

A EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E PELO PODER JUDICIÁRIO

SÍLVIA VIEIRA DAMIÃO

Analista do Ministério Público de Minas Gerais – Especialidade Direito

RESUMO: O presente trabalho procurou discorrer sobre os direitos fundamentais, em especial o direito à saúde, contextualizando o ser humano como ente de proteção e de prestação, pelo Estado, de políticas públicas já determinadas em lei. Enfrentou as críticas mais acirradas sobre o ativismo judicial, tais como a violação do princípio da separação dos poderes, a legitimidade democrática, a reserva do possível. Defendeu-se a proibição de retrocesso, a necessidade de instituição de políticas públicas de saúde pelo Judiciário a pedido do Ministério Público. Também se evidenciou o *status* de instância política do Poder Judiciário e o poder simbólico das decisões judiciais, bem como qual o pensamento jurisprudencial acerca do tema. Procurou-se apontar algumas medidas para o Ministério Público exigir a efetivação de políticas públicas de saúde com razoabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas públicas de saúde; ativismo judicial; papel do Ministério Público.

ABSTRACT: This work is about the fundamental rights, specially the right to health, considering the human being as protected and the State as provider of public policies defined by Law. One discussed the judicial activism, such as the breach in the Separation of Powers principle and the democratic legitimacy. One defends the prohibition of retrocession and the need of creating health public policies by the Judiciary on request of the Public Prosecution Service. It has also been evidenced the status of political institution of the Judiciary Power and the symbolical power of the judicial decisions, as well as the jurisprudential view about the issue. Finally, one attempted to point out some tools to the Public Prosecution Service to use in order to demand the effective enforcement of health public policies.

KEY WORDS: Health public policies; judicial activism; role of the Public Prosecution Service.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O dever do Estado de proteger o indivíduo e as políticas públicas de saúde. 3. Enfrentamento das críticas à judicialização da saúde. 4. O Ministério Público e a proteção à saúde como direito indisponível. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A Constituição brasileira garante direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança e à previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. É desnecessário dizer, porém, que nenhum desses direitos é completamente realizado no Brasil.

Para convergir realidade e texto constitucional, faz-se imprescindível que todos os agentes estatais – governo, legisladores, administradores e também os juízes – desempenhem suas tarefas de modo a efetivar os direitos sociais previstos pela Constituição.

O Estado e os direitos fundamentais vão caminhando, ora se aproximando, ora se afastando, num equilíbrio quase nunca perfeito, pois às vezes um se afasta demais do outro ou se aproxima demais. Por isso, no entremeio desse caminhar, surge uma figura intermediadora, qual seja o juiz, que, provocado pelo cidadão, pelo Ministério Público ou pelas associações, vem tentar a aproximação necessária, dizendo que as políticas públicas precisam ser realizadas, lembrando a democracia, na figura do Estado, que o povo, verdadeiro legislador constituinte, assim previu na Carta Magna.

Todos os dias os operadores do Direito vivem dicotomias paralelas: democracia *versus* direitos fundamentais e legisladores *versus* juízes. A tensão é enorme e esse é um dos mais importantes objetos de estudo do Direito constitucional contemporâneo. No tocante à saúde pública, o dilema afigura-se ainda maior, pois a enfermidade desconcerta o homem, desestrutura a família, traz desarmonia à sociedade, impede o trabalho, o progresso.

O presente estudo inicia-se pela análise dos direitos fundamentais, do ser humano como ente de proteção do Estado. Posteriormente, avança-se para as políticas públicas relacionadas à saúde pública e o papel do Ministério Público e do Judiciário nesses conflitos. Este trabalho visa a apontar meios de filtrar quais as ações são realmente indispensáveis para assegurar a saúde dos cidadãos; quais as precauções e medidas que devem ser adotadas pelas promotorias de saúde para dar maior segurança ao juiz que analisará o caso, bem como para não ajuizar ações despropositadas.

A finalidade é demonstrar para a comunidade jurídica que a implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário e pelo Ministério Público é uma necessidade, quando ocorre inércia da administração pública ou quando os recursos públicos não estão sendo destinados com prioridade à saúde, de modo que isso não fere os princípios da discricionariedade da administração pública e a violação de poderes.

2. O dever do Estado de proteger o indivíduo e as políticas públicas de saúde

A proteção dos direitos fundamentais teve início com o Cristianismo, segundo o qual o homem é criado à imagem e semelhança de Deus, que, por sua vez, assumiu a natureza humana para redimi-la. Tal idéia imprime ao homem um valor intrínseco que deve ser protegido. Foram vários os filósofos da igreja católica que narraram a necessidade da proteção da dignidade da pessoa humana; tais idéias foram sendo observadas quando da formação do direito positivo, a começar por São Paulo (Gálatas, 3, 28), em sua declaração sobre a igualdade: “Não há judeu nem grego, não há varão nem mulher, pois todos vós sois um em Cristo Jesus”.

Desde então, inspiradas por tal filosofia, diversas Cartas de declaração de direitos foram formuladas, destacando-se a Declaração de Direitos de Virgínia, Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Como bem concluem Paulo Gustavo Gonet Branco e outros:

A sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é resultado de maturação histórica, o que também permite compreender que os direitos fundamentais não sejam sempre os mesmos em todas as épocas, não correspondendo, além disso, invariavelmente, na sua formulação, a imperativos de coerência lógica. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 221).

Tanto isso é verdade que, hoje, a doutrina aponta a evolução dos direitos fundamentais em três gerações: primeira geração (autonomia da vontade, obrigações do Estado de não fazer, não intervir); segunda geração (são os chamados direitos sociais, de reivindicação de justiça social, de assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer etc); terceira geração (proteção da sociedade, de grupos, e não do homem isoladamente – meio ambiente, conservação do patrimônio histórico cultural, do patrimônio público, da paz etc.).

Há ainda doutrinadores que defendem os direitos de quarta geração (direitos de solidariedade – democracia, direito à informação e o direito ao pluralismo;¹ preservação do patrimônio genético, a não-exploração comercial do genoma humano, a preservação dos organismos naturais, regulação da transgenia, o livre acesso às tecnologias da informação, biodiversidade, biopirataria² etc.).

Há ainda uma importante classificação, no âmbito dos direitos fundamentais, da qual se extraem os deveres (ou direitos) do Estado para com o indivíduo. Cuida-se da Teoria dos quatro *status* em que o indivíduo pode encontrar-se em face do Estado.

Ela foi desenvolvida no final do século XIX por Jellinek e, desde então, os direitos fundamentais cumprem diferentes funções na ordem jurídica, sendo: passivo, negativo, positivo e ativo. Paulo Gustavo Gonet Branco e outros explicam que:

¹ Ver Bonavides (2000, p. 525).

² Ver Alves (2003, p.392-398).

O indivíduo pode achar-se em posição de subordinação aos Poderes Públicos, caracterizando-se como detentor de deveres para com o Estado. Este tem a competência para vincular o indivíduo, por meio de mandamentos e proibições. Fala-se, aqui, em *status subjectionis*, ou em *status* passivo. A circunstância de o homem ter personalidade exige que desfrute de um espaço de liberdade com relação à ingerência dos Poderes Públicos. Impõe-se que os homens gozem de algum âmbito de ação desvincilhado do império do Estado; afinal, como o próprio Jellinek assinala, a autoridade do Estado é exercida sobre homens livres. Nesse caso, cogita-se do *status* negativo. Em algumas situações, o indivíduo tem o direito de exigir do Estado que atue positivamente, que realize uma prestação. O indivíduo se vê com a capacidade de pretender que o Estado aja em seu favor. O seu *status* é, assim, positivo, (*status civitatis*). Jellinek cogita, ainda, de um quarto *status*, que denomina ativo, em que o indivíduo desfruta de competência para influir sobre a formação da vontade do Estado, como, por exemplo, pelo direito do voto. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 245).

Foi a partir da evolução dessa teoria de Jellinek que hoje se podem apontar as espécies de direitos fundamentais mais freqüentes: direitos de defesa (ou direitos de liberdade) e direitos a prestações (ou direitos cívicos). É justamente nesses últimos que se enquadram os direitos sociais, que autorizam o indivíduo a buscar sua efetivação.

