no mundo do direito, aptos a ensejar dever de reparação ao Estado, podem ser tanto lícitos quanto ilícitos. De fato, pode haver responsabilidade civil oriunda da conduta lícita ou ilícita, desde que haja a presença do dano e do nexo causal entre eles. É irrelevante se apurar a licitude do ato. (NETTO, 2019, p. 96-97)

Segundo Cahali (2012, p. 78-80), é pressuposto da responsabilidade civil do Estado que esta conduta, comissiva ou omissiva, parta de um agente estatal, assim entendido em seu sentido amplo como aqueles que exerçam a prestação de serviço público, ainda que sem remuneração.

Para Marçal Justen Filho (2018, p. 1.296-1.298), é imprescindível que essa conduta seja antijurídica para que se dê ensejo à responsabilização do Estado. Significa dizer que a conduta deve ser contrária às normas que disciplinam juridicamente a atividade estatal.

Leva-se em conta, então, quando um particular sofre um dano advindo de conduta lícita do poder público, não poderia a vítima sozinha arcar com o ônus. Este ônus da reparação de dano é suportado por toda a coletividade, como reflexo próprio da

teoria do risco administrativo, bastando que se apure o nexo causal. (CAHALI, 2012, p. 57-58)

2.5.2 Dano

O dano é entendido como um mal causado a outrem, um prejuízo atual e certo, e, portanto, indenizável. (BRAGA, 2021, p. 50)

Esse dano pode ser passível de reparação, quando for possível, por meio de indenização, o integral retorno ao estado anterior em que se encontrava a esfera jurídica do ofendido; ou ainda pode ser passível de compensação, quando não for possível o restabelecimento da vítima ao estado anterior ao dano, mas uma aproximação a este – a exemplo do que ocorre com danos aos direitos da personalidade, como a vida e a integridade física, os quais seu valor não podem ser auferidos economicamente, incidindo-se o dever de compensação. (BRAGA, 2021, p. 50-51)

Nesse sentido, o dano pode ser classificado como patrimonial, quando se verificar uma ofensa a um bem jurídico de caráter com viés econômico juridicamente tutelável (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2021, p. 285-286); ou como extrapatrimonial, quando se verificar uma violação a um bem jurídico da personalidade, ou seja, quando o bem é intimamente ligado à dignidade humana, a exemplos da vida, da integridade física e psíquica. (MIRAGEM, 2015, pp. 172-179 e 184-189).

Fala-se também em dano direto e indireto. O dano direto é aquele que se percebe como efeito imediato da conduta danosa. Já o dano indireto é aquele causado por outro evento que se soma, de modo sucessivo e dependente, à causa originária. (MIRAGEM, 2015, p. 208-209)

Dentro do dano indireto, há destaque ao dano reflexo ou por ricochete, que se trata de um mal indiretamente causado à pessoa ligada à vítima imediata do dano (MIRAGEM, 2015, p. 209). Este dano encontra previsão no art. 948, do CC/2002, e é dotado de autonomia, gerando, contra o agente, uma legitimidade ativa à vítima indiretamente afetada pela conduta danosa (BRAGA, 2021, p. 51).

Por fim, fala-se em dano individual e o dano coletivo. Dano individual é o dano provocado a uma única vítima determinada (MIRAGEM, 2015, p. 216-217). Dano coletivo, por outro lado, é quando se há ofensa a um direito fundamental difuso, que afeta toda a coletividade (BRAGA, 2021, p. 51). Ambos geram dever de indenizar (BRAGA, 2021, p. 51).

Independente das classificações acima, o que há de certeza é que, com a teoria do risco administrativo, é possível se falar em responsabilidade sem culpa, diante do caráter objetivo, mas jamais em responsabilidade sem o elemento dano. (BRAGA, 2021, p. 48-49)

2.5.3 Nexo causal

De todos os elementos da temática, este é o mais delicado (BRAGA, 2021, p 34). O nexos causal - ou nexos de causalidade - é a ligação lógica entre a conduta e o dano, e só pode ser constatado por uma análise fática de cada situação, não se confundindo com o fato em si, haja vista ser identificado a partir de exercício interpretativo de cada situação (MIRAGEM, 2015, p. 219).

É importante dizer que o nexos de causalidade tem duas funções na responsabilidade civil. A primeira função é a de identificação de quem de fato é o agente causador do dano. A segunda função é de determinar a abrangência da responsabilização, ou seja, até onde o autor do dano é responsável. (MIRAGEM, 2015, p. 221)

Das teorias que buscam explicar este elemento, temos inicialmente a da equivalência das condições, também conhecida como teoria da *conditio sine qua non* ou causalidade naturalística (BRAGA, 2021, p. 36), segundo a qual enquadra-se como causa “qualquer condição (*conditio*) sem a qual esse dano não teria ocorrido” (BRAGA, 2021, p. 36).

Esta teoria sofre críticas no sentido ser excessivamente naturalística, e com falta de cientificidade, diante do fato de que o operador do direito teria sempre que regressar em toda a cadeia causal, de modo desmedido, levando-se em conta a cada componente desta (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2021, p. 468-471). Utilizando-se do exemplo dado por Farias, Rosenvald e Netto, “o fabricante da arma seria

responsabilizado perante a família da vítima por qualquer homicídio praticado pelo adquirente” (2021, p. 470).

Diante disso, a teoria da causalidade adequada vem apregoar que a causa deve ser apurada em um juízo de valoração de qual evento, regressando-se à cadeia lógica de acontecimentos, que mais se adequa às implicações do dano – ou seja, qual acontecimento está mais apto a provocar aquele resultado. (BRAGA, 2021, p. 37-38)

Segundo Braga (2021, p. 40), não é esta a teoria principal que abarca a responsabilidade civil do Estado, no atual momento, mas vem como um braço auxiliar, pois não é excludente das demais.

Por fim, tem-se a teoria da causalidade direta e imediata – também chamada de teoria da interrupção do nexa causal ou teoria do dano direto e imediato -, segundo a qual, de forma mais objetiva, é considerada causa aquele evento que seja direto e imediato ao resultado danoso, excluindo-se os demais que não se enquadram nesse sentido – os indiretos e mediatos. (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2021, p. 473-474)

A causa direta e imediata é assim entendida pela sua relação de proximidade com o resultado sofrido pela vítima. Nesse diapasão, normalmente se considera como próxima a causa eficiente na produção do dano. (BRAGA, 2021, p. 41-42)

É esta última teoria a principal adotada no Brasil, extraída do art. 403, do CC/2002, e expressamente mencionada na jurisprudência, quando o assunto é responsabilização civil estatal. (NETTO, 2019, p. 214- 215)

Ocorre que o nexa causal implica em algumas discussões importantes quando se volta o foco para a omissão, pois faz-se necessário analisar o caso concreto, e dele se extrair as causas concorrentes à conduta omissiva, para que se possa interpretar imputar responsabilização. Trata-se de situação sem critério uniforme na jurisprudência, ficando a cargo do subjetivismo do intérprete julgador definir quando há nexa causal direto e imediato nos casos de omissão. (NETTO, 2019, p. 216-223)

2.5.4 E o elemento subjetivo culpa?

O elemento culpa anteriormente neste trabalho, o qual restou demonstrado que é tratada como uma quebra de um dever legal. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 68-71)

Apesar de excepcional na responsabilidade civil do Estado, a culpa ganha certa relevância quando se vislumbram casos de omissões, nos quais a jurisprudência decide de modo a exigir a sua comprovação como requisito para configuração de dever de indenizar. Há também relevância da culpa no tocante à culpa exclusiva da vítima ou culpa concorrente, quando se discutir as excludentes de responsabilidade. (NETTO, 2019, p. 115-117)

Sem mais delongas, as questões relativas ao tratamento da culpa na presente temática serão abarcadas no tópico específico deste trabalho que trata da responsabilização do poder público nos casos de omissão.

2.6 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE

Faz-se mister entender que o fundamento da responsabilidade civil do Estado, pela teoria do risco administrativo, tem como pilar a causalidade, que estabelece uma conexão entre o dano e a ação ou omissão do poder público. Nessa senda, para que se tenha exclusão da responsabilidade do ente, é necessário que se contemple hipótese de exclusão do nexo causal. (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2021, p. 703)

A princípio, é possível se afirmar que são excludentes de responsabilidade o caso fortuito ou força maior, fato exclusivo da vítima. Ainda há que se falar em uma mitigadora da responsabilidade do ente público, qual seja a culpa concorrente. (NETTO, 2019, p. 153)

Como pontapé inicial, cumpre afirmar que a distinção conceitual entre caso fortuito ou força maior é algo desnecessário, conforme demonstra Felipe Peixoto Braga Netto (2019, p. 155)

As características relevantes, ao se falar em caso fortuito ou força maior, são a externalidade – quando o dano é oriundo de fato estranho à ação ou omissão do agente, não sendo possível lhe imputar ser causador do evento danoso – e a

inevitabilidade – quando um evento ocorre em proporções tais que não se faz possível evitar os dele danos oriundos. (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2021, p. 481)

Assim, Farias, Rosenvald e Netto (2021, p. 481) conceituam tal excludente como uma coisa só, tomando “o fortuito (ou força maior) como um fato externo a conduta do agente, de caráter inevitável, a que se atribui a causa necessária ao dano. Daí inferimos seus dois atributos: a externalidade e a inevitabilidade”.

A distinção importante aqui se faz entre fortuito interno e fortuito externo. Fortuito interno ocorre quando se vislumbra uma relação entre a atividade exercida pelo poder público e o dano sofrido pela vítima. Do contrário, fortuito é externo, ou seja, quando não há relação entre o dano e a atividade exercida pelo Poder Público. (NETTO, 2019, p 155-156)

Como excludente, também se fala em fato exclusivo da vítima, que figura hipótese em que, por dolo ou culpa, o próprio ofendido, exclusivamente, age provocando a lesão, razão pela qual esta não se figura como um dano injusto. (CAHALI, 2012, p. 51-54)

Assim, de acordo com Felipe Peixoto Braga Netto (2019, p. 160), com a culpa exclusiva da vítima, há o rompimento do nexos causal, fundamento da responsabilidade objetiva, que acaba por retirar do Estado o seu dever de indenizar.

Nessa senda, há uma mitigação da responsabilidade civil quando se tratar de culpa concorrente da vítima, a qual encontra previsão no art. 945, do Código Civil de 2002, segundo o qual a indenização será fixada de acordo com a gravidade de sua culpa, quando analisada em concorrência com a do agente causador do dano. Trata-se de hipótese na qual reduz-se o valor da indenização a ser paga pelo poder público. (CARVALHO, 2017, p. 351)

Há, inclusive, a possibilidade de se afastar completamente a responsabilidade do Estado, a depender do grau de gravidade da culpa da vítima. (NETTO, 2019, 162-163)

Por fim, ao se abordar as hipóteses de fato de terceiro, o questionamento necessário diz respeito ao dever de evitar o dano, e se a omissão estatal tem nexos causal com a ofensa ao bem jurídico. Assim, deve-se sempre analisar os fatores e circunstâncias

do caso concreto, para que se possa delinear a responsabilização do Estado, ou sua excludente. (NETTO, 2019, p. 164-166)

2.7 A RESPONSABILIDADE CIVIL POR OMISSÃO

Pelo que já fora delineado anteriormente, a omissão é conceituada como uma conduta que se caracteriza por um não agir, uma inação (BRAGA, 2021, p. 33), ou até mesmo uma ação ineficiente ou precária (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2021, p. 732).

Indo além, só se pode falar em responsabilização civil por omissão quando houver ao agente público um dever jurídico de agir, que resta violado pela inação. (BRAGA, 2021, p. 60-61)

Diante disso, resta perceptível que não apenas por meio de ações o poder público provoca danos a bens jurídicos de particulares. Há também a possibilidade de uma omissão ter relação com o dano sofrido por um indivíduo, como indicação da quebra do dever juridicamente imposto. (CARVALHO, 2017, p. 347)

Em termos gerais, ao se falar de atos omissivos do Estado, é preciso esclarecer que se trata de uma matéria polêmica, que divide a doutrina e a jurisprudência, sobre qual a natureza incidente da responsabilidade civil do Estado nestes casos: se objetiva ou subjetiva (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2021, p. 733-738).

Atualmente, frise-se que, em termos gerais e meramente exemplificativos, no tratamento das omissões, essa discussão de correntes objetivistas e subjetivistas é constatada inclusive entre Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ). (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2021, p. 733-738)

Ressalte-se que a divergência de entendimentos não perfaz a matéria de responsabilização por atos comissivos, ou seja, quando o Estado diretamente provoca o dano por meio do seu agir, em que se tem evidente a incidência de responsabilidade objetiva. (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2021, p. 733)

São diversas as formas nas quais as omissões podem provocar danos os particulares, estando cada vez mais limitado o campo do intérprete, uma vez que se

presença uma crescente tendência de severidade no tratamento destas situações. (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2021, p. 732-733)

Nessa senda, Farias, Rosenvald e Netto deixam isso bem claro, com um exemplo pertinente ao presente trabalho, ao afirmarem que

o não agir, ou o agir precário ou ineficiente, pode lesionar, moral e materialmente, o cidadão (pensemos, para ficar numa situação tristemente comum, a mãe que vê seu filho falecer, na porta de um hospital público, porque não há vagas ou não há médicos). (2021, p. 732)

Doutrinariamente, Matheus Carvalho (2017, p. 347-348) afirma que a posição majoritária segue no sentido de atribuir a responsabilidade subjetiva às omissões estatais. Todavia, a culpa exigida como pressuposto em tais casos é a chamada Culpa Anônima, que remete à má prestação dos serviços, por sua ausência ou sua insuficiência, sendo desnecessário se falar em culpa civilística do agente público (CARVALHO, 2017, p. 347).

