



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS III
CENTRO DE HUMANIDADES
CURSO DE DIREITO**

RÂMIDA KÊNIA BONDADE DE CALDAS

**OS INSTRUMENTOS DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA
EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE**

**GUARABIRA
2016**

RÂMIDA KÊNIA BONDADE DE CALDAS

**OS INSTRUMENTOS DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA
EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE**

Trabalho de Conclusão de Curso de graduação da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Me. Jossano Mendes de Amorim.

**GUARABIRA
2016**

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

C145i Caldas, Râmida Kênia Bondade de
Os instrumentos de atuação do Ministério Público na
efetivação do Direito à saúde [manuscrito] / Ramida Kenia
Bondade de Caldas. - 2016.
68 p.

Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Humanidades, 2016.
"Orientação: Jossano Mendes Amorim, Departamento de
Direito".

1. Constituição Federal. 2. Direito à Saúde. 3.
Administração Pública. 4. Instrumentos de Efetivação. I. Título.
21. ed. CDD 342

RÂMIDA KÊNIA BONDADE DE CALDAS

OS INSTRUMENTOS DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA EFETIVAÇÃO
DO DIREITO À SAÚDE

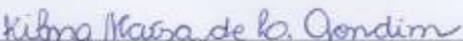
Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação
em Direito da Universidade Estadual da
Paraíba, como requisito à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

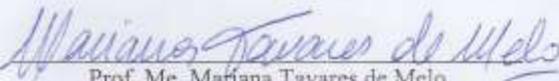
Área de concentração: Direito Constitucional.

Aprovada em: 20/10/2016.

BANCA EXAMINADORA


Prof. Me. Jossano Mendes de Amorim (Orientador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)


Prof. Me. Kilma Máisa de Lima Gondim
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)


Prof. Me. Mariana Tavares de Melo
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Ao meu máximo existencial, DEDICO.

AGRADECIMENTOS

O processo de feitura de um trabalho é sempre solitário. Nesse mundo intelectual, a escrita esconde inúmeras leituras, reflexões e discussões teóricas. O tempo de maturação é longo. Aqui, não se vê as noites em claro, tampouco a dedicação, o esforço e o quanto de inspiração foram necessárias. Não caro leitor, essa não é tarefa fácil, mas também não é das mais difíceis quando temos pessoas que adoçam a nossa vida fazendo com que os dias se tornem amenos.

Assim, aos que são meus e cujos nomes não estão aqui inseridos, a vocês, um “super” obrigada repleto de amor, carinho e doçura.

Agradeço a Deus, meu máximo existencial, por ser imprescindível na minha vida, amparando-me e protegendo-me. Sem Ele, nada seria possível. Pai, obrigada!

À minha vó, que mesmo acometida por Alzheimer me ensina todos os dias que o amor independe de memória. Quem ama, reconhece-se.

À minha irmã gêmea, obrigada por acreditar em mim, respeitar as ausências, os silêncios e, em troca me devolver incentivo e boas vibrações.

Aos meus pais, a minha família e a tio Orlando (*in memoriam*) pelo apoio e boas conversas.

Ao professor Jossano Mendes de Amorim pelo aceite e orientação

À banca pela disponibilidade e contribuição.

“A toda evidência, não podemos permitir, que os direitos fundamentais transformem-se, pela omissão do poder público, em simples aspirações, ideais ou esperanças eternamente insatisfeitas ou, ainda, mera retórica política ou pura proclamação demagógica. Impõe-se, por isso, um novo arranjo jurídico acerca da teoria dos direitos fundamentais, em que se reconheça um direito fundamental à efetivação da Constituição, que prime pela força normativa. Impõe-se, por isso, um novo arranjo jurídico acerca da teoria dos direitos fundamentais, em que se reconheça um direito fundamental à efetivação da Constituição, que prime pela força normativa e plena efetividade dos direitos fundamentais, inclusive sociais. Discursos jurídicos que mais se preocupam com os limites impostos à efetividade dos direitos fundamentais do que com eles próprios, como os habitualmente proferidos, revelam-se estéreis ante a uma dogmática constitucional emancipatória e renovadora, que tem proporcionado uma radical mudança paradigmática que envolve a idéia de que os direitos fundamentais não precisam de regulamentação para serem desfrutados e incidirem, pois simplesmente se concretizam.” (Dirley da Cunha Júnior).

“Não se trata de saber quais e quantos são estes direitos, qual é a natureza e seus fundamentos, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mais sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.” (Norberto Bobbio)

RESUMO

O presente trabalho tem o escopo de analisar os meios de atuação do Ministério Público que possibilitam a efetivação do direito à saúde. Desta feita, a delimitação se justifica pela relevância que o tema possui hodiernamente, uma vez que, apesar da notoriedade que o *parquet* ganhou nas últimas décadas, bem como a sua designação constitucional para desempenhar papel de destaque na proteção e efetivação, sobretudo, do direito fundamental à saúde, ainda falta muito à sua concretização. Assim, para que essa análise seja possível, também serão levantadas questões que versam a respeito da evolução constitucional e as transformações históricas que possibilitaram o desenvolvimento dos direitos fundamentais, sob a luz do constitucionalismo. Em seguida será analisado o direito fundamental à saúde, insculpido no artigo 6º da Constituição de 1988, assim como as prestações positivas decorrentes desse direito e que demandam uma atuação Estatal como meio de assegurar o mínimo para que os cidadãos tenham uma vida mais digna. Nesse sentido, apesar da proteção constitucional, a administração pública se utiliza de vários argumentos a fim de justificar a falta de concretização do direito à saúde. Assim, diante das omissões dos Poderes Públicos surgem as demandas judiciais e as concessões da tutela jurisdicional. A judicialização da saúde é criticada por uns e elogiada por outros. De um lado, há os que afirmam que a excessiva intervenção do Poder Judiciário fere o princípio da reserva do possível e da separação de poderes, provocando desequilíbrio no orçamento público. Já outros afirmam que o Estado deve proporcionar o mínimo existencial para o ser humano viver com dignidade e, por isso, a reserva do possível seria inaplicável. Diante das dificuldades de efetivação do direito à saúde, exsurge o Ministério Público e inúmeras funções conferidas pela Carta Constitucional de 1988, dentre elas, a proteção dos direitos sociais e individuais indisponíveis. Assim, a análise dos instrumentos judiciais e extrajudiciais, além de outros mecanismos de defesa à saúde se tornam necessários para tornar efetiva a concretização do direito à saúde. Desta feita, essa pesquisa se desenvolveu a partir do método dedutivo e dos métodos procedimentais histórico-evolutivo e hermenêutico. Como técnica de pesquisa foi feita uma revisão bibliográfica, bem como a análise legal e jurisprudencial. Diante do exposto, verificou-se que a atuação da Instituição Ministerial contribui para o acesso à justiça e à efetivação do direito à saúde, uma vez que seus mecanismos de atuação não somente ampliam o acesso individual e coletivo às ações e serviços do SUS, mas promovem a implementação de políticas públicas.

Palavras-Chave: Constituição Federal. Direito à Saúde. Administração Pública. Atuação do Ministério Público. Instrumentos de efetivação.

ABSTRACT

The present paper has as its principal objective analyzing the Public Ministry's ways of actuation that make the warranty of the right to health possible. Therefore, the delimitation is justified by the current relevance the theme has, once, besides the evidence *parquet* has gotten on the last decades, just as its constitutional designation to perform a notorious hole on the protection and effectuation, above all, of the fundamental right to health, there still is a lot left until its realization. Thus, to make this analysis possible, questions related to the constitutional evolution and historical transformations that made the fundamental rights' development possible, under the light of constitutionalism, will also be raised. Then, the fundamental right to health, which is inscribed on the article 6th of the 1988 Constitution, just as the positive renderings resulting of this right and that demand State intervention as means to assure the least to turn citizens life worthiest, will be analyzed. In this sense, besides the constitutional protection, the public management uses various arguments trying to justify the lack of concretization of the right to health. Thus, under Public Powers' omissions judicial demands and the conceptions of judicial protection arise. Health's judicialization is criticized by some people and praised by other. One part claim that the excessive intervention of judiciary power hurts the principle of reserve of possible and of the powers' separation, causing disturb on public's budget. Still, other say that the State must ensure the minimal existential for the human been to live with dignity and, because of it, the reserve of possible would be inapplicable. Ahead of the effectuation difficulties of the right to health the Public Ministry raises and an uncountable number of functions given by the 1988 constitutional letter, between them, the protection of unavailable social and individual rights. So, the judicial and extrajudicial instruments' analysis, further other health's defense instruments became necessary to make the realization of the right to health efficient. Therefore, this search evolved from the deductive method and from methods of historical-evolutional procedural and hermeneutic. As research technique a bibliographic revision was made, as well as an legal and jurisprudential analyses. Given the above, it was verified that the actuation of the Ministerial Institution contributes to the access to the justice and to the effectuation of the right to health, once its actuation mechanisms not only amplify the individual and collective access to SUS' actions and services, but promote the implementation of public policies.

Keywords: Federal Constitution. Right to health. Public Management. Public Ministry Actuation. Effectuation instruments.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	09
2	NAS CONSTRUÇÕES HISTÓRICAS ATRAVÉS DO TEMPO: A EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL	11
2.1	Ciclos que se entrelaçam: breves considerações sobre a evolução da teoria constitucional no contexto dos Direitos Fundamentais	11
2.2	O Estado Liberal de Direito e os Direitos Fundamentais de Primeira Dimensão	12
2.3	O Estado Social e os Direitos de Segunda Dimensão	14
2.4	O Estado Democrático de Direito e os Direitos de Terceira Dimensão	15
3	A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL	21
3.1	Considerações acerca dos Direitos Fundamentais no Brasil	21
3.2	A Saúde como Direito Fundamental Social	24
3.3	Na Efetivação do Direito à Saúde: a Reserva do Possível <i>versus</i> o Mínimo Existencial	27
3.4	A Judicialização da Saúde e a Divisão de Poderes	31
4	O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	36
4.1	O acesso à justiça como Garantia Constitucional	36
4.2	O Ministério Público	37
4.3	A legitimidade do Ministério Público para postular em defesa do direito à saúde	41
4.3.1	Atuação Judicial do Ministério Público: Ação Civil Pública	44
4.3.2	Os instrumentos de atuação extrajudicial do Ministério Público na defesa do direito à saúde	50
4.4	Outros meios de fiscalização e proteção à saúde	53
5	CONCLUSÃO	58
	REFERÊNCIAS	62

1 INTRODUÇÃO

Por estar diretamente ligada à vida e à existência digna, a Constituição Federal de 1988 inseriu a saúde como direito fundamental social e, portanto, dotado de aplicabilidade imediata. O mesmo texto constitucional atribui ao Estado o dever de tutelar esse direito. No entanto, a Administração Pública afirma não ter recursos suficientes para aplicar na concreção do direito à saúde.

Desse modo, em meio às fragilidades advindas da falta de saúde e do sofrimento provocado pela dificuldade em realizar consultas, exames, tratamentos e outros insumos, as pessoas veem na justiça uma possibilidade de que a demanda ora pleiteada, seja solucionada.

Assim, a atuação do Ministério Público se torna indispensável. Sobretudo, porque o constituinte lhe conferiu o status de instituição essencial à justiça, assim como o de agente na defesa dos direitos sociais e individuais indisponíveis, mormente, no que concerne à garantia do direito à saúde.

Dado o contexto supramencionado, esse trabalho busca, fundamentalmente, responder a seguinte questão: Quais são os meios de atuação do Ministério Público que possibilitam a efetivação do direito à saúde?

Desta feita, na construção argumentativa e discursiva, essenciais para a feitura do trabalho, lançou-se mão do método de abordagem dedutivo. Com relação ao método procedimental, optou-se pelos métodos histórico-evolutivo e hermenêutico, com o intuito de que sejam analisados os diversos fatores que possibilitaram novas concepções de constitucionalismo, assim como a evolução dos direitos fundamentais e o alargamento das atribuições do Ministério Público, principalmente no que se refere à proteção dos direitos sociais e individuais indisponíveis, com ênfase à efetivação do direito fundamental à saúde. Assim, sob essa perspectiva, a técnica de pesquisa utilizada no presente trabalho gira em torno da revisão bibliográfica, reportando-se às pesquisas doutrinárias, legais e jurisprudenciais, além de pesquisas realizadas em artigos, revistas e monografias.

Considerando, então, as críticas, os elogios e os desafios enfrentados pelos membros do Ministério Público, acerca de seus instrumentos de atuação, a monografia será estruturada em três capítulos.

No primeiro capítulo, far-se-á uma evolução histórica constitucional, com o objetivo de compreender com mais precisão, embora sem descer a minúcias, alguns momentos e transformações que possibilitaram o surgimento do constitucionalismo ocidental, bem como o

desenvolvimento dos direitos fundamentais em suas dimensões liberal, social e solidária, respectivamente.

No segundo capítulo, a saúde será analisada, especialmente, após a Constituição Federal de 1988 quando foi inserida no rol de direitos fundamentais de segunda dimensão. Nessa perspectiva, o capítulo abordará a responsabilidade estatal de regulamentar, fiscalizar e controlar as ações e serviços que constituem o Sistema Único de Saúde (SUS), na mesma proporção em que abordará também, suas possíveis omissões. Assim, em se tratando desses e de outros entraves à concreção do direito à saúde, surge a possibilidade de reivindicá-lo, inclusive, na esfera judicial. No entanto, essa intervenção do Judiciário, conhecida como judicialização da saúde é alvo de intensos debates e críticas, assunto que merecerá uma análise mais detida e pormenorizada em tópico específico.

No terceiro capítulo, a atuação do Ministério Público será apreciada. Dessa forma, examinar-se-á a legitimidade constitucional do *parquet* para garantir o acesso à justiça e assegurar o direito à saúde dos indivíduos e da coletividade. Para tanto, essa Instituição faz uso de instrumentos judiciais, a exemplo da Ação Civil Pública (ACP), e extrajudiciais como o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), o inquérito civil, a recomendação e a audiência pública. Nesse diapasão, esses instrumentos de fiscalização e proteção à saúde, em conjunto com outros meios de atuação, como a Comissão Permanente de Defesa da Saúde COPEDES, a Associação Nacional do Ministério Público de Defesa da Saúde (AMPASA), a Promotoria de Justiça da Saúde e o Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Defesa dos Direitos da Saúde – CAOP – SAÚDE são imprescindíveis para a garantia e a efetividade do direito à saúde.

Do exposto, depreende-se que o Ministério Público ocupa um papel proeminente na tentativa de salvaguardar o direito à saúde. Assim, diante das necessidades mais diversificadas da população, a depender do caso, o *parquet* possibilita tanto a interação entre o Judiciário e a sociedade, quanto o diálogo entre esta e a administração pública. Acredita-se que o Ministério Público reúne amplas condições de contribuir para o acesso à justiça e para a implementação de ações e serviços de saúde, a fim de satisfazer as necessidades e os desejos comuns na área da saúde.

2 NAS CONSTRUÇÕES HISTÓRICAS ATRAVÉS DO TEMPO: A EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL

2.1 Ciclos que se entrelaçam: breves considerações sobre a evolução da teoria constitucional no contexto dos Direitos Fundamentais

"Não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras" (Rui Barbosa. Comentários à Constituição Federal Brasileira, tomo II, São Paulo, 1933, p. 489).

Inicialmente, é imperioso esclarecer que o objetivo do presente capítulo não é fazer revisão bibliográfica ou profundas digressões históricas referentes ao tema. Contudo, faz-se necessário aprofundar alguns pontos para que haja um melhor direcionamento na pesquisa.

Nesse sentido, ao longo dos anos, a constituição passou por caminhos íngremes até chegar ao reconhecimento e à efetividade de suas normas. Em linhas gerais, até meados do século XVIII, as Constituições não estavam codificadas e sistematizadas em um único texto, ou seja, eram baseadas em leis e documentos esparsos, assim como nos hábitos, tradições e costumes do povo.

A *Magna Charta Libertatum*, além de ser o primeiro ordenamento jurídico da Inglaterra e a base para a constituição da Grã-bretanha é tida como o primeiro documento escrito, da Constituição não escrita. A “Grande Carta” foi assinada, em 1215, na Inglaterra, por João Sem Terra, por imposição dos barões ingleses e do Papa. Segundo Cardoso (1986), embora, timidamente, o texto resguarda alguns direitos feudais dos barões relativos à propriedade, à tributação e às liberdades, além de propor garantias e limitação à autoridade real. Sua importância é reconhecida por ser um dos primeiros instrumentos que limitaram o poder Real e sua liberdade em tributar, além de ser o início de um processo que lançaria as bases do constitucionalismo moderno, como mais a frente será analisado.

Para a corrente positivista, no entanto, a primeira Constituição escrita criada pelo Poder Constituinte e com ideia aproximada do que se conhece por Constituição na atualidade, foi a Americana de 1787. Mas, sem dúvida, a Revolução Francesa apresentou a origem dos grandes pilares do constitucionalismo, quais sejam: o Estado de Direito, a separação de poderes e a previsão de direitos e garantias fundamentais, que resumem uma mesma necessidade de toda a comunidade política. Inclusive, a Declaração Universal dos Direitos do

Homem e do Cidadão de 1789 foi uma fonte de inspiração para que as pessoas lutassem pelos seus direitos. O documento em tela é composto por dezessete artigos, os quais foram escritos durante a Revolução Francesa. Segundo Comparato (1999), os ideais como “Liberdade, Igualdade e Fraternidade” defendidos pela Revolução Francesa fundamentaram a declaração. Esta, por sua vez, foi o instrumento que inspirou o Preâmbulo para a primeira Constituição escrita da Europa, a Constituição Francesa de 1791.

Em suma, juntamente com a Constituição Americana, a declaração francesa lançaria as bases dos direitos fundamentais de primeira geração representados pelos direitos civis e políticos.