As conquistas dos direitos fundamentais estão lançadas na Constituição Federal, em dispositivos diversos, não se restringindo ao rol do artigo 5º,³ mesmo porque, segundo o Preâmbulo da Constituição, a Assembléia Constituinte teve como norte “[...] instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança [...]”, constituindo, pois os direitos fundamentais em um pilar “ético-jurídico-político”.⁴

O presente trabalho, como se vê, aborda o tema dos direitos de segunda geração, especialmente do direito à saúde, previsto no artigo 196 da Constituição Federal. A proteção da saúde no Brasil foi prevista, primeiramente, na Constituição de 1934, limitando-se ao mercado formal de trabalho urbano e somente alcançando o trabalhador rural em 1946. Dessa feita, a saúde pública estava sempre relacionada ao trabalho, assim, somente gozavam de assistência os trabalhadores contribuintes para o regime de previdência.

Em 1975, por meio da Lei nº 6.229, foi criado o Sistema Nacional de Saúde, que visava à saúde básica para todos, cabendo ao Ministério da Saúde e da Previdência Social, da Educação e do Trabalho a execução das ações.

³ ADI nº 3.685, Rel. Ellen Gracie, DJ de 10-8-2006.

⁴ Ver Mendes, Coelho e Branco (2007, p. 221).

Na década de 80, com a grave crise financeira da Previdência Social, iniciaram-se os discursos para implementação do Sistema Único de Saúde (SUS). Em 1987, foi criado o Sistema Unificado e Descentralizado da Saúde (SUDS), que adotou os princípios da universalidade, equidade, integralidade dos cuidados, desenvolvimento das instituições colegiadas e dos recursos humanos.⁵

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a saúde recebeu *status* de direito fundamental e o SUS, criado com o objetivo de organizar a atuação dos entes federados na promoção das ações e dos serviços públicos de saúde (art. 198, I).

O SUS foi instituído para ser o plano de saúde de todos os brasileiros e tem como princípios constitucionais norteadores: universalidade (direito de todos, sem requerer nenhum requisito para sua fruição); isonomia (todos os brasileiros são iguais perante o SUS); princípio democrático (a Lei nº 8.142/90 dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS, portanto as políticas públicas devem ser implementadas em conjunto com a sociedade); integralidade (o atendimento deve ser integral, incluindo a assistência farmacêutica – art. 6º, I, d, da Lei nº 8.080/90, porque o homem deve ser assistido em sua totalidade); resolutividade (o tratamento deve ser eficaz, porque garantir meio tratamento significa assegurar tratamento algum).⁶

Esse modelo está em concordância com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), segundo o qual o direito à vida consiste em propiciar a todos condições de vida dignas, passando, pois, pelo acesso universal e integral à saúde.

A Organização Mundial de Saúde, ao conceituar o termo “saúde”, vai além da perspectiva de ausência de enfermidade, orientando-se pela necessidade de garantir ao indivíduo o efetivo estado de bem-estar físico, mental e social.

Por isso, e em decorrência do princípio da integralidade, o SUS abrange o acesso a ações de promoção (eliminar ou controlar causas de doenças e agravos), de proteção (prevenir riscos e exposições a doenças) e de recuperação (evitar a morte de pessoas doentes, diminuir as seqüelas das doenças, atuando sobre os danos).

Tais ações são chamadas de políticas públicas, cujo fundamento é a existência dos direitos sociais, ou seja, aqueles que precisam se concretizar mediante prestações positivas do Estado. Assim, diz-se que os direitos individuais consistem em liberdades. Já os direitos sociais consistem em prestações.

Certo é que as linhas gerais das políticas públicas estão previstas na Constituição Federal e constituem projetos de longo prazo, cuja realização ultrapassa a duração de

⁵ Ver Oliveira e Vieira (2006, p. 353-371).

⁶ Ver Oliveira e Vieira (2006, p. 357).

um governo, estando ainda relacionada com a qualidade do processo administrativo que a antecede e que a implementa. Mas as políticas públicas de saúde já não são apenas normas programáticas. A própria Constituição Federal definiu o SUS como instrumento de concretização do direito à saúde e as Leis nº 8.080/90 e nº 8.142/90 dispõem sobre as políticas públicas de saúde a se adotar.

3. Enfrentamento das críticas à judicialização da saúde

A chamada *judicialização da saúde* vem sendo alvo de acirradas críticas, algumas delas consistentes, mas não inafastáveis. Aqui serão analisadas aquelas mais substanciais, tentando ao final demonstrar o equívoco no qual incorrem aqueles que não admitem a efetivação das políticas públicas pelo Judiciário.

A primeira crítica seria quanto à micro-justiça feita pelo Judiciário, ao desconhecimento das questões médicas e à pressão das indústrias farmacêuticas. Alega-se que o Judiciário não possui o conhecimento médico necessário para instituir políticas de saúde⁷ e que o Judiciário deve observar apenas a micro-justiça e não a macro-justiça, destinada à administração pública.⁸

Além disso, aponta-se que muitos juízes não têm consciência de algumas ações para obtenção de medicamento e tratamentos que são fomentadas pela indústria farmacêutica, com a esperança de que um maior número de decisões judiciais concedendo seus medicamentos pressione o governo a incluí-los na lista do programa oficial de saúde.

Extraem-se da revista *Assistência Farmacêutica no SUS*, do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS), inúmeros dados que demonstram o contrário de tudo o que acima se apontou e que os juízes, ao proclamarem decisões que optem pelo direito à vida e à saúde, realizam macro-justiça, ainda que não imediatamente. Isso porque, se fizermos uma retrospectiva do desenvolvimento do SUS e de alguns medicamentos e programas de tratamento hoje viabilizados no Brasil, veremos que muitos deles só foram implementados por pressão das decisões do Judiciário. Eis o que confirma o próprio CONASS (BRASIL, 2007, p. 143):

Nas Secretarias Estaduais de Saúde as primeiras ações judiciais eram referentes ao fornecimento de medicamentos de alto custo, de difícil acesso e de medicamentos anti-retrovirais para o tratamento da AIDS. No caso dos antiretrovirais, a partir de 1996, com a introdução da terapia combinada para o tratamento da AIDS, o número de ações judiciais para fornecimento desses medicamentos aumentou significativamente e tiveram grande impacto no orçamento público, chegando a consumir em uma Unidade da Federação,

⁷ Ver Gouvêa (2003, p. 22-23 *apud* BARROSO, 2008, p. 19).

⁸ Ver Barcellos (2006 *apud* BARROSO, 2008, p. 19).

no ano de 2001, cerca de 80% do orçamento previsto para a compra de medicamentos anti-retrovirais [...].

Situação semelhante, com aumento expressivo de ações judiciais, ocorreu com o lançamento de novos medicamentos para o tratamento da Hepatite Viral crônica C, entre eles as alfaeginterferonas. Nesse caso, várias Ações Cíveis Públicas foram movidas pelo Ministério Público (MP) para garantia do fornecimento desses medicamentos aos pacientes, além de inúmeras ações judiciais individuais. A maior parte delas determinava o fornecimento de medicamento a pacientes que não se enquadravam nos critérios do Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas para Hepatite Viral Crônica C, estabelecido pelo Ministério da Saúde e publicado pela Portaria SAS/MS n. 863, de 4 de novembro de 2002 [...].

Ora, essas ações forçam o poder público a implementar programas especiais para certos tipos de doenças, como temos hoje para a Aids, Diabetes, Hepatite, Parkinson etc., e isso é fazer macro-justiça.

O CONASS (BRASIL, 2007, p. 146) efetuou levantamento sobre as causas mais comuns de ingresso das ações judiciais: I) dez Secretarias de Saúde citaram a falta do medicamento, o que se afigura inadmissível, tendo em vista que a instância gestora estadual deve promover a licitação para adquirir os medicamentos constantes da listagem obrigatória; II) quinze Secretarias de Saúde apontaram que foi em razão da recusa de fornecimento de medicamento pelo fato de a indicação estar em desacordo com os critérios estabelecidos pelo Ministério da Saúde; (III) dezesseis Secretarias citaram o pedido de fornecimento de medicamento não padronizado.

Portanto, as decisões judiciais foram e continuam sendo imprescindíveis para o aperfeiçoamento do sistema e a efetivação das políticas públicas de saúde.

Caso bastante interessante que ocorreu na cidade de Uberlândia, em 2005, deu-se em relação ao diabetes *mellitus* tipo 1. A mãe da criança portadora de diabetes procurou o Ministério Público munida de informações sobre a doença e sobre os programas públicos, solicitando providências. É que o Estado de Minas Gerais possui a Lei Estadual n. 14.533/2002⁹, que dispõe sobre o direito às medicações, aos instrumentos e aos materiais de auto-aplicação e autocontrole, visando a garantir a maior autonomia possível por parte do usuário.

