

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

EDITH MARIA BARBOSA RAMOS

JANAÍNA RIGO SANTIN

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Edith Maria Barbosa Ramos; Janaína Rigo Santin; José Sérgio da Silva Cristóvam – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-058-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

O Encontro Virtual do CONPEDI, ocorrido entre os dias 23 e 30 de junho de 2020, foi e será sempre um marco não apenas para o CONPEDI mas para toda a comunidade jurídica e para os programas de pós-graduação em direito do Brasil, por ser o primeiro evento totalmente virtual e no meio de uma das maiores pandemias da história da humanidade, a Covid-19 - e que, nada obstante todas as adversidades, foi concluído com enorme sucesso. Um evento que ofereceu aos seus participantes conferências, painéis e grupos de trabalho de elevadíssima qualidade, a exemplo do Grupo de Trabalho “Direito Administrativo e Gestão Pública I”, que reuniu um amplo, qualificado e plural conjunto de pesquisadores de todas as regiões do país, com artigos marcados pela destacada pertinência acadêmica e indúvidoso relevo prático.

Com efeito, a Covid-19 e seus desdobramentos foram a tônica dos debates e das comunicações, mas não somente isso! A marca que perpassou os artigos apresentados pode ser sintetizada no apuro intelectual e na respectiva atualidade, com comunicados científicos e discussões de alta qualidade, sobre as mais diversas temáticas do Direito Administrativo, de forma a envolver alunos de mestrado e doutorado, professores e profissionais, com contribuições e discussões informadas pela perspectiva dialógica horizontal, democrática, aberta e plural.

Os artigos aqui publicados gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. DESLEGALIZAÇÃO E DEMOCRACIA
2. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA À LUZ DA RESERVA DO POSSÍVEL
3. OS REFLEXOS DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
4. DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA ADMINISTRATIVA E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DEFERÊNCIA JUDICIAL
5. A ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA DA AUTARQUIA INSS PARA REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES REGIONAIS VERSOS A EFICIÊNCIA E MORALIDADE ADMINISTRATIVA.

6. A ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM DIÁLOGO COM AS FONTES DO DIREITO E COM AS NOVAS TECNOLOGIAS
7. A DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIAS PARA ARRENDAMENTO DE ÁREAS OPERACIONAIS DOS PORTOS ORGANIZADOS
8. ANÁLISE ESTRUTURAL DO CONTRATO DE TRANSIÇÃO EM ÁREAS OPERACIONAIS DOS PORTOS BRASILEIROS
9. A DEVOLUÇÃO DO BEM PÚBLICO SUBTRAÍDO E A DESCARACTERIZAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
10. A INTERVENÇÃO ESTATAL DESPROPORCIONAL NAS ATIVIDADES EMPRESARIAIS E A VIOLAÇÃO À LIVRE INICIATIVA
11. O REGIME JURÍDICO PÚBLICO SOBRE O REGIME PRIVADO: UMA ANÁLISE DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES
12. A PRÁTICA DO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO EM PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO NO BRASIL
13. GOVERNANÇA CORPORATIVA DE EMPRESAS ESTATAIS: EFEITOS PRODUZIDOS A PARTIR DA LEI DAS ESTATAIS FRENTE AOS DESAFIOS DE MITIGAÇÃO DE FRAUDES E CORRUPÇÃO
14. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS: UM ESTUDO DE CASO
15. (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA A ADVOGADOS PÚBLICOS
16. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – AS PENAS – ARTIGO 12
17. A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NAS UNIDADES DE PRONTO ATENDIMENTO: RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE INTERNAÇÕES

18. DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO MECANISMO DE IMPLEMENTAR POLÍTICA PÚBLICA DE MANUTENÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA EM DETRIMENTO DA LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO DE INDIVÍDUO PORTADOR DA COVID-19

19. POLÍTICA PÚBLICA DE COMBATE À PANDEMIA DA COVID-19 E OS MECANISMOS PARA SUA TUTELA À INFORMAÇÃO SANITÁRIA E EPIDEMIOLÓGICA CORRETA

20. AS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS E A PANDEMIA DO CORONAVIRUS

Um rico conjunto de temáticas, que evidencia a firme marca da interdisciplinaridade e contemporaneidade das discussões afetas à atividade administrativa e à gestão pública, de forma a indicar rumos para a pesquisa e o debate sobre os grandes temas do Direito Administrativo na atualidade.

De nossa parte, sentimo-nos profundamente honrados pela participação na Coordenação desse relevante Grupo de Trabalho (GT), com o registro da satisfação em podermos debater com todos os autores e demais participantes.

Registramos os efusivos cumprimentos ao CONPEDI, pelo destacado empenho e a qualidade da organização desse primeiro encontro virtual - um espaço que proporcionou relevante momento de divulgação da pesquisa científica na área do Direito!

Cordial abraço e esperamos que os leitores apreciem essa coletânea e suas temáticas!

De Florianópolis (SC), de Passo Fundo (RS) e de São Luiz (MA), junho de 2020.

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Profa. Dra. Janaína Rigo Santin – Universidade de Passo Fundo (UPF) e Universidade de Caxias do Sul (UCS)

Profa. Dra. Edith Maria Barbosa Ramos – Universidade Federal do Maranhão (UFMA)

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública I apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de

Direito Administrativo e Gestão Pública. Equipe Editorial Index Law Journal -
publicacao@conpedi.org.br.

A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NAS UNIDADES DE PRONTO ATENDIMENTO: RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE INTERNAÇÕES.

THE ACCOMPLISHMENT OF THE RIGHT TO HEALTH IN EMERGENCY CARE UNITS: STATE'S NON-CONTRACTUAL CIVIL LIABILITY IN THE PROVISION OF INPATIENT SERVICES.

Rebeca De Souza Barbalho ¹
Hemily Samila Da Silva Saraiva ²
Vladimir Da Rocha França ³

Resumo

O direito fundamental à saúde deve ser tutelado pelo Estado através da efetivação de serviços públicos para atendê-lo, objetivando a dignidade humana. Busca-se, nesse sentido, averiguar a Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado, nos casos de internação em UPAS e verificar os possíveis danos que possam ensejar para o administrado por esta prática na busca do serviço público de saúde. Defende-se a necessidade de uma assistência estatal mais eficaz e articulada para cumprir com o objetivo da política proposta. O método de abordagem foi o hipotético-dedutivo, através da análise bibliográfica, jurisprudencial e dispositivos normativos atinentes ao tema.

Palavras-chave: Palavras-chave: saúde, Dignidade humana, Unidades de pronto atendimento, Responsabilidade estatal

Abstract/Resumen/Résumé

The fundamental right to health must be protected by the State through the provision of public services to serve it, aiming at human dignity. In this sense, it seeks to ascertain the State's Non-Contractual Civil Liability, in cases of hospitalization at UPAS and to check the possible damages that may arise for those administered by this practice in the search for the public health service. It defends, more effective and articulated state assistance is needed to fulfill the objective of the proposed policy. The approach method was hypothetical-deductive, through bibliographic, jurisprudential analysis and normative devices related to the theme.