2.2 O Estado Liberal de Direito e os Direitos Fundamentais de Primeira Dimensão

Na senda de Canotilho (2007), o constitucionalismo é a teoria que ergue o princípio do governo limitado por normas superiores, indispensável à garantia de direitos e liberdades, como uma dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade.

O constitucionalismo despontou no mundo ocidental e nos textos jurídicos há pouco mais de duzentos anos, ou seja, é um termo recente, mas o ideal constitucionalista de limitação do poder possui uma historicidade que remonta desde a antiguidade clássica e com raízes em espaços históricos, geográficos e culturais diferentes.

Desta feita, a noção de Constituição como norma fundamental também remonta desde a Idade Clássica, no mundo Ocidental, independente de serem escritas ou não, como tão bem leciona Horta (1999):

A ideia de constituição despontou no mundo antigo, preocupando Aristóteles, penetrou na Idade Média com a Magna Carta e ganhou conteúdo mais nítido e preciso na elaboração doutrinária do conceito de *Lex Fundamentalis*, nos séculos XII e XIII (HORTA, 1999, p. 119).

Oportunamente, cabe considerar que apesar de tais transformações históricas serem relevantes no tocante à construção de uma nova forma de ver a constituição, foram as Revoluções Liberais ocorridas na Inglaterra (1688), nos Estados Unidos (1776) e na França (1789) que tiveram caráter imprescindível para o surgimento do constitucionalismo moderno vinculado à ideia de uma Constituição escrita, dotada de uma norma jurídica suprema capaz de limitar e vincular todos os órgãos do poder político, bem como à construção do Estado de Direito que tivesse previsão dos direitos fundamentais.

A despeito de cada Estado possuir características que ora se aproximam, ora se distanciam, uma das características do Estado Moderno é a de possuir um ordenamento jurídico, onde a Constituição seja a lei maior e de onde as demais normas dever derivar. Fazendo uso das palavras de Mochi (2009),

cada cidade possuía uma estrutura própria para a administração de seus interesses, e mesmo que de forma limitada, constituía o seu próprio corpo de leis, estabelecendo as condições mínimas, mas suficientes, para garantir a coesão social e jurídica dos seus cidadãos (MOCHI, 2009, p. 2-3).

O constitucionalismo não apenas evidencia o relevante papel da Constituição para um determinado Estado, mas dá início ao Estado de direito, cujos poderes são regulados por normas legais a fim de evitar o uso arbitrário do poder estatal.

Desta feita, enquanto o Estado de Direito era dotado de uma concepção eminentemente liberal, trazendo a função de garantir a liberdade, a propriedade, a segurança e a paz, o constitucionalismo passou a ser convencionado como a melhor forma de organização desse Estado de Direito, um modelo a ser seguido, já que pregava a necessidade de uma Constituição para se estabelecer as varias funções denominadas *poderes de Estado*, ou seja, uma limitação do poder do Estado pelo direito.

Segundo Bonavides (2004):

Antes, porém, que a realidade contradissesse aquele majestoso sistema de idéias ou pusesse abaixo aquele esboço otimista de organização social, em que a razão humana anunciava, no plano teórico, a obra de perfectibilidade das instituições, tudo levava a crer no triunfo dos esquemas de técnica constitucional do liberalismo. Um desses esquemas foi o da divisão dos poderes [...] (BONAVIDES, 2004, p. 71-72).

Tendo em vista que os monarcas absolutos detinham o controle do comércio, em detrimento da burguesia, a propriedade passou a ser tida como um direito natural. Assim, o Estado Liberal tinha a concepção de que o Estado não deveria intervir sobre os assuntos econômicos, bem como na vida social. A partir de então, o Estado passa a proteger a propriedade pelo uso da força, garantindo as condições de produção.

De acordo com Schincariol (2008):

A constituição estabelecia somente a estrutura básica do Estado proclamando na relação indivíduo-Estado a essência dos direitos fundamentais, os chamados direitos da liberdade – capacidade civil e política dos governados (SCHINCARIOL, 2008, p. 19).

Destarte, o Estado Liberal cria os chamados direitos de primeira dimensão dotados, exclusivamente, de cunho individualista. Com o objetivo de proteger as pessoas do poder estatal, houve o que a doutrina denomina de direito de caráter “negativo”, uma vez que ao Estado era defeso a ingerência nas relações sociais e individuais, uma vez que os súditos, agora reconhecidos como cidadãos, eram detentores de direitos tutelados pelo Estado.

Apesar de todas as promessas, o constitucionalismo liberal não triunfou. As transformações sociais, como o aumento da classe operária e a criação de sindicatos, trazidas com a industrialização, além da instabilidade provocada pela Primeira Guerra Mundial colocaram em evidência as desigualdades sociais, resultando na defesa da frase “*liberdade que oprimia, intervenção que libertaria*” (BRITTO, 1982, pág. 19).

Na realidade, o homem passou a necessitar do Estado diante dos graves problemas socioeconômicos que os oprimia. A presença do Estado tornou-se fundamental para propriedade e o controle dos meios de produção. Dessa forma, a partir dessas mudanças, não se buscava a igualdade somente perante a lei, mas a sociedade ansiava por igualdade social e econômica.

Sem dúvida, outros ventos sopraram construindo um clima propício à difusão de novas ideias. Era chegado o momento do Estado de Direito se renovar. Desse modo, o Estado Social de Direito voltado a promover melhores condições de vida à população, entra em cena passando a tutelar os direitos fundamentais de que os homens são titulares.

2.3 O Estado Social e os Direitos de Segunda Dimensão

Não obstante, conciliar as teorias do estado Liberal em crise com as ideias do Estado Social em ascensão, não foi tarefa simples. Mas, de acordo com Pinheiro (2006), o embate teórico encontrou na Constituição Mexicana (1917) e na Constituição da República de Weimar (1919), o equilíbrio, uma vez que ambas buscaram proteção constitucional aos direitos sociais, como a saúde, a educação e os serviços de assistência social, mas continuaram preservando e ampliando o conteúdo das liberdades públicas já alcançadas.

Sob esse viés, as constituições do estado Social de Direito foram marcadas pela consagração dos direitos positivos. Assim, o Estado como promovente da justiça social passou a alargar o leque de competências administrativas, como, por exemplo, a prestação de mais serviços públicos e a exploração direta da atividade econômica, a fim de diminuir as

desigualdades sociais. Além disso, foram impostas diretrizes e deveres aos Estados para que estes possibilitassem um nível de dignidade como pressuposto do exercício da liberdade.

O economista John Maynard Keynes se destacou na fundamentação do Estado social, uma vez que defendia um Estado intervencionista, que não deveria controlar todos os meios de produção, mas apenas interferir com objetivo de garantir à população condições mínimas de vida.

Em suma, no Estado Social, encontram-se os Direitos denominados de segunda dimensão, por meio do qual o Estado visa assegurar a igualdade de oportunidade e de acesso. Nesse momento, os chamados direitos positivos ganham força, em detrimento dos direitos negativos, ou seja, o Estado não mais se abstém de participar das relações individuais e intersociais, ao contrário, passam a ser necessárias ações comissivas para garantir a dignidade da pessoa humana e a justiça social.

Todavia, um dos grandes problemas dos direitos fundamentais sociais era a sua efetivação, sobretudo, pela falta de meios, de recursos e até por entraves políticos.

Ademais, o fim da Segunda Guerra Mundial e as respectivas barbaridades provocadas pelos regimes totalitários fez com que o Estado Social de Direito passasse a ser questionado. Além disso, o mundo estava claramente dividido em blocos, de um lado, países desenvolvidos e de outro, países subdesenvolvidos fazendo as desigualdades sociais saltarem aos olhos.

2.4 O Estado Democrático de Direito e os Direitos de Terceira Dimensão

Na segunda metade do século XX, em meio a tantas mudanças e a reivindicações, efeitos da Segunda Guerra Mundial, uma nova forma de pensar a Constituição vai se consolidando, ao mesmo tempo em que um novo paradigma jurídico vai sendo construído, qual seja, o Estado Democrático de Direito.

Nessa perspectiva, segundo Barroso (2011):

a aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: estado democrático de direito, estado constitucional de direito [...] (BARROSO, 2011, p.01).

Indo além das nomenclaturas ou da esfera terminológica, o Estado democrático de Direito tem na Constituição o instrumento capaz de viabilizar a correção das desigualdades, a

diminuição das injustiças sociais, bem como a capacidade de proteger os direitos à igualdade, à liberdade, à justiça e à solidariedade a fim de assegurar, juridicamente, as condições mínimas e dignas de vida ao indivíduo.

Nesse sentido, a democracia vinculada ao Estado de Direito abraça a igualdade, a liberdade e legitima o poder. De modo que nos países democráticos, a Constituição deve representar e ser a expressão da vontade geral, em detrimento da vontade particular, ou seja, no princípio da soberania popular o povo participa na construção da vontade do Estado. Dessa maneira, a democracia por meio das leis passou não apenas a ampliar direitos já existentes, mas a criar novos direitos.

De acordo com Moraes (2014),

o Estado Democrático de Direito submete-se ao império da lei, mas da lei que assegura o princípio da igualdade não somente diante da generalidade de seus preceitos como também diante das desigualdades sociais existentes (MORAES, 2014, p. 11).

Se antes a Lei e o Princípio da Legalidade eram norteadores da teoria jurídica e da legitimação do Direito, agora com o constitucionalismo contemporâneo, a Constituição passa a ocupar uma posição central do sistema jurídico.

Desse modo, a Carta Magna seria essa lei de instância superior capaz de implementar, proteger e garantir os direitos contra o arbítrio político, o arbítrio socioeconômico e, sobretudo, em favor da contenção do estado de beligerância. Nessa quadra de exposição, *a constituição incorpora um denso conteúdo normativo, composto de valores, princípios, direitos fundamentais e diretrizes aos poderes públicos* (MARTINS, 2008, pág. 18).

Nessa esteira, os direitos fundamentais de terceira dimensão surgem com necessidade de tutelar os direitos de titularidade difusa ou coletiva, ou seja, passa a existir uma implicação mais universal. Por isso, essa dimensão também é conhecida como os *direitos de solidariedade ou fraternidade* e exigem para o seu cumprimento e efetivação um esforço de toda a coletividade. Dentre os direitos de terceira dimensão, os mais citados são o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade de vida, à autodeterminação dos povos e ao meio ambiente, de modo que a humanidade se torna o sujeito de tais direitos e o princípio da dignidade da pessoa humana¹ a referência unificadora e basilar dos direitos fundamentais.

¹Para Martins (2008, pág. 59), o princípio da dignidade da pessoa humana “significa a elevação do ser humano ao patamar mais alto das considerações, com a finalidade de impedir a sua degradação e a sua redução a um mero objeto de manipulação. Compreende a proteção e a promoção das condições fundamentais para uma vida

É relevante lembrar que, diante de um leque de influências, alguns documentos foram precursores para a consolidação dos direitos fundamentais de terceira dimensão, dentre eles, a Carta das Nações Unidas, em 1945, pois foi essencial em favor da paz social e também ao respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, assim como a Declaração dos Direitos Humanos e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, uma vez que por meio deles foi possível desenvolver a ideia do que se entende hodiernamente sobre direitos humanos. Mais que isso, viabilizou a previsão e a reconhecimento dos direitos fundamentais na seara constitucional e no âmbito internacional.

Indubitavelmente para se entender o deslocamento para um eixo central traçado pela constituição, bem como as mudanças porque passaram os direitos fundamentais, é preciso conhecer um pouco das tramas históricas e, claro, entender que os anseios de uma dada época levam seus contemporâneos a construir significados que lhe são próprios. Por essa razão, discorrer sobre a evolução da constituição, dos direitos fundamentais e de suas respectivas dimensões não é falar apenas de rupturas, ao contrário, na maioria das vezes, direitos gestados em uma dimensão ganham amplitude em outra dimensão. As dimensões convivem entre si, ou seja, uma dimensão não substituiu a outra, antes há uma complementaridade.

Segundo Bobbio (1992),

os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (...) o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas. (BOBBIO, 1992, pág. 05)

Nessa perspectiva, os direitos de terceira dimensão² ainda hoje se constroem, ou seja, estão incorporados à Constituição, porém estão inacabados, justo por serem frutos de construções históricas.

Silva (2003) aduz que:

adequada, o respeito à igualdade entre os indivíduos, a garantia da independência e de sua autonomia, a coibição de qualquer obstáculo que impeça o desenvolvimento do potencial de sua personalidade [...]”.

² Alguns autores, como Sarlet (2009) e Bonavides (2002) apontam para a existência de uma quarta e uma quinta dimensão dos direitos fundamentais. Bobbio (1992), por exemplo, associa a quarta dimensão à engenharia genética, já Bonavides (2004) leciona que essa geração corresponde à democracia, ao pluralismo e à informação e que a quinta corresponderia à paz. De acordo com o que foi abordado anteriormente, esses direitos são contingentes e o caminhar da história é incerto, logo, a sua consolidação e consagração será construída ao longo do século. Decerto, em um futuro próximo terão várias obras a respeito.

a Constituição em um Estado Democrático de Direito tem duas funções principais. Em primeiro lugar, compete a ela veicular consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, e que não devem poder ser afetados por maiorias políticas ocasionais. [...] Em segundo lugar, cabe à Constituição garantir o espaço próprio do pluralismo político, assegurando o funcionamento adequado dos mecanismos democráticos (SILVA, 2003, p. 121-122).

O Constitucionalismo contemporâneo, ou neoconstitucionalismo como falam alguns autores³, surgiu após a desastrosa Segunda Guerra Mundial, com a preocupação nunca vista antes de proteger os direitos fundamentais e a necessidade de reformular o conceito de Constituição, de maneira a não mais admitir como legítima a ação estatal que fragilizasse a dignidade da pessoa humana e outros valores como a justiça a paz social, ainda que supostamente amparada na lei. A ordem é que nenhum ordenamento jurídico, por mais democrático que se intitule, viole os direitos fundamentais, desrespeite o postulado da dignidade humana, considerado valor universal pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Para Sarmiento (2009):

A percepção de que as maiorias políticas podem perpetrar ou acumpliciar-se com a barbárie, como ocorrera de forma exemplar no nazismo alemão, levou as novas constituições a criarem ou fortalecerem a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador (SARMENTO, 2009, p. 14).

Nesta senda, algumas Constituições são exemplos desse constitucionalismo contemporâneo como é o caso da Itália (1947), da Alemanha (1949), de Portugal (1976), da

³Nesse texto não se tem pretensão de fazer uma discussão ou evolução a respeito do constitucionalismo contemporâneo, mas tão somente incitar a curiosidade, para que o leitor ávido por conhecimento possa buscar outras leituras. Desta feita, para saber mais sobre neoconstitucionalismo e suas possíveis críticas ler:

AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo e superação do positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Org.). **Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?** São Paulo: Método, 2007.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: Entre a ciência do direito e o direito da ciência. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM. Gustavo. **Vinte anos da Constituição Federal de 1988.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **A constitucionalização do direito.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo Judiciário.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição.** São Paulo: Método, 2008.

Espanha (1978) e do Brasil (1988). Indubitavelmente, em cada país esse processo foi dotado de peculiaridades e também de pontos que se aproximavam, dentre eles, a mudança no significado da constituição, que agora começava a ser vista como um conjunto de normas vinculantes, ou seja, dotadas de aplicabilidade.

A partir dessas considerações preliminares, pode-se inferir que quando o assunto é constitucionalismo contemporâneo as discussões, os conceitos e as reflexões são densas e de diferentes vieses. No entanto, apesar de possuírem diferentes visões, o Doutrinador Italiano Riccardo Guastini (2007) e dos brasileiros Walber de Moura Agra (2007) e Luís Roberto Barroso (2007), não negam a existência de um rol de direitos fundamentais, bem como dos princípios de caráter normativo e, sobretudo, da força normativa constitucional⁴.

O constitucionalismo contemporâneo prevê a constituição como um conjunto de normas vinculantes, ou seja, é dotada de aplicabilidade e obriga os seus destinatários. Percebe-se, portanto, que a *Magna Carta* é imprescindível para a sobrevivência do estado de direito. Logo, seu campo de atuação não pode ficar somente na esfera normativa. Na realidade, existe a necessidade de fazer com que a constituição incida na vida das pessoas transformando a sua realidade social. Nesse caso, é imprescindível que normatividade e efetividade caminhem juntas. A partir desse crivo, a Constituição passou de mera carta ideológica, para a extensão máxima de aplicabilidade normativa. Seguindo essa linha de pensamento, Barroso (1993) aduz que:

a efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto

⁴Para Guastini (2007), as condições para a constitucionalização do ordenamento são: (a) Previsão de uma Constituição Rígida; (b) Garantia jurisdicional da Constituição; (c) Força vinculante da Constituição; (d) Sobreinterpretação da Constituição; (e) Aplicação direta da Constituição; (f) Interpretação das leis conforme a Constituição; (g) Questões políticas sendo discutidas no âmbito judicial.

Segundo Agra (2007), “o neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático Social de Direito. Ele pode ser considerado como um movimento caudatário do pós-modernismo. Dentre suas principais características podem ser mencionadas: a) positividade e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; b) onipresença dos princípios e das regras; c) inovações hermenêuticas; d) densificação da força normativa do Estado; e) desenvolvimento da justiça distributiva”.

Na senda de Barroso (2007), o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito (BARROSO, 2007, p. 216)

possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social (BARROSO, 1993, 79).

As normas constitucionais, sem dúvida conquistaram o status pleno de normas jurídicas. Longe de serem meras promessas, são dotadas de imperatividade e aplicabilidade imediata em todas as situações que contemplam.

Diante dessa análise sumariada sobre a evolução constitucional, bem como, sobre o constitucionalismo e a efetividade dos Direitos Fundamentais, faz-se necessário analisar, em âmbito nacional, sobretudo, a partir da Constituição de 1988, a efetivação dos direitos fundamentais, em especial o direito à saúde, tema do segundo capítulo.