Todavia, a Secretaria Estadual de Saúde não disponibilizava tais insumos, ou disponibilizava apenas parte deles, com utilização no próprio posto de saúde. A interposição de ação civil pública para obrigar o Estado a cumprir o que estava disposto em lei foi indispensável.

⁹ Lei 14.533/2002. Ementa: Institui política estadual de prevenção do diabetes e de assistência integral à saúde da pessoa portadora da doença.

Hoje todos os portadores da doença que se interessarem são cadastrados e, assim, recebem o material, graças à obtenção de uma medida liminar¹⁰. Em consequência disso, o tratamento preventivo está sendo aprimorado, tendo em vista que é mais dispendioso entregar inúmeras fitas reagentes, insulinas, seringas, agulhas, que fazer o controle da taxa de glicemia.

Ora, a participação da mãe da criança com diabetes, a do Ministério Público e a do Judiciário foram indispensáveis para a efetivação de uma política pública prevista na Constituição, em lei federal e em lei estadual e que não havia sido implementada por livre e espontânea vontade do Administrador!

Tudo isso demonstra que as decisões judiciais – sejam elas individuais, coletivas, equivocadas ou não – surtem um papel importantíssimo, não só naqueles processos, mas vão além disso.

Inúmeras decisões demonstram que o sistema precisa aprimorar-se. Hoje já se observa uma melhor integração entre as Secretarias de Saúde, o Ministério Público dos Estados e o Federal e as Procuradorias-Gerais dos Estados, manifestada com a realização de palestras, debates, reuniões e reavaliação do Programa de Medicamentos de Dispensação.

Também o CONASS, reconhecendo a necessidade de melhor integração bem como a importância e repercussão das decisões judiciais, sempre promove diversos encontros visando à atualização permanente dos protocolos, cuja renovação certamente se dá por imposição de decisões judiciais e avaliação de novas tecnologias. Eis os temas promovidos:

[...] análise da relação custo/benefício; promoção do uso racional de medicamentos, com indicação, prescrição e destinação respaldadas em critérios técnicos; padronização e fornecimento de medicamentos respaldados em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas; ampla divulgação do programa junto aos setores envolvidos; inclusões de medicamentos com registro na Anvisa; constituição de Comissão de Especialistas para se manifestarem durante a tramitação dos processos judiciais que demandem o fornecimento de medicamentos excepcionais; divulgação das decisões judiciais para os gestores; Estabelecimento, no âmbito das Secretarias Estaduais de Saúde, de um fluxo para os processos judiciais. (BRASIL, 2007, p. 169).

¹⁰ Ementa: ADMINISTRATIVO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - KIT PARA DIABÉTICOS - FORNECIMENTO - LIMINAR - 'FUMUS BONI IURIS' - 'PERICULUM IN MORA' - MANUTENÇÃO DO 'DECISUM'. 1 - Mantem-se, no caso concreto, a liminar para o fornecimento de Kit para diabéticos pelo Município de Uberlândia, em razão da ausência de elementos, nos autos do agravo de instrumento, que viabilizem a infirmação do 'fumus boni iuris' e do 'periculum in mora' verificados, no juízo da origem, pelo Prolator da decisão recorrida. 2 - Recurso não-provido. (Ag. Inst. 2155042.29.2005.8.13.0702, Rel. Edgard Penna Amorim, Publ.04.05.2006).

A atualização das listas de medicamentos é algo imprescindível, haja vista que diariamente a indústria farmacêutica disponibiliza drogas mais eficazes no combate das doenças. Portanto, é importante que o Estado observe o que vem sendo pleiteado judicialmente e avalie se aquele medicamento deve ou não integrar a lista e não apenas negá-lo ao paciente. Muitas vezes as listas de medicamentos encontram-se já ultrapassadas, e as decisões judiciais servem como método de renovação das listas.

Isso tudo é um reflexo, na sociedade, das decisões do Judiciário. O Executivo tem percebido a força das decisões judiciais e o impacto econômico delas. Certamente, não chegaríamos a esse ponto se as ações fossem rejeitadas.

No tocante à questão de laboratórios forçarem a inclusão de seus medicamentos na lista oficial do SUS, é fato que situações assim podem ocorrer, mas tal argumento é por demais simplório, tendo em vista que nos processos judiciais é assegurado o contraditório, cabendo, pois ao Estado demonstrar satisfatoriamente a desnecessidade de tal remédio ou exigir explicações pormenorizadas do porquê se optou por um medicamento não constante da lista do SUS. E isso é facilmente resolvido no processo.

Para evitar tais artimanhas dos laboratórios, bem como a postulação indevida de medicamentos, a Promotoria de Justiça Especializada na Defesa da Saúde de Uberlândia, por exemplo, para promover o ajuizamento de suas ações civis públicas, visando proteger portadores de determinada doença, vem solicitando um relatório médico pormenorizando, onde o profissional da saúde explica quais os motivos para adoção do referido medicamento/tratamento e a necessidade de sua adoção para alguns portadores da doença em discussão.

Devem constar do relatório médico as seguintes informações: se já foi usado o medicamento que se encontra na lista do SUS, se houve reação alérgica, incompatibilidade ou insucesso do tratamento, qual a vantagem apresentada pelo medicamento indicado etc.; assim, o médico responsável deve fazer uma verdadeira “defesa” do tratamento que propõe.

Isso traz maior segurança ao juiz, tendo em vista que ele não tem e não deve ter condições de avaliar qual é o melhor medicamento/tratamento a ser fornecido. A ele chega um pedido, geralmente relacionado a situações urgentes e graves, que requerem uma antecipação de tutela, acompanhado de uma receita médica. O que fazer? Negar prestação jurisdicional, deixar perecer o indivíduo ou uma classe de indivíduos que ele poderia salvar com sua caneta?

Ora, de fato o juiz não tem e nem deve ter condições de dizer qual remédio é o melhor, assim como não tem condições de dizer se determinada empresa causou ou não dano ambiental, se um prédio apresentou rachaduras por culpa ou não do construtor etc. Percebe-se que tal argumento é bastante frágil, pois quem deve dar subsídios técnicos para o juiz decidir são as partes.

Portanto, afigura-se bastante injusta a colocação de que o Judiciário negligencia o caráter coletivo dos direitos sociais em favor de um enfoque individualista, já que o dinheiro que poderia ser usado em programas globais tem de ser alocado para algumas reclamações e que sucessos individuais, freqüentemente, significam um insucesso coletivo.

Frise-se: enquanto o sistema não estiver em consonância com os princípios reitores do Sistema Único de Saúde, o Judiciário deve sim intervir, ainda que assegurando uma falsa “micro justiça” pois, quando os administradores públicos perceberem ser mais dispendiosa a forma que elegeram, o sistema se aperfeiçoará.

Assim, pode-se comparar o dilema do juiz, que, ao longo de seu mister, recebe ações pleiteando determinado medicamento/tratamento (seja de caráter individual ou coletivo), com a fábula das abóboras:

Era uma vez um cocheiro que dirigia uma carroça cheia de abóboras. A cada solavanco da carroça, ele olhava para trás e via que as abóboras estavam todas desarrumadas. Então ele parava, descia e colocava-as novamente no lugar. Mal reiniciava sua viagem, lá vinha outro solavanco e... tudo se desarrumava de novo. Então ele começou a ficar desanimado e pensou: Jamais vou conseguir terminar minha viagem! É impossível dirigir nesta estrada de terra, conservando as abóboras arrumadas. Quando estava assim pensando, passou à sua frente outra carroça cheia de abóboras, e ele observou que o cocheiro seguia em frente e nem olhava para trás: as abóboras que estavam desarrumadas organizavam-se sozinhas no próximo solavanco. Foi quando ele compreendeu que, se colocasse a carroça em movimento na direção do local onde queria chegar, os próprios solavancos da carroça fariam com que as abóboras se acomodassem em seus devidos lugares.

Ora, numa comparação bastante simplória, divertida e jamais pejorativa, pode-se dizer que a estrada de terra, cheia de imperfeições, é o nosso sistema público de saúde. As abóboras, os programas de saúde; o cocheiro seria o Judiciário, que deve seguir em frente, concedendo suas liminares e decisões, até que o Estado (a carroça) vá ajeitando suas abóboras, ou melhor, seus programas de saúde, rumo a um Sistema Único de Saúde ideal.