¹ Graduada em Direito pela Universidade Potiguar. Advogada- OAB/RN. Especialista em Direito Administrativo - UFRN. Membro do Instituto de Direito Administrativo Seabra Fagundes - IDASF.

² Advogada. Mestranda em Direito e Especialista em Direito Administrativo pela UFRN e em Direito Privado: Civil e Empresarial pela UNP. Especializando-me em Direito Processual Civil pelo UNI/RN.

³ Mestre em Direito Público pela UFPE; Doutor em Direito Administrativo pela PUC/SP; Professor Associado do DIPUB/CCSA/UFRN.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Keywords: health, Human dignity, Emergency care units, State responsibility

1.INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisará a responsabilidade civil extracontratual do Estado na prestação de serviços de internações nas Unidades de Pronto Atendimento; tema este paradoxal no que diz respeito às internações, haja vista ser um procedimento ilegítimo, defeso, em relação ao que a diretriz deste componente preconiza.

Assim como o direito à vida, o direito fundamental à saúde é basilar e relacionado ao gozo pleno dos demais direitos e a concretização da atribuição do ser cidadão na sociedade ao qual se encontra inserido. Neste aspecto, destaca-se o dever do Estado de garantir a efetividade deste direito como um direito prestacional ou de *status positivus* e a importância da efetivação de um dos objetivos do Estado Democrático de Direito, qual seja, o de que todos tem o direito de viver com dignidade.

Ao mesmo tempo, propõe-se a examinar as Unidades de Pronto Atendimento na organização administrativa, isto é, por quem é executado o serviço nessas UPAs, quais são as diferenças que acarretam na distinção de um prestador do serviço, o regime submetido, a responsabilidade que porventura possa acarretar e vantagens e desvantagens em cada entidade.

Nessa esteira, a análise da responsabilidade civil extracontratual do Estado é essencial para a compreensão mais abrangente do tema posto. O descumprimento dos deveres pelas entidades prestadoras dos serviços nas Unidades, especificamente da não observância de manter um paciente internado e a omissão da transferência de paciente para Unidade Hospitalar competente e a possível responsabilização Estatal, em razão da ação contrária a norma.

Para tanto, discutirá quais são as formas de responsabilidade que pode acarretar decorrente dessa omissão nas UPAS e quando da responsabilidade por danos ocasionados por entidades de terceiro setor, especificando quais tipos de danos podem surgir da prática objeto do estudo.

É um tema importante para a sociedade. A análise da responsabilidade civil extracontratual Estatal frente às Unidades de Pronto Atendimento em relação aos serviços de internações que é pouco debatido em âmbito jurídico, na esfera acadêmica. No entanto, o fatídico é recorrente e persistente no contexto hodierno, o que se vislumbra com a mídia e decisões judiciais. Daí a relevância do presente estudo.

Utilizou-se a metodologia de abordagem para a persecução dos objetivos delineados hipotético-dedutivo, ao qual tem sua origem em um problema, qual seja, as internações sem

amparo legal nas unidades de pronto atendimento e valer-se também da pesquisa bibliográfica e documental como: doutrina, artigos, disposições normativas e análise jurisprudencial atinentes ao tema.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E AS UNIDADES DE PRONTO ATENDIMENTO NA ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

A Constituição de 1988 ampliou o rol de direitos sociais e individuais ficando conhecida como a constituição cidadã. E, com esta ampliação, conseqüentemente, surge à obrigação de concretização desses direitos, não ficando restrita a formalidade da Lei, pois “possuir um direito em termos abstratos não significa muito se os recursos materiais, institucionais e emocionais para a sua concretização não estão disponíveis.” (DOUZINAS, 2009, p.240).

Os direitos sociais são considerados direitos de *status positivus* ou a prestações, onde o administrado tem o direito de cobrar um posicionamento Estatal quanto à efetivação. Entre eles, por outra perspectiva, consagrado como direito de segunda geração, vislumbra-se o direito à saúde, tão preconizado constitucionalmente, no título VIII, da Ordem Social.

Tal direito fundamental é a persecução aos demais direitos. Quando se remete a realização deste, pressupõe-se uma potencial capacidade para auferir integridade física, psíquica, educação, trabalho, lazer, entre outros, ou seja, competências para realização da participação social, da cidadania e conclusão do objetivo de vida com dignidade humana.

Nessa linha de intelecção, a Lei Federal nº 8.080 de 1990, dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, no qual em seu artigo 2º, compreende como “um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.”.

O artigo 23 da *lex mater* traz a competência comum dos entes federativos quanto aos assuntos da saúde, bem como tal responsabilidade é considerada como solidária entre eles, conforme vem entendendo o Supremo Tribunal Federal.¹

Esses direitos serão garantidos mediante políticas sociais e econômicas² que segundo bem leciona Bucci (2013, p.257), “a política pública, (...) deve ser considerada o arranjo

¹ RE Nº 855.178, Rel. Min. Luiz Fux, J.05/03/2015, DJe: 13/03/2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8015671>

institucional hábil a produzir encadeamento de ações, organizado em função de um regime de efeitos.”

O Sistema Único de Saúde é considerado uma política de saúde, objetivando a efetivação do direito à vida e a promoção daquela. “Neste contexto, a garantia da saúde implica assegurar o acesso universal e igualitário dos cidadãos aos serviços de saúde, como também à formulação de políticas sociais e econômicas que operem na redução dos riscos de adoecer.” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2010, p. 12).

Como bem leciona Bucci (1997, p. 7) “há uma distinção entre políticas públicas quanto ao nível hierárquico, em relação aos fins e meios, dividindo uma política geral e políticas meios que contribuem para a geral funcionar.”

No contexto deste trabalho, como exemplo em abstração do que fora lecionado por Bucci, encontra-se a Política Nacional de Promoção à Saúde que seria uma política geral de saúde, além de geral, ela é setorial, pois é específica para a área de saúde, cuja execução desta política supõe a formulação de políticas meios, para a contribuição de uma melhor efetivação desse direito.

Como uma das políticas meio para concretização do direito fundamental à saúde e, conseqüentemente, efetivação do direito a vida, integridade física e psíquica, e obtenção da dignidade da pessoa humana, foram criadas as Unidades de Pronto Atendimento - UPAs.