3. A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

3.1 Considerações acerca dos Direitos Fundamentais no Brasil

Após a Segunda Guerra Mundial, o Ocidente passou por inúmeras mudanças, inclusive por um processo de reconstitucionalização⁵ que aproximou as ideias de democracia e de constitucionalismo. Tais acontecimentos motivaram uma maior proteção aos Direitos Humanos e fizeram com que novos direitos fundamentais surgissem, como forma de garantir o fim precípua que é a dignidade da pessoa humana⁶.

O Brasil, por sua vez, não ficou imune às mudanças, além dos acontecimentos internacionais, no plano interno o país estava saindo de um período ditatorial que durou cerca de vinte e um anos. Assim, a partir da década de 80, o Brasil começava a dar os primeiros passos rumo à revitalização dos valores democráticos. Simultaneamente as discussões no que concerne ao constitucionalismo e aos direitos e garantias individuais ganharam espaço⁷.

Destarte, promulgada em 05 de outubro de 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil inaugurou o Estado Democrático de Direito trazendo como fundamento de seu ordenamento jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana⁸ e, como meio de efetivá-lo, consagrou um leque de direitos fundamentais⁹.

O professor Sarlet (2011), leciona que:

⁵Luis Roberto Barroso (2005, pág. 2) aduz que esse novo paradigma pode ser identificado historicamente a partir da “reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX”.

⁶ Walber Agra (2007) ressalta que a concepção empregada pela Constituição de 1988 parte do pressuposto de que todos os homens possuem a mesma natureza, sendo dotados, assim, de idêntico valor, independente de sua posição social, econômica, cultural ou racial, devendo, portanto, ter a sua dignidade assegurada (AGRA, 2007, p. 92).

⁷Constitucionalismo significa Estado de direito, poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. Democracia, por sua vez, traduz a ideia de soberania popular, governo do povo, vontade da maioria. O constitucionalismo democrático, assim, é uma fórmula política baseada no respeito aos direitos fundamentais e no autogoverno popular. (BARROSO, Luis Roberto. **O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto.** Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf> acesso em: 23 de março de 2016.

⁸A Constituição pátria, acolheu a dignidade da pessoa humana como um fundamento da República Federativa Brasileira (art. 1º, III), como um princípio fundamental (incluído no Título I) e um direito fundamental (art. 5º, III).

⁹Os direitos fundamentais estão previstos na Constituição Federativa do Brasil de 1988. Em seu Título II, os Direitos e Garantias Fundamentais são subdivididos em cinco capítulos: a) Direitos individuais e coletivos; b) Direitos sociais; c) Direitos de nacionalidade; d) Direitos políticos; e) Direitos relacionados à existência, organização e à participação em partidos políticos.

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida (SARLET, 2011, p. 73).

Ao passo que o homem, na sua exclusiva condição humana, começou a ser percebido como o detentor de direitos reconhecidos e tutelados pelo Estado, o princípio da dignidade da pessoa humana foi ocupando o centro de discussões e reflexões jus-filosóficas e políticas. Além disso, o constitucionalismo contemporâneo oferecia terreno fértil para que tais discussões se tornassem frutíferas, já que por meio dele, a Constituição passou a ser reconhecida como um sistema permeado por regras, princípios, valores jurídicos e morais. Dessa maneira, o princípio da dignidade da pessoa humana passou a ser o núcleo do nosso sistema normativo e está vinculado à concretização dos direitos fundamentais.

Conceitualmente, na esteira dos ensinamentos de Moraes (2014), pode-se afirmar que os direitos fundamentais são um conjunto de direitos e garantias que visam consagrar a proteção da dignidade da pessoa humana, resguardando a sociedade e cada indivíduo do domínio estatal. São, ainda, inalienáveis, imprescritíveis, irrenunciáveis e históricos¹⁰.

Cabe destacar que para José Afonso da Silva (2003) e Ingo Sarlet (2006), dentre outros, os direitos fundamentais não deixam de ser direitos humanos, no entanto, aqueles são positivados internamente pela constituição de cada país de forma implícita ou explícita, enquanto os direitos humanos fazem parte de uma sociedade internacional, cujo ordenamento está inserido no Direito Internacional Público e como tal leva em consideração o posicionamento dos seus sujeitos. Nesse sentido, entende-se que a saúde é um direito fundamental e um direito humano essencial à vida, além de ser um bem jurídico tutelado pela constituição através de inúmeros dispositivos¹¹. Conquanto, ao acionar esses dispositivos que protegem a vida através do texto constitucional, o Estado também se compromete a assegurar

¹⁰ **Historicidade:** como qualquer direito, são eles históricos, pois que nascem, modificam-se e desaparecem. Surgiram com a revolução burguesa e ampliaram-se com o passar dos tempos; **Inalienabilidade:** são direitos indisponíveis porque não têm conteúdo econômico-patrimonial; **Imprescritibilidade:** não prescrevem, ou seja, nunca deixam de ser exigíveis por intercorrência temporal do seu não exercício. O exercício de grande parte dos direitos fundamentais ocorre pelo simples fato de existirem e serem reconhecidos na Constituição; **Irrenunciabilidade:** não se pode renunciar aos direitos fundamentais. Pode-se deixar de exercê-los, mas nunca renunciá-los (MASCARENHAS, 2010, p.27).

¹¹ O artigo 1º, III; o artigo 5º, *caput* e incisos III, artigo XLIV e XLVII alíneas “a”, “c” e “e”.

a saúde¹² dos indivíduos. Igualmente, ao tutelar o direito à saúde, o Estado garante o direito à vida.

Nesse diapasão, os direitos fundamentais são dotados de efetividade e de eficácia, o Estado, por sua vez, tem a tarefa não só de defendê-los e de oferecer condições para que sejam realizados, mas impedir ações que tentem reduzir a sua proteção¹³.

Segundo o constitucionalista português Canotilho (2010),

a positivação de direitos fundamentais significa a ‘incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados “naturais” e “inalienáveis” do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de fundamental *rights* colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem esta positivação jurídica, os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional. (CANOTILHO, 2010, p. 347-348)

Dessa maneira, o legislador constituinte por meio da Magna Carta de 1988¹⁴, buscou proteger os direitos fundamentais para garantir a sua concretização. Assim, seu art. 5º, §1º aduz que “as normas definidoras dos direitos fundamentais têm aplicação imediata”, já o art. 5º, § 2º, estabelece que o catálogo dos direitos fundamentais é meramente exemplificativo, com o seguinte texto: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Ademais, o art. 60, §4º, inc. IV, inclui os direitos e garantias individuais no rol de cláusulas pétreas, ao afirmar que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto

¹²A conceituação de saúde, feita no preâmbulo da Constituição da OMS, dos EUA em 1946, afirma: “Saúde é o completo bem estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou de enfermidade”. Já o direito à saúde é entendido como “o conjunto das regras aplicáveis às atividades cujo objeto seja restaurar a saúde humana, protegê-la e prevenir sua degradação” (DALLARI, 1995, p. 19).

¹³De acordo com os ensinamentos de José Afonso da Silva (2003) eficácia é a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas. Tratando-se de normas jurídicas, a eficácia consiste na capacidade de atingir os objetivos nela traduzidos, que vêm a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador. (...) O alcance dos objetivos da norma constitui a efetividade. (...) Uma norma pode ter eficácia jurídica sem ser socialmente eficaz, isto é, pode gerar efeitos jurídicos, como, por exemplo, o de revogar normas anteriores, e não ser efetivamente cumprida no plano social dos direitos fundamentais é na constituição.

¹⁴Sobre os Direitos Fundamentais, antes da Constituição de 1988, tem-se: “No Brasil, a Carta de 1824 referia-se aos direitos políticos e individuais (art. 179); a Lei Magna de 1891 continha simplesmente uma declaração de direitos; a de 1934, uma declaração de direitos (Título III) que compreendia um capítulo intitulado dos direitos e garantias individuais; a de 1937 possuía também um capítulo intitulado dos direitos e garantias individuais; a de 1946 repetia 1934 e continha uma declaração de direitos que incluía um capítulo intitulado dos direitos e garantias individuais. Nesta, o art. 141, §13, mencionava expressamente os direitos fundamentais do homem” (FERREIRA FILHO, 2010, p. 32).

direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais”.

Na Constituição de 1988, os direitos fundamentais estão divididos em cinco grupos: os direitos individuais (art. 5º), direitos à nacionalidade (art. 12), direitos políticos (art. 14 a 17), direitos sociais (art. 6º e 193 a 200.), direitos coletivos (art. 5º) e direitos solidários (art. 3º e 225). Por uma questão didática far-se-á o recorte destacando um dos direitos fundamentais sociais prestacionais: a saúde¹⁵.

3.2 – A Saúde como Direito Fundamental Social

[...] todos os direitos sociais são fundamentais, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam eles sediados no Título II da CF (dos direitos e garantias fundamentais) ou dispersos pelo restante do texto constitucional ou mesmo que estejam (também expressa e/ou implicitamente) localizados nos tratados internacionais regularmente firmados e incorporados pelo Brasil (SARLET 2006, p. 560).

A Constituição Federal de 1988 consagrou os direitos sociais como direitos fundamentais de forma explícita, reconhecendo-lhes um capítulo próprio, inserido dentro do título “dos direitos e garantias fundamentais”. Na esteira de Silva (2003), os direitos sociais são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, que possibilitam por meio das normas constitucionais, melhores condições de vida aos mais fracos.

No que concerne à saúde, enquanto garantia constitucional, é imposto ao Estado a obrigação de formular e executar políticas econômicas e sociais, além de prestar serviços de saúde pública, fornecer medicamentos, promover a valorização da saúde, dentre outras coisas, a fim de garantir a prevenção, a recuperação e o bem-estar da coletividade, conforme preceitua o artigo 196, da Constituição Federal de 1988:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

¹⁵De acordo com o “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”.

Analisando o artigo supra, é perceptível que o direito à saúde, não é apenas o acesso à medicina curativa, mas também viabilizar condições de uma saúde física e mental aos indivíduos, com esclarecimentos, conscientização e educação da população para prevenir doenças, bem como, alimentação saudável, saneamento básico, enfim, as condições necessárias para uma sobrevivência digna e saudável.

Desse modo, a Lei n.º 8.080/90, ou seja, a legislação do SUS em seus artigos 2º e 3º dispõe:

Art. 2º - A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º - O dever do Estado de garantir a saúde consiste na reformulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

Art. 3º A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País. Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

De acordo com Ordacgy (2009), o direito à saúde e o direito à vida são inseparáveis:

A saúde encontra-se entre os bens intangíveis mais preciosos do ser humano, digna de receber a tutela protetiva estatal, porque se consubstancia em característica indissociável do direito à vida. Dessa forma, a atenção à saúde constitui um direito de todo cidadão e um dever do Estado, devendo estar plenamente integrada às políticas públicas governamentais. Em outras palavras, a saúde é direito social fundamental, a ser exercido pelo Estado (e não contra o Estado), através da implementação de políticas públicas e sociais que propiciem seu gozo efetivo (ORDACGY, 2009, p.01).

A saúde como direito fundamental social foi estendida a todos, a partir da promulgação da Magna Carta. Os serviços de saúde são de competência dos entes públicos, mas a iniciativa privada também poderá exercê-los desde que de forma complementar¹⁶.

¹⁶ Saúde complementar deve ser compreendida, assim, por meio das ações e serviços de saúde que, embora sejam prestadas por pessoas jurídicas de direito privado, são consideradas ações e serviços públicos de saúde em razão da existência de uma relação jurídica específica, concretizada por contratos ou convênios firmados entre essas pessoas jurídicas e a União, os Estados ou os Municípios. Tal relação jurídica possui suas balizas legais

Dessa forma, a saúde pública é estruturada em um Sistema Único de Saúde (SUS). Assim, além dos artigos constitucionais 198, 199 e 200¹⁷ que norteiam e instituem os princípios e diretrizes balizadores do Sistema Único de Saúde (SUS)¹⁸, no plano infraconstitucional, a lei 8.080/90¹⁹ regulamentou tais dispositivos.

Nessa perspectiva, o SUS é um sistema que pertence à rede pública de saúde. Para Barroso (2016, p. 16), o SUS é concebido como o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta.

A própria lei 8.080/90, chamada de Lei Orgânica da Saúde (LOS), estabelece em seu art. 7º um rol exemplificativo de princípios que devem servir de base para as ações e serviços públicos de saúde, bem como os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde²⁰. Dentre esses princípios é possível elencar a universalidade, a equidade, a integralidade e a descentralização.

A partir de tais princípios a saúde passa a ser vista como um direito comum a todos, um direito universal cujo acesso deve acontecer de forma igualitária, sem exclusão de pessoas e sem quaisquer pré-requisitos, respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana, mas também ajustando possíveis diferenças por meio do princípio da integralidade, onde cada indivíduo é compreendido em sua totalidade, considerando os aspectos biológicos,

traçadas pelo art. 199 da Constituição Federal e pelos artigos 24 a 26 da Lei 8.080/90. Assim, desde que tenham seus limites definidos, a iniciativa privada pode dar assistência à população.

¹⁷O direito à saúde é tratado em diversos artigos de nossa Constituição, como os artigos 5º, 6º, 7º, 21, 22, 23, 24, 30, 127, 129, 133, 134, 170, 182, 184, 194, 195, entre outros.

¹⁸Sob os ensinamentos de Barroso (2016), do “ponto de vista federativo, a Constituição atribuiu competência para legislar sobre proteção e defesa da saúde concorrentemente à União, aos Estados e aos Municípios (CF/88, art. 24, XII, e 30, II). À União cabe o estabelecimento de normas gerais (art. 24, § 1º); aos Estados, suplementar a legislação federal (art. 24, § 2º); e aos Municípios, legislar sobre os assuntos de interesse local, podendo igualmente suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber” (art. 30, I e II) (DALLARI, 1989, p. 92 apud BARROSO, 2016, p. 15).

¹⁹Outras leis infraconstitucionais foram promulgadas como a Lei 8.142/90, a Lei nº 01/2002 (NOAS-SUS 01/02) e a Portaria nº 3.916/98, do Ministério da Saúde.

²⁰Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; II - integralidade de assistência, entendida como um conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema; III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde; VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e sua utilização pelo usuário; VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática; VIII - participação da comunidade; IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo: a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios; b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde; X - integração, em nível executivo, das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico; XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na prestação de serviços de assistência à saúde da população; XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

sociológicos e socioculturais, objetivando assim, garantir a saúde e oferecendo o acesso aos seus serviços de forma integral a todos que deles necessitarem. Cumpre acentuar ainda que o SUS é formado por órgãos descentralizados, o que permite a participação da sociedade.

Noutro passo, para a realização ideal dos princípios supramencionados e para a efetivação do direito fundamental social à saúde existem entraves.

3.3 – Na Efetivação do Direito à Saúde: a Reserva do Possível *versus* o Mínimo Existencial

Pompeu (2005), afirma que:

os textos constitucionais não mais se limitam a regulamentar as características do estado, a separação de poderes, e a inibir a sua ação contra os direitos individuais. As constituições hodiernamente são dirigentes, visam a modificar a realidade, transformá-la, obrigando o Estado a tomar certas decisões que viabilizem os direitos sociais e que garantam aos cidadãos meios de acesso a uma vida mais justa e igualitária (POMPEU, 2005, p. 111).

Os direitos fundamentais sociais são aqueles garantidos constitucionalmente, fornecidos por meio de prestações do Estado, que visam garantir uma condição de vida digna a todos os membros da coletividade. No entanto, mesmo sendo um direito fundamental intimamente ligado ao direito à vida, com previsão e garantia constitucional, o direito a saúde sofre limitações.

Para Bobbio (1992, p. 24), o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.

É cediço que para os direitos sociais, a exemplo da saúde, serem efetivados, necessita-se de recursos financeiros e o Estado alega, na maioria das vezes, impossibilidade financeira de atender essas demandas, tendo em vista que em alguns casos, os tratamentos e medicamentos são de alto custo. Mas, de acordo com Davies (2013),

essa constatação, que pode parecer óbvia a economistas e administradores de saúde acostumados a lidar com escassez de recursos, não é facilmente compreendida pelo público em geral e pelos profissionais do direito em particular. Para estes, prevalece a ideia culturalmente arraigada de que saúde não tem preço, sendo mesmo uma espécie de ofensa abordar aspectos financeiros quando o que está em jogo é a saúde e a própria vida. Esta postura – compreensível, mas fundamentalmente insustentável – é combinada no Brasil com a opinião consolidada de que os recursos públicos são sempre

mal aplicados e frequentemente desviados por corrupção. Nesse clima, fica a sensação de que o problema da saúde e de outros programas sociais não é a escassez de recursos, mas sim sua utilização inadequada (FERRAZ, VIEIRA, 2009, *apud* DAVIES, 2013, p. 12).

É razoável dizer que todo direito enseja gastos. Saliente-se ainda que além da saúde, o Estado precisa garantir outros direitos sociais, tais como o direito à educação, à alimentação e à moradia.

Por outro lado, o argumento da indisponibilidade orçamentária de cada Estado não pode ser usado a fim de justificar abusos dos poderes constituídos frente aos direitos fundamentais. É nesse contexto de limites e possibilidades de aplicação dos direitos fundamentais sociais, onde residem as reflexões entre a reserva do possível e o mínimo existencial.

A teoria da Reserva do possível também é conhecida como o princípio da reserva da consistência ou como a reserva do financeiramente possível e ficou conhecida através da decisão do Tribunal Constitucional alemão, em 18 de julho de 1972²¹.