Em sentido semelhante, entende Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 1.041-1.046), só se pode cogitar da responsabilização do estado por omissões quando havia o dever legal de agir e não agiu, ou agiu de forma insuficiente, gerando dano a particular, restando o dever de comprovar a culpa por falta no serviço (negligência, imprudência ou imperícia) como pressuposto de responsabilidade – do contrário, seria ter o Estado como um garantidor universal, ou seja, algo materialmente impossível.

Para Dirley da Cunha Júnior (2015, p. 364), o entendimento majoritário da doutrina é pela responsabilidade subjetiva, pela culpa/falta no serviço em casos de omissão, pois o Estado não poderia responder por danos que não causou, a menos que tenha se omitido frente a um dever legal de agir e evitar o dano.

Já Marçal Justen Filho entende que deve se analisar o caso concreto, a fim de que se possa apurar a existência de um dever de agir para evitar o dano, e que este dever seja juridicamente imposto (2018, p. 1.308-1.310). Para o citado autor, não há responsabilidade civil objetiva do Estado, mas sim a presença de critério se pauta na objetivação da culpa, presumidamente, quando se há exigência do que ele chama de “dever especial de diligência” por parte do poder público (JUSTEN FILHO, 2018, p. 1.304-1.311).

Nessa linha doutrinária, as omissões são subdivididas em próprias e impróprias. As omissões próprias seriam aquelas em que a conduta configura violação a um dever de agir normativamente previsto; enquanto as omissões impróprias seriam a materialização de previsões legais de dano, que vêm a ocorrer por ausência de adoção de cautela/diligência especial que se fazia imprescindível. (JUSTEN FILHO, 2018, p. 1.305)

Então, o tratamento dado aos atos ilícitos omissivos próprios é o mesmo dado aos atos comissivos, quando se verifica o dano: a responsabilização incidirá em natureza objetiva (JUSTEN FILHO, 2018, p. 1.307). Já nos atos ilícitos omissivos impróprios, não há ofensa a dever juridicamente imposto, inexistindo dever de indenizar, em caso de dano (JUSTEN FILHO, 2018, p. 1.307-1.309).

Assim, sobre as omissões impróprias, para Justen Filho (2018, 1.309)

há casos em que o Estado dispõe de uma competência genérica para atuar, sem que o direito determine a conduta específica a adotar. Em tais hipóteses, poderá consumir-se algum dano sem que tal configure uma atuação reprovável do Estado. Mas poderá haver casos em que caberá a responsabilização. O caso pode ser indicado pela expressão "omissão indevida em sentido impróprio", que se verifica quando a omissão é um meio apto a gerar um resultado antijurídico.

Para Di Pietro (2017, p. 828), a omissão estatal enseja responsabilidade subjetiva, com presunção de culpa do poder público, cabendo a este, e não à vítima, provar o contrário.

Nesse diapasão, só se poderia falar em responsabilidade civil do Estado por omissão quando esta configurar conduta ilícita, que é apurada quando há ao poder público o dever de agir para evitar o dano, que deve se levar em conta no caso concreto juntamente com a verificação da efetiva possibilidade de agir. Relaciona-se com o princípio da razoabilidade e a reserva do possível - que será tratada no próximo capítulo. (DI PIETRO, 2017, p. 828)

De modo diverso, Farias, Rosenvald e Netto (2021, p. 736) adotam a tese objetivista em casos de omissão:

O curioso – e de certa forma lamentável – é que na maioria dos casos a adoção de uma ou outra postura interpretativa (subjetivista ou objetivista) não alteraria a solução do caso levado ao Judiciário. Dizemos isso porque o

Estado, na maioria dos casos, age com algum grau de negligência – com falta de eficiência, zelo e cuidado. Há casos, porém, em que a adoção da tese objetivista na omissão pode evitar graves injustiças, pode evitar que a vítima fique desamparada.

Nessa esteira, faz-se necessário afirmar que a realidade veio mostrando que a exigência de que a vítima comprovasse a culpa terminava por servir à perpetuação das injustiças, beneficiando o causador do dano, e tornando aquela cada vez mais vulnerável, por uma difícil, quando não impossível, atividade probatória, ou, por assim dizer, em razão de dever de constituir “prova diabólica”. (SCHREIBER, 2015, p. 17-19)

No mesmo diapasão da teoria objetiva da responsabilidade civil, a fim que se evite o ônus de uma prova diabólica à vítima do dano, é o entendimento de Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 249).

Foi, inclusive, por tais razões que a própria jurisprudência, sem afastar totalmente a concepção subjetiva, foi criando as bases da teoria objetiva, para a qual não se leva em conta a análise da culpa do agente para eventual dever de reparação. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 64-68)

Atualmente, diante dos danos provocados por omissões do poder público, a jurisprudência não é pacificada, como já dito. Em casos de omissão estatal, há visões de responsabilização mais tendente à subjetiva, assim como há aqueles favoráveis à responsabilização objetiva do Estado. (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2021, p. 733-738)

Por fim, como meio de verificação do nexo causal, nos casos omissivos, em cada situação concreta, há utilização a teoria do dano direto e imediato, em que só se considera a responsabilidade civil quando há uma imediata/necessária relação de causalidade do dano com a conduta analisada. (DI PIETRO, 2017, p. 828-829)

3 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE, SUS E DOENÇAS ONCOLÓGICAS

Indubitavelmente, a saúde é um direito fundamental social, conforme se pode extrair da redação dos arts. 6º e 196, da CF/88, em conjunto com o art. 2º da Lei nº 8.080/90.

Todavia, para que se possa melhor entender as razões que envolvem a temática deste estudo, é imprescindível que se faça uma abordagem a respeito dos direitos fundamentais, demonstrando-se a sua eficácia mediante imposição de deveres ao Estado, especialmente se focando no direito à saúde. (BRAGA, 2021, p. 65)

Por fim, neste capítulo, após o entendimento acerca do direito à saúde no ordenamento jurídico pátrio, será analisada as características estruturais da saúde pública, no Sistema Único de Saúde (SUS), além de se buscar abordagem sobre doenças oncológicas.

3.1 BREVE ABORDAGEM ACERCA DOS DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS

De início, neste ponto, toma-se como importante detalhe a constatação de que o princípio da dignidade da pessoa humana é o sustentáculo de todos os direitos fundamentais sociais (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 292).

Aliás, é este o princípio do qual se originam todos os direitos fundamentais que se conhece, que apenas vieram para complementá-lo. (BRAGA, 2021, p. 65-67)

Nesse diapasão, André de Carvalho Ramos (2019, p. 78) entende a dignidade humana, não como um direito dotado de autonomia, mas como um princípio geral, matriz de todos os demais, pois dá aos demais princípios e direitos fundamentais um valor axiológico de ética.

Suas origens remontam à construção filosófica cristã, a qual o ser humano possui uma dignidade inerente a si, em razão de ser criatura à imagem e semelhança de seu criador, Deus; visão esta superada pela filosofia kantiana, que considera o ser humano como um fim em si mesmo, com caráter insubstituível, distinguindo dos demais seres e objetos, por seguir sua própria lei e não poder figurar como um meio para determinado fim. (RAMOS, 2019, p. 78)

Nessa linha, tem-se por dignidade da pessoa humana a “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência” (RAMOS, 2019, p. 78).

É característica intrínseca ao próprio ser humano, em sua própria condição como tal, mas cujo significado adota características distintas a depender do contexto, e permanece em construção contínua. (RAMOS, 2019, p. 78-79)

Sendo esta a matriz, ou base axiológica, dos direitos fundamentais, importante dizer que este princípio possui em seu seio dois elementos, um negativo e um positivo, que o compõe. O negativo diz respeito à vedação a quaisquer ofensas, discriminações pautadas em ódio e tratamentos degradantes a um ser humano; ao passo que o positivo remete à proteção e garantia de condições mínimas a uma existência digna. (RAMOS, 2019, p. 78-79)

Assim, tamanha é a sua importância, que o princípio da dignidade humana é dotado de caráter universal, sendo previsto expressamente em diversos ordenamentos jurídicos pelo mundo. (BRAGA, 2021, p. 67)

No ordenamento pátrio, tal princípio, de hierarquia supraconstitucional, pois pré-existente, encontra previsão expressa na CF/88, em seu art. 1º, inciso III, por meio do qual reconhece sua elevada importância ao estabelecê-lo como fundamento da própria República Federativa do Brasil. (BRAGA, 2021, p. 67-68)

Inclusive, seu *status* é de cláusula pétrea, estando protegido de qualquer possível ato do Poder Constituinte derivado que vise a supressão/esvaziamento do seu conteúdo normativo constitucional, em virtude de força expressa do art. 60, §4º, da CF/88. (BRAGA, 2021, p. 68)

Diante do que fora acima discorrido acerca deste elevado princípio, pode-se afirmar que

existem dois deveres impostos ao Estado para proteger a dignidade humana. O dever de respeito que consiste na imposição de limites à ação estatal, ou seja, é a dignidade um limite para a ação dos poderes públicos. Há também o dever de garantia, que consiste no conjunto de ações de promoção da dignidade humana por meio do fornecimento de condições materiais ideais para seu florescimento. (RAMOS, 2019, p. 79-80)

Portanto, o Estado passa a ter deveres impostos pelo Constituinte originário, que consistem no dever de garantia de eficácia material; bem como o dever de proteção frente a potenciais violações. (BRAGA, 2021, p. 69)

Entendendo-se a matriz dos direitos fundamentais, estes podem ser conceituados como direitos subjetivos com previsão constitucional, os quais possuem um caráter de superioridade normativa numa ordem jurídica estatal, em que cada pessoa tem proteção limitadora aos poderes do Estado. (SAMPAIO, 2013, p. 33-37)

Em sentido semelhante, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2022, p. 151) entendem que “são direitos que vigem numa ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados na medida em que cada Estado os consagra”.

Portanto, é indubitável que tais direitos possuem uma força normativa advinda da Constituição, a qual se pode considerar como ápice da ordem jurídica (MARMELSTEIN, 2019, p. 298-299).

Nesse sentido, cita-se a previsão normativa do art. 5º da CF/88, que traz um rol de direitos fundamentais individuais já em seu *caput*, quais sejam a vida, a igualdade, a liberdade e segurança, bem como a propriedade.

Além da supracitada previsão, há também o rol de direitos fundamentais sociais positivados na norma do art. 6º, da Constituição Federal de 1988, dos quais se enfatiza, para fins deste estudo, o direito à saúde.

Assim diz o referido texto normativo do art. 6º, *caput*, da CF/88:

Art. 6º 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.

Importante dizer que os direitos fundamentais são dotados de indisponibilidade, razão pela qual a não se pode preterir destes por questões ligadas à livre manifestação de vontade, implicando, inclusive na sua inalienabilidade. (MENDES; BRANCO, 2022, p. 149)

Essa indisponibilidade se justifica no princípio matriz dos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana, de modo a proteger o ser humano até mesmo de sua própria liberdade, no sentido de não permitir que este possa ser livre para escolher ter dignidade ou não. (MENDES; BRANCO, 2022, p. 149-150)

Isso ocorre por conta de que

o direito da atualidade não aceita a coisificação da pessoa e por isso mesmo a conduz ao centro do sistema jurídico, como alvo de todas as atenções desse sistema, pondo-o a serviço da pessoa humana e não o ser humano a serviço do sistema (BRAGA, 2021, p. 69).

Além disso, por força do art. 5º, §1º, da CF/88 os direitos fundamentais são dotados de aplicabilidade imediata, o que significa dizer que os direitos fundamentais regulam diretamente o ordenamento infraconstitucional e as relações jurídicas, não sendo meramente um conjunto de normas programáticas. (MENDES; BRANCO, 2022, p. 157-159)

Atente-se ao fato de que quando a norma constitucional condicionar, à edição de lei, a eficácia do direito fundamental previsto em seu texto, não será possível se falar em imediata eficácia, sendo esta uma ao princípio constitucionalmente previsto no art. 5º, §1º. (MENDES; BRANCO, 2022, p. 159)

Quando se fala em direitos desta natureza, importante trazer à baila que são permeados por duas dimensões, complementares e remissivas entre si, sendo uma subjetiva e outra objetiva. (MENDES; BRANCO, 2022, p. 171-172)

Em síntese, tem-se por concreto que os direitos fundamentais são normas jurídicas constitucionais que irradiam para toda a ordem jurídica - é o que se chama dimensão objetiva -, visando as garantias de limitação do poder conferido ao Estado, bem como a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana - é o que se entende por dimensão subjetiva. (MARMELSTEIN, 2019, p. 297-298)

Segundo Marmelstein (2019, p. 297-298), na dimensão objetiva, os direitos fundamentais representam um sistema normativo constitucional de valores que norteia o arcabouço jurídico infraconstitucional, e na dimensão subjetiva representam direitos titularizados pelos cidadãos, sejam eles individuais ou coletivos.