O Ministério da Saúde por meio da Portaria nº 2.048/2002 regulamentou os Sistemas Estaduais de Urgência e Emergência. Posteriormente, em 2003 a Portaria de nº 1.863, instituiu a Política Nacional de Atenção às Urgências, a qual foi reformulada pela Portaria de nº 1.600/2011 e instituiu a Rede de Atenção às Urgências no Sistema Único de Saúde – SUS, no qual de acordo com o artigo 4º, VI, as Unidades de Pronto Atendimento - UPAs são consideradas um de seus componentes, onde foi formalmente estabelecida pela Portaria nº 1.020 em 2009, neste panorama consideradas como um componente pré-hospitalar em conformidade com a Política Nacional de Atenção às Urgências.

Hodiernamente, a Portaria de nº 10/2017 redefiniu as diretrizes de modelo assistencial e financiamento de UPA 24h, considerando, em seu art. 2º, inciso I: “um estabelecimento de saúde de complexidade intermediária, articulado com a Atenção Básica, o Serviço de Atendimento Móvel de Urgência - SAMU 192, a Atenção Domiciliar e a Atenção Hospitalar, a fim de possibilitar o melhor funcionamento da RAU” (BRASIL, 2017).

² Vide artigo 196 CF/88: “é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”.

Logo, quando a Portaria fala em articulado, reitera-se que deve ocorrer uma ação conjunta, harmonizada com a atenção básica e atenção hospitalar, que são os extremos de níveis de menor gravidade e maior complexidade de atendimentos em relação a UPA, aptas a desempenhar um papel com suas atribuições bem definidas e divididas para melhorar o atendimento a população quando requisitado o serviço de saúde.

A partir da Portaria outras características são identificáveis das Unidades de Pronto Atendimento, como a divisão entre três tipos de UPAs, consoante o artigo 2º. São elas: I - UPA 24H, II - UPA 24h Nova e III - UPA 24h ampliada.

Além de uma Classificação por portes I, II e III, de acordo com o número populacional previsto no artigo 13 que, conseqüentemente, receberá diferentes tipos de investimento e estrutura.

Neste aspecto, como política pública capaz de efetivar direitos fundamentais, principalmente no que tange o direito à saúde, as Unidades de Pronto Atendimento através de serviços públicos em conformidade com a Constituição e legislação infraconstitucional, deverá desempenhar um papel de forma eficiente e com o devido direito aos usuários, possibilitando em caso de descumprimento, a utilização de instrumentos previstos para esta concretização.³

No entanto, o Estado por si só não seria capaz de promover a execução de todos os serviços públicos e se organiza administrativamente para desempenhar com eficiência e efetivar todos os direitos postos pelo constituinte. Assim, desconcentrando, descentralizando, contratando, delegando, formando convênios, parcerias para a concretização de direitos e sendo igualmente responsáveis, a depender do caso concreto, por eventuais danos causados.

Nos serviços públicos de saúde a Constituição estabelece a descentralização como uma de suas diretrizes. Com essa característica é possível identificar que a prestação deste serviço não será exclusivo do poder público, podendo outorgar a execução direta, bem como autorizando instituições privadas.⁴

A importância da diferenciação do sujeito da execução de um serviço público vai definir diretamente na natureza jurídica, o regime a qual é submetido, o tipo de prestador do

³ Como exemplo, pode-se citar o mandado de injunção previsto no artigo 5º, LXXI da CF/88 e ação direta de inconstitucionalidade por omissão, presente no artigo. 103, § 2º do mesmo dispositivo legal.

⁴ Vide artigo 197: “a execução direta ou através de terceiros, pessoa física ou jurídica de direito privado”, reafirmando com a autorização a livre iniciativa privada, presente no artigo 199, § 1º “mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência às entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.”.

serviço, a forma de aquisição de bens e qual o tipo de responsabilidade a ser aplicável no que diz respeito a eventuais danos causados aos usuários do determinado serviço.

Prosseguindo, no que consiste o componente da Rede de Atenção à Urgência, foi verificado que a atuação pela a Administração Direta, veem-se majoritariamente administradas pelo ente municipal, porém obtendo o gerenciamento também pelo ente estadual, sendo todos os entes passíveis deste tipo de administração.

As características pertinentes neste tipo de gerenciamento são: os servidores selecionados através de concurso público, o que transmite uma maior segurança quanto à qualificação dos agentes, conseqüentemente a eficiência maior na atividade desempenhada; os bens são adquiridos através de licitação e dispensa quando cabível no caso concreto, o que burocratiza e aumenta o tempo de espera para utilização nas unidades; obtém os recursos financeiros através do Ministério da Saúde e como dispõe a Portaria n. 10/2017, “a complementação dos recursos financeiros repassados pelo Ministério da Saúde para o custeio mensal da UPA 24h é de responsabilidade conjunta dos Estados e dos Municípios beneficiários”.

Quanto aos gastos e obrigações do ente federativo, vislumbra-se uma corrente em favor deste tipo de gerenciamento, afirmando ser um dispêndio menor do erário público, com menor brecha para corrupção e problemas menores por falta de repasse de remuneração, o que evita a paralisação do serviço. Ademais, não necessita de renovação ou perda de tempo com nova seleção para escolha de entidade.

Quanto aos adeptos do terceiro setor como solução para a efetivação de direitos, este tipo de ente é mais burocrático para contratação de médicos ou servidores em geral, menos eficiente na aquisição de bens e que tem um maior gasto do erário por serem responsáveis na remuneração dos profissionais, compra de insumos hospitalares e equipamentos.

Noutra senda, como elenca o Decreto Lei 200/1967, a Administração Indireta é composta por autarquias, empresas públicas, sociedade de economia mista e fundações públicas (artigo 4º, II) e “está sujeito à supervisão do Ministro de Estado competente, excetuados unicamente os órgãos mencionados no artigo 32, que estão submetidos à supervisão direta do Presidente da República.” (artigo 19º).

Acerca desses entes e a Administração pública Direta, importante trazer à baila os ensinamentos de Medauar (2018, p.60):

Juridicamente, entre essas entidades e a Administração direta não existem vínculos de hierarquia: os poderes centrais exercem um controle (tutela, controle

administrativo, supervisão ministerial) que, do ponto de vista jurídico, não se assimila ao controle hierárquico, embora na prática assim possa parecer.

Correlato as Unidades de Pronto Atendimento, manifesta-se o gerenciamento no que diz respeito à Administração Indireta através das autarquias e fundações públicas. Neste tipo de entidades, foi verificado a atuação de gerenciamento das UPAs no que tange as autarquias universitárias e fundações universitárias, “dotadas de personalidade jurídica própria”.⁵

Estas entidades verificam um potencial de efetivação de direitos através da parte prática dos futuros profissionais da saúde e acompanhamento de docentes do ensino superior, como um ponto também de aperfeiçoamento e ensino para os estudantes, com amplo espaço para a instalação da unidade.

Quanto às universidades, dispõe no art. 207 da Lei Maior, que “(...) gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.”.