A segunda crítica seria que a interferência do Judiciário causa desordem na administração. Para muitos, como o próprio Conselho Nacional de Secretários de Saúde, a interferência do Judiciário “[...] gera individualização da demanda, em detrimento do coletivo e leva à desorganização dos serviços” (BRASIL, 2007, p. 146), impedindo a administração pública de se organizar e comprometendo a eficiência.

Ora, tal afirmação não é tão séria, tendo em vista que o Estado tem meios para se organizar, inclusive evitando a licitação em casos emergenciais. Eis a orientação do próprio CONASS:

Artigo 24 da Lei 8.666/93 fixa, dos incisos I ao XXIV, as situações em que é facultado à Administração não licitar. Portanto, existe justificativa legal para que a primeira aquisição para atendimento da determinação judicial seja feita fundamentada nesse dispositivo. Para as compras subseqüentes isso não se aplica, devendo a administração instaurar procedimento licitatório sempre que houver possibilidade de competição. [...] se a demonstrada a inviabilidade de competição, em especial nos casos de produto de fabricação exclusiva, sendo comprovada a exclusividade de fabricação do princípio ativo, considerando que é vedada preferência de marca, existe fundamento legal para a aquisição com fundamento no inciso I do artigo 25 da Lei 8666/93. Se comprovada a inviabilidade, por outros documentos que não os atestados de exclusividade, a inexigibilidade da competição se dará pelo *caput* do Artigo 25. (BRASIL, 2007, p. 156).

Costuma-se apontar ainda que se os valores destinados à distribuição de medicamentos e outros tratamentos fossem direcionados a políticas de saneamento básico e de construção de redes de água potável; o benefício para a população seria maior. Sem dúvida, tal afirmação afigura-se uma verdade, mas enquanto os administradores não enxergam o óbvio, ou não querem realizar ditas obras, porque como se diz *não aparecem*, incumbe ao Judiciário ir procedendo às condenações até que um dia o Executivo seja compelido a utilizar melhor o orçamento público.

A terceira crítica seria quanto à violação ao princípio democrático e à separação de poderes, esta sempre utilizada pela União, pelos Estados e Municípios em suas defesas, alegando que não se pode retirar dos poderes legitimados pelo voto popular (Executivo e Legislativo) a prerrogativa de decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes, previsto no art. 2º da CF: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Primeiramente, cumpre ressaltar que esta Separação de Poderes existente na CF não foi a idealizada por Montesquieu, como muitos apregoam, mesmo porque ele nem contemplava o Poder Judiciário. No Capítulo 6º do Livro 11 de “O Espírito das Leis”, sugere o modelo inglês para a França, seu país. E, quando ele fala em três poderes, está-se referindo ao Rei (Poder Executivo); à Câmara Alta e à Câmara Baixa (estas duas pertencentes ao Legislativo). Dizia Montesquieu (1999, p. 189):

Eis, portanto, a Constituição fundamental do governo de que falamos. Sendo nele o corpo legislativo composto de duas partes, uma encadeará a outra através de sua faculdade mútua de impedir. Todas as duas serão ligadas pelo poder executivo, o qual, por sua vez, ficará ele mesmo ligado ao poder legislativo. Estes três poderes deveriam constituir um repouso ou uma inação. Porém, como, pelo movimento necessário das coisas, são obrigados à mobilidade, será forçoso que se movam harmoniosamente.

Montesquieu, em verdade, pretendia defender-se do absolutismo. Ele preconizava que o poder deveria frear o poder, não pela Separação de Poderes, mas pela comunhão deles. Tais idéias apenas inspiraram nosso sistema atual, o qual sofreu influência da doutrina norte-americana, com algumas diferenças.

Portanto, o princípio da separação dos poderes previsto no art. 2º da CF é tipicamente brasileiro, mas deve remontar a suas origens quando se fala em “comunhão de poderes” e não em total “separação”.

A ordem constitucional brasileira adotou a consagrada doutrina que os norte-americanos denominaram checks and balances, com o intuito de evitar abusos no exercício do poder político e proporcionando o equilíbrio e a harmonia entre os poderes constitucionais, que passaram a agir com fiscalização mútua, buscando-se evitar a supremacia de um sobre o outro.

No tocante às atribuições do Poder Judiciário, dispôs a Constituição Federal de 1988 que *é função precípua do Poder Judiciário apreciar lesão ou ameaça a direito* (art. 5º, XXXV), incluindo-se aí, por óbvio, as atuações do Estado-Administração que prejudiquem os administrados ou interesses da coletividade e as políticas públicas, também suscetíveis de controle jurisdicional, como a saúde pública (CF, art. 196 a art. 200).

Tudo isso autoriza o magistrado a exercer o controle do ato administrativo questionado, pois nenhuma lesão a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário. No tocante à violação do princípio democrático, cumpre iniciar pela sua definição. Para Cândido Rangel Dinamarco (1994, p. 171), democracia:

É participação e não só pela via política do voto ou ocupação eletiva de cargos públicos a participação pode ter lugar. Todas as formas de influência sobre os centros do poder são participativas, no sentido de que representam algum peso para a tomada de decisões; conferir ou conquistar a capacidade de influir é praticar democracia. Tem-se participação democrática, portanto e bastante significativa, na ação popular, onde se vê o cidadão contribuindo para a fiscalização da moralidade pública e podendo criar condições para o anulamento de atos administrativos lesivos ao patrimônio público; e também nas demandas relativas ao meio ambiente, com indivíduos reunidos em associações constitucionalmente permitidas e asseguradas, canalizando ao Estado, através do juiz, a sua denúncia de atos ou atividades lesivas ao patrimônio comum e pedido da solução socialmente adequada.

Assim, ainda que o magistrado não tenha sido escolhido pelo voto direto, ele integra um dos poderes do Estado, que deve agir em harmonia com os demais e atuar quando chamado para tal. Rodolfo de Carmago Mancuso (2003, p. 33-34) aponta que “O Poder Judiciário, como destinatário das ações que envolvem interesses

sociais de largo espectro, é instado a tomar posição acerca de temas que muitas vezes constituem verdadeiras escolhas políticas”. Cita como exemplo “[...] ter que emitir um juízo de valor quanto a saber se certo imóvel tem ou não notável importância histórica ou arquitetônica a definição” ou “[...] ter que definir qual o valor prevalecente entre a preservação da cobertura vegetal ou a construção de uma estrada na floresta” e nem por isso se alega violação de poderes ou ausência de legitimidade democrática. Além disso, ele ainda cita pontos sensíveis, como “[...] o dos limites do contraste jurisdicional sobre a conduta do administrador, em hipótese como a dos atos puramente políticos, ou apenas discricionários ou ainda a questão da moralidade administrativa”.

Muitos doutrinadores, como Ada Pellegrini Grinover, vêm sustentando que os interesses metaindividuais tornam o Judiciário uma instância política: “[...] é o dado político que altera o próprio conceito de processo, não mais entendido como clássico instrumento de solução de lides intersubjetivas, mas transformando em meio de solução de conflitos metaindividuais por isso mesmo tipicamente políticos” (GRINOVER, 1979, p. 30-31).

Inocência Mártires (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 52) aponta que juristas mais enfáticos, como Andrés Ibanez e Prieto Sanchis “[...] chegam a anunciar um sensível deslocamento do centro das decisões politicamente relevantes do Legislativo e do Executivo – por eles reputados inertes – em direção ao Poder Judiciário, porque acreditam que a nova magistratura estaria disposta a resgatar as promessas de emancipação social inseridas na constituição de 1988”. Segundo Susana Henriques da Costa:

[...] o Poder Judiciário, na atualidade, é uma das principais instâncias de discussão e controle da ética e das escolhas públicas. Tornou-se, portanto, uma instância política, pois, ao decidir, leva em consideração ponderações de ordem axiológica e ideológica. O Poder Judiciário deixa de ter uma ação meramente reparatória ou preventiva de direitos subjetivos lesionados ou ameaçados de lesão e passa a exercer uma atividade programática, no sentido de buscar, com sua atuação, transformar a realidade social, dando concreção a comandos constitucionais. (COSTA, 2006, p. 202).