Nessa esteira, sob influência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, gera-se para o Estado deveres fundamentais de respeito, proteção e promoção de todos estes valores representativos da sociedade, positivados da Constituição. (SARLET, 2009, p. 226)

Diante disso, como consequência destes direitos, surgem deveres fundamentais ao Estado, que têm, em sua tipologia, a distinção entre autônomos e correlatos. (SARLET, 2009, p. 228)

Os deveres autônomos são aqueles que não estão vinculados diretamente à formação de nenhum direito subjetivo; ao passo que os deveres correlatos estão diretamente ligados à formação de um direito subjetivo, pois positivado constitucionalmente, como é o caso do direito à saúde, disciplinado nos arts. 196 e seguintes da CF/88. (SARLET, 2009, p. 228)

Indo além, os deveres fundamentais vão gerar ao Estado e à sociedade obrigações de respeito, de proteção e promoção. Assim, surge o dever de agir em conformidade com os direitos fundamentais (dever de respeito); o dever de coibir lesões ou ameaça de lesões a direitos fundamentais, ou não agir para provocá-las (dever de proteção); e do dever de ações que tornem materialmente possível o exercício e fruição de direitos fundamentais (dever de promoção). (MARMELESTEIN, 2019, p. 299-302)

Sarlet (2009, p. 228-229) fala em deveres fundamentais cujo conteúdo, cumulativo ou não, podem ser defensivos – que implicam em um comando negativo (abstenção) ao Estado ou à sociedade – e/ou prestacionais – com determinação positiva (ação/promoção).

Então, o caráter negativo, que implica ao Estado um dever de abstenção/respeito está relacionado aos chamados direitos de defesa; enquanto o caráter positivo, que impõe ao Estado o dever de garantia, está relacionado aos direitos a prestação. (MENDES; BRANCO, 2022, p. 161-164)

O dever promocional do Estado, em um sistema constitucional, configura uma obrigação de agir positivamente na prestação de direitos fundamentais, ensejando ao cidadão o direito de exigir o seu cumprimento. Não mais se trata de apenas uma exigência de conduta negativa do Estado (abstenção), mas uma vedação à omissão, quando este tinha o dever de agir. (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 290-293)

São duas as naturezas das prestações. Podem ser tanto prestação jurídica, que diz respeito à elaboração de normas jurídicas que visem assegurar o direito fundamental, quanto prestações materiais, que se relacionam ao dever do Estado, em sua concepção social, de agir por meios que visem a consecução fática dos direitos fundamentais, a exemplo do dever de ações que visem oportunizar o acesso à saúde. (MENDES; BRANCO, 2022, p. 163-166)

Os direitos/deveres a prestação material também se caracteriza por sua imediata exigibilidade. (MENDES; BRANCO, 2022, p. 165)

Segundo Sarlet (2009, p. 230-231), a aplicação dos deveres fundamentais implica também em restrição aos direitos fundamentais individuais, por uma responsabilidade comum dos indivíduos que compõe a sociedade, ressaltando-se sempre a necessidade de se ajustar o equilíbrio entre deveres e direitos ao sistema constitucional, aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, como garantia de manutenção do núcleo essencial de direitos.

Portanto, o poder público está obrigatoriamente vinculado ao dever de cumprimento dos direitos fundamentais, que, a princípio, possuem aplicabilidade imediata, em razão também da previsão do art. 5º, §1º, da CF/88. Sendo assim, as omissões estatais no cumprimento desses direitos são consideradas violações à própria Constituição. (CASTRO, 2014, p. 122)

Entendidos os aspectos gerais dos direitos fundamentais, e os deveres que estes impõem ao poder público, cumpre tratar especificamente do direito fundamental à saúde.

3.2 DIREITO À SAÚDE

Como já mencionado anteriormente, além da redação do art. 6º, a CF/88 traz expressa disposição sobre o direito à saúde em seu art. 196, que o trata como direito inerente a todos, consistindo-se em dever do Estado promovê-lo por meio de políticas públicas de cunho socioeconômico visando a prevenção e redução de doenças, bem como a garantia de acesso universal e igualitário aos serviços públicos e ações, asseguradores de sua promoção, proteção e recuperação.

Além disso, a Lei nº 8.080/90, em seu art. 2º, *caput*, a saúde é expressamente trazida como um direito fundamental. É nítido que apenas entra em conformidade com a redação do art. 6º, da CF/88, que já estabelece a saúde como direito fundamental social.

Adentrando-se em um conceito, nas palavras de Paranhos (2007, p. 155),

A saúde é um estado de equilíbrio e bem-estar físico e mental. Dada sua importância, foi colocada pelo legislador constituinte de 1988, nos arts. 6º e 196, da Constituição da República Federativa do Brasil, como direito social de todos e dever do Estado.

Trata-se de definição claramente influenciada pelo conceito desenvolvido pela Organização Mundial da Saúde, no preâmbulo de sua Constituição de 1946, acordo de caráter temporário promulgado no Brasil por meio do Decreto n.º 26.042, de 17 de dezembro de 1948, segundo o qual, traduzido do francês para o português, saúde é “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença”.

Sendo assim, tem como sua base originária o “super princípio” da dignidade da pessoa humana (BRAGA, 2021, p. 76). Por esta razão, tem em seu núcleo o objetivo de garantir a todo e qualquer ser humano a proteção situações degradantes, e assegurar que haja condições mínimas de vida (RAMOS, 2019, p. 78).

Então, quando o Estado materializa a saúde, garantindo a eficácia da sua disposição, está materializando, em seu fim, a dignidade da pessoa humana, conforme mandamento constitucional do art. 1º, III (BRAGA, 2021, p. 75).

De mesmo modo, “não há concretização deste mandamento constitucional se não houver a efetiva prestação de saúde pública” (BRAGA, 2021, p. 75).

Pode-se, então, falar que a própria saúde é bem jurídico fundamental integrante do que se chama mínimo existencial, sendo, portanto, um direito indisponível, irrenunciável e imprescritível, pois necessário ao desenvolvimento humano digno. (BRAGA, 2021, p. 75)

Portanto, é correto afirmar que possui, em seu núcleo essencial, a materialização de uma cláusula pétrea (BRAGA, 2021, p. 68). Por esta razão, há que se dizer que existe uma proteção contra qualquer tentativa de destruição deste valor. (MENDES; BRANCO, 2022, p. 125-126)

Nesse sentido, verifica-se o entendimento do STF, ao julgar um Referendo na Medida Cautelar em sede da Ação Cível Originária nº 3.473, do Distrito Federal, sob relatoria da Ministra Rosa Weber, publicado em 24/05/2021, segundo o qual

As condições da saúde pública decorrentes da calamidade provocada pelo novo Coronavírus, agravadas pelo recrudescimento da pandemia em todo

território nacional, desautorizam qualquer retrocesso nas políticas públicas de saúde, especialmente a supressão de leitos de UTI habilitados (custeados) pela União. (BRASIL, 2021, p. 1-2)

Inclusive, o supracitado Acórdão expressamente firma as características de igualdade e universalidade inerentes ao direito fundamental à saúde, conforme se demonstra em mais um trecho abaixo:

Comprovada a omissão estatal e identificado o gerenciamento errático em situação de emergência, como a que ora se apresenta, é viável a interferência judicial para a concretização do direito social à saúde, cujas ações e serviços são marcados constitucionalmente pelo acesso igualitário e universal (CF, arts. 6º e 196). (BRASIL, 2021, p. 2)

Além disso, o direito à saúde tem tanto aspectos sociais quanto individuais (DALLARI, 1988, p. 59). Esta característica também é conhecida como índole ambivalente (MENDES; BRANCO, 2022, p. 171).

Pode-se dizer que, dos aspectos como direito fundamental social, figura como um direito coletivo, que visa assegurar a igualdade de condições de vida digna em sociedade, a partir da garantia de que todos possam acessar aos meios de saúde disponibilizados. (DALLARI, 1988, p. 59)

Nesse sentido, o art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.080/90, afirma que a saúde é expressão da organização social, sendo determinada e condicionada por questões ligadas à alimentação, moradia, educação, renda, saneamento básico, entre outros; deixando, ainda, em seu parágrafo único, a previsão de que integram este direito fundamental as ações previstas no art. 2º, do mesmo diploma legal, quando voltadas à sua promoção, quais sejam aquelas que tiverem por finalidade a garantia individual e coletiva das “condições de bem-estar físico, mental e social”.

Em seus aspectos de direito individual, resguarda a liberdade de forma ampla, na procura de cada indivíduo por meios de proporcionar seu bem-estar físico, mental e social (DALLARI, 1988, p. 59). Nesse mesmo sentido, o direito à saúde também está intimamente ligado ao direito fundamental à vida, bem jurídico de maior valor aos seres humanos (BRAGA, 2021, p. 105).

Por fim, diante de toda a importância já demonstrada, reafirma-se que este direito fundamental compõe aquilo que se entende por mínimo existencial necessário a

uma vida digna, tendo em vista que sem este, não é possível que um ser humano possa sequer se desenvolver ou viver dignamente. (BRAGA, 2021, p. 75)

Assim, entendendo-se que se trata de um direito de todos, conforme preceitua o art. 196, da CF/88, passa-se a tratar especificamente de sua implicação ao Estado, ou seja, o surgimento de um dever fundamental de prestação.

3.2.1 Saúde pública como dever prestacional do Estado

Por se tratar de direito fundamental, conseqüentemente a saúde gera ao Estado um dever fundamental (MENDES; BRANCO, 2022, p. 171).

Partindo-se do princípio da dignidade humana, matriz este direito, pode-se inferir a implicação dos deveres a ela inerentes, quais sejam os de respeito e de promoção, garantindo-se, por meio de ações a materialização de condições ao seu exercício (RAMOS, 2019, p. 79-80).

Por se tratar de dever ligado à promoção do mínimo vital/existencial, o que obriga o Estado se trata de “um mandamento incondicional, vital, indispensável, improrrogável, indissociável ao ser humano” (BRAGA, 2021, p. 83), que, por seu caráter de direito positivado, deve atrair especial atenção das ações promocionais (BRAGA, 2021, p. 83).

Nos dizeres de Braga (2021, p. 70),

Estamos em tempos que exige-se a concretização dos direitos. Assim, o Estado, ao menos aqueles que se intitulam como sendo Democrático de Direito, vinculam-se à lei, tendo o dever sacrossanto de cumprir as disposições constitucionais, o que, como dito, significa em última análise, no cumprimento incondicional dos direitos fundamentais assentados na Constituição Federal.

A clareza da redação art. 196, da CF/88, não deixa espaço para dúvidas sobre a obrigação ao poder público de garantir a prestação da saúde, sendo este um dever previsto constitucionalmente, cuja importância assume um patamar elevado, em virtude de se ter inevitavelmente a ligação com o bem jurídico mais precioso do ser humano, qual seja a sua vida. (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 312)

Seguindo o mandamento constitucional, o já citado art. 2º, *caput*, da Lei nº 8.080/90, impõe ao Estado o dever de garantir o pleno exercício desse direito, detalhando este dever em seu §1º, pelo qual consiste em formular e executar políticas socioeconômicas, cujo objetivo é reduzir os riscos de doenças ou de demais complicações, garantindo-se que haja sempre as condições assecuratórias do acesso igualitário e universal aos serviços públicos de saúde, bem como às ações que também visem a promoção, proteção e recuperação deste bem jurídico.

Além disso, inclui-se no dever de prestação de saúde pública, as ações preventivas, razão pela qual se fala em dimensão de obrigatoriedade de o Estado agir para se evitar que o indivíduo fique doente, além de mantê-lo saudável. (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 313)

Apesar de impor ao Estado a obrigação fundamental de garantia da saúde, o §2º, do art. 2º da Lei nº 8.080/90, deixa evidente que esta imposição não exclui o dever das pessoas, famílias, empresas e de toda a sociedade para com a efetivação da saúde.

Por fim, quando se fala em dever do poder público, é de grande importância que se entenda que se trata de atribuição imposta a todos os entes federativos – União, Estados, Municípios e Distrito Federal -, em virtude de a saúde pública ser matéria de competência comum, estabelecida pelo inciso II, do art. 23, da CF/88. (MENDES; BRANCO, 2022, p. 171)

3.2.2 Dever prestacional *versus* teoria da reserva do possível

Os direitos fundamentais inevitavelmente exigem custeio com verba pública (MENDES; BRANCO, 2022, p. 750). E quando se trata de um direito fundamental à prestação material, como é o caso da saúde, a existência ou não de recursos para o seu custeio passa a ser uma discussão acerca da sua exigibilidade, significando dizer que a dimensão econômica tem um caráter decisivo (MENDES; BRANCO, 2022, p. 165-166).

Põe-se limites à concretização dos deveres prestacionais, ainda que voltados ao mínimo existencial, em virtude da finitude/escassez de recursos financeiros, que se intitula chamar de teoria da reserva do possível. (BRAGA, 2021, p. 84-86)

Deve-se levar em conta também que o Estado não é um garantidor universal (BRAGA, 2021, p. 47).

Segundo Miragem (2015, p. 424), essa teoria é fruto de se reconhecer não é possível ao Estado concretizar todas as prestações que lhe são conferidas, razão pela qual apenas podem ser consideradas exigíveis aquelas que possuem uma efetiva possibilidade de concretização ou que compõem o chamado mínimo existencial.

Na perspectiva da teoria da reserva do possível, leva-se em consideração a escassez/limitação de recursos econômicos e financeiros do Estado, para promoção de todos os direitos fundamentais sociais elencados constitucionalmente, razão pela qual tornaria necessária a ponderação na distribuição dos recursos, e a disponibilização na medida das possibilidades. (WANG, 2008, p. 540-541)

Entende-se, então, por reserva do possível, conforme Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 293), “a possibilidade de disposição econômica e jurídica por parte do destinatário da norma”.