Isto posto, é perceptível que diferentemente dos entes da Administração Direta, as universidades pertencentes à administração indireta que gerenciam as UPAS gozam de maior flexibilidade por obter autonomia, o que propicia benefícios quando em frente desses componentes.

Sob este prisma, Medauar (2018, p.76) assevera:

Assim, as universidades oficiais criadas como fundações públicas desfrutam de maior liberdade de atuação que as demais fundações públicas, de mais acentuado grau de liberdade em relação à Administração direta do que outras fundações. A autonomia conferida pelo ordenamento e os objetivos das atividades universitárias impedem que se aplique às universidades oficiais, instituídas como fundações públicas, o mesmo tratamento dado às demais.

Noutro giro, no que tange o terceiro setor, a administração tem-se utilizado da atribuição de fomentar, ou seja, incentivar a iniciativa privada para fins públicos, como forma de colaboração de efetivar direitos e retomar a eficiência.

A Lei Federal de nº 8.080/1990, reconhecida como a Lei do SUS, no capítulo IV “Da Competência e das Atribuições” traz no artigo 15⁶ a autorização para a prática do fomento na esfera da saúde.

⁵ Vide Art. 4º, II, do DECRETO-LEI Nº 200 de 1967.

⁶ Vide artigo 15 da Lei Federal 8.080/90: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições: XXI - fomentar, coordenar e executar programas e projetos estratégicos e de atendimento emergencial.”.

Esta atividade administrativa de fomento se dá através do terceiro setor e a Lei Federal nº 13.019/2014, com significativas modificações pela Lei Federal nº 13.204, de 2015, é a responsável de acordo com o artigo 1º por estabelecer "normas gerais para as parcerias entre a administração pública e organizações da sociedade civil".

Transcreve-se a definição desta categoria por Medauar (2018, p. 89) como: "Entidades privadas sem fins lucrativos, por vezes, mantêm vínculos próximos com o Poder Público, a título de colaboração, com o objetivo de realização de atividades de interesse público."

Este setor é composto por entidades de direito privado alheias ao Estado e de iniciativa privada, por isso também são denominadas de entidades paraestatais ou entes de colaboração no qual trabalham paralelamente em conjunto com o ente Estatal, sob forma de delegação.

Urge ressaltar que, com maior frequência no âmbito das unidades de Pronto Atendimento estão presentes as chamadas Organizações Sociais – OS e em segundo as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPS que são consideradas entidades pertencentes do terceiro setor.

“Os dois tipos de entidade atuam na área dos chamados serviços públicos não exclusivos do Estado ou, mais especificamente, na área dos serviços sociais, que a Constituição prevê como serviço público e como atividade aberta à iniciativa privada, como saúde, educação, cultura etc.” (DI PIETRO, 2019, p.404)

O instrumento pelo qual é firmada a parceria para fomento nas Organizações sociais é o chamado contrato de Gestão, sendo o responsável pela transferência da execução desta atividade, porém o vínculo continua com o Poder Público, pois dele poderá receber o repasse financeiro, de bens, servidores e a obrigação de fiscalização, acompanhar o desenvolvimento dos deveres pactuados no plano de trabalho, no qual a organização poderá sofrer pena de desqualificação pelo não cumprimento.

Nota-se aqui um ponto interessante, as Organizações Sociais no que diz respeito ao que vem cada vez mais ganhando espaço como principal modalidade de gerenciamento das UPAs, cria duas correntes: uma a favor, exaltando a eficiência na contratação de pessoal, materiais, aumentando a economia nos cofres públicos e a corrente em que as Organizações Sociais são as principais responsáveis por ocorrer um gasto maior para os cofres públicos e um mau atendimento aos usuários, com baixas exigências dos profissionais contratados e não observância por aqueles que estão sob regime trabalhista.

Em relação aos que são a favor das Organizações Sociais, há decisão⁷ que julgou possível a hipótese de casos de firmar contrato de gestão ou a renovação dispensando a licitação, porém em alguns municípios ainda utiliza do instrumento para seleção da entidade, que acontece através do chamamento público, no qual a Lei Federal nº 13.019/2014 define como o procedimento para selecionar a organização da sociedade civil para firmar parceria, porém esta mesma lei dispõe no artigo 30 que na hipótese de atividades voltadas a saúde poderá ser dispensado este procedimento, “desde que executadas por organizações da sociedade civil previamente credenciadas pelo órgão gestor da respectiva política.”.

Noutro turno, o número de Universidades com natureza de organização social têm sido significativo com a solicitação do gerenciamento das Unidades de Pronto Atendimento, assim como as universidades autárquicas ou fundacionais, como visto: um componente para complementação do ensino e formação dos profissionais da área da saúde com maior número de pessoal para aumentar a eficiência no atendimento aos administrados.

Já, as OSCIPS diferentemente das organizações sociais, são regidas pela Lei Federal nº 9.790/1999 e instituiu o termo de parceria como instrumento para a criação do vínculo com o poder público, que de acordo com o artigo 10 da referida Lei, este discriminará direitos, responsabilidades e obrigações das partes signatárias.

A distinção entre as Organizações sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público consideradas pela doutrina se dá na rigidez, porém é tão flexível quanto as O.S para contratações e compra de equipamentos o que gera uma maior eficiência para desempenho das atividades nas Unidades de Pronto Atendimento.

Como se viu, objetivando atender a execução de todos os serviços públicos necessários, o Estado se organiza administrativamente, buscando a eficiência desse serviço.

Ante a esse cenário, em caso de identificação de prejuízo ou lesão ao direito decorrente de ação ou omissão, entrar-se no tema da responsabilidade civil extracontratual do Estado, o que passa a se analisar agora.

3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO NAS UNIDADES DE PRONTO ATENDIMENTO

A responsabilidade civil extracontratual do Estado é segundo Bandeira de Mello (2014, p. 1081) “a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à

⁷ Pode-se citar a ADI Nº 1.923/DF, Rel. Min. Ayres Britto. J.16/04/2015. DJe: 11/02/2016 . Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1000696>

esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.”.

Na precisa lição de Justen Filho (2016, P.1739) este tipo de responsabilidade civil extracontratual do Estado “é produzida pela presença de três elementos. Há necessidade de: a) dano material ou moral sofrido por alguém; b) uma ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado; c) um nexo de causalidade entre o dano e a ação ou omissão estatal.

Essa reparação tem amparo constitucional, conforme artigo 37, § 6º, que estabelece que “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”.

Ato contínuo, de acordo com o comportamento ensejador do dano poderá ser considerado a responsabilidade objetiva ou subjetiva, sendo este um tema controvertido nos casos omissivos, no qual tem gerado diferentes posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, pois o supramencionado dispositivo restringisse em utilizar o termo “responderão”, abrindo margens as mais diversas interpretações quanto à teoria a ser aplicada.