Em linhas gerais, aqui no Brasil²², a reserva do possível se baseia na capacidade financeira do Estado, ou seja, na existência de previsão orçamentária ou recursos públicos

²¹A Reserva do Possível surgiu em julgamento promovido pelo Tribunal Constitucional Alemão, em decisão conhecida como *Numerus Clausus* (número restrito). Naquele caso, o Tribunal Constitucional analisou demanda judicial proposta por estudantes que não haviam sido admitidos nas escolas de Medicina de Hamburgo e Munique, em face da limitação do número de vagas em cursos superiores adotada pelo país em 1960, com fundamento no art. 12 da Lei Fundamental alemã, que garantia a livre-escolha de trabalho, ofício ou profissão. Ao decidir a questão, a Corte alemã entendeu que o direito pleiteado, qual seja, o aumento do número de vagas na universidade, encontra limitação na Reserva do Possível, conceituada como o que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, sob pena de, em virtude das limitações de ordem econômica, comprometer a plena efetivação dos direitos sociais. Assim, a decisão foi que não seria razoável obrigar o Estado a disponibilizar o acesso a todos que pretendessem cursar Medicina, eis que essa exigência estaria acima de um limite social básico (SOUZA, 2013 p.02).

²²Diferente do Brasil, “No Tribunal Constitucional alemão residem, pelo menos, três dimensões de reconhecimento e de aplicação da reserva do possível [...]. A primeira delas é a dimensão negativa, que trata especificamente da razoabilidade da postulação. Neste plano, invoca-se a racionalidade advinda da sociabilidade do conviver plural em um Estado Social Democrático de Direito, bem como o reconhecimento da escassez de recursos [...] para se ponderar se o atendimento do pleito realizado pode ou não comprometer outras prestações ou direitos de interesse comum à sociedade. Se a concessão de determinado direito se mostrar demasiadamente onerosa, irrazoável ou desproporcional a ponto de violar direitos dos demais, esgotar os recursos existentes ou inviabilizar o atendimento de outras necessidades tão importantes quanto, ela deverá ser negada, resguardando-se a racionalidade [...]. Como segunda, tem-se a dimensão fática, que diz respeito à escassez de recursos quando o direito for postulado, simultaneamente, por número de pessoas superior ao dos recursos disponíveis ou se esse direito for solicitado em número superior ao dos recursos disponíveis, ainda que por uma pessoa, a escassez impedirá o atendimento pleno. Age, assim, a reserva do possível como limite do quanto conceder, ao tempo que, igualmente, rege limites ao como conceder. A terceira dimensão é a dimensão jurídica que trabalha com a indisponibilidade de recursos, cujos exemplos mais corriqueiros são afetos à lei orçamentária ou ao próprio orçamento. Diferentemente da falta de recursos, que é ligada a aspectos materiais de (in)existência destes, a indisponibilidade de recursos trabalha com a impossibilidade jurídica e com a capacidade jurídica de se dispor dos recursos existentes. É nesta dimensão que a escassez artificial de recursos aparece, máxime quando o administrador (ou legislador, ou juiz) decide que irá aplicar determinados recursos em uma situação e não em

disponíveis para efetivar os direitos fundamentais sociais. Tal disponibilidade situa-se na discricionariedade das decisões do legislativo e do executivo que deliberam quer seja sobre a destinação, quer seja sobre a aplicação do orçamento público²³. Insta frisar que esse poder discricionário é limitado pelas normas constitucionais. De forma alguma, significa que essa cláusula autorize o poder público a eximir-se de sua responsabilidade, mas apenas de fazer escolhas, estabelecer prioridades e critérios para um melhor direcionamento das políticas públicas.

É cediço que em algumas vezes, sem apresentar elementos comprobatórios, o Estado invocou a reserva do possível, alegando não possuir recursos suficientes para cumprir decisão judicial. No entanto, quando assim o fizer deve-se comprovar nos autos a sua insuficiência.

Na realidade, a reserva do possível não pode ser um óbice à efetivação de tais direitos, ao contrário o objetivo maior do Estado é de concretizar os direitos fundamentais sociais, já que são indispensáveis para uma vida digna. No entanto, quando isso não acontece por uma questão de limitação orçamentária, a reserva do possível deve servir como norte para as atividades judiciais a fim de que o magistrado reflita, pondere e tenha razoabilidade em suas escolhas e decisões de modo que encontre o equilíbrio para atender as demandas pleiteadas pelos necessitados da melhor forma possível sem colocar em risco o orçamento estatal.

Contudo, apesar de todas as justificativas para o uso recorrente da reserva do possível²⁴, esta não pode ser aplicada desrespeitando uma efetividade mínima dos direitos sociais. Veja o que o STF, na decisão prolatada pelo Ministro Celso de Mello na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 diz a respeito:

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele 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

outra, que acaba afetada, ou seja, a escassez é advinda de um movimento artificial, não natural, que, no caso, é a escolha do administrador (ou legislador, ou juiz)” (BOLESINA, 2012, pp 93 e 94).

²³ O art. 165 e seguintes da Constituição Federal preceitua que o orçamento público deve ser previsto em leis – plano plurianual, diretrizes orçamentárias e orçamentos anuais. Dessa forma, não existindo previsão orçamentária, não haverá capacidade jurídica de dispor do recurso para a realização daquele direito.

²⁴ Muitas vezes, a justificativa da escassez de recursos esconde outras causas como a corrupção, a lavagem de dinheiro e a improbidade administrativa. Infelizmente quem mais sofre é a população carente. De acordo com Leal (2013) [...] hospitais públicos deixam de atender pacientes na forma devida porque são desviados recursos da saúde para outras rubricas orçamentárias mais fáceis de serem manipuladas e desviadas como prática de suborno e defraudação; famílias em situação de pobreza e hipossuficiência material não podem se alimentar porque os recursos de programa sociais são desviados para setores corruptos do Estado e da Sociedade Civil [...] (LEAL, 2013, p.33).

condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (ADPF 45 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191).

Em outro momento, o Ministro Celso de Mello, no Recurso Extraordinário 393175/RS, reconheceu que:

[...] entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana (BRASIL. RE-AGR N. 393175/RS).

A limitação à efetivação dos direitos fundamentais sociais só pode ser justificada quando não violar o Mínimo Existencial da dignidade humana, ou seja, o Estado deve garantir as condições mínimas para que as pessoas vivam com dignidade.

Nesse sentido, o mínimo existencial é compreendido como um conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida digna e saudável. Para Barcellos (2002), o mínimo existencial corresponderia a “um elemento constitucional essencial, pelo qual se deve garantir um conjunto de necessidades básicas do indivíduo”, como alimentação, saúde, educação, acesso à justiça e assistência aos desamparados²⁵. Sem as prestações desse mínimo, não há dignidade da pessoa humana e muito menos uma efetivação dos direitos sociais. Ainda para a autora supracitada,

[...] uma fração do princípio da dignidade da pessoa humana, seu conteúdo mais essencial, está contida naquela esfera do consenso mínimo assegurada pela Constituição e transformada em matéria jurídica. É precisamente aqui que reside a eficácia jurídica positiva ou simétrica e o caráter de regra do princípio constitucional. Ou seja: a não realização dos efeitos compreendidos nesse mínimo constitui uma violação ao princípio constitucional, no tradicional esquema do “tudo ou nada”, podendo-se exigir judicialmente a

²⁵O mínimo existencial não se confunde ou se restringe aos direitos fundamentais sociais, ao contrário, aqueles estão relacionados a direitos mais abrangentes ligados não apenas ao âmbito social, mas ao econômico e ao cultural previstos na Constituição.

prestação equivalente. Não é possível ponderar um princípio, especialmente o da dignidade da pessoa humana, de forma irrestrita, ao ponto de não sobrar coisa alguma que lhe confira substância; também a ponderação tem limites” (BARCELLOS, 2002, p. 252).

É certo que na prática, principalmente aqui no Brasil, nem sempre condições dignas chegam à população de forma igualitária fazendo com que se espere ainda mais da atuação estatal a fim de assegurar as condições materiais mínimas de vida. No entanto, quando essas ações não acontecem, a garantia deve ser realizada por algumas atuações, entre elas, a Poder judiciário.

3.4 – A Judicialização da Saúde e a Divisão de Poderes

Hodiernamente, o Brasil apresenta dificuldades referentes ao atendimento de inúmeras demandas relacionadas à saúde. “Precariedade”, “descaso”, “ineficiência”, “burocracia” e “corrupção”, são palavras que usualmente são faladas em jornais, revistas, sites e até nas ruas para adjetivar a falta de qualidade no atendimento à saúde.

Diante da inércia estatal e de possíveis ilegalidades, inconstitucionalidades, abusos e desvios de poder, o Judiciário é chamado para atuar, ou seja, fiscalizar e/ou corrigir, bem como determinar o cumprimento de políticas sociais e econômicas estabelecidas pelo Sistema Único de Saúde, a fim de que a inviolabilidade do direito à saúde seja protegida. Essa intervenção jurisdicional lastreia-se no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, com previsão legal recepcionada pelo art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal²⁶.

Com o objetivo de assegurar o fornecimento de tratamentos, insumos ou medicamentos, essas inúmeras ações, individuais e coletivas, no âmbito da saúde trouxeram um crescente processo de judicialização²⁷ da saúde.

Para Barroso 2008,

judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e

²⁶ O art. 5º, inciso XXXV “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito”.

²⁷ Para saber mais sobre judicialização ver o texto: **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática** de Luís Roberto Barroso; **Da denominada judicialização da saúde: pontos e contrapontos** de Milton Augusto de Brito Nobre.

a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro (BARROSO, 2009, p. 03).

Desse modo, a judicialização da saúde está relacionada à busca cada vez maior pelo judiciário a fim de que este garanta aos cidadãos o acesso aos serviços de saúde e, dessa forma, possa concretizar as garantias constitucionais. Segundo o Fórum da Saúde em cumprimento à Resolução n. 107 do CNJ, até o ano de 2014 existiam 330.630 ações distribuídas pelos Tribunais de Justiça dos estados brasileiros, com exceção do TJ-PB que não informou a quantidade de processos.

Essa posição de destaque do Judiciário, principalmente nas questões que dizem respeito à saúde é alvo de intensos debates²⁸. Se de um lado, os cidadãos veem no judiciário uma forma de ter o seu direito satisfeito, por outro lado, o judiciário se sobrecarrega com tantas demandas e a celeridade tão desejada abre espaço para a morosidade. Além disso, existem também os críticos que apontam a interferência do poder judiciário na conduta do Executivo, como incabível, uma vez que feriria o princípio da separação de poderes.

Sem dúvida, os cidadãos veem no judiciário uma espécie de guardião de promessas, uma esperança no fim do túnel de que o seu direito será concretizado e suas expectativas realizadas. Falar de saúde ou de seu restabelecimento é muito delicado. De um lado estão os que necessitam sobreviver, que muitas vezes estão definhando, desesperados em busca de um tratamento especializado, de uma medicação, enfim, de cura. Em outra ponta está o poder público que afirmam ser preciso respeitar a alocação de recursos para às políticas públicas em detrimento das demandas emergenciais, já que estas fazem parte de um benefício individual sobrecarregando os cofres públicos e diminuindo verbas que seria destinado à coletividade.

Segundo Cambi (2009):

Confiar unicamente na concretização do interesse público, por parte dos administradores públicos, eleitos para isto, é fechar os olhos para a realidade brasileira marcada por inúmeros políticos despreparados, oportunistas, corruptos ou que fazem uso inadequado do dinheiro público (CAMBI, 2009, p. 245).

²⁸No Brasil, o marco da Judicialização na área da saúde ocorreu no início da década de 1990, quando começaram a ser pleiteados judicialmente medicamentos antirretrovirais para HIV/AIDS.

Nesse entreposto, entre cidadão e Estado, encontra-se o Poder Judiciário, o responsável por fazer com que os direitos fundamentais cheguem a todos. Nesse ponto reside um atrito. Sob uma perspectiva, pessoas clamam por socorro e depositam sua confiança e quicá, sua última esperança no judiciário. Noutra senda, existem as duras críticas quanto à interferência do judiciário, quando solicitado, nas escolhas Estatais.

É cediço que a escolha da execução de uma política pública é um ato discricionário da administração pública, ou seja, o administrador possui uma margem de conveniência e de oportunidade, desde que respeite o sistema normativo a que está submetido. Nesse caso, a Constituição ao mesmo tempo em que protege os direitos fundamentais, direciona as políticas públicas capazes de efetivá-los. Dessa maneira, deve existir uma compatibilidade entre as diretrizes do texto constitucional e essas políticas.

No entanto, em casos em que há omissão, negligência, desvio funcional e outros abusos, por parte dos administradores, cabe ao Judiciário a obrigação de intervir de forma a garantir que as políticas públicas e sociais sejam aplicadas e até definidas. Especialmente nos casos de saúde, afirma Gouvêa (2016) que, embora não se possa obter do Estado uma prestação determinada, pode-se exigir que ao menos alguma atitude, dentre as eficazes, seja tomada diante de certo problema de saúde.

A intervenção do Judiciário é uma forma de manter o Estado Democrático de Direito, com seus princípios e direitos fundamentais que, arduamente, lutou-se para conseguir. Nesse caso, não se pode alegar a separação de poderes para justificar desperdícios do dinheiro público e escolhas erradas.

Ainda sobre a atuação do Poder Judiciário exsurge o ativismo judicial que, por vezes, confunde-se com a judicialização. Nesse sentido, conforme conceitua Barroso (2009):

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vem, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não tem as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu alcance (BARROSO, 2009, p.21).

Assim, o ativismo judicial está associado a uma atividade mais intensa do Judiciário na efetivação dos valores e dos direitos fundamentais. No entanto, essa atuação também gera

críticas, dentre elas, está o argumento de que os membros do Judiciário não possuem legitimidade democrática para tomar decisões em nome de uma sociedade, uma vez que não foram eleitos pelo povo. Entretanto, não podemos olvidar que o Poder Judiciário possui a legitimidade prevista na constituição para proteger a democracia e os direitos fundamentais.

Outra crítica gira em torno da massificação das demandas individualizadas em detrimento das demandas coletivas. Por mais que aquelas demandas peçam a concretização dos direitos fundamentais sociais, os juízes acabam realizando uma micro-justiça, ao invés de uma macro-justiça, ou seja, suas decisões acabam tendo um alcance restrito, porém trazem descontrole para o sistema como um todo.

Uma terceira crítica se refere à falta de conhecimento técnico dos juízes para lidar com os diferentes tipos de políticas públicas e demais temas que envolvem a saúde e os direitos fundamentais sociais. Nessa perspectiva, para Sarmento (2012):

A realização dos direitos sociais pelo Estado dá-se através de políticas públicas, cuja elaboração e implementação dependem, para o seu êxito, do emprego de conhecimentos específicos. Os poderes Executivo e Legislativo (mais o primeiro do que o segundo) possuem em seus quadros pessoas com a necessária formação especializada para assessorá-los na tomada das complexas decisões requeridas nesta área, que freqüentemente envolvem aspectos técnicos, econômicos e políticos diversificados. O mesmo não ocorre no Judiciário. Os juízes não têm, em regra, tais conhecimentos especializados necessários, nem contam com uma estrutura de apoio adequada para avaliação das políticas públicas, o que se torna um elemento complicador no debate sobre a tutela judicial dos referidos direitos (SARMENTO, 2012, p.208).

Por outro lado e indo além das críticas, é cediço que se existisse um serviço público de melhor qualidade que garantisse os anseios da sociedade haveria menos necessidade de o judiciário intervir em questões de competência legislativa e executiva.

Desta feita, Cunha Júnior (2008) preleciona que:

em um Estado em que o povo carece de um padrão mínimo de prestações sociais para sobreviver, onde pululam cada vez mais cidadãos socialmente excluídos e onde quase meio milhão de crianças são expostas ao trabalho escravo, enquanto seus pais sequer encontram trabalho e permanecem escravos de um sistema que não lhes garante a mínima dignidade, os direitos sociais não podem ficar reféns de condicionamentos do tipo reserva do possível. Não se trata de desconsiderar que o Direito não tem a capacidade de gerar recursos materiais para sua efetivação. Tampouco negar que apenas se pode buscar algo onde este algo existe. Não é este o caso, pois aquele “algo” existe e sempre existirá, só que não se encontra – este sim é o caso – devidamente distribuído! Cuida-se, aqui, de se permitir ao Poder Judiciário,

na atividade de controle das omissões do poder público, determinar uma redistribuição dos recursos públicos existentes, retirando-os de outras áreas (fomento econômico a empresas concessionárias ou permissionárias mal administradas; serviço da dívida; mordomias no tratamento de certas autoridades políticas, como jatinhos, palácios residenciais, festas pomposas, seguranças desnecessários, carros de luxo blindados, comitivas desnecessárias em viagens internacionais, pagamento de diárias excessivas, manutenção de mordomias a ex-Presidentes da República; gasto em publicidade, etc) para destiná-los ao atendimento das necessidades vitais do homem, dotando-o das condições mínimas de existência (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 713).

Ex positis, depreende-se que o juiz em suas decisões deve primar pelos direitos fundamentais, pelo mínimo existencial e pela vida. Decisões difíceis quando são limitadas pela reserva do possível, mas à luz do caso concreto, com razoabilidade e proporcionalidade, é possível ponderar e fazer as melhores escolhas.

No entanto, o Poder Judiciário não age sozinho, existem outras instituições que garantem o acesso à justiça e conseqüentemente, auxiliam na efetivação do direito à saúde, são elas: a Advocacia Privada, a Defensoria Pública e o Ministério Público. Por escolha metodológica, o recorte temático/textual será pautado na atuação dessa última instituição, mais precisamente, o objeto de estudo será os instrumentos de atuação do *parquet* na garantia do direito à saúde.

4 O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

4.1 O acesso à justiça como Garantia Constitucional

A partir da Constituição de 1988, o acesso à justiça tornou-se uma garantia constitucional insculpida no artigo 5º, incisos XXXV - *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito* e LXXVIII - “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” –, incluído pelo EC 45/2004).