Portanto, tem-se um evidente contraponto entre o dever fundamental de prestação/promoção e a teoria da reserva do possível, a partir dessa perspectiva de que a efetivação de um direito social tem um custo econômico, o qual deve ser considerado numa ponderação. (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 291)

A utilização desses recursos disponíveis, nessa perspectiva, estaria na esfera discricionária do Estado, significando dizer que este poderia escolher onde ser ou não omissivo, com justificativa na escassez de recursos, no planejamento orçamentário. (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 315-316)

Trata-se de equívoco, pois o condicionamento da promoção de direitos fundamentais à mera perspectiva ou alegação de disponibilidade econômica dos recursos, seria derrubar qualquer eficácia de garantia, abrindo-se espaço às mais absurdas omissões estatais, contrariando-se a Constituição, em seu amplo rol de garantias do bem comum. (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 318-325)

E quando o assunto é saúde, sua importância tem tamanha expressividade, que não se pode falar genericamente em sujeição à teoria da reserva do possível (BRAGA, 2021, p. 70).

Deve ser evitada a sujeição à mera discricionariedade do administrador, pois muitas são as tentativas de se justificar as omissões com alegações vazias de ausência de recursos financeiros para tanto. Apenas pode-se considerar a alegação da reserva do possível nas situações excepcionais em que restarem comprovados dois requisitos: a ausência de recursos financeiros para possibilitar a concretização das prestações; e a demonstração de tomada de providências orçamentárias para que não mais ocorra tal omissão no futuro. (BRAGA, 2021, p. 86-87)

Deve-se avaliar esse contraponto com teoria da reserva do possível sempre à luz do princípio da razoabilidade, a partir do qual o dever estatal de garantia da prestação da saúde pública é subdividido em dois planos. (BRAGA, 2021, p. 88)

No primeiro plano, estão os serviços de saúde considerados básicos – saúde pública primária –, disponibilizando-se especialidades consideradas mínimas e necessárias à garantia da dignidade, cujo oferecimento é obrigatório em qualquer hospital. As especialidades são ortopedia, vacinação, obstetrícia, pediatria, ginecologia, cardiologia, serviços de emergência e clínica geral. (BRAGA, 2021, p. 88-89)

Nesse primeiro plano, não é dado ao administrador campo de discricionariedade para decidir concretizar ou não tais prestações sob a pretensão de alegar ausência de recursos, sendo estritamente vinculado a este dever, em virtude da necessidade ligada a estas prestações não admitir, de modo algum, uma espera. (BRAGA, 2021, p. 88-89)

No segundo plano, encontram-se serviços de saúde pública mais especializados, mais seletivos e com maior grau de complexidade – a saúde pública secundária. Estes serviços, apesar de obrigarem o Estado, não integram o núcleo básico da saúde primária, e por esta razão se admite a excepcional justificativa na reserva do possível, desde que se preste a comprovar objetivamente a alegada ausência de recursos financeiros, juntamente com a demonstração de tomada de medidas orçamentárias para garantir uma prestação efetiva no futuro. Assim, a saúde pública não fica refém da discricionariedade do administrador. (BRAGA, 2021, p. 89-90)

Nesse sentido, o STF - em sede de Agravo Regimental no Recurso Extraordinário Com Agravo n.º 727.864, sob relatoria do então Min. Celso de Mello, da Segunda Turma, publicado no Diário de Justiça eletrônico em 13/11/2014 -, ainda que reconhecendo que a concretização do direito fundamental social à saúde, assim

como outros, depende de disponibilidade orçamentária, põe-se a afirmar a inexistência de discricionariedade do Estado na sua concretização, razão pela qual não pode a reserva do possível ser invocada para validar descumprimento de deveres ligados ao mínimo existencial (BRASIL, 2014a, pp. 1-2 e 10-11).

Em um trecho do supracitado Acórdão, esclarece-se que

não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (...). (BRASIL, 2014a, p. 10)

Assim, percebe-se que a teoria da reserva do possível apenas pode ser aceita, com limitações objetivas, sob alegação de ausência ou deficiência na prestação da saúde pública quando se tratar de dever prestacional em segundo plano – especialidades não integrantes do núcleo básico -, desde que seja feita à luz da razoabilidade, exigindo-se que seja objetivamente demonstrada a falta de recursos econômicos para tanto e a imediata tomada de medidas para se evitar que este problema se repita futuramente. (BRAGA, 2021, p. 88-93)

3.3 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

Passa-se a abordar, ainda que de forma breve, o Sistema Único de Saúde, e suas questões importantes para o melhor entendimento do objeto deste trabalho.

De início, cumpre afirmar que o SUS encontra previsão no art. 198, da CF/88, e é disciplinado infraconstitucionalmente pela Lei nº 8.080/90.

De acordo com o referido art. 198, *caput*, da CF/88, trata-se de um sistema unificado, constituído por uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços públicos de saúde, cujas diretrizes organizacionais, indicadas nos incisos, são: a descentralização, com uma única direção em cada esfera de governo (inciso I); a integralidade no atendimento, priorizando-se as ações de caráter preventivo (inciso II); e a participação comunitária (inciso III).

Em razão da regionalização prevista constitucionalmente, o dever ou competência para prestação da saúde é atribuído comumente entre os entes federativos. (MENDES; BRANCO, 2022, p. 781)

Nesse sentido, o art. 4º, *caput*, da Lei nº 8.080/90, preceitua que “o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS)”.

Prosseguindo-se na abordagem, há que se pontuar que, apesar de sistema único, o caráter de descentralizado do SUS tem importância fundamental na preservação e do respeito às diferenças regionais, materializada na municipalização. (MENDES; BRANCO, 2022, p. 782)

Dos princípios conceituais intrinsecamente relacionadas ao SUS, podemos falar em universalidade, igualdade, integralidade e equidade. (PAIM, 2019, p. 19-22)

Universalidade diz respeito ao dever de prestação da saúde pública alcançar a todos aqueles que dela precisar, ou seja, é direito de todos – brasileiros e estrangeiros residentes no País -, cabendo à União, Estados, Municípios ou Distrito Federal, superar as dificuldades de gestão (PAIM, 2019, p. 19-20).

Inclusive, a universalidade - que também consta como princípio do sistema de saúde pública brasileiro, conforme art. 7º, IV, da Lei n.º 8.070/90 - também é um dos fundamentos da responsabilidade solidária dos entes da federação quanto ao dever prestacional inerente a este direito. (MENDES; BRANCO, 2022, p. 780)

Quando se fala em igualdade, compreende-se que se trata de característica do SUS que repele qualquer distinção discriminatória na prestação deste dever, não se admitindo que preconceito em razão de questões de gênero, etnia, orientação sexual, religião, dentre outros. (PAIM, 2019, p. 20-21)

A integralidade diz respeito à integração entre as ações voltadas à prevenção, promoção, proteção e reabilitação da saúde pública, visando a garantia de continuidade das prestações, com políticas públicas articuladas para garantir o bem-estar físico, mental e social. (PAIM, 2019, p. 21)

A equidade é uma correlação entre o princípio da justiça e o da igualdade, e diz respeito em tratar de modo desigual aqueles que são desiguais, dando prioridade

aos que se encontram em situação de maior necessidade. Nesses casos, um tratamento formalmente igual, sem observar as questões materiais, seria mantenedor das desigualdades já existentes. (PAIM, 2019, p. 22)

Nesse sentido, fala-se no federalismo por cooperação, como ferramenta essencial na erradicação das desigualdades regionais, de cunho social e econômico, buscando-se alcançar a igualdade material por meio da criação de fundos para distribuição de receitas entre Estados e Municípios. (MENDES; BRANCO, 2022, p. 783-784)

Por derradeiro, quando se fala na prestação dos serviços de saúde pública, não apenas as pessoas jurídicas de direito público exercem este papel, mas também o setor privado, a partir da realização de convênios e contratações com o Estado, cuja preferência é dada a entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, conforme art. 199, §1º, da CF/88. (MENDES; BRANCO, 2022, p. 784)

3.4 DAS DOENÇAS ONCOLÓGICAS NO ÂMBITO DA SAÚDE PÚBLICA

Neste ponto, a primeira tarefa é buscar a compreensão básica acerca do câncer, também chamado de cancro ou ainda doença oncológica. (CRESPO, 2009, pp. 11-13 e 37-40)

Nas palavras de Antonieta Barbosa (2017, p. 281), “câncer é o nome dado a um conjunto de mais de 100 doenças que têm em comum o crescimento desordenado (maligno) de células que invadem tecidos e órgãos, podendo espalhar-se (metástase) para outras regiões do corpo”.

O crescimento - ou proliferação - celular pode ser controlado ou descontrolado no organismo. O crescimento controlado é uma situação reversível, e ocorre quando células em estado de normalidade se multiplicam em virtude de estímulos, sejam eles fisiológicos ou patológicos. Por outro lado, o crescimento descontrolado ocorre com células anormais, que, mesmo quando cessado o estímulo que o desencadeou, não se reverte, mantendo-se o excesso de massa celular, quase que autonomamente. (BRASIL, 2020a, p. 13-14)

Esse excesso de massa celular causado pelo crescimento desordenado é chamado de neoplasia ou tumor. A neoplasia pode ser benigna ou maligna. Quando benigna, se caracteriza por ter um crescimento organizado, ocorrendo de forma lenta, expansiva e delimitada. Já a neoplasia maligna, também conhecida por tumor maligno, se caracteriza por um crescimento da massa celular defeituosa próximo à autonomia, invadindo outros tecidos, com agressividade mortal. Essa neoplasia maligna é o câncer. (BRASIL, 2020a, p. 14-16)

Então, as células cancerosas possuem um crescimento diverso das outras em situação de normalidade, pois provocam uma multiplicação descontrolada, ao invés de morrerem, como ocorre nas normais, de modo que o sistema imunológico não consegue ter qualquer controle sobre essa situação. Esta é uma das características marcantes das células cancerosas, aliada à capacidade de invasão de estruturas orgânicas diversas. (BRASIL, 2020a, p. 13)

Trata-se de problema muito complexo, sob o qual os cientistas ainda não conseguem ter um controle da doença, gerando nas pessoas um enorme medo de desenvolvê-la, dado o alto nível de agressividade e mortalidade que se pode ter envolvido. (BARBOSA, 2017, p. 5-6)

Então, a partir de obra elaborada pelo Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva (INCA), constata-se que

diversos organismos vivos podem apresentar, em algum momento da vida, anormalidade no crescimento celular – as células dividem-se de forma rápida, agressiva e incontrolável, espalhando-se para outras regiões do corpo – acarretando transtornos funcionais. O câncer é um desses transtornos. (BRASIL, 2020a, p. 13)

Por outro lado, com a atual evolução da ciência, já se pode falar em mapeamento genético das células cancerosas (BARBOSA, 2017, p. 6-7).

Então a doença oncológica é uma evidente ameaça à vida, tendo em vista que uma das suas consequências mais notáveis é o fato de provocar rápida deterioração do organismo, de forma dolorosa, e cujo tratamento é permeado por uma agressividade que gera não apenas impactos físicos, mas psicológicos e sociais, diante da incerteza da melhora. (CRESPO, 2009, p. 19-20)

Dos impactos psicossociais do câncer, pode-se falar em sentimentos de medo, de incerteza, de insegurança, de autoestima, entre outros, que inevitavelmente impactam em todas as áreas da vida do indivíduo que contrai a doença, tendo em vista a marcante incerteza sobre sua própria sobrevivência. (CRESPO, 2009, p. 20)

Além disso, tratamentos de câncer envolvem altos custos, além de todo o sofrimento pelo qual passa o paciente, e que não há palavras que possam efetivamente representá-lo. (BARBOSA, 2017, p. 15)

Na visão de Antonieta Barbosa (2017, p. 15), o Estado deve uma proteção especial ao paciente com câncer, pois diversos são os empecilhos para o efetivo exercício dos direitos.

A justificativa dessa proteção especial do poder público encontra guarida nos apontamentos de Mendes e Vasconcellos (2015, p. 882), para os quais o câncer é uma questão de relevante importância para a saúde pública, pois, de modo crescente, suas exigências provocam impactos sobre as redes de atendimento e prestação deste importante serviço público, seja em países desenvolvidos ou nos países ainda em fase de desenvolvimento.

No Brasil, o poder público vem buscando, ao longo dos anos, priorizar as políticas públicas e ações voltadas ao controle do câncer (BRASIL, 2020a, p. 75).

Dessas políticas públicas, podemos mencionar, em caráter geral, dentre diversas outras, a chamada Rede de Atenção à Saúde das Pessoas com Doenças Crônicas (BRASIL, 2020a, p. 79), criada pela Portaria nº 252, de 19 de fevereiro de 2013, do Ministério da Saúde, e redefinida pela Portaria n.º 483, de 1º de abril de 2014, que revogou a anterior.

E como exemplo de política pública especificamente voltada a combater as doenças oncológicas, inserida na Rede de Atenção à Saúde das Pessoas com Doenças Crônicas, tem-se a Política Nacional para a Prevenção e Controle do Câncer (PNPCC), instituída pelo Ministério da Saúde por meio da Portaria nº 874, de 16 de maio de 2013.