Inocência Mártires Coelho faz uma importante reflexão sobre aqueles que são contra o ativismo judicial:

Seria saudável, por exemplo, rejeitarmos a postura fundamentalista dos que não admitem sequer discutir o assunto, imbuídos da crença de que o ativismo judicial é de todo incompatível com o regime democrático, onde quem não tem votos não tem legitimidade para emitir comandos com força de lei. Essa tese de consistência aparente poderia ser refutada dizendo-se que os juízes, embora não possuam

legitimidade de origem por produzir normas jurídicas, de certa maneira têm-na adquirida com a aprovação social do seu comportamento, ou ainda, argumentando-se que sem a participação vivificadora dos seus intérpretes e aplicadores as leis permanecem textos frios e inacabados, como já dizia, por volta de 1940, o intuitivo Lúcio Bittencourt. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 87).

Não obstante os juízes não serem eleitos pelo povo, devem fundamentar suas decisões e torná-las públicas, conforme previsto na Constituição Federal. Para Inocêncio Mártires (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 66), citando Lo Racional como Razonable, “[...] é especificamente pela justificação que o autor de uma decisão quer se trate de um juiz ou de uma autoridade administrativa constrói a credibilidade sobre a qual repousa a confiança que nele depositam os cidadãos”. Em verdade, é por meio do Poder Judiciário que hoje se exerce a cidadania.

Peter Häberle (1997) vai além. Para ele, não apenas os juízes e os administradores públicos são os intérpretes da Constituição. O autor defende uma hermenêutica constitucional adequada à sociedade pluralista ou à sociedade aberta, sob o principal fundamento de que todo aquele que vive a Constituição é seu legítimo intérprete.

Não obstante Luís Roberto Barroso (2008, p. 5) defender que o Poder Judiciário não pode definir as políticas públicas de saúde, ele faz brilhante exercício de raciocínio lógico, que resume muito bem o que se demonstrou no presente tópico:

Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei. Democracia traduz-se em soberania popular e governo da maioria. O Estado constitucional de direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais, nos quais incluem a liberdade, a igualdade, o mínimo existencial. E os três Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – têm o dever de realizar os direitos fundamentais, na maior extensão possível, tendo como limite mínimo o núcleo essencial desses direitos. O princípio democrático, por sua vez, se expressa na idéia de soberania popular, nos termos do artigo 1º da CF. Como decorrência, o poder político deve caber às maiorias que se articulam a cada época. O chefe do Executivo e os membros do Legislativo são escolhidos pelo voto popular e são o componente majoritário do sistema. Os membros do Poder Judiciário são recrutados, como regra geral, por critérios técnicos e não eletivos. A idéia de governo da maioria se realiza, sobretudo na atuação do Executivo e do Legislativo, aos quais compete a elaboração de leis, a alocação de recursos e a formulação e execução de políticas públicas, inclusive as de educação, saúde, segurança, etc. Como visto, constitucionalismo traduz-se em respeito aos direitos fundamentais. E democracia, em soberania popular e governo da maioria. Mas pode acontecer de a maioria política vulnerar direitos fundamentais. Quando isto ocorre, cabe ao

Judiciário agir. É nesse ambiente, é nessa dualidade presente no Estado constitucional democrático que se coloca a questão essencial: podem juízes e tribunais interferir com as deliberações os órgãos que representam as maiorias políticas – isto é, o Legislativo e o Executivo – impondo ou invalidando ações administrativas e políticas públicas? A resposta será afirmativa sempre que o Judiciário estiver atuando, inequivocamente, para preservar um direito fundamental previsto na Constituição ou para dar cumprimento a alguma lei existente. Vale dizer: para que seja legítima, a atuação judicial não pode expressar um ato de vontade própria do órgão julgador, precisando sempre se reconduzir a uma prévia deliberação majoritária, seja do constituinte, seja do legislador.

Tal crítica não se mostra hábil para afastar o controle jurisdicional para efetivação das políticas públicas de saúde. A partir do momento em que a Constituição Federal previu a possibilidade de postular a implementação de políticas públicas, antes afetas apenas aos Poderes Executivo e Legislativo, e ao mesmo tempo conferiu legitimidade a diversos membros e grupos da sociedade civil, o Poder Judiciário passou a ser um dos melhores fóruns de debates a respeito das políticas públicas a serem adotadas.

O Judiciário assume seu papel na concretização das normas constitucionais, sem ferir o princípio da separação dos poderes, mesmo porque num Estado democrático de Direito o Estado soberano deve submeter-se à própria justiça que instituiu e o Judiciário nada mais faz senão cumpri-la, determinando a realização prática do texto constitucional.¹¹

A quarta crítica à judicialização seria o impacto orçamentário e a cláusula da reserva do possível. A cláusula da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) surgiu na Alemanha, a partir de uma decisão da Corte Suprema, segundo a qual a prestação dos serviços públicos pelo Estado está condicionada à disponibilidade dos recursos necessários para a implementação de tais serviços, ou seja, não é permitido exigir do Estado nada acima de um limite básico social.

¹¹ Nesse sentido, o STF já declarou: “[...] O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgredir o princípio da separação de poderes. Com a finalidade de obstar que o exercício abusivo das prerrogativas estatais possa conduzir a práticas que transgridam o regime das liberdades públicas e que sufoquem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, atribuiu-se, ao Poder Judiciário, a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais, inclusive aqueles praticados por Comissão Parlamentar de Inquérito, quando incidir em abuso de poder ou em desvios inconstitucionais, no desempenho de sua competência investigatória. Nenhum dos Poderes da República está acima da Constituição. No regime político que consagra o Estado democrático de direito, os atos emanados de qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito, quando praticados com desrespeito à Lei Fundamental, submetem-se ao controle jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV)”. (STF, Rel. Min. Celso de Mello, MS nº 23.452/RJ, Pleno, DJ de 12.05.2000, p. 20).

Conforme Ingo Wolfgang Sarlet (2008), o primeiro caso narrado pela doutrina é o relativo ao direito de acesso às vagas das universidades alemãs. A Corte alemã considerou que as prestações que o cidadão poderia exigir do Estado estão condicionadas aos limites do razoável e que os direitos sociais de prestação positiva somente seriam exigíveis do Estado segundo os limites da possibilidade, isto é, “daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade”, correspondente, ao menos, ao “direito mínimo de existência”.

Ao mesmo tempo, desenvolvia-se nas universidades americanas a Teoria dos Custos dos Direitos, segundo a qual se deve levar em conta o valor econômico que a realização de determinado direito poderia ocasionar.¹²

Em verdade, antes de aplicar a tese da reserva do possível ou a dos Custos dos Direitos, impõe-se ponderar que os países nos quais elas foram desenvolvidas possuem realidades sociais bem diversas do Brasil. Assim, o mesmo preceito aplicado em contextos sociais diferentes assume caráter também diferente. Ora, o Brasil sofre de desigualdade social imensa, com uma população cada dia mais depende das ações do governo. Boa ou ruim, essa política paternalista tem seus argumentos válidos, na medida em que visa diminuir a desigualdade de classes.

É preciso diferenciar a inexistência de recursos públicos aptos a custear as políticas públicas e a alocação indevida de recursos públicos, em face das prioridades constitucionalmente estabelecidas para promoção dos direitos humanos. E quais seriam essas prioridades?

Ora, constam na Constituição Federal determinadas normas que estipulam uma inequívoca destinação dos recursos auferidos pelo Estado para a realização das políticas públicas, como se vê nos artigos 195, 204 e 212 da CF/88 e nos artigos 55 e 60 do ADCT¹³:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: [...]

Art. 198. [...] § 2º: A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

¹² Ver Posner (2004, p. 49 e ss.).

¹³ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm#adct. Consulta realizada em 10.09.2010.

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000).

[...]

Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

[...]

Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

ADCT: Art. 55. Até que seja aprovada a lei de diretrizes orçamentárias, *trinta por cento, no mínimo*, do orçamento da seguridade social, excluído o seguro-desemprego, serão destinados ao *setor de saúde*.

Art. 60. Até o 14º (décimo quarto) ano a partir da promulgação desta Emenda Constitucional, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão parte dos recursos a que se refere o caput do art. 212 da Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento da educação básica e à remuneração condigna dos trabalhadores da educação, respeitadas as seguintes disposições: [...]. (grifo nosso)

Denota-se, logo, a preocupação do constituinte com a viabilidade econômica dos direitos fundamentais sociais previstos pela Constituição. Portanto, antes de se falar na inexistência de recursos para o atendimento dos direitos fundamentais sociais, há que se perquirir se a função orçamentária do Estado se encontra em conformidade com as normas constitucionais.