Independentemente da caracterização da responsabilidade se subjetiva ou objetiva, esta surge para o Estado nos casos de omissão, pela falta ou ausência do serviço, e/ou sua execução tardia, sendo estas condutas identificadas Unidades de Pronto Atendimento, frustrando a finalidade do componente.

Como visto, na Portaria nº 10/2017 demonstra uma classificação em portes I, II e III das UPAs de acordo com a quantidade de habitantes por área de abrangência, sendo um fator determinante para este ensaio, pois de acordo com cada porte e quantidade de habitantes é disponibilizado um número mínimo de leitos de observação e leitos de sala de urgência no que consiste o enfoque da temática.

A Padronização da nomenclatura do censo hospitalar conceitua a internação como “Pacientes que são admitidos para ocupar um leito hospitalar por um período igual ou maior há 24 horas.” e distingue os leitos de observação e leito hospitalar de internação, o primeiro: “oferecem menos condições de conforto e privacidade para os pacientes e por razões humanitárias deve-se manter o período de observação restrito ao necessário” (BRASIL, 2002, p. 11) e o segundo:

É a cama numerada e identificada destinada à internação de um paciente dentro de um hospital, localizada em um quarto ou enfermaria, que se constitui no endereço exclusivo de um paciente durante sua estadia no hospital e que está vinculada a uma

unidade de internação ou serviço. *Notas técnicas (1): não devem ser considerados leitos hospitalares de internação os leitos de observação.* (...) (BRASIL, 2002, P.15, grifo nosso)

Com notável clareza, o Ministério da Saúde distinguiu os tipos de leitos ofertados nos serviços destinados a população, onde o próprio responsável observa que o leito identifica o nível da necessidade de cada paciente e um leito de observação é o mais básico ofertado e deve-se manter o mínimo possível à utilização por um mesmo administrado.

Em consonância, dispõe a Portaria de nº 10/2017 que “após 24h de observação deverão ser encaminhados os pacientes para que não obtiveram suas queixas resolvidas com garantia da continuidade do cuidado para internação em serviços hospitalares de retaguarda, por meio da regulação do acesso assistencial” e em complementação a resolução sobre a normatização do funcionamento das UPAs do Conselho Federal de Medicina de nº 2.079/14, vedando a internação nelas e enfatizando o tempo máximo de 24h.

Verifica-se que estes dispositivos estão em discordância com a realidade, ocorrendo um desvirtuamento da função previamente estabelecida, o que gera pela falta de transferência e leito hospitalar, reiteradas internações de pacientes com mais de 24h nas UPAs. Quando na teoria, aqueles deveriam estar em unidade hospitalar competente para a continuidade do tratamento, identificados na unidade pré-hospitalar, no qual se é autorizado ocorrer uma internação. Além disso, atendimentos básicos deveriam ocorrer nas Unidades Básicas de Saúde – UBS, evitando a superlotação nas Unidades de Pronto Atendimento.

Sob este prisma, o Tribunal de Contas da União realizou auditorias operacionais nas Unidades de Pronto Atendimento⁸, bem como quando não disponível vaga em âmbito público, a jurisprudência tem demonstrado o posicionamento de transferência para hospital particular.⁹

Neste sentido, a Lei Federal nº 13.460 de 2017, responsável por estabelecer as normas para participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos no artigo 5º, VII, VIII e X aludem respectivamente à observância de horários e normas

⁸ Sob a ótica desse Tribunal: “Outro fator que concorre para a desarticulação das upas nas redes de atenção às urgências é a insuficiente retaguarda de leitos hospitalares em enfermarias e em unidades de tratamento intensivo (utis) para a utilização dos pacientes encaminhados pelas upas. Essa situação acaba obrigando a que os pacientes fiquem em observação nas upas por mais de 24 horas, contrariando as normas estabelecidas. Cerca de 62% dos coordenadores de upa afirmaram que essa situação ocorre sempre ou muitas vezes.” (TCU, 2012, p. 2).

“Outro efeito da deficiente articulação e integração da upa com componentes da rede de atenção às urgências, especialmente no caso da retaguarda hospitalar, é a demora na transferência dos pacientes das UPAS que necessitam de remoção a serviços hospitalares de maior complexidade. Essa situação, além dos prejuízos para o tratamento desses pacientes, provoca a sobrecarga das upas, uma vez que esse paciente à espera de um leito hospitalar ocupa, muitas vezes por um longo período, um leito na upa.” (TCU, 2013, p.24).

⁹ Como, por exemplo, no ARE Nº 727.864/PR, Rel.Min. Celso de Mello. J.16/12/2014. DJe:10/02/2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=298071216&ext=.pdf>>

compatíveis com o bom atendimento ao usuário e adoção de medidas visando à proteção à saúde e a segurança dos usuários e manutenção de instalações salubres, seguras, sinalizadas, acessíveis e adequadas ao serviço e ao atendimento.

Destarte, identificada à falta de transferência, ou transferência tardia e a falta de leitos de retaguarda para receber estes pacientes das Unidades de Pronto Atendimento, é possível a responsabilização civil extracontratual do estado por omissão em caso de dano, como verificado a natureza deste instituto.

No que atine as entidades de terceiro setor, pode-se inferir que, Medauar (2018, p. 369), traz que, vem se admitindo a respeito da responsabilidade como solidária da Administração nos casos de danos cometidos por este tipo de entidades “por má escolha do particular prestador de serviço, por ausência e falha na fiscalização, desde que se comprove o nexo causal entre essa conduta”.

Já Meirelles (2016, p. 430-431) e França (2004, p. 360) se filiam a uma responsabilidade subsidiária e, no caso do Estado prestar de forma direta, seria objetiva a depender do caso concreto.

Em contrapartida Di Pietro (2018, p. 411) exalta a responsabilidade objetiva independente do sujeito prestador do serviço, observa-se que “Quanto à responsabilidade civil da entidade, na medida em que prestarem serviço público, a qualquer título, delegado pelo Estado, sujeitam-se à regra da responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da Constituição.” Mas em relação ao Estado, se filia a corrente que “não afasta a responsabilidade subsidiária da pessoa jurídica de direito público que firmou o contrato de gestão, à semelhança do que ocorre na concessão de serviço público. (DI PIETRO, 2019, p. 438).

A Lei Federal nº 13.019/2014 que estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, obteve alterações pela Lei Federal nº 13.204, de 2015 e uma delas foram o artigo 42, XX, que remete em caso de danos decorrentes de restrição à sua execução uma responsabilidade exclusiva.

Surge algo novo e contraditório com o que a Lei das Organizações sociais e Organização da Sociedade Civil de Interesse Público enfatizam como uma responsabilidade solidária em casa de negligência do fiscalizador ou a depender do que discriminado no termo que vincula a parceria e o poder público.