Conforme o art. 2º, da supracitada Portaria Ministerial, a PNPCC tem por objetivo reduzir a mortalidade e a incapacidade advindas do câncer, além de buscar a diminuição de alguns tipos dessa doença, com contribuições para aumentar a qualidade de vida dos pacientes usuários do SUS, a partir da promoção, prevenção

e do diagnóstico precoce, do oportuno oferecimento de tratamento, além dos devidos cuidados paliativos.

Há que se pontuar que o art. 4º, da referida Portaria da PNPC, estabelece como diretrizes e princípios aqueles ligados aos princípios gerais do SUS, à promoção da saúde, à prevenção de doenças oncológicas, à vigilância monitoramento e avaliação, à tecnologia e ciência, ao cuidado integral, à educação e comunicação sobre saúde.

Além disso, no âmbito legislativo, foi instituído o Estatuto da Pessoa com Câncer, a partir da Lei n.º 14.238/21. Em seu art. 2º, este diploma legal traz, dentre os seus princípios, o respeito à dignidade humana e à igualdade (inciso I); o tratamento adequado com acessibilidade universal e equânime (inciso II); o diagnóstico precoce e estímulo à prevenção (incisos III e IV, respectivamente); a atenção humanizada ao paciente e seus familiares (inciso XII), entre outros, presentes nos demais incisos.

O art. 4º, da Lei n.º 14.238/21, elenca explicitamente os direitos fundamentais da pessoa com câncer, dos quais, citam-se, a título exemplificativo, o direito ao diagnóstico precoce (inciso I) e a garantia de tratamento universal, adequado, equânime e que seja menos nocivo (inciso II).

Seguindo-se as demonstrações do supracitado Estatuto, cumpre apontar que o art. 5º impõe ao poder público, dentre outros – família, comunidade e sociedade -, o dever prioritário de garantir à pessoa com câncer a efetividade dos seus direitos fundamentais à vida, à saúde, entre outros.

Traz-se, inclusive, previsão de possibilidade de punição ao tratamento negligente ou discriminatório, e à qualquer ação ou omissão, que atentem contra os direitos do ser humano com essa doença, conforme redação do art. 6º, da Lei n.º 14.238/21.

Por fim, o art. 7º, da referida Lei, deixa claro o dever do Estado na promoção de políticas públicas voltadas à pessoa com câncer. Ressalta-se ainda que, conforme os arts. 11 e 12, desta Lei, o direito à saúde da pessoa com câncer é garantido por meio destas políticas, sendo obrigatório, no âmbito do SUS, a prestação de atendimento integral.

Entendidas as breves características do câncer, e sua relevância no âmbito da saúde pública, restam ainda algumas importantes questões a serem tratadas a seguir.

3.4.1 Garantia legal de tratamento de câncer no SUS

O tratamento para câncer (neoplasia maligna) é um direito garantido no ordenamento jurídico brasileiro especificamente por meio da Lei n.º 12.732/12, também conhecida como a “Lei dos 60 dias” (BARBOSA, 2017, p. 213-214).

Em seu art. 1º, *caput*, a supracitada Lei assegura ao paciente diagnosticado com neoplasia maligna todos os tratamentos necessários ao combate da doença, de forma gratuita por meio do SUS, determinando, no parágrafo único, o dever de atualização e republicação dos tratamentos terapêuticos cirúrgicos e clínicos, de modo a se adequarem aos avanços científicos e tecnológicos.

Assim, é conhecida por “Lei dos 60 dias” em virtude de determinar o prazo máximo de 60 dias para início do tratamento oncológico no SUS, a partir do diagnóstico da doença, podendo ser o primeiro tratamento uma quimioterapia ou radioterapia, ou ainda procedimento cirúrgico, a depender das circunstâncias de cada caso. (BARBOSA, 2017, p. 213)

Esse prazo para início do tratamento, a partir do diagnóstico, encontra-se previsto no *caput*, do art. 2º, desta Lei, que também prevê a possibilidade de o prazo ser reduzido, com base nas necessidades de cada caso. Além disso, a referida Lei traz a descrição das possibilidades que caracterizam o início do tratamento, em seu §1º.

O §2º, do art. 2º, da referida Lei, estabelece a garantia de acesso privilegiado e gratuito a analgésicos opiáceos ou semelhantes, aos pacientes acometidos por quadros de manifestações dolorosas do câncer.

Através de mudança promovida pela Lei n.º 13.896/19, foi inserido no art. 2º, da Lei n.º 12.732/12, o §3º, prevendo o prazo máximo de 30 (trinta) dias para realização dos exames necessários ao diagnóstico do paciente, nos casos em que se identificar maior probabilidade de que este tenha um câncer.

Por fim, há que se falar que o art. 3º, da Lei n.º 12.732/12, firma responsabilização do gestor público, na esfera administrativa, por descumprimento das determinações legais por ela trazidas; e o seu art. 4º, traz o dever de implementação de serviços

oncológicos especializados aos Estados que possuírem grandes áreas sem esta possibilidade de prestação.

3.4.2 Pode se falar em dever de promover medidas preventivas?

Como bem restou demonstrado anteriormente, neste mesmo capítulo, um dos princípios do SUS é a integralidade, e por meio dela se tem, dentre outros, e integrado a estes, o dever de tomada de ações voltadas a prevenção, em suas políticas públicas. (PAIM, 2019, p. 21)

Nesse sentido, a CF/88, ao estabelecer as diretrizes do SUS, traz as medidas preventivas como prioridade no atendimento integral, no art. 198, II.

Do mesmo modo, a Lei do SUS - Lei n.º 8.080/90 -, em seu art. 7º, II, põe a prevenção como princípio, trazendo ainda as atividades preventivas como objetivos do sistema, conforme se extrai do art. 5º, III.

Por fim, traz-se novamente a Lei n.º 14.238/21 - Estatuto da Pessoa com Câncer -, que traz a clareza no dever de o Estado instituir políticas públicas que contenham campanhas com caráter preventivo, e que incentivem o desenvolvimento científico e tecnológico em avanços na prevenção, diagnóstico e no enfrentamento da doença, conforme art. 7º, incisos I e VI.

Então, resta claro que a dimensão preventiva integra o princípio da integralidade, estando presente na prestação da saúde pública (PAIM, 2019, p. 21-22). Passa-se, portanto, a enxergá-la como um dever do Estado, que deve buscar as ações que impeçam a formação da doença (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 313).

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO NA SAÚDE PÚBLICA NOS CASOS DE DOENÇAS ONCOLÓGICAS

No Brasil, o entendimento que sempre prevaleceu foi o da responsabilização do Estado, na seara cível, por danos causados aos cidadãos, seja por ação ou

omissão, ainda que divergentes os posicionamentos acerca da natureza objetiva ou subjetiva. (BRAGA, 2021, p. 96-97)

Além disso, não há, nem poderia haver, qualquer compatibilidade da antiga teoria da irresponsabilidade estatal com o atual panorama do Estado Democrático de Direito, pois entraria em choque com seus pilares fundamentais. (BRAGA, 2021, p. 96)

Nem mesmo quando o poder público causa um dano agindo licitamente poderia se esvair a sua obrigação de reparar, pois, pela teoria do risco administrativo, toda a coletividade deve suportar o ônus da reparação, e não apenas relegá-lo à própria vítima (CAHALI, 2012, p. 57-58), até mesmo por força de princípios norteadores da responsabilidade civil do Estado, quais sejam o da primazia do interesse da vítima, o da solidariedade social e o princípio da proteção (NETTO, 2019, p. 71-79).

A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das de direito privado prestadoras de serviços públicos está expressa no art. 37, §6º, da CF/88, deixando clara a necessidade de comprovação de dolo ou culpa nos casos de ação regressiva contra o agente público causador do dano.

Em sentido semelhante à previsão constitucional, mas aquém desta no sentido de evolução normativa (DI PIETRO, 2017, p. 822), o art. 43, do CC/2002, previu a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público.

Então, é claramente compreensível o fato de que o Brasil adotou a teoria do risco administrativo, diante da previsão constitucional, a qual, em regra, a sua responsabilidade civil é objetiva, não sendo relevante a apuração do elemento subjetivo de culpa, bastando que se demonstre a conduta danosa, o dano e o nexo causal entre eles. (CAHALI, 2012, p. 41-42)

Assim, apesar da desnecessidade de demonstração de culpa, admite-se, com a teoria do risco administrativo, as excludentes do nexo causal, quais sejam o caso fortuito ou força maior, o fato de terceiro ou culpa exclusiva da vítima. Admite-se também a atenuação da responsabilidade civil do Estado, quando a vítima do dano age em concorrência para sua causa. (CARVALHO, 2017, p. 351)

Quando trazida a discussão da responsabilidade civil do Estado ao campo da saúde pública, torna imprescindível a correlação do dever fundamental de prestação a que o poder público está vinculado, por força expressa da Constituição. (BRAGA, 2021, p. 71-77)

Diante da previsão constitucional, e de tudo quanto já fora tratado até este ponto, passa-se a fazer uma detalhada análise da responsabilidade civil do Estado por omissão na prestação da saúde pública, em virtude de danos causados aos seres humanos que sofrem com o câncer.

Na seara do direito, é preciso lembrar que a responsabilidade civil do Estado, nos casos em que há conduta omissiva por parte deste, é um campo de conflito de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a incidência de responsabilidade objetiva ou subjetiva. (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2021, p. 733-738)

Ainda, restou demonstrado, no capítulo anterior, que o câncer é uma doença complexa, com elevado grau de mortalidade e agressividade, e que até então desafia a ciência, que ainda não conseguiu estabelecer um controle efetivo da neoplasia maligna. (BARBOSA, 2017, p. 5-6)

Caracteriza-se por ser uma doença oriunda da multiplicação descontrolada de células anormais, que formam uma massa celular excessiva, chamada neoplasia, que, em sua forma maligna (câncer) que cresce e se espalha para outros tecidos e órgãos, quase que de forma autônoma, agressiva e mortal ao organismo. (BRASIL, 2020a, p. 13-16)

Então, implica num sentimento de incerteza, que acaba por inúmeros desafios e sofrimentos àqueles que desenvolvem esta doença altamente agressiva, não podendo ser ignoradas as suas mais diversas facetas de danos na vida de um ser humano. (CRESPO, 2009, p. 19-20)

E os sofrimentos não se restringem apenas à pessoa que desenvolve a doença oncológica, mas afeta também os seus familiares, entes queridos e pessoas próximas. (BARBOSA, 2017, p. 3)

O câncer se trata de assunto que merece ser tratado com indiscutível prioridade pelo Estado, em virtude de sua evidente relevância e impacto no sistema público de saúde (MENDES; VASCONCELLOS, 2016, p. 882), diante das exigências do dever de proteção e prestação da saúde àqueles que se encontram afligidos por esta doença, e pelos altos custos envolvidos em seu tratamento, além da constante dificuldade de garantia dos direitos dessas pessoas (BARBOSA, 2017, p. 15).

Portanto, este capítulo passa a seguir a ordem de exposição a partir da análise acerca da possibilidade de responsabilização solidária dos Entes Federativos na

saúde pública; seguido da possibilidade de a dignidade da pessoa humana figurar como fundamento da responsabilização do poder público na prestação da saúde; passando pela análise da reserva do possível na justificativa das omissões estatais; e desaguando na abordagem central do conflito entre das teorias subjetivas e objetivas nos casos de omissão.

4.1 RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA NO ÂMBITO DA SAÚDE PÚBLICA

Passa-se a demonstrar importante detalhe acerca da responsabilidade civil do Estado no âmbito da saúde pública, qual seja a constatação de que se trata de responsabilidade solidária. (MENDES; BRANCO, 2022, p. 780-781)

É sabido que quando se fala em competência para cuidar da saúde pública, a CF/88 determina ser comum a todos os entes federativos – União, Estados, Municípios e Distrito Federal –, por força do seu art. 23, II.

Então, argumenta-se que a responsabilidade solidária encontra fundamento a partir dessa determinação, que marca uma característica regionalizada da saúde pública brasileira (MENDES; BRANCO, 2022, p. 781).

Nesse sentido, na Lei nº 8.080/90, na redação do seu art. 4º, *caput*, encontra-se a previsão pela qual o SUS é constituído por todas as ações e serviços públicos de saúde prestados por todos os entes federativos, seja em sua esfera administrativa direta ou indireta.