Destarte, de acordo com Cappelletti (1988):

A expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado que, primeiro deve ser realmente acessível a todos, segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p.04).

Dessa maneira, para garantir direitos é fundamental o acesso à justiça. Nesse sentido, hodiernamente, o Brasil é dotado de um Poder Judiciário independente para tomar decisões legais, que procura se adequar à realidade a fim de solucionar diferentes litígios como é caso das varas especializadas²⁹, além dos juizados especiais³⁰ e o Conselho Nacional de Justiça³¹.

Outra instituição jurídica estatal igualmente importante é a Defensoria Pública que tem o papel constitucional de prestar a assistência jurídica pública, integral e gratuita aos hipossuficientes.

Em seu artigo 134, a Constituição Federal estabelece que a Defensoria Pública é uma instituição essencial para garantir a todas as pessoas, em condição de igualdade, o acesso à

²⁹ Inclusive, segundo a recomendação de nº 43 de 20/08/2013, “recomenda aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais que promovam a especialização de Varas para processar e julgar ações que tenham por objeto o direito à saúde pública e para priorizar o julgamento dos processos relativos à saúde suplementar. (Disponível em <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=1823>)

³⁰ Os juizados especiais são um importante meio de acesso à justiça, pois permitem que cidadãos busquem soluções para seus conflitos cotidianos de forma rápida, eficiente e gratuita. Eles são órgãos do Poder Judiciário, disciplinados pela Lei n.º 9.099/95. Leis estaduais criam e regulamentam em cada unidade da federação esses órgãos e, âmbito Federal, a Lei n.º 10.259/01. (Disponível em <http://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/juizados-especiais>)

³¹ O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é uma instituição pública que visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual. Missão do CNJ - Contribuir para que a prestação jurisdicional seja realizada com moralidade, eficiência e efetividade em benefício da Sociedade. Visão do CNJ-Ser um instrumento efetivo do Poder Judiciário. (Disponível em <http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos-visitas-e-contatos>)

Justiça. Mas a sua função não se limita a assistência jurídica gratuita, ela também possui o condão de buscar a efetivação dos direitos sociais de modo que a coletividade seja beneficiada, além de zelar para que o Estado cumpra o que ele mesmo se propôs a realizar, principalmente quando a pauta refere-se ao tema, políticas públicas³².

A terceira instituição essencial à função jurisdicional do Estado e ao acesso à justiça é o Ministério Público, cujas atribuições versam em torno da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme preceitua o artigo 127 da Constituição Federal³³.

De modo geral, as instituições³⁴ supramencionadas atuam na garantia do acesso à justiça, na proteção dos direitos fundamentais e, claro, na tutela do direito à saúde.

No entanto, o acesso à justiça também possui obstáculos. Nem sempre o acesso ao judiciário quer dizer acesso à justiça. Atualmente existe uma sobrecarga de processos, de modo que, torna-se imprescindível a resolução de conflitos por meios de autocomposição³⁵. Todavia, enquanto gradativamente essa cultura de superação do litígio está sendo colocada em prática, necessita-se, ainda, da atuação incisiva não apenas do poder judiciário, mas da Defensoria Pública e do Ministério Público. Dessa forma, quando alguns direitos, dentre eles, o direito à saúde não pode ser postergado, essas instituições se apresentam como uma esperança à solução do problema e à efetivação dos seus direitos.

4.2 O Ministério Público

A Constituição Federal de 1988 outorgou prerrogativas e garantias ao Ministério Público³⁶. Dessa forma, essa instituição segue alguns princípios (art. 127, § 1º, da CF), como: a) Unidade – Todos os membros possuem as mesmas prerrogativas funcionais; b) Indivisibilidade – um membro do Ministério Público pode ser substituído por outro sem que modifique a natureza do processo e c) independência funcional – os membros do Ministério

³² Após a Lei nº 11.448, de 2007, a Defensoria possui legitimidade para propor Ação Civil Pública. Dessa forma, essa instituição pode influenciar nos litígios sobre direitos sociais como as ações relacionadas à saúde. Por exemplo, a Defensoria possibilita a tutela integral no fornecimento de medicamentos, vagas em UTI, marcação/realização de exames e cirurgias, dentre outras ações.

³³ As questões referentes ao Ministério Público terão uma abordagem mais detalhada no tópico posterior.

³⁴ Sem esquecer outras instituições como a advocacia privada e a OAB, por exemplo.

³⁵ Com a finalidade de reduzir a quantidade de processos em tramitação no Poder Judiciário nacional, duas importantes leis foram aprovadas em 2015. A Lei 13.140/2015 estabelece normas sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública e a Lei 13.105/2015 que trouxe o novo Código de Processo Civil, sucedendo diploma normativo de 1973 (SCHULZE, 2016).

³⁶ A Seção I do Capítulo IV da Constituição Federal do artigo 127 a 130 foi dedicada ao Ministério Público.

Público possuem liberdade para atuarem de acordo com as suas convicções jurídicas, inexistindo controle hierárquico dos atos processuais praticados por seus membros.

Ressalte-se ainda que a instituição em comento atua como fiscal da lei, defensora da democracia e dos interesses sociais e individuais indisponíveis sendo, portanto, capaz de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, bem como o funcionamento do judiciário e ao acesso à justiça³⁷. Essa atuação, fiscalização e intervenção do Ministério Público se torna possível por ser um órgão que possui algumas garantias como a) vitaliciedade – suas atividades tem início, mas não existe previsão de término, podendo acontecer por exoneração, aposentadoria voluntária ou compulsória; b) inamovibilidade – um membro só poderá ser removido da jurisdição em que atua quando for votado por maioria absoluta dos votos do órgão colegiado, garantindo a ampla defesa. Insta frisar que essa remoção só acontece mediante interesse público e seguindo os critérios retro explicitados; c) autonomia administrativa e funcional - observados os limites da Lei de Responsabilidade Fiscal, o MP é independente para gerir os seus interesses e d) irredutibilidade de subsídio – O subsídio não pode ser reduzido, justo pela estabilidade financeira que lhe permite atuar, sem o temor de possíveis represálias.

Além dessas garantias, recaem sobre o Ministério Público algumas vedações:

- Art. 128, § 5º, II - a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;
- b) exercer a advocacia;
- c) participar de sociedade comercial, na forma da lei;
- d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;
- e) exercer atividade político-partidária; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- f) receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Em seu voto, o Exmo. Ministro Ayres de Britto expôs a importância do *parquet*, enaltecendo-o:

O Poder Judiciário tem por característica central a estática ou o não-agir por impulso próprio (*ne procedat iudex ex officio*). Age por provocação das partes, do que decorre ser próprio do Direito Positivo este ponto de fragilidade: quem diz o que seja “de Direito” não o diz senão a partir de impulso externo. Não é isso o que se dá com o Ministério Público. Este age de ofício e assim confere ao Direito um elemento de dinamismo

³⁷ A Seção I do Capítulo IV da Constituição Federal do artigo 127 a 130, foi dedicada ao Ministério Público.

compensador daquele primeiro ponto jurisdicional de fragilidade. [...] Duas das competências constitucionais do Ministério Público são particularmente expressivas dessa índole ativa que se está a realçar. A primeira reside no inciso II do art. 129 (“II - zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia”). É dizer: o Ministério Público está autorizado pela Constituição a promover todas as medidas necessárias à efetivação de todos os direitos assegurados pela Constituição. A segunda competência está no inciso VII do mesmo art. 129 e traduz-se no “controle externo da atividade policial”. Noutros termos: ambas as funções ditas institucionais” são as que melhor tipificam o Ministério Público enquanto instituição [...] (HC 97.969, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 01-08-2011, Segunda Turma, DJE de 23-08- 2011).

Na atualidade, o Ministério Público atua em diversas áreas como criminal, constitucional e cível. Só para citar, seu campo de atuação vai desde questões relacionadas aos direitos humanos, ao idoso, à saúde, à educação, ao consumidor, à cidadania, à infância e juventude, ao urbanismo e meio ambiente até às declarações de inconstitucionalidade e às ações rescisórias, por exemplo. Além da órbita judicial, o *parquet* desempenha atividades extrajudiciais, dentre outras coisas, homologa acordos e estabelece os termos de ajustamento de compromisso.

Sem dúvida, o texto constitucional de 1988 em seu artigo 129³⁸, conferiu maior relevância às funções do Ministério Público, inclusive na tutela de bens de interesses coletivos e difusos. Igualmente o artigo 127, concedeu-lhe legitimidade ativa para defender e dar efetividade aos direitos individuais indisponíveis previstos na Constituição³⁹.

³⁸ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

- I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
- II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
- III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
- IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
- V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
- VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
- VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
- VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;
- IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

³⁹ Nas Constituições anteriores a 1946 não havia uma referência expressa ao Ministério Público, só a partir daí, o *parquet* ganhou um título próprio (art. 125 a 128). Posteriormente, **na Constituição de 1967, o Ministério Público** possuía um capítulo destinado ao Poder Judiciário, já na **Emenda constitucional de 1969**, o capítulo destinado ao Poder Executivo fazia uma referência ao Ministério Público. Enfim, só com a *Magna Carta* de 1988 é que essa Instituição ganhou status Constitucional, com a ampliação de suas funções. Hoje, o *parquet*

Ex positis, alguns falam sobre o Ministério Público como um quarto poder⁴⁰, outros como instituição de natureza *sui generis*⁴¹, já outros o consideram um órgão do Estado. Destarte, sobre o *parquet*, Porto (1998), expõe:

Em verdade é ele, e isto precisa ser bem compreendido, uma instituição, sem a qual, neste momento histórico, a sociedade não saberia conviver, prova maior de que, assim como os poderes formalmente constituídos, também esta instituição, hoje, integra a essência do Estado, pouco importando se tenha a designação formal de poder ou não, pois é certo que, tais como os poderes, sob o ponto de vista material, desempenha função essencial à existência do Estado moderno, com independência e harmonia com estes e com as instituições permanentes que compõem o Estado. Exerce, portanto, parcela da soberania do Estado e guindando seus órgãos à condição de agentes políticos, tais como os membros dos poderes formalmente constituídos. (PORTO, 1998, p. 111)

Independente das discussões teóricas que permeiam o Ministério Público, não se pode negar a sua importância como guardião do regime democrático, aquele que tem o condão de zelar pelo cumprimento das leis, proteger os interesses coletivos, bem como possui o papel de oferecer máxima efetividade aos Direitos Fundamentais. Desta feita, o *parquet*, atua também na proteção dos direitos sociais, dentre eles, o direito à saúde.

Como foi analisado anteriormente, a saúde é um direito fundamental social e, portanto, de aplicabilidade direta e imediata. No entanto, mesmo que a Constituição seja composta por normas dotadas de imperatividade, não raro, acontecem inúmeras violações, seja de modo comissivo ou omissivo, geralmente, sob o pretexto de escassez de recursos, por parte da administração pública.

Com a falta de acesso aos serviços de saúde e a ineficiência estatal, mais pessoas procuram o poder judiciário a fim de que este intervenha e solucione os seus respectivos conflitos.

No entanto, por meio do princípio da inércia jurisdicional, o juiz não pode dar início ao processo sem a provocação da parte, “*ne procedat iudex ex officio*”.

Diante da inércia do poder judiciário, o Ministério Público exsurge como uma instituição dinâmica, dotada de capacidade postulatória para agir de forma espontânea e atuar

possui credibilidade social e está engajado na proteção dos valores e fundamentos do Estado Democrático de Direito.

⁴⁰ Para saber mais sobre o MP como um quarto poder, ler: VALLADÃO, Alfredo. **O Ministério Público. Quarto Poder do Estado e Outros Estudos Jurídicos**. Rio de Janeiro: Editora Feitas Bastos, 1973.

⁴¹ Sobre a Natureza *sui generis* do MP, ler: RITT, Eduardo. **O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

na defesa dos interesses coletivos e individuais, daqueles que mais precisam de acesso à justiça e, conseqüentemente, do cumprimento das promessas constitucionais.

4.3 A legitimidade do Ministério Público para postular em defesa do direito à saúde

Se de um lado a Constituição definiu um rol de direitos fundamentais, dentre eles o direito à saúde, por outro lado, elencou os instrumentos e as instituições capazes de proteger tais direitos.

Nesse sentido, o Ministério Público é uma dessas instituições capazes de contribuir para a efetividade do direito à saúde, seja este direito inserido como direito difuso, coletivo, individual homogêneo e até individual indisponível, a partir de seus instrumentos de ação judicial e extrajudicial.

Os Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, apesar de estarem descritos no Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, possuem caráter geral. Assim, em seu art. 81, nos incisos I, II e III, dispõe:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Os direitos difusos são interesses de natureza indivisível em que os titulares são pessoas indetermináveis ou que dificilmente se pode determinar, ligadas por uma circunstância de fato. Um exemplo seria a uma propaganda enganosa. Aqui, uma única ofensa foi capaz de lesar os consumidores, logo se a propaganda for retirada, a satisfação de um envolvido, constitui a satisfação da coletividade.

Os direitos coletivos também são indivisíveis, porém as pessoas titulares desses direitos são determináveis, geralmente trata-se de um grupo, categoria ou classe de pessoas determináveis, ligadas pela mesma relação jurídica. Um exemplo é o aumento abusivo das parcelas de planos de saúde, onde os beneficiários poderão pleitear uma redução dessas mensalidades cumulada com a restituição dos valores pagos a mais através do aumento

indevido. No caso em tela, se o pedido for julgado procedente, o benefício será concedido a todos que fazem parte daquele grupo, ou seja, uma coletividade em sentido estrito será beneficiada com a redução das parcelas, porém a restituição só terá quem ingressou com a ação judicial.

Os titulares dos direitos individuais homogêneos⁴² são sujeitos determináveis e também podem ser indeterminados, o bem jurídico é divisível, ou seja, a lesão ou a responsabilidade pode ser individualmente variável. Podem derivar do difuso, do coletivo ou de nenhum dos dois, mas possuem uma origem comum. Essa origem pode ser a mesma situação fática ou a mesma relação jurídica. Como exemplo, o rompimento de uma barragem com material tóxico e a consequente contaminação da água e dos consumidores que fizeram uso da mesma. No caso em tela é possível determinar as pessoas que sofreram o dano, bem como as possíveis soluções aos diferentes casos. Essa relação de homogeneidade ou características comuns permite a tutela coletiva desses direitos individuais possibilitando um maior acesso à justiça, a economia processual e o *desafogamento* do judiciário. É interessante lembrar que um mesmo direito dependendo do caso concreto poderá ser difuso, coletivo ou individual homogêneo.

Os direitos/interesses⁴³ que não pertencem a pessoas específicas são chamados de transindividuais e a sua defesa ocorre através da legitimação extraordinária, ou seja, em alguns casos o Estado permite que a defesa de um direito se faça por intermédio de algumas instituições que postularão em nome próprio na defesa de um direito alheio. Uma das instituições que possuem legitimidade ativa é o Ministério Público. Para Mazzilli (2009),

os direitos transindividuais situam-se entre o interesse público e o interesse privado, sendo *latu sensu*, equivalente à tutela coletiva. Abarcam, nesta esteira, a subdivisão em direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (MAZILLI, 2009, p. 50-51).

⁴² O Ministério Público do Rio Grande do Sul ajuizou ação coletiva em favor dos consumidores com o objetivo de fazer cessar a propaganda enganosa da Sulacap. A empresa recorreu alegando que a instituição não possuía legitimidade para mover ação civil pública para defender interesses individuais homogêneos disponíveis, uma vez que o artigo 127 da Constituição Federal previa a legitimidade somente para a defesa de direitos individuais indisponíveis. Os ministros rejeitaram o argumento e mantiveram a decisão. Notícia disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/Sulacap-%C3%A9-condenada-por-propaganda-enganosa-do-Super-F%C3%A1cil-Carro-e-Super-F%C3%A1cil-Casa> Acesso em 17 de julho de 2016.

⁴³ No presente trabalho far-se-á uso da justificativa de Venturi (2007) [...] para além da expressa qualificação legal das pretensões difusas, coletivas ou individuais homogêneas como autênticos direitos subjetivos, não há, praticamente, qualquer serventia para eventuais distinções conceituais que se insistisse a impor, sobretudo porque, sob a ótica do sistema constitucional de prestação jurisdicional, são tuteláveis pelo Poder Judiciário brasileiro, indistintamente, tanto os interesses como os direitos subjetivos. (VENTURI, 2007, p. 48).

Nesse sentido, a Constituição Federal destaca o *parquet* como um guardião da lei e da sociedade. Suas funções institucionais estão elencadas no artigo 129º, em seus incisos I, II e III:

- I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
- II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
- III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

Desta feita, em se tratando dos interesses transindividuais, ou seja, dos interesses difusos e coletivos, o Ministério Público possui legitimidade para instaurar inquérito civil e propor ação civil pública. E a depender do caso, poderá se valer desses instrumentos processuais a fim de defender os direitos individuais homogêneos, como será visto adiante.

A saúde tem natureza de direito indisponível. É certo que não possui uma classificação pacífica, pois alguns o nomeiam como interesse difuso, outros afirmam possuir caráter coletivo, já outros a inserem no rol de interesses individuais homogêneos. No entanto, para alguns doutrinadores, a exemplo do Procurador Regional da República, Marlon Weichert (2006, p. 510), a postura mais acertada é a de manter a ambivalência do direito à saúde, ou seja, como um interesse de titularidade difusa e coletiva.

Independente das discussões teóricas, o direito à saúde faz parte do rol dos direitos individuais indisponíveis, ou seja, são àqueles direitos irrenunciáveis e intransmissíveis, não se pode renunciar, negociar ou alienar, como exemplo, tem-se o direito à vida, à honra, à liberdade, à saúde, os direitos da personalidade, à intimidade, entre outros.