Sob a perspectiva de Carvalho Filho (2019, p. 579-580)

Ainda que prestado o serviço por terceiro, o Estado não pode deixar de ter alguma responsabilidade nesse processo. Afinal, quem teve o poder jurídico de transferir atividades há de suportar, de algum modo, as consequências do fato. Estas como adiante se verá, se desenharão de acordo com a forma pela qual se operou a transferência.

O estado não pode eximir-se de tal responsabilidade, seja ela solidária subsidiária ou objetiva, haja vista que a própria Constituição elenca como papéis diferenciados em relação ao direito fundamental social à saúde, como garantir, regulamentar, fiscalizar e controlar as ações e serviços de saúde, ele tem o dever de prestar o serviço e se ele não está prestando o serviço, mesmo assim ele atua de alguma forma, o terceiro setor não está executando e recebendo recursos públicos porque assim o quis, ele pactuou com a administração um vínculo.

Em relação às UPAs, trabalha de maneira articulada, dependente das Unidades Básicas de Saúde e Hospitais, se porventura a sua transferência por negativa do hospital público competente para o recebimento de tal paciente por falta de vaga para internação, mesmo com entidades de terceiro setor deverá ser solidária, haja vista serem componentes interligados com a rede de atenção às urgências, neste caso concreto para porventura ocorrer um dano devido à falta da transferência será solidária.

Quanto a OS ou OSCIP recebe um valor vultuoso para aquisição de equipamentos ou o próprio equipamento pode ser cedido pelo poder público, que é o caso dos leitos, é dela a responsabilidade das aquisições ou a prestação do serviço dela em relação a este, porém ao estado cabe a fiscalização da execução do serviço e equipamentos para não ocorrer o desvio de função pelo ente estatal.

Outra modalidade de Responsabilidade passível de aplicação verificada é a por comissão por omissão, no qual o Ministro Luiz Fux referencia o Ministro Gilmar Ferreira Mendes que assevera “é válido para todos os campos do direito.”¹⁰.

Logo, poucos são os que defendem este tipo de conduta na seara administrativa, pois já é possível encontrar decisões com acúmulo da conduta comissiva e omissiva, com a conseqüente conexão ou sem conexão, ou seja, condutas diversas contra a mesma pessoa, porém com a interrupção, não identificado imediatamente, ocorrendo as duas condutas, mas paralelas.¹¹

Ato contínuo, diz-se então comissão por omissão administrativa, o encontro de duas condutas opostas ocorrendo simultaneamente como consequência e continuação da primeira.

¹⁰ Vide decisão do RE Nº 841526/ RS. Rel. Min. Luiz Fux. J.30/03/2016, P: 01/08/2016.

¹¹ É o que pode ser visto na seguinte AC Nº 2003.04.01.011259-6/RS. Rel. Valdemar Capeletti. J. 25/06/2003, Dje.:09/07/2003.

Entende-se que, a comissão se deu em virtude da omissão, pela qual não teria ocorrido se a primeira não tivesse sido gerada.

A comissão, ou seja, a manutenção de pacientes sem os devidos equipamentos ou pessoas qualificadas para atendimento de uma complexidade não determinada para as UPAs foi gerada pela omissão de não transferência e faltas de leitos nos hospitais, uma sucessão de atos distintos porém conexos em uma progressão, seguimento, sem interrupção, fora caracterizada.

Neste aspecto, aplicar-se a responsabilidade objetiva preconizada no artigo 37, § 6º da Constituição, que de acordo com alguns doutrinadores, como visto anteriormente, é a mesma para ambas as situações omissiva ou comissiva. Ademais, seria esta também em possível conflito ou por analogia, na ocorrência de falta de disposição legal ou doutrinário sobre a simultaneidade.¹²

Portanto, a internação poderia ser vista em sua unilateralidade, como um ato comissivo. Porém, esta só ocorre devido uma consequência, ligação, sem a qual este ato não subsistiria, sem a conduta anterior abarcada pelo mesmo instituto da responsabilidade, logo será comissiva por omissão, tendo em vista depender da omissão para existir.

4. DO DANO INDENIZÁVEL NAS UNIDADES DE PRONTO ATENDIMENTO

O dano é resultado de algo ou algum comportamento, isto é, para que exista um prejuízo, é necessário uma conduta ensejadora deste, podendo ser comissiva ou omissiva, lícita ou ilícita, mas essa conduta é dispensável, logo nem sempre o dano se dará por uma conduta, podendo ocorrer, por exemplo, por fato do serviço, por algum objeto ou a falta dele.

Ademais, o Estado assim como os demais sujeitos de direito não ficam desobrigados da reparação de danos, e esta ocorrerá através da indenização, “(...) que se configura como o montante pecuniário que representa a reparação dos prejuízos causados pelo responsável” (CARVALHO FILHO, 2018, p. 667), esta não se trata propriamente de uma sanção apenas ao Estado, mas uma restauração ou compensação do *status quo ante* do administrado, podendo ser pleiteada pela via administrativa ou judicial.

In casu, observa-se a falha do serviço como consequência da não ocorrência da transferência e a falta de leitos nos hospitais gerais, nos quais são capacitados para os mais complexos níveis de atendimento, ocorre *contra legem* a internação nas UPAs.

¹² Artigo 4º da LINDB: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” para saber qual responsabilidade aplicar.

Assim, observa-se a possibilidade de ocorrer um dano moral, patrimonial e ainda social. O primeiro, atinge a esfera interna do indivíduo, o segundo está diretamente ligado ao prejuízo material ou patrimonial e, o terceiro, a um dano que atinge um determinado grupo social ou sociedade.

O dano moral¹³, denominado por alguns doutrinadores como dano interno, psicológico, imaterial ou extrapatrimonial, é consagrado como uma ofensa aos direitos da personalidade, considerados constitucionalmente e garantidos a inviolabilidade e reafirmado no Código Civil nos artigos 11 e 12 como intransmissíveis, irrenunciáveis e passível de reclamação por perdas e danos. Urge mencionar que foi nesse mesmo sentido que o Superior Tribunal de Justiça se manifestou.¹⁴

Assim como ocorreu com o dano moral, o dano social é uma nova vertente de dano e na esfera pública, é indispensável, sendo a duplicidade do fundamento da atividade administrativa, a proteção ao interesse público, à conservação dos bens e serviços pertencentes à sociedade, com possível aplicabilidade de uma sanção por aquele que deve zelar em prol do que não lhe pertence e sim fora confiado.

Este tipo de dano é visto como transindividual, grupal, com função punitiva e pedagógica, que não se confunde com o dano moral que é classificado como um dano individual, personalíssimo e também não se confunde com dano moral coletivo que se encontra nas jurisprudências.