Ana Paula de Barcellos (2005, p. 93-96), ao examinar a possibilidade de levar a efeito uma dogmática jurídica das políticas públicas, baseada na dignidade da pessoa humana, indica que, para que se torne minimamente consistente, ela deveria ser estruturada sobre pelo menos três temas: a identificação dos parâmetros de controle; a elaboração dos sistemas de controle; a garantia de acesso à informação.

O primeiro parâmetro estaria relacionado com a quantidade de recursos públicos disponíveis para serem aplicados às políticas públicas concretizadoras dos direitos

fundamentais; em diversas passagens, a Constituição estabelece esses parâmetros, como já visto. Assim, basta apurar o quanto corresponde os percentuais referidos pela Constituição em relação a esses direitos, considerando a arrecadação dos impostos referidos nos dispositivos e o valor total da receita gerada pelas contribuições e verificar se tais recursos estão efetivamente sendo investidos em políticas públicas vinculadas aos fins constitucionais acima indicados.

O segundo parâmetro se apresenta em relação ao “resultado final esperado da atuação estatal”, identificando-se, pois, a partir do trabalho de hermenêutica constitucional, quais são os bens jurídicos mínimos que devem ser ofertados pelo Estado no que diz respeito à promoção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, citando a autora o exemplo da educação fundamental a toda a população (arts. 205 e 208, inciso I, da CF).

Assim, os recursos públicos disponíveis para a educação, por conseguinte, devem ser investidos em políticas públicas capazes de produzir esses resultados até que eles sejam atingidos. Enquanto não forem, deve ser destinada verba menor a outras áreas até a concretização desse objetivo – ou o gasto exorbitante que se apurou nos chamados cartões corporativos.

Como exemplo, poderiam ser diminuídas as dotações orçamentárias excessivas ao Poder Legislativo, com suas exorbitantes verbas indenizatórias ou à publicidade de governo, que, em épocas pré-eleitorais, com possibilidade de reeleição, consomem parte significativa do orçamento público.

O terceiro parâmetro proposto por Ana Paula de Barcellos consiste no acesso à informação acerca da arrecadação e da receita dos entes estatais e o seu dispêndio pela sociedade, para que se possa efetuar um controle social eficaz das políticas públicas, em decorrência do princípio da publicidade.

O que se observa nas contestações apresentadas pelo Município, Estado e pela União é que a cláusula da reserva do possível é utilizada apenas em sua parte teórica. Não se apresentam os números, não se aponta quanto foi gasto em saúde pública, em medicamentos. Contenta-se apenas com a boa doutrina e não se desce aos fatos.

Lado outro, é de comum sabença que o orçamento público é mal gasto, mal dividido, desviado para os bolsos de nossos administradores públicos. Não há prioridade nem para a saúde nem para educação e dizer que os Estados, os Municípios e a União destinam o mínimo previsto na Constituição Federal, ainda é muito pouco, considerando a enorme desigualdade social existente no País.

Portanto, essa alegação puramente teórica da reserva do possível é cabível apenas em países onde o mínimo essencial já se encontra assegurado. Mas, no Brasil, a própria imprensa e o nosso cotidiano revelam as mazelas do sistema. Por isso, afigura-se verdadeiro absurdo que as defesas judiciais (e mais absurdo ainda que decisões judiciais) venham pautadas na teoria da reserva do possível, sem nenhum

respaldo numérico, estatístico, baseado em quanto se gastou, efetivamente, com a saúde, num determinado orçamento público.

Por via de regra, no âmbito do nosso processo civil, quem alega deve comprovar o alegado; conseqüentemente, a cláusula da reserva do possível só pode ser aceita se a administração pública (União, Estado ou Município) comprovar que os recursos públicos foram alocados para as prioridades apontadas na Constituição Federal e que nas demais áreas foram aplicados com razoabilidade, se comparados à percentagem aplicada para efetivação dos direitos sociais.

Talvez quando se começar a discutir, em sede de ações civis públicas, como é gasto o orçamento público, a saúde comece a melhorar no Brasil, pois se verá, em números, como o dinheiro é mal empregado na saúde.

Em verdade, boa parte dos operadores de Direito têm consciência de que as políticas públicas envolvem gastos, e, partindo-se do pressuposto de que há uma limitação nos recursos, forçoso priorizar quais serão as destinações do dinheiro público, destacando-se aqui a influência das imposições constitucionais quanto aos fins a serem pretendidos.

Assim, concluiu-se que a escolha dos dispêndios públicos não se presta a um tema reservado à deliberação política por um todo, mas segue forte influência dos mandamentos constitucionais.¹⁴

Segundo Vicente de Paulo Barreto (2003, p. 118), a existência de recursos públicos disponíveis para a efetivação desses direitos depende de escolhas políticas, que definirão a destinação dos recursos por meio de políticas públicas necessárias à concretização desses direitos. Dessa forma, o argumento da necessidade de uma economia forte não é subsistente, pois bastaria “vontade política” para destinar os recursos necessários.

Felizmente, o Supremo Tribunal Federal, cujos ministros possuem visão bem ampla acerca de tudo o que aqui se apontou, não vem aceitando a tese da cláusula do possível no tocante à efetivação de políticas públicas. Ao decidir a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45-9/DF, ainda que em decisão monocrática, o relator, Ministro Celso de Mello, ponderou que:

Muito embora não caiba ao Poder Judiciário a implementação regular de políticas públicas, excepcionalmente este papel lhe é conferido se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático não pode

¹⁴ Ver Barcellos (2005, p. 90-91).

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/DF, Rel. Min. Celso de Mello Julgamento: 22/11/2005 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação: dj 03-02-2006 Agte: Município De Santo André Agdo.(a/s) : Ministério Público do Estado de São Paulo).

Também o Tribunal de Justiça de Minas Gerais já se manifestou a respeito da observância da cláusula da reserva do possível em matéria de saúde:

Ementa: Constitucional. Omissão do Poder Executivo no fornecimento de serviço de relevância pública de transporte de doentes. Determinação do Poder Judiciário para cumprimento de dever constitucional. Inocorrência de ofensa ao princípio de separação de poderes e à Cláusula da Reserva do Possível. [...] É certo que, em regra a implementação de política pública, é da alçada do Executivo e do Legislativo, todavia, na hipótese de injustificada omissão, o Judiciário deve e pode agir para forçar os outros poderes a cumprirem o dever constitucional que lhes é imposto. A mera alegação de falta de recursos financeiros, destituída de qualquer comprovação objetiva, não é hábil a afastar o dever constitucional imposto ao Município de Teófilo Otoni de prestar serviço de relevância pública correlacionado com a área de saúde. Assim, a este caso não se aplica a cláusula da Reserva do Possível, seja porque não foi comprovada a incapacidade econômico-financeira do Município de Teófilo Otoni, seja porque a pretensão social de transporte público na área de saúde se afigura razoável, estando, pois, em plena harmonia com o devido processo legal substancial. Louve-se a atuação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais na defesa permanente dos direitos sociais da população carente que, por ser menos favorecida do ponto econômico social, político e cultural, é constantemente esquecida pelos donos do poder, sendo apenas lembrada em épocas eleitorais". (Apelação n. 1.0686.02.040293-5/001, Rel. Des. Maria Elza – 5ª C.C., 28.10.04, TJMG).

Dessa feita, a alegada escassez de recursos deve ser comprovada e não apenas alegada, pois, se assim fosse, poder-se-ia rasgar a Constituição Federal, pois nenhuma norma constitucional resistiria a tal argumento.

Sabe-se que o financiamento da saúde pública no Brasil ainda está longe do ideal e talvez por isso boa parte da doutrina defenda que se assegure, ao menos, o mínimo. É o que se apregoa com a Proibição de Retrocesso, art. 77 do ADCT, mecanismo jurídico apto a garantir a plena eficácia dos direitos fundamentais promovidos por meio de políticas públicas. Segundo Canotilho (1999, p. 326), a Proibição do Retrocesso:

[...] quer dizer que os direitos sociais e econômicos, uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. A 'proibição de retrocesso social' nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas, mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos, em clara violação ao princípio da confiança e da segurança aos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.

Trata-se de tema importante, em especial no Brasil, quando se vêem os já escassos benefícios de assistência social e os precários serviços de atendimento à saúde, a flexibilização dos direitos e das garantias dos trabalhadores, dentre outras diversas questões que poderiam ilustrar retrocesso na promoção dos direitos fundamentais.