Dessa forma, em se tratando de direito individual indisponível, o Ministério Público possui legitimidade para proteger a saúde:

O Ministério Público possui legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada. [...] O artigo 127 da Constituição, que atribui ao Ministério Público a incumbência de defender interesses individuais indisponíveis, contém norma auto-aplicável, inclusive no que se refere à legitimação para atuar em juízo (REsp 819.010/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 29/09/2008).

Assim, o Ministério Público irá atuar de modo a tutelar, garantir e manter o direito à saúde sob o domínio do seu titular. Para tanto, faz uso de alguns instrumentos judicial e extrajudicial.

4.3.1 Atuação Judicial do Ministério Público: Ação Civil Pública

O direito de defesa da saúde cabe indiscutivelmente ao Ministério Público, pois, o direito à saúde está compreendido como um dos direitos difusos e coletivos, também porque as ações e serviços de saúde são caracterizados como de relevância pública (BRITO, 2008, p. 5).

O Ministério Público atua como fiscal da lei, acompanhando a aplicação da lei pelo magistrado nos casos concretos, quando envolve questões relativas aos direitos individuais indisponíveis. Em casos como esse, o parquet figura como órgão interveniente. No entanto, para atuar na defesa dos direitos fundamentais, dentre eles, à saúde, o parquet necessita de instrumentos que viabilizem o desempenho de suas atribuições.

De acordo com Milaré (2001, p. 499), os direitos conferidos no plano material só fazem sentido quando o ordenamento jurídico coloca nas mãos de seus titulares, ou de seus representantes ideológicos (Ministério Público e associações etc.), mecanismos efetivos para seu exercício.

Nesse diapasão, um de seus campos de atuação acontece pela via judicial, por meio da ação civil pública. Além da previsão constitucional, expressa no art. 129, inciso III, a ação em comento está regulada na lei nº 7.347/85 (LACP) e a legitimidade do Ministério Público 45 para a propositura dessa ação está inserida em seu art. 5º.

Os termos “Ação Civil Pública” e a “Ação Coletiva”, geralmente são usadas indistintamente, o que provoca inúmeras discussões doutrinárias e o aparecimento de algumas correntes⁴⁴. No presente trabalho partilha-se o entendimento José Marcelo Menezes Vigliar e Ada Pellegrini Grinover, ou seja, ambas expressões são sinônimas.

⁴⁴ Existem outras correntes, “a) a primeira defende que a expressão “ação coletiva” constitui-se em gênero que abrange todas as demandas que tenham por objeto a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos [...] Compartilham dessa posição o professor Sérgio Shimura e Pedro Lenza; b) a segunda corrente entende que [...] as expressões são sinônimas e não há qualquer utilidade prática na divisão terminológica. Integram essa corrente José Marcelo Menezes Vigliar e Ada Pellegrini Grinover; c) a terceira posição doutrinária, embora também conclua que as referidas denominações são sinônimas [...], prefere utilizar a expressão “ação civil pública”, por ser aquela empregada em vários textos legais e na Constituição da República [...] Nesse sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso e Pedro da Silva Dinamarco; d) a quarta corrente entende existirem duas ações distintas, escolhendo por denominar de “ação civil pública” a demanda ajuizada pelo Ministério Público e de “ação coletiva” aquela proposta pelos demais colegitimados. O critério de distinção proposto por essa corrente é puramente subjetivo, ou seja, considera a qualidade da parte legitimada para agir. Dentre os que adotam essa posição, destaca-se Hugo Nigro Mazzilli e e) a última corrente sustenta a existência de duas ações diferentes. De acordo com essa doutrina, a “ação civil pública” [...] podendo ser utilizada, nos termos da Lei n. 7.347/1985, para a tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (estes últimos apenas quando houver relevância social). Já a “ação coletiva” somente pode ser utilizada para a defesa dos direitos individuais homogêneos, na forma do que estabelecem os artigos do CDC, [...] fazem parte dessa corrente João Batista de Almeida, Cassio Scarpinella Bueno e Luiz Manoel Gomes Júnior (CAVALCANTI, 2014, p. 76/78).

No entanto, para além de nomenclaturas, a Ação Civil Pública surge como um instrumento para viabilizar o acesso à justiça e a efetividade dos interesses difusos e coletivos. Isto é, em suma, trata-se de um instrumento processual usado para fixar responsabilidade, impedir ou reparar danos, enfim, proteger os direitos difusos e coletivos e, em alguns casos, os direitos individuais homogêneos.

No caso dos direitos individuais homogêneos, na Constituição Federal não há autorização expressa para que o Ministério Público os defenda por meio da ação civil pública. No entanto, tal omissão não deve obstaculizar a propositura dessa ação nos casos de violação dos direitos individuais homogêneos. Ademais, o parágrafo único, do artigo 81, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor aduz que a defesa coletiva será exercida quando se tratar de interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos, os decorrentes de origem comum.

Dessa forma, apesar das divergências jurisprudenciais e doutrinárias, é cada vez mais próspero o entendimento de que o Ministério Público é legitimado para a propositura de ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos, desde que eles tenham considerável expressão coletiva. Ou seja, quando houver o salto da esfera puramente individual para a coletiva ou quando possuir caráter indisponível os direitos individuais homogêneos serão protegidos pela ação civil pública. Nesse sentido, para finalizar as breves considerações do instituto em tela, foram selecionados dois julgados que merecem a transcrição por deixar o assunto mais inteligível.

“O Ministério Público está legitimado a promover judicialmente a defesa de direitos dos consumidores, inclusive os individuais homogêneos, quando a lesão deles, visualizada em sua dimensão coletiva, pode comprometer interesses sociais relevantes. Aplicação dos artigos 127 e 129, III, da Constituição da República, e 81 e 82, I, do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes”. (REsp. 984.005/PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, DJe 26/10/2011).

“Nas ações em que se pretende a defesa de direitos individuais homogêneos, não obstante os sujeitos possam ser determináveis na fase de conhecimento (exigindo-se estejam determinados apenas na liquidação de sentença ou na execução), não se pode admitir seu ajuizamento sem que haja, ao menos, indícios de que a situação a ser tutelada é pertinente a um número razoável de consumidores. O promovente da ação civil pública deve demonstrar que diversos sujeitos, e não apenas um ou dois, estão sendo possivelmente lesados pelo fato de "origem comum", sob pena de não ficar caracterizada a homogeneidade do interesse individual a ser protegido.(REsp 823063/PR, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª Turma, DJe 22/2/2012)”.

A partir do exposto, deduz-se que não há incompatibilidade na legitimidade do *parquet* no que concerne à propositura da ação civil pública a fim de tutelar os direitos individuais homogêneos, desde que não afaste interesses da sociedade ou beneficie um número muito pequeno de pessoas.

Assim já tem decidido o STJ:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Ação coletiva. Ministério Público. Legitimidade. Interesses individuais homogêneos. Plano de Saúde. Reajuste da mensalidade. UNIMED. O Ministério Público tem legitimidade para promover ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos quando existente interesse social compatível com a finalidade da instituição. Reajuste de prestações de Plano de Saúde (UNIMED). Art. 82, I, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Precedentes. Recurso conhecido e provido.

(STJ - REsp: 177965 PR 1998/0042342-7, Relator: Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Data de Julgamento: 18/05/1999, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 23.08.1999 p. 130
RSTJ vol. 123 p. 317)

Realizada essas considerações e partindo para o campo da saúde enquanto um direito fundamental e indisponível garantido pela Constituição (art. 196), alguns julgados demonstram a atuação judicial do Ministério Público por meio da ação civil pública.

Nessa perspectiva e de acordo com o que foi examinado anteriormente, o direito à saúde não significa somente a cura, mas uma vida digna, com acesso aos serviços de saúde e às ações de promoção, proteção e recuperação da saúde de forma igualitária e universal⁴⁵. Desse modo, seja por estar compreendido como um dos direitos difusos e coletivos, seja por sua relevância pública, ou ainda por ser um direito individual indisponível, cabe ao Ministério Público à defesa do direito à saúde, ainda que em favor de pessoa determinada. Esse é o entendimento do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM FAVOR DE PESSOA FÍSICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. TRATAMENTO MÉDICO FORA DO DOMICÍLIO. GARANTIA CONSTITUCIONAL À SAÚDE. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. 1. Hipótese em que o Estado de Minas Gerais impugna a legitimidade do Ministério Público para propor Ação Civil Pública em favor de indivíduo determinado, postulando a disponibilização de tratamento médico fora do domicílio. **2. O direito à saúde, insculpido na Constituição Federal, tem natureza indisponível, em função do bem comum maior a**

⁴⁵ A lei 8.080 preleciona em seu Art. 3º A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País. Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria. Não se trata de legitimidade do Ministério Público em razão da hipossuficiência econômica – matéria própria da Defensoria Pública –, mas da qualidade de indisponibilidade jurídica do direito-base (saúde). 3. Ainda que a ação concreta do Parquet dirija-se à tutela da saúde de um único sujeito, a abstrata inspiração ético-jurídica para seu agir não é o indivíduo, mas a coletividade. No fundo, o que está em jogo é um interesse público primário, dorsal no sistema do Estado Social, como porta-voz que é do sonho realizável de uma sociedade solidária, sob a bandeira do respeito absoluto à dignidade da pessoa humana. 4. Recurso Especial não provido (**grifos nossos**).

(STJ - REsp: 830904 MG 2006/0060982-7, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 18/12/2008, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: <!-- DTPB: 20091111</br> --> DJe 11/11/2009).

Diante da importância dispensada à proteção do direito à saúde, vê-se igualmente a importância da ação civil pública a fim de tutelar esse direito. Dessa maneira, foram selecionados alguns julgados em que o Ministério Público figurou como autor da ação civil pública proposta para garantir o direito à saúde de forma variada, seja garantindo insumos, medicação, entre outros.

APELAÇÃO CÍVEL - FORNECIMENTO DE EXAMES - NECESSIDADE E HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA DEMONSTRADAS - TESE RECURSAL DE LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO - DESNECESSIDADE DE CHAMAMENTO AO PROCESSO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS - PRECEDENTES - DEVER DO ESTADO DE ASSEGURAR O DIREITO FUNDAMENTAL E INDISPONÍVEL À SAÚDE - ART. 196 DA CFRB/88 - REQUISIÇÃO MÉDICA E DIAGNÓSTICO DE CÂNCER A DEMONSTRAR A VERACIDADE DAS ALEGAÇÕES, BEM COMO A NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE EXAME, AINDA QUE NÃO PADRONIZADO - PRESERVAÇÃO DA VIDA - REDUÇÃO DO VALOR DA ASTREINTES - MEDIDA QUE SE IMPÕE - SENTENÇA MANTIDA NOS DEMAIS PONTOS - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. "Da conjugação dos dispositivos constitucionais aplicáveis à espécie (artigos 6º, 23, inc. II, 196 e 198/CF), tem-se que, pelo princípio da solidariedade, qualquer dos entes federados é responsável por velar pela saúde dos seus administrados, aí incluindo-se a obrigação de fornecer medicação, contudo, não há sentido prático em promover o "chamamento ao processo" da União quando já sentenciado o feito, porque importaria em procrastinação, e como é consabido, o escopo desse instituto é exatamente o inverso, ou seja, emprestar agilidade à prestação jurisdicional." (Apelação Cível n. 2010.068344-1, de Criciúma, rel. Des. João Henrique Blasi, j. 12.07.2011). Sendo a saúde direito de todos e dever do Estado, comprovada a doença e a impossibilidade do enfermo arcar com os custos dos medicamentos que necessita, não pode o ente público deixar de prestar a integral e universal assistência devida.

(TJ-SC - AC: 20110653582 SC 2011.065358-2 (Acórdão), Relator: Cid Goulart, Data de Julgamento: 30/09/2013, Segunda Câmara de Direito Público Julgado).

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO À SAÚDE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E INDISPONÍVEIS. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRECEDENTES. 1. O Ministério Público ajuizou ação civil pública visando à condenação da concessionária de energia elétrica à obrigação de não fazer, consistente na proibição de interromper o fornecimento do serviço à pessoa carente de recursos financeiros, diagnosticada com enfermidade grave e que depende, para sobreviver, da utilização doméstica de equipamento médico com alto consumo de energia. 2. Conforme jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, o Ministério Público detém legitimidade ativa ad causam para propor ação civil pública, objetivando a proteção do direito à saúde de pessoa hipossuficiente, porquanto se trata de direito fundamental e indisponível, cuja relevância interessa à toda sociedade. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no REsp: 1162946 MG 2009/0208055-8, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 04/06/2013, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/06/2013).

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSES INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. REALIZAÇÃO DE TRATAMENTO MÉDICO. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO. SITUAÇÃO DE OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O acórdão recorrido está em harmonia com a jurisprudência desta Corte firmada no sentido de que o Ministério Público possui legitimidade para ingressar em juízo com ação civil pública em defesa de interesses individuais indisponíveis, como é o caso do direito à saúde. II - A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é solidária a obrigação dos entes da Federação em promover os atos indispensáveis à concretização do direito à saúde, tais como, na hipótese em análise, a realização de tratamento médico por paciente destituído de recursos materiais para arcar com o próprio tratamento. Portanto, o usuário dos serviços de saúde, no caso, possui direito de exigir de um, de alguns ou de todos os entes estatais o cumprimento da referida obrigação. III – Em relação aos limites orçamentários aos quais está vinculada a ora recorrente, saliente-se que o Poder Público, ressalvada a ocorrência de motivo objetivamente mensurável, não pode se furtar à observância de seus encargos constitucionais. IV - Este Tribunal entende que reconhecer a legitimidade do Poder Judiciário para determinar a concretização de políticas públicas constitucionalmente previstas, quando houver omissão da administração pública, não configura violação do princípio da separação dos poderes, haja vista não se tratar de ingerência ilegítima de um poder na esfera de outro. V – Agravo regimental a que se nega provimento. (STF - RE: 820910 CE, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 26/08/2014, segunda Turma, Data de Publicação: DJe-171 DIVULG 03-09-2014 PUBLIC 04-09-2014).

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA – SAÚDE – MEDICAMENTOS OU INSUMOS PARA TRATAMENTO INDIVIDUAL DE PESSOA FINANCEIRAMENTE HIPOSSUFICIENTE – DEVER DE FORNECIMENTO PELO PODER PÚBLICO (CF, ART. 196)– MINISTÉRIO PÚBLICO – LEGITIMIDADE ATIVA - Preliminar de ilegitimidade ativa afastada – Presente direito à assistência médica gratuita por intermédio do Estado ante comprovação da hipossuficiência e prescrição médica idônea - Ausência de padronização que não constitui óbice ao direito invocado – Negado seguimento ao recurso.
(TJ-SP - APL: 10099209320158260506 SP 1009920-93.2015.8.26.0506, Relator: Ponte Neto, Data de Julgamento: 22/02/2016, 8ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 22/02/2016)

EMENTA. ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. UNIDADE BÁSICA DE SAÚDE. INEXISTÊNCIA DE CONDIÇÕES PARA O FUNCIONAMENTO. POSSIBILIDADE DE INTERDIÇÃO ÉTICA PELO CRM-PB. OMISSÃO ESTATAL. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. SENTENÇA. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE. APELO DO MUNICÍPIO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA E INCAPACIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA DA PESSOA ESTATAL. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. DIREITO À SAÚDE. OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO. APELO DESPROVIDO. REMESSA NECESSÁRIA. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. ELASTECIMENTO DO PRAZO. PROVIMENTO PARCIAL. 1."O Princípio da Separação dos Poderes não é mote \grave{a} nem pode ser transformado em tal \grave{a} para o esvaziamento da função judicial de controle da Administração Pública, sobretudo quando estiverem em jogo a vida e a segurança das pessoas" (REsp 959.395/RS, relator o insigne Ministro HERMAN BENJAMIN, mesma e veneranda Turma, julgado de 23/04/2009, DJe de 24/09/2010). 2.Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça determinada política pública nos planos do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. 3. Pela complexidade da situação da USF em questão e por considerar que a sentença submetida ao rito do art. 475, do CPC, devol (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00013644020138150751, 4ª Câmara Especializada Cível, Relator DES ROMERO MARCELO DA FONSECA OLIVEIRA, j. em 29-09-2015) (TJ-PB - REEX: 00013644020138150751 0001364-40.2013.815.0751, Relator: DES ROMERO MARCELO DA FONSECA OLIVEIRA, data de Julgamento: 29/09/2015, 4A CÍVEL)

Os julgados acima transcritos são um pequeno exemplo de ações na Justiça que versam sobre vários assuntos desde medicamentos e procedimentos médicos à vagas em hospitais públicos, dentre outras prestações positivas de saúde.

Contudo, é de fácil percepção que, uma vez frustradas as buscas por prestações satisfativas do Estado, a ação civil pública proposta pelo *parquet* é um importante instrumento judicial na efetivação do direito à saúde.

Entretanto, além do Ministério Público demandista, ou seja, com intensa atuação perante o Poder Judiciário, existe outro campo de atuação do Ministério Público que acontece na esfera extrajudicial, como mediador de conflitos. Nessa perspectiva, sobre o Ministério Público, Goulart (1998) expõe:

não pode ficar na dependência das decisões judiciais. Deve ter como horizonte a solução direta das questões referentes aos interesses sociais, coletivos e difusos. Os procedimentos administrativos e inquéritos civis devem ser instrumentos aptos para tal fim. O Ministério Público deve esgotar todas as possibilidades políticas e administrativas de resolução das questões que lhe são postas (soluções negociadas), utilizando esses procedimentos com o objetivo de sacramentar acordos e ajustar condutas, sempre no sentido de afirmar os valores democráticos e realizar na prática os direitos sociais (GOULART 1998, p. 121).

Diante do exposto, essa atuação resolutiva será abordada no tópico seguinte.