Outro ponto importante é que a universalidade seria mais um fundamento à responsabilidade solidária dos entes federativos, quando se estiver em jogo a proteção do direito à saúde. (MENDES; BRANCO, 2022, p. 780)

Inclusive, vale fazer uma pontuação a respeito de que essa concepção de solidariedade do SUS advém do federalismo cooperativo, que implica em ações conjuntas criação de fundos de arrecadação de receita com objetivo direcionado à redução ou erradicação de desigualdades regionais, e almejando o equilíbrio do desenvolvimento e bem-estar social do País. (MENDES; BRANCO, 2022, p. 783-784)

Por esta razão, o próprio art. 23, da CF/88, que estabelece as competências comuns entre União, Estados, Municípios e Distrito Federal, traz, em seu parágrafo único, a previsão do federalismo cooperativo. (MENDES; BRANCO, 2022, p. 784)

Por outro lado, faz-se ressalva no sentido de que essa responsabilidade solidária é apenas no sentido institucional, como forma de determinar a todos os Entes Federativos o dever de organizar a estrutura da saúde pública em suas respectivas esferas. Assim, que se alega é que, em virtude da descentralização do SUS, cada gestor seria responsável por suas decisões nos limites do exercício da competência de cada ente federativo – uma espécie de fracionamento da responsabilidade solidária. (DRESCH, 2014, p. 29-31)

Só que essa concepção fracionamento na responsabilidade civil do Estado, no campo da saúde pública, não é possível, em razão de normatização precária sobre quais Entes têm o dever de prestação de determinado serviço de saúde ao usuário, mantendo, então, fortalecida a responsabilidade solidária embasada no art. 23, II, da CF/88. (DRESCH, 2014, p. 30-31)

O STF, em plenário, ao julgar os Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n.º 855.178, sob relatora do Min. Luiz Fux, por unanimidade de votos, fixou o Tema n.º 793 de Repercussão Geral sob a seguinte tese:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. (BRASIL, 2020b, p. 2)

No referido julgado, o STF deixa claro que o sentido de sua jurisprudência é o de seguir firme no entendimento pela responsabilidade solidária, razão pela qual quaisquer dos entes federativos podem figurar no polo passivo da demanda, seja de forma isolada ou de forma conjunta. (BRASIL, 2020b, p. 1)

Portanto, passa-se a considerar, veementemente, que, numa ação de responsabilização do Estado, no âmbito da saúde pública, em virtude de ação ou omissão, os Entes Federativos podem figurar solidariamente no polo passivo. (BRASIL, 2020b, p. 1-2)

4.2 DIGNIDADE HUMANA COMO FUNDAMENTO DA RESPONSABILIZAÇÃO PELA AUSÊNCIA OU INEFICIÊNCIA DA SAÚDE PÚBLICA EM GARANTIR OS DIREITOS DA PESSOA COM CÂNCER

O Estado Democrático de Direito tem firme compromisso em assegurar o respeito ao ser humano, tendo em vista que este é o foco de proteção e razão de existência do ordenamento jurídico. (FARIAS; ROSENVALD; NETTO; 2021, p. 44-45)

Assim, este princípio, cuja previsão do art. 1º, III, da CF/88, o torna um dos fundamentos do ordenamento jurídico brasileiro, é o ponto de partida para se tratar do direito fundamental à saúde, que tem suas raízes nesse “super princípio” pelo fato de integrar o mínimo existencial, indispensável a se garantir a materialização de uma vida digna a qualquer ser humano. (BRAGA, 2021, p. 75-76)

Diante disso, não deve ser esquecido que há ao Estado um dever de se assegurar que nenhum ser humano seja ofendido em seu mínimo existencial e relegado a situações humilhantes (RAMOS, 2019, p. 78).

Reitere-se que há uma vedação da coisificação do ser humano, pois este não pode ser tratado como um mero objeto, degradando-se a sua condição, a partir de ações que firam seus direitos ou firam reconhecimento do ser humano como sujeito de direitos. (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2021, p. 44)

Além disso, vale lembrar que a dignidade da pessoa humana também é um dos princípios norteadores da responsabilidade civil (FARIAS; ROSENVALD; NETTO; 2021, p. 42-47).

Nessa senda, em sua dimensão histórica, este princípio implica em utilização da proporcionalidade como regra para se extrair o dever de reparação de danos injustos, quando se tem em jogo o choque entre interesses individuais e coletivos também embasados na dignidade humana. (FARIAS; ROSENVALD; NETTO; 2021, p. 46-47)

Trazendo o enfoque para a saúde pública, Braga (2021, p. 105) aponta que o dever prestacional, oriundo do direito fundamental à saúde, cria aos cidadãos uma espécie de escudo protetor contra o descaso e abandono do poder público, pois é sempre determinado a este o dever de agir, muitas vezes por meio de políticas públicas de

caráter preventivo ou repressivo, de forma a assegurar a vida, bem jurídico de maior valor para o ser humano.

Nas palavras de Paulo Sérgio Brant de Carvalho Galizia (2011, p. 20),

Diferentemente da ideia de resguardar o indivíduo em face da atuação do Estado, as novas constituições buscam colocar o Estado como agente do desenvolvimento e fomentador da justiça social, tanto distributiva, quanto reparativa. De um lado, surgem os direitos sociais, que garantem assistência à velhice, deficiências física e mental, visam a proteção econômica dos mais fracos e reconhecem os direitos dos trabalhadores, e, de outro lado, surge a prerrogativa do indivíduo exigir do Estado a prestação positiva de direitos, como saúde, educação etc.

Então, a saúde se trata não apenas de um dever com mero sentido formal, mas também com inequívoco sentido material, qual seja o de eficiência e suficiência na prestação do serviço público de saúde, que se afigura, portanto, em um dever de boa administração. (BRAGA, 2021, p. 105-106)

Este dever de boa administração se trata de um princípio maior, e é composto por sua faceta conhecida como princípio da eficiência, que norteia a administração pública, e se encontra expresso na CF/88, em seu art. 37, *caput*. (MELLO, 2015, p. 126)

Então, a boa administração consiste em um dever vinculado ao Estado, no sentido de tomada de decisões que melhor se adequem aos fins almejados, e a busca pela concretização destes de maneira oportuna. (MELLO, 2015, p. 126)

Nessa senda, é dever do poder público agir com eficiência na prestação da saúde, garantindo-se, por meio a boa administração, a vida, e por fim a dignidade da pessoa humana. (BRAGA, 2021, p. 106)

Não é diferente nos casos de doenças oncológicas, pois além da previsão expressa em norma constitucional do art. 1º, III (CF/88), quando se trata do direito fundamental a saúde da pessoa com câncer, o respeito à dignidade humana encontra guarida expressa no Estatuto da Pessoa com Câncer – Lei n.º 14.238/2021 –, art. 2º, I, que o traz como seu princípio essencial.

Sendo esta uma questão de saúde pública, há que se falar que é uma obrigação direta do Estado, tendo em vista que se encontra no seu núcleo originário a efetivação de um direito fundamental, que é o da saúde, traduzindo-se num dever

vinculado ao cumprimento daquelas necessidades consideradas básicas e inafastáveis para o desenvolvimento digno do ser humano. (BRAGA, 2021, p. 143-145)

Não pode se considerar uma obrigação subsidiária, ou seja, advinda do não cumprimento da obrigação primária, pois há um dever expresso imposto ao Estado pela Constituição de 1988, tornando-se imediatamente exigível a sua prestação. (BRAGA, 2021, p. 143-144)

Deste modo, o descumprimento deste dever para com a concretização da saúde enseja ao Estado a obrigação de reparação pelos eventuais danos causados por suas omissões, tendo em vista a sua exigibilidade, diante do que predispõe a CF/88, em seu art. 196, quando a coloca como direito de todos e um dever do Estado. (BRAGA, 2021, p. 106)

É claro que para se chegar à responsabilidade civil do poder público, deve-se sempre avaliar o caso concreto à luz da razoabilidade, dentro daquilo que se pode ser exigível, conforme estabelecimento legal/constitucional, tendo em vista que não se está atribuindo ao Estado um caráter de garantidor universal. (BRAGA, 2021, p. 106-107)

4.3 EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE E A RESERVA DO POSSÍVEL NA SAÚDE PÚBLICA

Já fora visto que, na responsabilidade civil do Estado, em regra, admite-se sua exclusão, desde que seja demonstrado o caso fortuito, a força maior ou a culpa exclusiva da vítima, atenuando-se quando esta tiver culpa concorrente com a do poder público. (CARVALHO, 2017, p. 351)

Inclusive, não é apenas o Estado que tem deveres para com a saúde pública, sendo imprescindível que seja trazido à demonstração a previsão do art. 2º, §2º, da Lei n.º 8.080/90, segundo o qual o dever imposto ao Estado em resguardar e garantir a saúde não acarreta exclusão daquele que se impõe às pessoas, à família, às empresas e à sociedade.

De modo semelhante, é a previsão do art. 5º do Estatuto da Pessoa com Câncer (Lei n.º 14.238/21), que traz o dever conjunto do poder público, da família, comunidade e de toda a sociedade, em assegurar a efetivação dos direitos fundamentais – vida, alimentação, moradia, entre outros – das pessoas que sofrem com doenças oncológicas.

Mas atendo-se ao dever do Estado, traz-se novamente abordagem sobre a teoria da reserva do possível, e a possibilidade de esta ser uma justificativa à exclusão da responsabilidade civil do poder público, ou seja, se a prestação do direito fundamental à saúde estaria condicionada à alegação de escassez dos cofres públicos (BRAGA, 2021, p. 83-84).

De acordo com Dirley da Cunha Júnior, a reserva do possível não passa de uma falácia (2008, p. 308), pois sempre existirão formas de se deslocar recursos financeiros públicos, retirando-os de áreas pelas quais não se fazem tão necessárias, a exemplo do transporte e do fomento econômico, quanto aquelas que se voltam à efetiva prestação de direitos básicos, como a vida, a saúde, entre outros (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 298).

O supracitado doutrinador ressalta a importância da saúde para o Ordenamento Jurídico pátrio, quando a própria Constituição de 1988, em seu art. 198, §2º, prevê uma vinculação mínima de recursos financeiros de modo a atender as exigências básicas deste direito fundamental, e o seu descumprimento enseja, inclusive, intervenção no Ente Federativo omissivo, conforme art. 34, VII, alínea “e”, da CF/88. (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 313)

Em sentido semelhante, Paulo César da Silva Braga (2021, p. 71-75) entende que a saúde, por ser uma das mais expressivas garantias do mínimo vital, não se condiciona à mera alegação da reserva do possível, pois sua exigência é imediata, não podendo ser submetida à mera discricionariedade da administração pública.

A partir de então, o referido autor propõe que seja avaliado o caso concreto à luz da razoabilidade e proporcionalidade, de modo se tomar por irreduzível à qualquer forma de alegação de reserva do possível quando aos serviços básicos de saúde, no seu primeiro plano; sendo excepcionalmente aceitável, minimamente, e com critérios objetivos – demonstração da real impossibilidade financeira e comprovação de tomada de medidas futuras para gradualmente sanar o problema –, no seu

segundo plano, no tocante aos serviços de saúde que envolvem especializações mais complexas. (BRAGA, 2021, p. 82-90)

Na visão de Bruno Miragem (2015, p. 424), a reserva possível estabelece um condicionamento quanto à exigibilidade das prestações do Estado, em razão da disponibilidade de recursos financeiros. Porém não faz cessar a exigibilidade das prestações que possuem real possibilidade de concretização e também daqueles direitos considerados básicos, componentes do mínimo existencial (MIRAGEM, 2015, p. 424).

Corroborando com as visões aqui trazidas a postura do STJ, no Acórdão em sede de Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1.136.549, Rio Grande do Sul, da Segunda Turma, sob relatoria do Min. Humberto Martins, publicado no dia 21/06/2010, esclarecendo sobre a inaplicabilidade da teoria da reserva do possível frente à direitos mínimos quando não há uma comprovação objetiva da insuficiência de recursos financeiros pelo poder público, conforme os trechos abaixo:

1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. (BRASIL, 2010, p. 1)
2. Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. (BRASIL, 2010, p. 1)

De modo semelhante, ainda que em casos de doenças oncológicas, o afastamento da responsabilidade civil do Estado é admitida quando se demonstra objetivamente a insuficiência de recursos financeiros, como entendeu a Terceira Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, em Acórdão n.º 1370646, em sede de Recurso Inominado n.º 0708069-56.2020.8.07.0018, sob relatoria do Juiz Fernando Antonio Tavernard Lima, publicado no dia 23/09/2021, constatando-se que os impactos econômicos nas verbas públicas da pandemia de covid-19, fragilizou a estrutura de fornecimento da saúde pública, de modo a impossibilitar,

justificadamente, a prestação de medicamento oncológico de alto custo. (DISTRITO FEDERAL, 2021, p. 1-2)

Portanto, considera-se inadmissível a utilização vazia da reserva do possível no âmbito da saúde pública, por ser validadora das omissões do Estado, sendo aceitável, excepcionalmente, a sua demonstração objetiva, mas somente em casos que não envolvam o mínimo vital da saúde pública, a sua dimensão básica, firmada como primeiro plano. (BRAGA, 2021, p. 71-90)

4.4 AS OMISSÕES ESTATAIS NA SAÚDE PÚBLICA EM CASOS DE DOENÇAS ONCOLÓGICAS: RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA OU OBJETIVA?

Como bem demonstrado anteriormente neste trabalho, a omissão nada mais é do que uma conduta de inação, ou um ação precarizada, ou seja, ineficiente (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2021, p. 732), quando se era determinado, por dever imperativo legal, que se procedesse com a conduta positiva, o agir (BRAGA, 2021, p. 60-61).

Não se pode falar em responsabilização por omissão sem que exista um dever de agir e a possibilidade de o Estado adotar a conduta positiva de modo a evitar que o dano ocorra (DI PIETRO, 2017, p. 828). Portanto, é juridicamente irrelevante a conduta omissiva que não importe em quebra do dever legal de agir. (BRAGA, 2021, p. 61)

Assim, a omissão é marcada pela antijuridicidade, ou seja, a quebra de uma obrigação legal ou um dever especial de cuidado, contrariando, por óbvio, a determinação de respeito às normas jurídicas vigentes (JUSTEN FILHO, 2018, p. 1.296-1.305).

Nos casos de responsabilidade civil do Estado, essa conduta omissiva deve partir quem se encontra na qualidade de agente público em sentido amplo, ou seja, todos aqueles que atuam no âmbito da prestação dos serviços públicos, mediante remuneração ou não. (CAHALI, 2012, p. 78-80)

Nesse ponto, considera-se a saúde como um direito e dever fundamental, cuja base originária se encontra na perspectiva de proteção da dignidade da pessoa humana (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 78-79).