Para Luís Roberto Barroso (2001, p. 158), a proibição ou vedação do retrocesso constitui um princípio “[...] que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico Constitucional” e por ele “[...] entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido”.

O presente trabalho defende não apenas o mínimo mas vai além, exigindo uma eficácia razoável dos direitos sociais. E não se contenta apenas com o mínimo previsto no artigo 198 da CF, porque essa não foi a vontade do constituinte. O artigo 77 do ADCT dispõe exatamente sobre isso:

Art. 77. Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde serão equivalentes:

I - no caso da União: (EC nº 29/00)

a) no ano 2000, o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, cinco por cento; (EC nº 29/00)

b) do ano 2001 ao ano 2004, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto – PIB; (EC nº 29/00)

Cabe aqui uma importante reflexão feita pelo Professor Kaufmann em aula ministrada no Curso de Pós-Graduação de Direito Constitucional. Salienta-se que, em nenhum trabalho pesquisado, o tema foi abordado com tamanha franqueza.

O artigo referido traz uma enorme incongruência quando prevê a gradação em matéria de vinculação das receitas a serem destinadas à saúde. Isso porque, para não aumentar os valores no ano seguinte, o governo não investe além, mantendo sempre o limite constitucional. A Fazenda Nacional já está discutindo tal assunto no STF. Esse receio em se aumentarem os investimentos em saúde está atrelado à proibição do retrocesso, porque, uma vez concedido o aumento, não se pode mais

retornar ao *status quo*. Daí a administração opta por não dar nem mesmo o primeiro passo.

Portanto, todo esse fenômeno político deve ser – e é – conhecido pelo Supremo Tribunal Federal, não se podendo afirmar que o Judiciário não se deve imiscuir em questões políticas. Como se observa, esse conhecimento da questão política afigura-se essencial para que decisões inteligentes sejam proferidas, garantindo que os investimentos em saúde sejam assegurados e não estagnados.

Cabe ainda mencionar que a proibição de retrocesso está intimamente relacionada à dimensão simbólica dos direitos fundamentais, muito estudada por Marcelo Neves (2003, p. 139-169). Segundo tal autor, na Constituição existem vários conteúdos que não têm uma relação com a realidade concreta do País, acabando por exercer apenas uma função simbólica, na medida em que esses conteúdos, na verdade, não são aplicados na prática. Daí que a Constituição funciona, em determinados casos, apenas como álbi. O autor defende a concretização da legislação, tentando superar esse simbolismo constitucional por meio do combate à corrupção sistêmica e à exclusão social, verdadeiros impeditivos do Estado de Direito e da realização de direitos fundamentais.

A Constituição Federal traz símbolos dos direitos sociais, às vezes positivos às vezes negativos. No simbolismo negativo se cria uma expectativa, uma impressão de que os poderes públicos estão assegurando os direitos fundamentais e isso não é verdade. Um exemplo atual é o direito à moradia. O efeito simbólico disso é que a concretização do direito à moradia, previsto no artigo 6º, está muito longe de normatizar esse direito, gerando uma falsa expectativa na sociedade.

Felizmente, em termos de saúde pública, o STF tende a utilizar a força simbólica positiva de suas decisões, impondo a efetivação dos direitos sociais. Um bom exemplo seriam os pedidos de tratamentos caríssimos no exterior e que chegam ao STF, os quais têm sido concedidos sob o argumento principal da falta do serviço no País e que o Estado deve arcar com seu desaparelhamento.

Muitos se indignam com tais decisões, alegando que garantir um tratamento caríssimo no exterior para um paciente não é assegurar o direito à saúde de “todos”. Numa primeira análise, tais decisões seriam de fato absurdas. Mas como estariam hoje todos os portadores de HIV se as primeiras ações judiciais para obrigar o Estado a custear o tratamento tivessem sido negadas?

Portanto, ainda que sejam proferidas decisões onerosas, até equivocadas, para proteção de um único indivíduo, esse parece ser o caminho possível até então, sob pena de o Judiciário deixar de visualizar o futuro, de pensar no todo, de aplicar a força simbólica positiva em suas decisões, de coibir o Estado a destinar os recursos para aquelas áreas que o constituinte elegeu como prioritárias.

Tais decisões são impregnadas de simbolismo e revelam uma preocupação do julgador fora do processo. Vislumbra-se que a intenção das decisões não é apenas assegurar o tratamento ao postulante, mas forçar o Estado a investir em pesquisa, na boa medicina.

Deve-se buscar transformar em realidade os direitos fundamentais estampados na Constituição e não se contentar com o simples argumento da reserva do possível, pois muitas vezes o orçamento está sendo empregado em áreas de menor importância (como a publicidade pública), enquanto a população não possui o mínimo essencial. Por isso, defende-se que, quando o Judiciário impõe a efetivação de uma política pública, na verdade não há subsunção do político ao jurídico, mas sim ao querer do legislador constitucional e que o conhecimento da política é essencial para que as decisões e as leis não tenham apenas força simbólica negativa, mas positiva.

A quinta crítica à judicialização seria que os direitos sociais são apenas normas programáticas. Alega-se que o artigo 196 da Constituição Federal, segundo o qual o direito à saúde se dará por meio de políticas sociais e econômicas, é norma programática a ser concretizada por meio dos órgãos competentes.

A crítica é equivocada porque, hoje, as políticas públicas de saúde já não são apenas normas programáticas. A própria Constituição Federal definiu o SUS como instrumento de concretização do direito à saúde e as Leis nº 8.080/90 e nº 8.142/90 dispõem sobre as políticas públicas de saúde a serem adotadas. Dessa feita, não há mais espaço para discussão, pelos entes federativos, de qual política pública deve-se adotar. Elas simplesmente devem ser adotadas. Também no campo dos recursos financeiros não deveria haver mais espaço para discussão, tendo em vista a fixação constitucional de tributo específico para a saúde, qual seja: a afetação de recursos orçamentários da União, dos Estados e Municípios e do Distrito Federal – Emenda Constitucional nº 29/2000. Nesse sentido, Gregório Assagra de Almeida expõe com clareza:

A Constituição Federal não restringe o objeto material da ação civil pública (art. 5º, XXXV, e 129, III) tanto que consagra [...] o princípio da não-taxatividade da ação civil pública [...] a implantação de políticas públicas, especialmente as exigidas constitucionalmente, nunca pode ser considerada como questão pertencente à seara da mera conveniência e oportunidade do administrador. A implantação de políticas públicas é dever do administrador, que se não as realizar conforme manda a Constituição e a legislação poderá ser acionado jurisdicionalmente [...]. (ALMEIDA, 2003, p. 342).

As políticas públicas de saúde deveriam ser todas concretizadas pelo Estado, mas o sistema ainda não atingiu o nível ideal preconizado na Lei do SUS, que veio regulamentar o artigo 196 da CF/88, havendo necessidade, em muitos casos, de buscar o Judiciário, em especial no tocante à distribuição de medicamentos ou realização de tratamentos. (ALMEIDA, 2003, p. 342).

A sexta crítica seria que as políticas públicas não devem ser implementadas por decisões judiciais. Tal crítica poderia até ser inserida na anterior, pois enfatiza que a opção do constituinte para a implementação das políticas públicas foi que ela se desse por meio de políticas sociais e econômicas e não por meio de decisões judiciais.

Ingo W. Sarlet (2005, p. 364) defende que os direitos fundamentais estão fora da discricionariedade da política ordinária, de modo que qualquer grupo político que assuma o poder deve a esses direitos estar diretamente vinculado.

Como dito, enquanto não se atingirem tais metas, o Poder Judiciário deve continuar intervindo para garantir o acesso à saúde pública. Isso significa que o Brasil deve investir mais em pesquisa científica, pois somente dessa forma haverá um avanço na saúde no País. Logicamente, isso tudo vem com o tempo, mas certamente, se não houver uma pressão da sociedade, via Poder Judiciário, Ministério Público e associações, os recursos jamais serão destinados a tais fins. Infelizmente, enquanto os bons administradores da área de saúde se esforçam para lidar com os escassos recursos, o orçamento é desperdiçado com o Poder Legislativo (verbas indenizatórias, remunerações altíssimas dos parlamentares) e com o Executivo (como no caso dos cartões corporativos).

Enquanto tais abusos não forem sanados e pessoas ainda aguardarem em situações subumanas por leitos em hospitais públicos, deve continuar havendo forte pressão do Judiciário, no tocante à saúde pública.