4.3.2 Os instrumentos de atuação extrajudicial do Ministério Público na defesa do direito à saúde

De acordo com o art. 129, inciso II, da Constituição Federal, o *parquet* tem a função de zelar pelo efetivo respeito dos serviços de relevância pública, promovendo as medidas necessárias a sua garantia. Nesse sentido, cabe ao Ministério Público realizar fiscalização e controle permanentes sobre a administração pública, bem como no que diz respeito à concretização e à exigibilidade das ações governamentais de modo a garantir que as políticas públicas tenham a implementação devida chegando à sociedade de maneira igualitária, protegendo-a de possíveis abusos, omissões, negligências e violações.

Nesse diapasão, políticas públicas é um conjunto de ações, metas e planos governamentais com a finalidade de alcançar o bem-estar social e o interesse coletivo. As políticas públicas são construídas por diferentes enfoques, geralmente com os desígnios de tornarem efetivos os direitos protegidos constitucionalmente, principalmente, os direitos fundamentais sociais como, por exemplo, o direito à saúde.

Ramos (2002) pontifica que políticas públicas:

são instrumentos imprescindíveis para que os objetivos traçados pela Constituição de 1988 sejam efetivamente cumpridos, cabendo ao Ministério Público utilizar os instrumentos jurídicos dos quais dispõe para vê-las implementadas, garantindo, com isso, o desenvolvimento e a democracia,

pressupostos de uma sociedade livre, justa e solidária (RAMOS, 2002, p. 07).

Na perspectiva de exercer o controle das políticas públicas e garantir os direitos sociais e coletivos de rápida prestação, o Ministério Público apresenta um caráter resolutivo com ampla atuação extrajudicial, podendo fazer uso de alguns instrumentos como o inquérito civil público, o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), as audiências públicas e as recomendações a fim de garantir que as promessas constitucionais se tornem efetivas⁴⁶.

Assim, o inquérito civil tem a função investigatória, com o objetivo de apurar os fatos e colher as informações necessárias à propositura da ação civil pública, podendo ser utilizado também na atuação extraprocessual do Ministério Público⁴⁷.

Em linhas gerais, o inquérito civil é um procedimento administrativo que não cria, não modifica e nem extingue direitos. É utilizado como um procedimento preparatório ao ajuizamento da Ação Civil Pública, mas é facultativo, uma vez que esta pode ser instaurada independentemente do inquérito civil.

Outro meio de atuação extrajudicial é o Termo de Ajustamento de Conduta ou Compromisso de Ajustamento de Conduta. Por meio desse instrumento é possível acordar um compromisso entre um membro do Ministério Público e a gestão, no entanto, não se pode olvidar que qualquer legitimado à Ação Civil Pública poderá fazer uso desse Termo de Ajustamento de Conduta, ou seja, não é um meio exclusivo do Ministério Público⁴⁸.

O TAC tem o condão de afastar o risco de dano, reparar e tentar recompor uma situação danosa, tomar medidas compensatórias nos casos de danos irreversíveis ou implementar uma política pública.

No âmbito da saúde ou quaisquer outros interesses transindividuais, o compromitente – causador do dano, submete-se voluntariamente às exigências legais, ajustadas no termo pelo compromissário – Ministério Público ou outro órgão legitimado. Em caso de descumprimento da forma prevista ou da não observação do prazo estimado, o compromitente poderá ser executado, de acordo com as penalidades previstas no próprio Termo.

⁴⁶Conforme o art. 129, inciso IX da CF, o Ministério Público pode “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade”. Dessa forma, é possível concluir que são inúmeras as funções do MP, assim como são inúmeros os seus mecanismos de atuação. Logo, os instrumentos citados no texto compõem um rol exemplificativo. Ainda são meios de atuação extrajudicial telefonemas, emissões de pareceres, coleta de dados e informações, inspeção in loco, dentre outros.

⁴⁷O ordenamento jurídico inseriu esse instituto por meio do art. 8º, § 1º, da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública – LACP). Além da Constituição, encontrou-se referência ao inquérito civil na Lei nº 7.853/89, no art. 201 da Lei nº 8.069/90, no art. 90 da Lei nº 8.078/90 e na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

⁴⁸O parágrafo 6º do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) aduz: § 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Insta lembrar que a existência do TAC não impede ou limita qualquer um dos legitimados ou dos lesados entrar com uma ação civil pública, mas geralmente não há interesse em propor uma ação de conhecimento para pedir a formação de um título por um compromisso que já existe na via extrajudicial.

Assim, o TAC é um instrumento de resolução de conflitos que amplia a tutela jurídica dos direitos difusos e coletivos de forma econômica, segura e célere, sem a necessidade de recorrer à apreciação Poder Judiciário.

Com previsão no art. 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 8.625/93⁴⁹, as audiências públicas são outro meio de atuação extrajudicial que consiste em reuniões presididas pelo Ministério Público realizadas com a participação das autoridades públicas interessadas ou pessoas que tenham competência para refletir acerca da questão em análise. Participam ainda a comunidade ou qualquer pessoa que seja convidado ou que tenha interesse no assunto da audiência, além das entidades civis.

Essas reuniões são importantes para que os interessados e a população em geral tenham acesso à fiscalização da administração pública, especialmente nos temas de interesse transindividuais, como àqueles relacionados à saúde, buscando assim, possíveis soluções.

Assim, nas audiências Públicas, o membro do Ministério Público colhe informações, depoimentos, críticas, sugestões e propostas a fim de direcionar a sua atuação, construindo alternativas democráticas de soluções de conflitos e a consequente concretização dos preceitos constitucionais. Após a audiência o *parquet* poderá determinar o arquivamento ou a instauração de um inquérito civil, fazer uso do Termo de Ajustamento de Conduta ou expedir recomendação.

A recomendação também é outro mecanismo de atuação extrajudicial e tem previsão no inciso XX, do artigo 6º, da Lei Complementar nº. 75/1993⁵⁰. Esse instrumento possui o

⁴⁹Art. 27. Parágrafo único. No exercício das atribuições a que se refere este artigo, cabe ao Ministério Público, entre outras providências: [...] IV - promover audiências públicas e emitir relatórios, anual ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no caput deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito.

⁵⁰Art. 6º - Compete ao Ministério Público da União: [...] XX - expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito, aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis.

A recomendação está prevista, ainda, na Lei Orgânica do Ministério Público (Lei nº8.629/95), no artigo 27, inciso I e no parágrafo único, inciso IV: Art. 27 — Cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito: I - pelos poderes estaduais e municipais; [...] Parágrafo único. No exercício das atribuições a que se refere este artigo, cabe ao Ministério Público, entre outras providências: [...] IV - promover audiências públicas e emitir relatórios, anual ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no "caput" deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito.

objetivo de fazer com que os direitos assegurados na Constituição sejam cumpridos. Ou seja, por meio desse instrumento o Ministério Público recomenda aos órgãos e as entidades públicas ou particulares uma melhor prestação dos serviços públicos, como forma de respeitar também os interesses transindividuais.

Apesar das recomendações serem destituídas de caráter vinculante, em caso de descumprimento por parte do recomendado, nada obsta o *parquet* de acionar outras medidas administrativas ou judiciais. Contudo, o gestor público não pode se eximir de divulgar a recomendação e tampouco deixar de responder por escrito ao Ministério Público. Geralmente a recomendação é expedida após o inquérito civil e também pode ser emitida antes ou depois de uma audiência pública.

Do exposto, infere-se que para defender os interesses transindividuais, o Ministério Público possui um leque de mecanismos podendo atuar de maneira conciliatória. No que concerne à saúde, a via extrajudicial se apresenta como um caminho próspero, tendo em vista que a celeridade influencia em muito na qualidade de vida das pessoas.

4.4 Outros meios de fiscalização e proteção à saúde

De acordo com Ascensi (2010),

No contexto brasileiro, o Ministério Público recebeu destaque enquanto instituição jurídica envolvida no processo de efetivação da saúde enquanto direito. De uma maneira geral, o MP desenvolve a capacidade institucional de criar um espaço de diálogos ao possibilitar a comunicação entre os principais atores que compõem o processo de formulação, gestão e fiscalização das políticas públicas em saúde. A atitude ativa e dialógica que alguns membros do MP adotam permitiu resultados positivos na horizontalização da relação entre Estado e sociedade, sobretudo porque permite pensar em novos arranjos institucionais que não necessariamente conduzem à judicialização das demandas em saúde. (ASENSI, 2010, p. 50)

Nesse seguimento, nas questões relacionadas à saúde, tanto o Ministério Público Federal (MPF) quanto o Ministério Público Estadual (MPE) fiscalizam os gestores públicos e os prestadores de serviços diretos e indiretos, além de mediar os conflitos entre diversos atores envolvidos nas questões em exame.

Assim, Procuradores e Promotores atuam não apenas com instrumentos, mas com estratégias para defender o direito à saúde. Como exemplos tem-se a Comissão Permanente de

Defesa da Saúde (COPEDS)⁵¹ que foi criada pelo Conselho Nacional de Procuradores Gerais do Ministério Público dos Estados e da União (CNPNG) visando à execução do Plano Nacional Ministerial de Atuação em Saúde⁵². Ainda como exemplo, pode-se mencionar os enunciados⁵³ aprovados pelo COPEDS que orientam as metas do Ministério Público no âmbito da saúde e a Associação Nacional do Ministério Público de Defesa da Saúde (AMPASA)⁵⁴ que, de acordo com o seu estatuto, é uma associação sem fins lucrativos, composta por Procuradores e Promotores de Justiça dos Ministérios Públicos dos Estados e da União e tem como objetivo promover a defesa do Direito à Saúde, dessa forma possui inúmeras atribuições, assim suas ações vão desde a observância das diretrizes do SUS à fiscalização do cumprimento das normas constitucionais, sem prejuízo de outras formas de atuação, desde que compatíveis com o seu objetivo.

Em se tratando da esfera estadual, no site do Ministério Público da Paraíba⁵⁵ é possível verificar que sua atuação no âmbito da saúde acontece através de dois outros meios de atuação. O primeiro é a Promotoria de Justiça da Saúde que tem como finalidade precípua normatizar as ações do Ministério Público, fiscalizar a implementação dos recursos destinados ao SUS e o funcionamento dos Conselhos Municipal e Estadual de Saúde. Nesse caso, o Promotor como um Curador da Defesa da Saúde possui inúmeras atribuições, dentre elas⁵⁶:

- I – Velar pelo respeito às normas da Lei n. 8.080, de 19 de setembro 1.990, fiscalizando:
- d) a gratuidade e a universalidade das ações e serviços de saúde nos setores públicos e privados contratados.

⁵¹ A Comissão Permanente de Defesa da Saúde (COPEDS) tem como meta a execução do Plano Nacional Ministerial de Atuação em Saúde, aprovado pelo Conselho Nacional de Procuradores Gerais do Ministério Público dos Estados e da União - CNPG, priorizando a implementação da atenção básica em todos os municípios que visará com a sua execução a melhoria dos indicadores de saúde previstos na Portaria MS/GM n. 91/2007, tais como: redução da mortalidade infantil e mortalidade materna, melhoria da cobertura vacinal e combate à dengue, dentre outros. Disponível em <http://www.saude.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=648> Acesso em 31 de julho de 2016.

⁵² O Plano Ministerial de Atuação em saúde está disponível em < <http://www.mp.pe.gov.br/mppe/attachments/article/3431/Plano%20Nacional%20de%20Atua%C3%A7%C3%A3o%20do%20Minist%C3%A9rio%20P%C3%ABlico%20em%20Defesa%20da%20Sa%C3%BAde.pdf> > Acesso em 31 de julho de 2016.

⁵³ Os Enunciados foram aprovados pela Comissão Permanente de Defesa da Saúde (COPEDS) do Grupo Nacional de Direitos Humanos (GNDH) do Conselho Nacional de Procuradores Gerais do Ministério Público dos Estados e da União (CNPNG), disponíveis em: <http://ejef.tjmg.jus.br/judicializacao-enunciados-copeds/>

⁵⁴ O Estatuto da AMPASA está disponível em < http://www.ampasa.org.br/templates/includes/baixararquivo.jsp?id=1207&NomeArquivo=AMPASA_Estatuto_Novo.pdf&idEmpresa=50. > Acesso em 31 de julho de 2016.

⁵⁵ Site do Ministério Público da Paraíba <http://www.mppb.mp.br/>

⁵⁶ Atuação e atribuições disponíveis em < <http://www.mppb.mp.br/index.php/areas-de-atuacao/saude?layout=edit&id=383> > Acesso em 01 de agosto de 2016.

II – Fiscalizar a formação e o funcionamento dos Conselhos de Saúde instituídos pelo poder público, no âmbito do Estado da Paraíba, bem como os repasses de recursos ao Fundo de Saúde do Estado e aos fundos municipais [...]

V – Inspeccionar periodicamente a regularidade dos livros e guias de atendimento dos estabelecimentos hospitalares beneficiados pelo Sistema Único de Saúde, requisitando, se necessário, as sindicâncias que venham a ser instauradas no âmbito interno dos hospitais ou por decisão do Conselho Regional de Medicina;

VI – Inspeccionar o regular funcionamento das seções e equipamentos médicos de atendimento aos pacientes beneficiados pelo Sistema Único de Saúde, bem como o efetivo cumprimento da carga horária dos profissionais da área médica;

O segundo meio de atuação é o Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Defesa dos Direitos da Saúde – CAOP – SAÚDE, criado pela Lei Complementar Estadual nº 97/2010 (Lei Orgânica do Ministério Público da Paraíba)⁵⁷ e tem seu funcionamento regulamentado pela Resolução n. 006/2011, do Colégio de Procuradores de Justiça⁵⁸. De acordo com o artigo 1º dessa resolução,

Art. 1º O Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Defesa dos Direitos da Saúde tem como atribuição a prestação de auxílio e suporte à atividade funcional dessas Promotorias, desenvolvendo as atribuições expressa e legalmente definidas nos artigos 33 e incisos, da Lei n.º 8.625/93 e no art. 59, da Lei Complementar Estadual nº 97/2010.

Entre as atribuições do Centro de Apoio, elenca-se as seguintes:

I - constituir banco de dados informatizado de ações propostas pelos órgãos de execução, no intuito de assegurar o compartilhamento de informações e homogeneidade de atuação, nele constando, também, nome, endereço eletrônico e telefone funcional de todos os representantes do Ministério Público que atuam na área da saúde pública;

VI – articulação com entidades da sociedade civil organizada para o fortalecimento ao controle social, para a garantia do conceito pleno de participação da comunidade nas políticas do SUS;

XIX – Buscar convergências de atuação com os Conselhos Éticos de todas as categorias de profissionais de saúde, compartilhando com os Colegas com atribuições no campo sanitário os instrumentos e os conteúdos daí derivados.

X – Estabelecer relacionamento e cooperação institucional com o Poder Legislativo Estadual e Municipal em temas referentes à edição de normas afetas à saúde, acompanhando o trâmite das matérias e divulgando-as oportunamente.

⁵⁷ Art. 62. Ficam criados os seguintes Centros de Apoio Operacional: VIII – Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Defesa dos Direitos da Saúde;

⁵⁸ Disponível em: <http://ged.mppb.mp.br/index.php?id=4642&mod=arquivo&op=doDownload&pasta=4642&tam=150&cols=5&lista=t&busca=t&iframe=t&raiz=21114&order=dataPublicacao&asc=f>. > Acesso em 01 de agosto de 2016.

XI – Ensejar disponibilidade para palestras, manifestações e outras formas de inserção social, com o propósito de contribuir para o esclarecimento e capacitação da sociedade no âmbito do direito sanitário.

Sem dúvida, diariamente várias demandas e ações sobre saúde são levadas ao *parquet* seja pela necessidade de consultas, remédios, exames, tratamentos e materiais cirúrgicos, seja pela necessidade de uma atuação mais complexa como a fiscalização do uso do dinheiro público e as metas traçadas a fim de garantir uma prestação da saúde digna a todos.

Diante de questões de média e alta complexidade, o Ministério Público atua em meio a um campo minado repleto de desafios. Não raro, as questões relacionadas ao direito à saúde exigem análises e conhecimentos que ultrapassam a esfera jurídico-filosófica, envolvendo questões técnica-metodológicas. No entanto, essa condição não pode se tornar um entrave à atuação da instituição, tampouco um impedimento à efetivação do direito à saúde, tendo em vista as parcerias e consequentes discussões sobre o tema entre os profissionais da área e os membros do Ministério Público, por exemplo⁵⁹.

Outro desafio é a falta de conhecimento da sociedade sobre os seus direitos, mais que isso, muitas pessoas não sabem acerca das funções que o Ministério Público desempenha. Por essa razão, em alguns casos, as demandas individuais se sobrepõem às demandas coletivas. No caso em tela, acredita-se que uma atuação pedagógica sobre a importância dessas demandas, assim como os esclarecimentos sobre os direitos transindividuais e os individuais indisponíveis, dentre outros, seria um estímulo na busca por uma maior conscientização de seus direitos, inclusive pela efetivação do direito à saúde.

Com efeito, Queiroga (2007) destaca:

O promotor de justiça deve reconhecer o poder que tem nas mãos, através dos instrumentos assegurados constitucionalmente ao Ministério Público. Tem a possibilidade de alterar a realidade, corrigindo as omissões e ineficiências do poder público na implementação de políticas voltadas à satisfação das necessidades essenciais da população, na busca do mínimo existencial como reflexo do princípio maior da dignidade da pessoa humana. O membro do Parquet com atuação na área cível, mormente junto às

⁵⁹ Pode-se citar o Conselho Nacional de Saúde (CNS), instância máxima de deliberação do Sistema Único de Saúde – SUS - de caráter permanente e deliberativo, tem como missão a deliberação, fiscalização, acompanhamento e monitoramento das políticas públicas de saúde. O CNS é um órgão vinculado ao Ministério da Saúde composto por representantes de entidades e movimentos representativos de usuários, entidades representativas de trabalhadores da área da saúde, governo e prestadores de serviços de saúde, sendo o seu Presidente eleito entre os membros do Conselho. É competência do Conselho, dentre outras, aprovar o orçamento da saúde assim como, acompanhar a sua execução orçamentária. Também cabe ao pleno do CNS a responsabilidade de aprovar a cada quatro anos o Plano Nacional de Saúde. Disponível em < <http://conselho.saude.gov.br/apresentacao/apresentacao.htm> > Acesso em 01 de agosto de 2016.

curadorias, deve exercer uma ação comprometida com a plena cidadania, que é direito de todos. Deve voltar os olhos, sobretudo, aos mais necessitados, na busca da igualdade material e do equilíbrio entre aqueles que têm e os que não têm (QUEIROGA, 2007, p. 322).