O supramencionado princípio norteador dos direitos fundamentais determina duas facetas de deveres ao Estado, sejam elas o dever de respeito às liberdades individuais, proibindo-se o tratamento degradante e discriminatório; e o dever de prestação do mínimo existencial, garantindo às pessoas uma existência digna (RAMOS, 2019, p. 78-79)

O art. 196, da CF/88, é a norma que impõe ao poder público o dever de agir de modo a concretizar a saúde pública, tratando-se de um direito fundamental de todos. Além da norma constitucional, tem-se expressamente previsto no art. 2º, da Lei n.º 8.080/90, o dever do Estado de garantir as plenas condições ao exercício do direito à saúde.

E, ainda, conforme proposta deste trabalho, as obrigações legais de devida prestação e amparo às pessoas com câncer podem ser extraídas a partir da Lei n.º 14.238/21 – Estatuto da Pessoa Com Câncer –, que não apenas prevê a dignidade humana (art. 2º, I), como também, a título demonstrativo, em seu art. 4º, incisos I e II, prevê como direitos fundamentais dos indivíduos que desenvolvem a doença oncológica, respectivamente, o direito a receber um diagnóstico precoce e o direito de acesso igualitário e universal ao tratamento menos nocivo, respectivamente.

Também há dever legal específico com a Lei n.º 12.732/12, que disciplina sobre o tratamento de câncer no SUS, estabelecendo prazo legal máximo de 60 dias – que pode ser ainda menor, a depender da necessidade do caso -, para início do primeiro tratamento, a partir do diagnóstico da neoplasia maligna, conforme o art. 2º, *caput*, bem como o prazo de 30 dias para se realizar o diagnóstico da doença, quando a neoplasia maligna for uma das iminentes possibilidades, conforme o §3º.

Parte-se, então, da premissa de que se o Estado deixar de cumprir estes deveres impostos por Leis e pela Constituição Federal de 1988, incorrerá em omissão. (BRAGA, 2021, p. 60-61)

De um modo geral, há polêmica doutrinária e jurisprudencial acerca de se ter a incidência de uma responsabilização subjetiva ou objetiva (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2021, p. 733-738).

Isso ocorre justamente em virtude de que, nesses casos, o dano não é provocado por um agente público, mas por algum fato de terceiro ou da natureza, que se poderia ser evitado ou atenuado se o Estado tivesse cumprido o seu dever de agir, quando este for juridicamente existente. (DI PIETRO, 2017, p. 828)

Como trazido no primeiro capítulo deste trabalho, o foco da teoria subjetiva, em tais casos, se dará não pela necessidade de comprovação da culpa civilista do agente público, mas pela demonstração de que serviço público foi falho, a chamada culpa anônima, juntamente com provas da conduta omissiva, do dano e do nexo causal que os vinculam. (CARVALHO, 2017, p. 347)

Nesse ponto de vista, remetendo-se aos citados deveres para com a saúde pública e direitos da pessoa com câncer, quando o Estado tem o dever legal de agir, mas não o faz, ou faz de forma precária, e surge um dano ao particular, responderia somente se houvesse comprovação da falha no serviço – elemento de culpa. (MELLO, 2015, p. 1.041-1.046)

Ainda, na concepção subjetivista, Marçal Justen Filho (2018, p. 1.304-1.311) entende que sempre há o elemento culpa, mas que este encontra-se presumido, seja com a omissão violadora de dever legal – lícito omissivo próprio -, seja por meio de falta para com o dever especial de diligência, que se impõe ao agente público, situações estas que implicam em uma objetivação da culpa, de modo a se aplicar a responsabilidade civil de modo semelhante ao dos atos comissivos.

Correlacionando a temática com o ponto de vista de Justen Filho (2018, p. 1.304-1.307), a omissão do Estado em resguardar os direitos de quem sofre com doenças oncológicas implica em uma ofensa a dever juridicamente positivado, ou seja, um ilícito omissivo próprio, razão pela qual a responsabilidade assumiria a mesma aplicabilidade que se dá aos atos comissivos, presumindo-se a culpabilidade em virtude do descumprimento da obrigação legal.

Paulo César da Silva Braga (2021, p. 110-114) entende a responsabilidade civil do Estado por insuficiência na prestação da saúde pública como subjetiva, por se tratar de ofensa ao dever de eficiência e suficiência imposto legalmente, cabendo ao Estado provar a ausência da culpa.

No sentido da presunção de culpa, também entende Di Pietro (2017, p. 828). Estaria, então, a vítima livre do ônus de comprovar a falha no serviço, restando ao poder público esta incumbência (DI PIETRO, 2017, p. 828).

Diante de toda a angústia, vulnerabilidade e sofrimento físico e psicossocial a que está submetida uma pessoa com câncer (CRESPO, 2009, p. 19-20), cobrar desta, quando vítima, a comprovação da falha no serviço, seria como lhe impor um ônus de prova diabólica, um grande reforço à injustiça (SCHREIBER, 2015, p. 17-19).

Assim, dos doutrinadores que aderem à visão da incidência da pela responsabilidade subjetiva às omissões Estatais, citam-se Matheus Carvalho (2017, p. 347), Dirley da Cunha Júnior (2015, p. 364), Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 1.041-1.046), Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p. 828), Paulo César da Silva Braga (2021, p. 110-112) e Marçal Justen Filho (2018, p. 1.304-1.311).

Por outro lado, pela perspectiva de adoção da teoria objetivista de responsabilização civil do Estado, tem-se que o art. 37, §6º, da CF/88, abarca tanto os atos comissivos quanto os omissivos, exigindo-se apenas a demonstração da conduta omissiva, do dano e do nexos causal entre eles. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 297-298)

Assim, o ponto de vista da teoria objetiva faz deslocar a discussão da culpa, como quebra de dever, para o campo do nexos causal (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2021, p. 736), fazendo-se necessário analisar a causalidade direta e imediata à luz do caso concreto (NETTO, 2019, p. 214-217).

Nessa esteira, passa-se a separar as omissões em específicas e genéricas (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 297-298).

As omissões específicas ocorrem quando o Estado deixa de agir ferindo o seu dever de garantidor, ou seja, quando há um dever específico de agir para evitar o dano, e o poder público não o faz, configurando, assim, uma causa direta e imediata ao dano, incidindo a responsabilidade objetiva. Já no caso das omissões genéricas, não há um dever específico que determine a ação do Estado - havendo apenas um mero dever genérico de agir -, e ocorre a omissão como concausa, junto a outros eventos, para o resultado do dano. Nas hipóteses de omissões genéricas, apenas se pode falar em responsabilidade civil objetiva do Estado, ou seja, somente com a comprovação da culpa pela vítima. (CAVALIERI FILHO, 2014, 298-299)

Outra ferramenta hermenêutica que pode ser utilizada para se aferir a causalidade direta e imediata, também nos casos da responsabilidade objetiva por omissão, é a questão do dever de agir para evitar o dano. No caso de a resposta ser positiva, verifica-se a causalidade direta e imediata, incidindo a responsabilização objetiva sobre o Estado. (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2021, p. 740-742)

Nesse mesmo sentido, era a justificativa de Cahali, segundo o qual se deveria avaliar a exigibilidade jurídica da prestação pelo Estado, para incidir a responsabilidade por sua ausência ou insuficiência (2012, p. 217-218).

Dos doutrinadores que seguem a teoria objetiva, cita-se como exemplo Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto (2021, p. 736), Yussef Said Cahali (2012, p. 216-220), Rui Stoco (2013, p. 72-73) e Sérgio Cavalieri Filho (2014, p. 297-298).

Correlacionando com o tema do presente trabalho, percebe-se que, ao incidir a responsabilidade objetiva sobre o Estado em casos de omissões na concretização do acesso à saúde a pessoas com câncer, basta a comprovação da omissão específica, do dano sofrido e do nexos causal entre eles (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 297-298).

Nesse caso, considerando-se que o Estado descumpra, por exemplo, o dever imposto pelo art. 2º, *caput*, da Lei n.º 12.732/12, que estabelece o prazo máximo de 60 dias para início do tratamento oncológico no SUS, a partir do diagnóstico da neoplasia maligna, e desse descumprimento enseje dano ao particular, incide-se a responsabilidade civil objetiva, em razão da causalidade direta e imediata, seja por se tratar de omissão própria, ou pelo próprio desrespeito ao dever de agir para evitar o dano (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2021, p. 740-742), tendo em vista que se está a falar de uma doença altamente mortal (BARBOSA, 2017, p. 5-6).

Na jurisprudência brasileira, o STF segue o entendimento no sentido de que a responsabilidade civil do Estado, prevista no art. 37, §6º, da CF/88, é objetiva, não apenas em razão de atos comissivos, mas também em razão das omissões, deixando expresso o entendimento consolidado da Corte em Acórdão da Segunda Turma, em sede de Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n.º 1.137.891, São Paulo, de relatoria do min. Edson Fachin. (BRASIL, 2019, p. 1)

Por outro lado, o STJ entende pela incidência da responsabilidade subjetiva nos casos de omissão do poder público, de modo a se exigir a comprovação a conduta negligente do Estado, o dano, e o nexo causal entre eles, conforme se extrai do Acórdão da Segunda Turma, em sede de Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n.º 501.507, Rio de Janeiro, sob relatoria do min. Humberto Martins (BRASIL, 2014b, p. 1).

Quando se trata de avaliar as omissões que desrespeitam a saúde e a vida de pessoas com câncer, para a 10ª Câmara de Direito Público do TJ do Estado de São Paulo, por exemplo, a responsabilidade civil do Estado é subjetiva, sendo relevante a demonstração da falha no serviço público, conforme ementa abaixo, em sede da Apelação Cível n.º 1002273-61.2017.8.26.0220, sob relatoria da des. Teresa Ramos Marques:

RESPONSABILIDADE CIVIL. Rede municipal de saúde – Atendimento – Neoplasia maligna – Diagnóstico – Demora – Ocorrência – Responsabilidade civil subjetiva – Possibilidade: – A conduta omissiva do Estado atrai a responsabilidade civil subjetiva, justificando condenação quando demonstrada a falha do serviço público por negligência. (SÃO PAULO, 2021, p. 2)

No mesmo sentido da aplicação da teoria subjetiva, reconhecendo-se a omissão, o dano, o nexo causal e a culpa para configuração da responsabilidade civil do Estado, usa-se como exemplo a Acórdão da 4ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do TJ do Estado do Paraná, em sede de Recurso Inominado n.º 0004948-63.2020.8.16.0001, sob relatoria do Juiz Léo Henrique Furtado Araújo, que determinou ao poder público o dever de indenizar os filhos da vítima em virtude da demora injustificada para continuidade na prestação do tratamento quimioterápico que levou o autor a óbito, considerando-se a clareza da negligência com o dever de cuidado (PARANÁ, 2021, p. 1).

De modo diverso, a 8ª Turma Cível do TJ do Distrito Federal, no Acórdão n.º 1198732, em sede de Apelação Cível n.º 20160110191950, de relatoria do des. Diaulas Costa Ribeiro, que entendeu pela responsabilidade objetiva do Estado, por configuração de omissão específica quanto ao dever constitucional e social para com o direito à saúde, em razão de demora na realização de cirurgia para retirada de tumor na hipófise, que resultou em cegueira à paciente, sendo exigível, para

tanto, apenas a comprovação do nexo de causalidade entre a omissão e o dano sofrido. (DISTRITO FEDERAL, 2019, p. 1)

Percebe-se, então, que se trata de situação não pacificada na jurisprudência brasileira (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2021, p. 733-738).

Não obstante os resultados que se extrai serem bem semelhantes, no sentido de resultar na responsabilização do Estado omissivo, nestes casos, a responsabilidade civil objetiva tende a resguardar ainda mais a vítima do dano, evitando que se perpetuem injustiças (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2021, p. 736), aparentando ser esta a mais adequada a tutelar os casos de doenças oncológicas, haja vista que a própria CF/88 teve por objetivo proteger o direito à saúde contra o abandono estatal (BRAGA, 2021, p. 105).

5 CONCLUSÃO

O Estado é compreendido como um ente criado para disciplinar a vida do ser humano em sociedade, visando sempre a consecução do bem comum.

A partir da CF/88, passa-se a ter como realidade o Estado Democrático de Direito (ou ainda Estado Social e Democrático de Direito), priorizando-se a promoção dos direitos e garantias fundamentais e sociais.

É visto como um sujeito de direitos e deveres no ordenamento, sendo dotado de personalidade jurídica, justificando assim a sua responsabilização por condutas, omissivas ou comissivas, que causarem danos aos particulares. Não poderia, então, um sujeito de direitos e deveres se eximir do dever de reparação.

No presente cenário brasileiro, tem-se a previsão do art. 37, §6º, da CF/88, que traz a responsabilidade civil objetiva do Estado, como regra, adotando-se a chamada teoria do risco administrativo, a qual se configura a responsabilização do poder público apenas com a demonstração dos seus pressupostos, quais sejam a conduta, do dano e do nexo causal entre ambos. Então, via de regra, independe da comprovação do elemento subjetivo culpa.

No tocante às omissões estatais, contudo, há uma divergência de entendimentos, seja na doutrina, seja na jurisprudência, entre a adoção da teoria subjetiva ou objetiva da responsabilidade civil do poder público.

Quando se traz a discussão para o âmbito da saúde pública, ingressa-se no campo do direito fundamental à saúde, que guarda sua origem no princípio maior da dignidade da pessoa humana, assim como todos os demais direitos fundamentais.