Neste diapasão, o artigo 927 do Código civil¹⁵ não se limitou a determinar um tipo de dano, ao passo que o dano moral e social foram configurados, este último ainda com pouca aplicabilidade. Há quem diga que a restauração desses tipos de danos é impossível e se entra em outro tema controvertido, quais sejam: os valores das indenizações, individualização processual e quanto vale uma vida ou o bem-estar social.

No que atine ao dano moral, independentemente do risco, agravante no quadro do paciente, dor, angústia ou padecimento, o fato de ter sido negada a transferência do paciente, ocasionando a internação na UPA, no qual não é permitida legalmente, ocorreu à

¹³ Preceituou-se no artigo 5º, incisos V e X a presença do dano moral ou à imagem.

¹⁴ Vide Recurso Especial nº 1.245.550 – MG que: “3. Portanto, dano moral é todo prejuízo que o sujeito de direito vem a sofrer por meio de violação a bem jurídico específico. É toda ofensa aos valores da pessoa humana, capaz de atingir os componentes da personalidade e do prestígio social. 4. **O dano moral não se revela na dor, no padecimento, que são, na verdade, sua consequência, seu resultado. O dano é fato que antecede os sentimentos de aflição e angústia experimentados pela vítima, não estando necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima.**” (RE Nº 1.245.550, rel. min. Luis Felipe Salomão, J.17/03/2015, DJe: 16/04/2015, grifo nosso).

¹⁵ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

inobservância e quebra de princípios que, independente de ser prestado por entes da administração ou pelo terceiro setor, deveriam resguardar o administrado. Estar-se falando do dano moral *in re ipsa*, ou presumido, pois já se configura como ofensa ao direito do administrado, sendo passível de indenização e, os sentimentos conforme decisão vem *pós-facto* como consequência.

Em consonância com tal entendimento, Junqueira de Azevedo (2009, p. 378) explica que:

Em geral, esse dano moral será um dano de sofrimento, daí se falar em "*pretium doloris*", mas algumas vezes haverá também o dano moral que foge a essa caracterização, porque se trata de dano - e basta pensar nas pessoas jurídicas, ou nas pessoas físicas que não têm condições de discernimento, ou ainda nos nascituros - que representa algum prejuízo não avaliável pecuniariamente de modo exato.

Quando se fala em eficiência, foi visto que não se trata apenas de economicidade na de exigência na redução dos desperdícios ao erário, mas também de produtividade, qualidade técnica, serviço adequado, que é o mais importante para o usuário do serviço público, o receber com dignidade e não alheia a ela.

Com base em tais premissas, a conduta ora tratada, estaria atingindo diretamente o administrado, seja com um dano moral e/ou possível dano físico, o que poderia gerar um dano material, no qual é cabível em ambos os casos indenização. Assim, ao Estado é possível de maneira direta, se for o sujeito da execução do serviço ou, de maneira solidária, se for executado por uma entidade de terceiro setor no caso de dano ocorrido nas Unidades de Pronto Atendimento, porque são componentes articulados dependendo da completude do funcionamento das UBS ou Hospitais gerais, que não obtendo leito, a internação foi gerada devido à falha do Estado. Importante destacar se este dano ocorresse em outro estabelecimento não articulado, porém de terceiro setor, o Estado responderia subsidiariamente.

No que tange ao dano social, colaborando com tal entendimento, Junqueira de Azevedo (2004, p. 382) sintetiza o conceito de dano social com propriedade como :“ lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição de sua qualidade de vida.”

Diante dos ensinamentos do autor acima referenciado (2009, p.381), urge ressaltar que para este, mesmo atingindo apenas uma pessoa, o estado estaria atingindo toda a sociedade ou grupo social, assim como pode acumular o dano moral e material em uma indenização, é passível diante do autor da ação quando for à própria vítima e requerer também

o dano social, ser recompensada das três formas, caso contrário o valor seria destinado a um fundo compatível com o prejuízo.

Noutra senda, demonstra Tartuce (2018, p. 348), que há divergências quanto a este posicionamento da possibilidade de percebimento e capacidade para pleitear em ação individual um dano social, *ipsis litteris*:

Nos termos do Enunciado n. 456 da V Jornada de Direito Civil do CJF/STJ, os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos devem ser reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas. Assim, ainda que o autor da ação tivesse apresentado pedido de fixação de dano social, há ausência de legitimidade da parte para pleitear, em nome próprio, direito da coletividade” (STJ, Rel 13.200/GO, 2.ª Seção, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 08.10.2014, DJe 14.11.2014).

Neste aspecto, ocorre um posicionamento favorável à destinação ao que dispõe a Lei Federal nº 7.347/1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por diferentes tipos de danos, que determina no art. 13 a reversão para "um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados." Caso não seja regulamentado este fundo, "o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária." (§ 1o.), sendo competência do Poder Executivo tal regulamentação, como determina o artigo 20.¹⁶

A todo o tempo o direito vai se reafirmando, em termos claros, fechando as brechas e reforçando o que já foi posto em tentativa de impedir a violação de um direito, ao passo que historicamente, tem-se conquistado a atenção para proteção, quando ocorre essa incúria e a caracterização da responsabilização através do dano social é uma dessas formas de incentivo a concretização do direito, principalmente pelo objeto defendido de natureza social.

Noutro giro, assim como cabe o dano moral *in re ipsa*, este tipo de presunção encontra-se passível no dano social, sendo esta tese defendida por Aragão e Friede (2016, p.17 e 18):

O dano social, por sua vez, é presumido (*in re ipsa*), decorrendo da força do próprio ato. Assim, há dano social quando o direito à qualidade de vida digna e bem-estar social é lesado por uma conduta socialmente reprovável ou antijurídica. (...) Com efeito, basta apenas a demonstração da ocorrência do fato para que se possa concluir pela existência do dano, não necessitando ser extensamente provado.

¹⁶Como exemplo em caso de dano social, a turma recursal do Tribunal de Justiça do RS, no Recurso Cível, Nº 71001281054, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Ricardo Torres Hermann, J.: 12-07-2007, Publicado em: 18/07/2007, faz esta destinação.

Ao associar-se o respeito da segurança ou quanto à diminuição da qualidade de vida ao componente que é um dos meios mais buscados por famílias carentes para obtenção de um devido tratamento médico, por se tratar de um estabelecimento para primeiros socorros, estabilização e identificação, com o desvio da função e sem capacidade estrutural e/ou profissional suficiente para atender as demandas e/ou deixar de promover uma transferência acarretando risco aos pacientes no componente, entraria na quebra de confiança da sociedade e insegurança.