Indubitavelmente, uma das funções do Ministério Público é a de salvaguardar os direitos fundamentais. Nesse sentido, no que concerne à efetivação do direito à saúde, a atuação do *parquet* tem ganhado destaque, especialmente por garantir o acesso à justiça através dos seus instrumentos de atuação.

Nessa quadra de exposição, convém lembrar que atuar no direito à saúde é estar agindo diretamente sobre os rumos da vida de uma pessoa ou de uma coletividade. Nessa perspectiva, assegurar um mínimo existencial digno para quem necessita não é tarefa fácil. Contudo, o Ministério Público tem se mostrado uma instituição jurídica importante para superar as lacunas existentes entre o mundo do direito e o mundo dos fatos.

Desta feita, em vez de um campo minado por desafios, é imprescindível ver a atuação do Ministério Público como um campo repleto de desafiantes esperanças. Esperança que em um futuro, não muito distante, o dever-ser normativo se confundirá com o ser da realidade social e a efetividade do direito à saúde acontecerá.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho foi elaborado com a intenção de demonstrar quais os meios de atuação do Ministério Público que possibilitam a efetivação do direito à saúde.

Diante do exposto, no capítulo I, restou claro que a noção de Constituição como aquela que impõe limites ao poder Estatal, assim como a preocupação com os direitos e liberdades fundamentais são temas que remontam desde a Carta Magna. No entanto, as bases do constitucionalismo moderno só foram lançadas com as transformações ocorridas no século XVIII, especialmente, na Inglaterra, França e Estados Unidos.

Desta feita, conforme analisado, os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensão são resultados de construções históricas e variam de acordo com as necessidades de cada época. Assim, esses direitos são consagrados por um processo de reconhecimento dinâmico, onde uma dimensão complementa a outra.

Com efeito, os resultados desastrosos da II Guerra Mundial e as perversões sofridas por governos autoritários, ensejaram a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como base para o Estado de Direito. Nesse contexto, basta que o indivíduo nasça para que o Estado o valorize como ser humano, promovendo os meios para que goze de liberdades e direitos.

Nesse diapasão, no capítulo II, em um contexto nacional, analisou-se que, por ser um direito ligado à vida e à dignidade da pessoa humana, a Constituição de 1988 consagrou o direito à saúde como direito fundamental social, eivado de aplicabilidade imediata e, portanto, passível de ser exigido pelo cidadão em face do Estado. Nesse mesmo movimento, a Magna Carta preconiza também que o Poder Público está obrigado a assegurar, através das políticas públicas sociais e econômicas, um serviço de saúde gratuito, atendendo aos que dele necessitam.

No entanto, a efetivação desse direito possui alguns entraves. Se de um lado, encontram-se pessoas com infinitas necessidades, ou seja, pessoas que precisam de um mínimo para viverem com dignidade, de outro lado estão as ineficiências e as omissões administrativas sob a égide das restrições orçamentárias e financeiras.

Dessa maneira, distante de uma efetiva concretização, a garantia do direito à saúde passa por um fenômeno de judicialização, caracterizada pela postulação judicial, contra o Estado, em busca por tratamentos, medicamentos e outros insumos.

Essa intervenção do Judiciário tem sido alvo de críticas, uma vez que alguns afirmam que as demandas individuais podem comprometer outros programas de saúde voltados a

coletividade, já outros argumentam a escassez de recursos em detrimento de prestações mínimas e ainda existem os que alegam que a intervenção do judiciário fere o princípio da separação de poderes.

Nesse sentido, no que concerne à coletividade, o Estado precisa dispor de planejamento orçamentário a fim de aplicar as políticas públicas responsáveis pela garantia do direito à saúde, quanto às demandas individuais, nada obsta do Estado realocar verbas advindas de outras esferas, como da propaganda institucional, para o cumprimento de demandas judiciais. Ademais, é imperioso destacar que o estado deve dar tratamento à saúde, não apenas como direito de titularidade difusa, mas também como um direito individual indisponível, para que assim, haja a sua garantia e devida efetivação.

Em outro vértice, acredita-se que a reserva do possível não pode se sobrepor ao mínimo existencial e ao princípio da dignidade da pessoa humana – fundamento do Estado Democrático de Direito. Por isso, verifica-se que a reserva do possível deve ser investigada pelo magistrado com ponderação para que a justificativa estatal não seja desprovida de qualquer suporte probatório ou que a justificativa não seja uma forma simplista de descumprir as normas constitucionais, bem como deixar garantir o mínimo existencial.

Destarte, a intervenção do Judiciário é cabível na medida em que exerce o sistema de freios e contrapesos, com o objetivo de fazer com que a administração pública racionalize os seus gastos e obedeça às determinações constitucionais de modo a cumprir as obrigações de um Estado Democrático e Social de Direito.

Diante do exposto, cumpre salientar que ao lado do Poder Judiciário, o Ministério Público é uma das instituições que ganhou destaque na defesa do direito fundamental à saúde, bem como na sua efetivação.

Nesse sentido, no capítulo III, a Instituição supracitada foi o tema da análise. Para tanto, a Constituição Federal de 1988 definiu o Ministério Público como instituição responsável pela preservação do regime democrático, pela defesa da ordem jurídica, dos interesses sociais e dos direitos individuais indisponíveis. A Magna Carta também reservou ao *paruqet* a função de zelar pela saúde e por sua efetividade, ou seja, pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública ao direito à saúde garantida constitucionalmente.

Com o objetivo de cumprir a função insculpida na Lei Maior, o Ministério Público faz uso de alguns instrumentos de atuação que permitem o desempenho de suas atribuições em juízo ou fora dele.

No que concerne à saúde, na esfera judicial, a ação civil pública é o instrumento processual cuja finalidade é tutelar não apenas os interesses transindividuais, mas os direitos individuais indisponíveis. Mais que isso, acredita-se que a ação civil pública possibilita a ampliação do acesso individual e coletivo às ações e serviços do SUS.

Na esfera extrajudicial, como alternativa à jurisdição, os membros do Ministério Público dispõem do inquérito civil, do termo de ajustamento de conduta, das recomendações e das audiências públicas. Levando-se em conta o que foi pesquisado, essa forma de atuação do *parquet* se mostra eficaz na medida em que o processo de negociação e realização é construído consensualmente fazendo com que todos os envolvidos cumpram as diretrizes e objetivos propostos.

Nesse passo, a Instituição Ministerial possui ainda, outros mecanismos de atuação. No âmbito nacional a Comissão Permanente de Defesa da Saúde (COPEDS), possui o objetivo de executar o Plano Nacional Ministerial de Atuação em Saúde, já a Associação Nacional do Ministério Público de Defesa da Saúde, tem como escopo a defesa do direito à saúde através de ingerências nas instituições jurídicas e políticas, a fim de propor diretrizes, fiscalizar projetos de leis, realizar audiências públicas, dentre outros. Já no âmbito estadual, o Ministério Público possuem órgãos administrativos que fiscalizam, promovem e resguardam o direito à saúde, na Paraíba são eles: a Promotoria de Justiça da Saúde e o Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Defesa dos Direitos da Saúde – CAOP – SAÚDE.

Diante do exposto, depreende-se que o Ministério Público tem se configurado como articulador ativo na busca por conciliar o acesso à justiça e à efetivação do direito à saúde. Desta feita, seus instrumentos de atuação geram, não somente, maior proximidade entre o judiciário e a sociedade, mas também promovem a interação da sociedade com o poder público.

No entanto, apesar da notoriedade que o *parquet* tem ganhado nas últimas décadas e da postura ativa na defesa dos direitos à saúde, sua atuação ainda encontra alguns obstáculos que precisam ser ultrapassados, como a necessidade de uma maior fiscalização do uso do dinheiro público e das metas traçadas a fim de garantir uma prestação de saúde digna a todos.

Nessa perspectiva, outra dificuldade é o desconhecimento da população acerca dos seus direitos e das funções desempenhadas pelo *parquet*. Todavia, a participação popular se torna imprescindível para a efetivação do direito à saúde. Para tanto, faz-se necessário a existência de atividades pedagógicas nas instituições de ensino, além de divulgações de informações sobre o tema nos meios de comunicação em massa. Com isso, procura-se fazer com que a população contribua para o aprimoramento dos serviços do Ministério Público e

participe ativamente de seus mecanismos de atuação, seja em audiências públicas, seja na realização de sugestões, críticas e/ou denúncias.

Nesse diapasão, acrescente-se ainda, que na área da saúde, as demandas são as mais diversas. Seja de natureza simples ou complexa, existe a necessidade de um conhecimento técnico que, na maioria das vezes, o membro do Ministério Público não possui. Contudo, esse fato não impede que a instituição em comento crie espaços de diálogo e interação, ora em parceria com os profissionais da saúde, ora como incentivador de entidades, organizações e associações civis para que decidam em conjunto, a melhor forma de solucionar os diversos problemas da área da saúde, inclusive por meio de formulação e implementação de políticas públicas.

Os obstáculos e os desafios são inúmeros. Sem dúvida, o caminho entre o estabelecido e o praticado é longo e íngreme, mas essa distância pode diminuir se houver um compromisso permanente com a efetividade dos princípios e das normas constitucionais, assim como o comprometimento, a responsabilidade e a busca em garantir o direito de um mínimo necessário para que o ser humano consiga viver condignamente. Desta feita, seria utópico acreditar que a instituição ministerial resolverá tudo. No entanto, acredita-se que o *parquet*, no exercício de suas funções constitucionais, pode contribuir significativamente para o acesso à justiça e a efetivação do direito à saúde.

REFERÊNCIAS

ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização ou juridicização? as instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. **Physis – Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 33-55, 2010. Disponível em < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100004 > Acesso em 31 de julho de 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BARROS, Sérgio Rezende de. **O Poder Judiciário e as políticas públicas: alguns parâmetros de atuação**. Disponível em <<http://www.srbarros.com.br/pt/o-poder-judiciario-e-as-politicas-publicas--alguns-parametros-de-atuacao.cont>> 29 de julho de 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Tema desenvolvido por solicitação da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: www.pjf.mg.gov.br ; Acesso em 26 de junho de 2016.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª edição. 2ª tiragem 2012. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. In Seleções Jurídicas ADV – maio/2009, p. 34-40.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. In: SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes, SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs). **A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da constituição brasileira**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BOBBIO, Norberto. **A era de direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOLESINA, Iuri. **O Mínimo Existencial Enquanto Critério para o Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: Análise Teórica e Crítica de sua Operacionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Supremo Tribunal de Justiça**. Santa Cruz do Sul, 2012. Disponível em < <http://www.unisc.br/portal/images/stories/mestrado/direito/dissertacoes/2013/iuri-bolesina.pdf> > Acesso em 27 de junho de 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Teoria do Estado**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRASIL. **Constituição da República**. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE-AGR n. 393175/RS, 2^a Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 02.02.2007. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14784469/recurso-extraordinario-re-393175-rs-stf>> acesso em 28 de junho de 2016.

_____. ADPF 45 MC, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000072044&base=baseMonocraticas>> acesso em 28 de junho de 2016.

BRITO, Carlos Roberto. **O Ministério Público e as suas funções**. São Paulo: Juruá, 2008.

BRITO, Edvaldo. **Reflexos Jurídicos da Atuação do Estado no domínio Econômico: desenvolvimento econômico, bem estar social**. São Paulo: Saraiva, 1982.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: Bucci, Maria Paula Dallari (coord.). **Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: RT, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 11^a ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CARDOSO, Antônio Manoel Bandeira. Como se processou a assinatura da Magna Carta e fatos subsequentes -- Considerações sobre a Carta de Runnymede. **Revista de informação legislativa**, v. 23, n. 91, p. 135-140, jul./set. 1986. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/182020>> acesso em 23 de março de 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo . A questão terminológica: ação civil pública? ou ação coletiva? **Revista Dialética de Direito Processual**, v. 132, p. 76-87, 2014. Disponível em http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/a_questao_terminologica_acao_civil_publica_cavalcanti.pdf acesso em 22 de julho de 2016.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 24ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____, **A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os Estados brasileiros e o direito a saúde**. Humanismo, ciência e tecnologia. São Paulo: Hucitec, 1995.

DAVIES, Ana Carolina Izidório. **Limites constitucionais do Direito à Saúde: reserva do possível X mínimo existencial**. Apesp – Associação dos Procuradores do Estado de São Paulo, 2013. Disponível em < <http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/TESE-6-AUTORA-Ana-Carolina-Izid%C3%B3rio-Davies.pdf> > acesso em 26 de junho de 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 12ª edição, 2010.

FIGUEIREDO, Marcelo. O Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – Uma Visão Geral. Faculdade de Direito. **Revista Eletrônica da Faculdade da PUC – SP**. Disponível em < <http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/download/736/509> > acesso em 30 de junho de 2016.

GONÇALVES, Rogério M. V. **Os direitos fundamentais e sua validade no âmbito das relações privadas**. Disponível em: < <http://www.biblionline.ufpb.br/ojs/index.php/primaface/article/download/4476/338> >. Acesso em 02 de julho de 2016.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos**. Disponível < <http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id2.htm%3E> > Acesso em 03 de julho de 2016.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível. In: CAMARGO, Marcelo Novelino. **Leituras Complementares de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2006.

KRIEGER, Maurício Antonacci. **A legitimação do Ministério Público para propor Ação Civil Pública**. Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 4, n. 3, 01 jul. 2013. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/1309-a-legitimacao-do-ministerio-publico-para-propor-acao-civil-publica> - Acesso em 23 de julho de 2016.

LEAL, Rogério Gesta. **Patologias corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade: causas, consequências e tratamentos**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça – condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS, Flávia Bahia. **O Direito Fundamental à Saúde no Brasil sob a perspectiva do Pensamento Constitucional Contemporâneo**. Dissertação (Mestrado). Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2008.

MASCARENHAS, Paulo. **Manual de direito constitucional**. Salvador, 2010. Disponível em: <<http://www.paulomascarenhas.com.br/ManualdeDireitoConstitucional.pdf>> acesso em 28 de junho de 2016.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em Juízo**. São Paulo: Saraiva, 2004, 17ª ed.

_____. **Manual do Promotor de Justiça**. 2ª ed., ampl. e atual. — São Paulo : Saraiva, 1991.

_____. **O Acesso à Justiça e o Ministério Público**. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/acjusmp.pdf>> Acesso em 10 de julho de 2016.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco**. 6ª ed. rev. E atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MOCHI, Cássio Marcelo. A constituição do estado moderno: do ideal de liberdade para o Princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Público**, Londrina, vol. 4, nº 1, pág. 1-26, JAN/ABR. 2009.

MORO, Sergio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. Max Limonad, São Paulo, 2001.

NASCIMENTO, Marina Georgia de Oliveira e. **Os Paradigmas Constitucionais de Estado e as Dimensões de Direitos Fundamentais**. Conteudo Jurídico, Brasília-DF: 12 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.44709&seo=1>>. acesso em 08 mar. 2016.

ORDACGY, André da Silva. O Direito Humano Fundamental à Saúde Pública: a tutela da saúde como Direito Fundamental do cidadão. **Revista da Defensoria Pública da União**. Brasília, n. 1, jan/2009. Disponível em <<http://www.ceap-rs.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Direito-Humano-a-saude-oublica.pdf>> acesso em 28 de junho de 2016.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. 2ª edição, São Paulo: RT, 2001.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1192, 6 out. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9014>>. Acesso em 08 de março 2016.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio. **Direito à educação: controle social e exigibilidade judicial**. Fortaleza: ABC, 2005.

PORTO, Sérgio Gilberto. **O Ministério Público no estado moderno**. Revista do Ministério Público, Porto Alegre, v. 40, jan./jun. 1998.

QUEIROGA, Marcos Alexandre Bezerra Wanderley de. **O controle judicial das políticas públicas e o papel do Ministério Público**. Revista Jurídica do Ministério Público.

Procuradoria-Geral de Justiça. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. João Pessoa: MP/PGJPB, CEAJ, ano 1, n. 1, jan./jun. 2007. p. 302/303.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **O Ministério Público e a efetividade das políticas públicas**. Lex Coletânea de Legislação do Supremo Tribunal Federal, São Paulo, ano 24, p. 05-09, dezembro de 2002.

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

SARLET, Ingo Wolfgang (org), TIMM, Luciano Benetti (org), BARCELOS, Ana Paula de, entre outros. **Direitos Fundamentais: orçamento e “Reserva do possível”**. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____, **Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado**: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, D.; GALDINO, F. (Orgs.) **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____, **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Constitucionalismo: trajetória histórica e dilemas contemporâneos**. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais. Estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Salvador: JusPodivm, 2012.

SCHULZE, Clenio Jair. **Conciliação e Mediação nos Conflitos sobre Direito à Saúde**. Disponível em < <http://emporiododireito.com.br/conflitos-sobre-direito-a-saude/> > Acesso em 08 de Julho de 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SCHINCARIOL, Rafael L. F. da C. **Estado de Direito e Neoliberalismo: uma análise garantista**. Universidade Federal de Santa Catarina. Curso de Pós-Graduação em Direito. Florianópolis, 2008.

VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil**. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processo Coletivos. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

WEICHERT, Marlon Alberto. **A Saúde como Serviço de Relevância Pública e a Ação Civil Pública em sua Defesa**. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras. **Ação Civil Pública: 20 anos da Lei 7.347/85**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.