A dignidade da pessoa humana implica em uma dimensão de proteção do ser humano em seu núcleo existencial mínimo, que determina a obrigação de o Estado garantir que não haja tratamento desumano, degradante ou discriminatório, assegurando-se a prestação e a proteção dos direitos mínimos. É princípio trazido como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme art. 1º, III, da CF/88.

Desse modo, o direito fundamental social à saúde implica em dever fundamental ao Estado, cuja exigibilidade é imediata, pois encontra previsão expressa no art. 196, da CF/88.

No Brasil, a saúde pública é matéria de competência comum de todos os Entes Federativos, e é prestada através do SUS.

É direito intimamente ligado à proteção da vida, razão pela qual, diante de sua relevância, como forma de efetivação da dignidade da pessoa humana, não pode se submeter à mera alegação de insuficiência de recursos como tentativa de justificar a sua ausência ou insuficiência, ou seja, a inexistência ou precarização de sua prestação pelo Estado.

Na saúde pública, esse dever se torna ainda mais evidente quando todo o aparato legal que rege o sistema do SUS, especialmente aquele voltado à proteção das pessoas com câncer, determina um dever de agir do Estado, por meio de criação e execução de políticas públicas ou outros tipos de ações, para garantir, de forma preventiva e protetiva, a efetividade desse direito, assegurando-se o acesso universal, integral, gratuito e equânime.

É obrigação do Estado proteger aqueles que se encontram em um estado de vulnerabilidade, diante de uma doença com níveis agressividade e mortalidade assustadores, que é capaz de impactar e prejudicar o ser humano no seu bem mais

precioso, que é a vida, e, antes disso, retira do indivíduo a paz, a saúde física e psicológica.

A existência da Lei n.º 12.732/2012 - que disciplina o prazo máximo de 60 dias, em regra (pode ser menor, a depender da necessidade), para início do primeiro tratamento oncológico, a partir do diagnóstico da neoplasia maligna (art. 2º, *caput*), ou de 30 dias para realização do diagnóstico, quando se verificar o câncer como uma das hipóteses de probabilidade no caso (art. 2º, §3º) - juntamente com o Estatuto da Pessoa Com Câncer, Lei nº 14.238/2021 - que traz a dignidade da pessoa humana como um dos seus princípios (art. 2º, I), além do amplo rol de direitos fundamentais -, tornam cada vez mais específico este dever.

Analisando-se, então, a responsabilização civil pelas omissões do Estado na prestação da saúde pública em casos de doenças oncológicas, o primeiro detalhe que deve ser levado em consideração é que se trata de uma responsabilidade solidária de todos os Entes Federativos, da competência constitucional comum para zelar da saúde pública.

Além disso, tem-se forte presença da dignidade da pessoa humana, que se afigura não apenas como princípio que rege os deveres do Estado para com a prestação da saúde a quem sofre com câncer, mas também é um dos princípios norteadores da própria responsabilidade civil.

Com base neste princípio, é que se tem o dever material de eficiência na prestação do serviço público de saúde, como determinação da boa administração, sendo inafastável a responsabilidade civil do Estado por suas omissões com base em mera alegação genérica da reserva do possível, afastando-se, excepcionalmente, à luz da razoabilidade e proporcionalidade, quando houver uma demonstração objetiva da insuficiência de recursos financeiros do poder público.

Diante de todas essas características, é que se chega ao ponto central deste trabalho: a divergência entre responsabilidade subjetiva e objetiva.

Se subjetiva, a culpa (falha no serviço, diante da negligência ao dever de agir) é presumida, cabendo ao poder público comprovar sua inexistência, a fim de que se possa afastar a responsabilização.

Se objetiva, o foco é voltado ao nexos causal, ou seja, busca aferir se a omissão é causa direta e imediata do dano sofrido pela pessoa com câncer, bastando que se

análise de havia um dever jurídico do Estado em agir para evitar a ocorrência do dano – a chamada omissão específica. A omissão específica sempre será causa direta e imediata.

Tanto em uma teoria quanto em outra, os resultados são semelhantes, nesses casos, qual seja, a responsabilização do poder público.

Apesar disso, e não obstante a ausência de pacificidade doutrinária e jurisprudencial, considera-se que, diante dos danos causados à pessoa com câncer, em razão de omissão do Estado, a responsabilidade civil mais adequada é a objetiva, diante da evidência do dever constitucional e legal de agir.

Optar pela responsabilidade objetiva, nestes casos, significa priorizar ainda mais a proteção à vítima do dano, que já se encontra em uma situação de evidente vulnerabilidade, causada pela doença, não sendo admissível qualquer possibilidade de demonstração de culpa para livrar o Estado da responsabilização, como forma de guardar os princípios da dignidade humana, da primazia do interesse da vítima, da solidariedade social e da proteção, tanto norteiam a presente temática.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Antonieta. **Câncer, direito e cidadania**: como a lei pode beneficiar pacientes e familiares. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

BEDIN, Gilmar Antônio. Estado de Direito: tema complexo, dimensões essenciais e conceito. **Revista Direito em Debate**, v. 22, n. 39, p. 144–152, 2013. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/1354>. Acesso em: 23 maio. 2022.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 5. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRAGA, Paulo César da Silva. **Responsabilidade civil do Estado pela insuficiência da saúde pública**. Curitiba: Juruá, 2021.

BRASIL. **Constituição Federal da República**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 26.042, de 17 de dezembro de 1948**. Promulga os Atos firmados em Nova York a 22 de julho de 1946, por ocasião da Conferência Internacional de Saúde. Disponível em:

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-26042-17-dezembro-1948-455751-publicacaooriginal-1-pe.html>.

BRASIL. Ministério da Saúde. Instituto Nacional De Câncer José Alencar Gomes da Silva (INCA). **ABC do câncer**: abordagens básicas para o controle do câncer. 6. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: INCA, 2020a. 112 p. Disponível em: <https://www.inca.gov.br/publicacoes/livros/abc-do-cancer-abordagens-basicas-para-o-controle-do-cancer> Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm Acesso em: 20 mai. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.732, de 22 de novembro de 2012**. Dispõe sobre o primeiro tratamento de paciente com neoplasia maligna comprovada e estabelece prazo para seu início. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12732.htm Acesso em: 22 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.896, de 30 de outubro de 2019**. Altera a Lei nº 12.732, de 22 de novembro de 2012, para que os exames relacionados ao diagnóstico de neoplasia maligna sejam realizados no prazo de 30 (trinta) dias, no caso em que especifica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13896.htm Acesso em: 22 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.238, de 19 de novembro de 2021**. Institui o Estatuto da Pessoa com Câncer; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14238.htm. Acesso em: 23 out. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. **Portaria nº 252, de 19 de fevereiro de 2013**. Institui a Rede de Atenção à Saúde das Pessoas com Doenças Crônicas no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt0252_19_02_2013.html Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. **Portaria n.º 483, de 1º de abril de 2014**. Redefine a Rede de Atenção à Saúde das Pessoas com Doenças Crônicas no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) e estabelece diretrizes para a organização das suas linhas de cuidado. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2014/prt0483_01_04_2014.html Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. **Portaria nº 874, de 16 de maio de 2013**. Institui a Política Nacional para a Prevenção e Controle do Câncer na Rede de Atenção à Saúde das Pessoas com Doenças Crônicas no âmbito do Sistema

Único de Saúde (SUS). Disponível em:
https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt0874_16_05_2013.html
Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.136.549/RS. Agravante: Município de Esteio. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Humberto Martins. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 21 jun. 2010. p. 1-14. Disponível em:
<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>. Acesso em: 30 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 1.137.891/SP. Agravante: Município de Pardinho. Agravado: Jose Antonio Ramos. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico - 019**, Brasília, 01 fev. 2019. p. 1-12. Disponível em:
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur397423/false>. Acesso em: 30 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário Com Agravo nº 727.864, Segunda Turma. Agravante: Estado do Paraná. Agravado: Ministério Público Do Estado Do Paraná. Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 13 nov. 2014a. p. 1-33. Disponível em:
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur284429/false>. Acesso em: 16 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 501.507 - Proc. Nº 2014/0084541-6. Segunda Turma. Agravante: Município de Niterói. Agravados: Joaquim Lessa da Costa e outros. Relator: Min. Humberto Martins. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 02 jun. 2014b. p. 1-11. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 31 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 855.178. Tribunal Pleno. Embargante: União. Embargado(a): Maria Augusta da Cruz Santos. Relator: Ministro Luiz Fux. Redator para Acórdão: Ministro Edson Fachin. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 16 abr. 2020b. p. 1-166. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur422158/false>. Acesso em: 26 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar na Ação Cível Originária nº 3.473. Autor: Estado do Maranhão. Réu: União. Relator: Ministra Rosa Weber. **Diário de Justiça Eletrônico-098**, Brasília, 24 maio 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur446806/false>. Acesso em: 09 out. 2022.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. – 4. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. – 4. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2017. 1.216 p.

CASTRO, Josiana Dourado. O Estado como garantidor dos direitos humanos. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 35, n. 74, p. 111-145, jul. 2014. Semestral.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. - São Paulo: Atlas, 2014.

CICCO, Cláudio de; GONZAGA, Alvaro de Azevedo. **Teoria geral do Estado e ciência política**. - 7. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CRESPO, Silvia Margarida Antunes Caiano. **Histórias de vida e a doença oncológica terminal**: (vivências do doente oncológico em fase terminal, da sua família/cuidador e do investigador). Dissertação (Mestrado). Curso de Oncologia, Instituto de Ciências Biomédicas Abel Salazar, Universidade do Porto, Porto, 2009. 129 p.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição**. 2. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2008

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito administrativo**. – 14. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Revista de Saúde Pública**. v. 22, n. 1, p. 57-63. 1988. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0034-89101988000100008>>. Acesso em: 12 out 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. rev., atual. e ampl. [4. reimpr.]. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DISTRITO FEDERAL. Terceira Turma Recursal dos Juizados Especiais. Recurso Inominado nº 0708069-56.2020.8.07.0018, Acórdão n.º 1370646. Recorrente: Alessandra Passos de Magalhães. Recorrido: Distrito Federal. Relator: Juiz Fernando Antonio Tavernard Lima. Brasília, DF, 15 de setembro de 2021. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, 23 set. 2021. p. 1-4. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/>. Acesso em: 30 out. 2022.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível nº 20160110191950, Acórdão N.º 1198732, 8ª Turma Cível. Apelante: Distrito Federal. Apelado: Evidio Francisco de Andrade Neto e outros. Relator: des. Diaulas Costa Ribeiro. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 09 set. 2019. p. 1-17. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao>. Acesso em: 30 out. 2022.

DRESCH, Renato Luís. Federalismo solidário: a responsabilidade dos Entes Federativos na área da saúde. In: SANTOS, Lenir (Org.); TERRAZ, Fernanda (Org.). **Judicialização da Saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2014. p. 25-57.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil** - 8. ed. rev. e atual. – Salvador: Ed. JusPODIVM, 2021, v. 3, 1.104 p.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, v.3: responsabilidade civil**. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GALIZIA, Paulo Sérgio Brant de Carvalho. **Responsabilidade civil do Estado por omissão**. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica (PUC) de São Paulo, São Paulo, 2011. 99 p. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/5744>. Acesso em: 27 out. 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil** – 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. Atualizador: prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. 35. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MENDES, Ernani Costa, VASCONCELLOS, Luiz Carlos Fadel de. Cuidados paliativos no câncer e os princípios doutrinários do SUS. **Revista Saúde em Debate** [online]. 2015, v. 39, n. 106, pp. 881-892, jul/set, 2015. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0103-1104201510600030026>>. Acesso em: 18 out. 2022.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, p. 233-258, jul/dez, 2006. Semestral. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/295>. Acesso em: 05 jun. 2022.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Manual da Responsabilidade Civil do Estado**. – 5. ed. rev., amp. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2019.

PAIM, Jairnilson Silva. Aspectos conceituais. In: PAIM, Jairnilson Silva (org.). **SUS – Sistema Único De Saúde: tudo o que você precisa saber**. Rio de Janeiro: Atheneu, 2019, p. 19-28.

PARANÁ. 4ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Recurso Inominado Cível nº 0004948-63.2020.8.16.0001, Acórdão. Recorrentes: Estado do Paraná e outros. Recorrido(s): Claudia Mariju Mayer e outros. Relator: Leo Henrique Furtado Araújo. **Julgado**. Curitiba, PR, 14 de junho de 2021. p. 1-2. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 30 out. 2022.

PARANHOS, Vinícius Lucas. Efetividade dos provimentos judiciais na garantia do direito à saúde: estudo sobre as decisões inaudita altera parte no fornecimento gratuito de medicamentos pelo estado. **Meritum, Revista de Direito da Universidade FUMEC**, Belo Horizonte, v. 2, n. 1, p. 153-176, jan./jun, 2007.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SAMPAIO, Marcos. **O conteúdo essencial dos direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 1002273-61.2017.8.26.0220, 10ª Câmara de Direito Público. Apelante: Prefeitura Municipal de Guaratinguetá. Apelados: Rodrigues dos Santos Silva e outros. Relator: des. Teresa Ramos Marques. São Paulo, SP, 29 de março de 2021. **Data de Registro**. São Paulo, 29 de março de 2021. p. 1-7. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>. Acesso em: 30 out. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. – 6. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência, tomo II. – 9. ed., rev., atual. e reformulada com comentário ao Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 539-568, jul/dez, 2008.