Outrossim, fora detectado um número de óbitos significativo nas UPAs, fazendo com que o Conselho Federal de Medicina, através de uma análise neste estabelecimento o considerasse um dos que mais vem ocorrendo óbitos e foi necessário normatizar as Comissões de Revisão de óbito com a Resolução de nº 2.171/2017 objetivando um maior controle nesse estabelecimento para diminuição destes números e sendo um dos fatores que comprovam o desvio de finalidade das unidades, pois a permanência hoje, ou seja, devido a falta da transferência, gerar uma internação, é um dos fatores que mais levam ao óbito, fazendo com que haja uma barreira de confiança deste componente, ou seja, fora constatado um comportamento que vai de encontro a pelo menos mais de quatro dispositivos do que a Portaria nº 10/2017 estabelece.

Logo, é possível ocorrer o dano social por negligência do serviço, falta de transferência, internação, falta de equipamento e leitos nas Unidades de Pronto Atendimento, pois demonstra um quadro de desrespeito à segurança de determinado grupo social dependente de determinada UPA, ao buscar um atendimento sem saber se realmente será efetivado, levando ao descrédito populacional ou medo pelo tipo de serviço prestado. Destarte, a criação de mais um dano, bem como a superinflação de criação de normas ou revogação de dispositivos, não serão suficientes ou automaticamente resolutivos, se não ocorrer uma pré-disposição de modificação de conduta e não repetição do prejuízo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do exposto, foi possível certificar que, a presente pesquisa alcançou seus objetivos delineados ao promover o debate e contribuição à abordagem da responsabilidade civil extracontratual do Estado no âmbito das Unidades de Pronto Atendimento em relação aos serviços de internações que é pouco discutido na esfera jurídica, porém atual e pertinente.

O objetivo de criação dessas Unidades foi diminuir e ajudar o fluxo de pacientes nos hospitais gerais, que obtém uma grande demanda e, ao mesmo tempo, as unidades básicas de

saúde. Porém, não conseguiu cumprir este objetivo e o contrário não tem ocorrido e acaba por prejudicar no desempenho da prestação do serviço nas Unidades.

Observou-se que há a falta de articulação entre esses três componentes que deveriam obter harmonia e a falta de informação no objetivo da unidade de pronto atendimento faz com que obtenha um número maior de atendimento do que a capacidade permitida e não há um posicionamento de buscar as unidades básicas em atendimentos mais simples e quando necessita dos hospitais, a área mais complexa, não tem vaga de retaguarda para recebimento dos pacientes.

Constatou-se que essa falta de articulação faz com que as UPAS tenham um posicionamento contrário à norma, qual seja internar pacientes sem a devida autorização. Detectou-se, ainda, que um dos maiores problemas enfrentados é a falta de leitos hospitalares e que a negativa do hospital é basilar para identificação da responsabilidade em comento, pois independente de quem executa o serviço irá recair também para o Estado, mesmo que solidariamente ou diretamente a depender do executor.

Igualmente, verificou-se que o leito nas Unidades são de natureza de observação, básicos e temporários, que se distingue de leitos para internação e hospitalar, o que leva um desconforto para o administrado e utilização do leito de forma diversa ao que fora proposto. A Portaria nº 10/2017 determina as diretrizes das Unidades de Pronto Atendimento limita cada paciente por até 24h por unidade, pois a mesma não dispõe competência para atendimentos complexos e de alto-risco, o que faz com que a UPA ao permanecer com o paciente, reconhece pela função pré-determinada que esteja o colocando em risco.

Evidenciou-se um número crescente de UPAS gerenciada por entidades do terceiro setor, porém o Estado não pode divorcia-se de suas funções quando da transferência da execução, a saber, que existem outras além desta, como: controlar, fiscalizar e garantir.

Propõe-se uma melhor comunicação entre os componentes e a divulgação dos objetivos destes para não ocorrer atendimentos indevidos e superlotação das mesmas. Recomenda-se, ainda, a aquisição de leitos hospitalares ou a devida separação da vaga zero para recebimento dos pacientes da Rede de Atenção a Urgências.

Com a internação foi caracterizado como dano moral *in re ipsa* em favor do administrado que não obteve o direito concretizado. Além disso, existe mais uma nova forma de dano, denominado o dano social, que recai também na problemática proposta como mais uma maneira de proteção ao interesse público.

Verificou-se que existem medidas sendo realizadas, auditorias, acompanhamento da imprensa de inúmeros casos, mas a omissão para a resolução persiste e o Estado assim como os demais sujeitos de direito não podem ficar impune de responder por tal conduta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**- 32. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Especializada. **Manual instrutivo da Rede de Atenção às Urgências e Emergências no Sistema Único de Saúde (SUS)** / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Atenção Especializada. – Brasília : Editora do Ministério da Saúde, 2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Assistência à Saúde. Departamento de Sistemas e Redes Assistenciais. **Padronização da nomenclatura do censo hospitalar** / Ministério da Saúde, Secretaria de Assistência à Saúde, Departamento de Sistemas e Redes Assistenciais. – 2.ed. revista – Brasília: Ministério da Saúde, 2002.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. **Política Nacional de Promoção da Saúde** / Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde. – 3. ed. – Brasília : Ministério da Saúde, 2010.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. . **Sistema Único de Saúde (SUS): estrutura, princípios e como funciona**. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>. Acesso em: 15 jan. 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas e direito administrativo**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 34 n. 133 jan./mar. 1997

_____. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo-Saraiva, 2013

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo** – 32. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018, p. 683.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo** – 30. Ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público privada** – 12. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DOUZINAS, Costas. **O Fim dos Direitos Humanos**. Tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. P.240

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Eficiência administrativa na Constituição Federal**. Revista de Direito Administrativo: Rio de Janeiro, 220: 165-177, abr.- jun. 2000.

FRIEDE, Reis; ARAGÃO, Luciano. **DOS DANOS SOCIAIS: SOCIAL DAMAGES**. REVISTA DA ESMESC, v.23, n.29, p. 13-44 , 2016

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado**. Editora: Saraiva, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Ed. 12ª, revista, atualizada e ampliada, Revista dos Tribunais, São Paulo/SP, 2016, p. 1360.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno/ 21. Ed. Ver, ampl. E atualizada**– Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro** - 42. ed. / atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. - São Paulo : Malheiros, 2016.

RESOLUÇÃO CFM nº 2.079/14 - Conselho Federal de Medicina disponível em : <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/resolucao2079.pdf>

TARTUCE, Flávio. **Manual de responsabilidade civil** : volume único / Flávio Tartuce. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

Tribunal de Contas da União. **Auditoria operacional nas unidades de pronto atendimento (upas)**. 01/01/14. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/auditoria-operacional-nas-unidades-de-pronto-atendimento-upas-FF8080816364D7980163C284E7BB3264.htm>. Acesso em: 07 jan. 2020.

Tribunal de Contas da União. **Relatório de auditoria operacional nas unidades de pronto atendimento**. Ministro Relator: Walton Alencar Rodrigues. BRASÍLIA. 2013 Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?inline=1&fileId=8A8182A14D6E85DD014D7327BE294A0A>. Acesso em: 06 jan. 2020.