4. Ministério Público e a proteção à saúde como direito social indisponível

A tutela coletiva pelo Ministério Público, hoje, representa uma total conformação ao texto constitucional, além de ter implementado uma revitalização institucional, antes limitada a alguns processos cíveis e forte atuação na área criminal.

Não obstante o incremento de atribuições, há um movimento contrário da doutrina, da jurisprudência, de procuradores e advogados, no sentido de limitar o espectro de atuação do *Parquet*, em especial no tocante à tutela dos direitos individuais homogêneos.

José Menezes Vigliar (1999, p. 83) sustenta a existência de quatro posicionamentos no tocante à legitimidade do Ministério Público para a tutela dos interesses metaindividuais, por via da ação civil pública. Segundo o autor, primeiramente, há quem sustente a legitimidade do *Parquet* para a defesa de todo e qualquer interesse metaindividual. Há, também, aqueles que negam totalmente a legitimidade do Ministério Público (MP) para a defesa dos interesses individuais homogêneos. Existem, ainda, os que reconhecem a legitimidade irrestrita da instituição para a defesa dos interesses difusos e coletivos e apresentam algumas limitações no tocante aos interesses individuais homogêneos. Por fim há os que somente reconhecem a legitimidade incondicional do MP quando se trata de interesse difuso, devendo ser

feita uma análise do caso concreto com relação aos interesses coletivos e individuais homogêneos.

Em verdade, discussões dessa natureza nem poderiam figurar mais nas ações judiciais. Em pleno século XXI, quando já se está a tratar de direitos fundamentais de quarta geração, extinguir um processo com base na ilegitimidade de um órgão de importância constitucional, que teve sua atribuição ampliada, constitui um descaso com a democracia, com a Constituição Federal, configura uma negativa de prestação jurisdicional.

Em verdade, o Ministério Público tutela situações que, a partir de lesões individuais, assumem dimensão social, exercendo o *Parquet* uma atuação genérica e impessoal.

Quando o Ministério Público se lança na propositura de ações civis para tutela da saúde, não se tem como norte tão-somente o atendimento ao cidadão de forma individual, mas sim de toda a coletividade, todos os portadores de determinada doença e a sociedade em geral, merecedora de uma melhor aplicação das verbas públicas, a serem destinadas mais à saúde e à educação que à publicidade ou à corrupção.

A Carta da República de 1988, em seu artigo 127, estabelece que “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Também o art. 129, II, prevê que são funções institucionais do Ministério Público: “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”. O direito à saúde é indissociável do direito à vida. Este último é reconhecido como o direito mais fundamental de todos os direitos, já que constitui em pré-requisito para a existência e o exercício de todos os demais.¹⁵

Diante da indisponibilidade do direito à saúde, a aferição da legitimidade do Ministério Público deve ser realizada com base em critério finalístico e institucional do titular da ação. Neste particular, indagamos: qual a finalidade do Ministério Público? Quais são as suas funções institucionais? A resposta está estampada no texto constitucional, qual seja: a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Ora, com base nesta resposta, é fácil concluir que o Ministério Público detém legitimidade para a propositura de ação civil pública que objetive o fornecimento de medicamentos/tratamentos destinados ao combate das enfermidades sofridas pelos cidadãos.

Portanto, a ação civil pública não se presta somente à defesa dos interesses difusos e coletivos, mas também à defesa dos interesses individuais homogêneos indisponíveis, pois indisponível é o direito à saúde. Nas palavras Hugo Nigro Mazzilli (2002, p. 73):

¹⁵ Ver Moraes (2005, p. 30).

O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, como: a) os que digam respeito à saúde ou à segurança das pessoas, ou ao acesso das crianças e adolescentes à educação; b) aqueles em que haja extraordinária dispersão de lesados; c) quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico.

Além disso, sabe-se que a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor formam juntos o arcabouço jurídico disciplinador do processo coletivo e autorizam o Ministério Público a propor ações com vistas a obter um provimento condenatório de obrigação de fazer ou de não fazer. Assim, sendo a assistência à saúde uma política pública, de obrigação do Estado, é passível de exigência por meio dos demais poderes, sendo o Ministério Público o órgão legitimado a postular a devida proteção da sociedade.

O Estatuto do Idoso, como outros, com o intuito de afastar de vez a alegação da ilegitimidade do MP, fez constar em seu artigo 81, I:

Art. 81. Para as ações cíveis fundadas em interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis ou homogêneos, consideram-se legitimados, concorrentemente:

I - o Ministério Público

Segundo João Carlos de Carvalho Rocha e outros (2005, p. 12):

A promoção da saúde reclama, necessariamente, preocupação com o meio circundante, com a qualidade de vida em comunidade. Por esse motivo, o direito à saúde é típico direito social e coletivo. Insistir em tutelar o direito à saúde apenas sob as luzes do direito individual pode significar retrocesso e desprestígio para a atividade de prevenção. [...] Nessa linha, é indubitoso que o Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública em defesa da saúde mesmo quando estiverem em discussão interesses individuais homogêneos disponíveis. Isso porque, a defesa de interesses individuais homogêneos pelo *parquet* é cabível se presente o interesse social e, no caso, a própria constituição firmou essa premissa. [...] Note-se que não se trata da defesa de direitos meramente individuais, mas sim de relações jurídicas homogêneas relacionadas à promoção da saúde. Dessa forma, são viáveis ações civis públicas para pleitear indenizações a danos pessoais decorrentes de falhas na fabricação de medicamentos (caso das pílulas de farinha), para obrigar o Estado a fornecer determinados fármacos de uso indispensável no tratamento de moléstias, para coibir aumento irregular na mensalidade de planos e seguros de saúde, para pleitear ressarcimento aos lesados por hospital

privado conveniado ao SUS que realizou cobranças indevidas aos pacientes, e muitos outros casos.

O Judiciário vem reconhecendo a importância de tais ações para a sociedade.¹⁶ Segundo Robson Renault Godinho (2006, p. 415),

Em pesquisa realizada no programa de pós-graduação em Direito na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Carneiro (1999) anotou que, ao se limitar indevidamente a legitimidade do Ministério Público, do ponto de vista prático, uma grande parte das pessoas do povo deixará de ter acesso à justiça, pois o Ministério Público é o legitimado que mais atua nesse campo, sendo que não foi constatado na pesquisa um único caso de defesa de direito individual homogêneo por associação.

O Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão exemplar no tocante à proteção dos interesses indisponíveis pelo Ministério Público:

PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – ADMINISTRATIVO – CONSTITUCIONAL – AÇÃO CAUTELAR INOMINADA – LEGITIMATIO AD CAUSAM DO PARQUET – ART. 127 DA CF/88 – DIREITO À SAÚDE.

1. O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.

2. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da Administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF/1988 como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Cautelar Inominada, Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas.

3. Deveras, é mister concluir que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a *fortiori*, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos.

4. *Legitimatio ad causam* do Ministério Público à luz da dicção final do disposto no art. 127 da CF/1988, que o habilita a demandar em prol de interesses indisponíveis.

5. Sob esse enfoque a Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF/1988, arts. 127 e 129).

¹⁶ Alguns julgados: STJ, 1ª Turma, Resp n. 417804/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 16.05.05, p. 230; TJMG – AG 000.283.654-2/00 – 3ª C.Civ. – Rel. Des. Lucas Sávio V. Gomes – J. 12.12.2002.

6. *In casu*, trata-se de Ação Cautelar Inominada ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, objetivando que o Município custeie avaliação de tratamento médico especializado a pessoa portadora de varizes nos membros inferiores com insuficiência venosa bilateral, e recurso especial interposto contra acórdão que decidiu pela ilegitimidade ativa do Ministério Público para pleitear direito de outrem que não idoso, criança ou adolescente.

7. O direito à saúde, esculpido na Constituição Federal é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria.

8. Outrossim, o art. 6º do CPC configura a legalidade da legitimação extraordinária cognominada por Chiovenda como 'substituição processual'.

9. Impõe-se, ressaltar que a jurisprudência hodierna do E. STJ admite ação individual acerca de direito indisponível capitaneada pelo MP (Precedentes: REsp 688052 / RS, DJ 17.08.2006; REsp 822712/RS, DJ 17.04.2006; REsp 819010 / SP, DJ 02.05.2006).

10. Recurso especial provido para reconhecer a legitimidade ativa do Ministério Público Estadual. (REsp n.º 817.710/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ. 17/05/2007, DP. 31/05/2007, p. 364).

Também o Supremo Tribunal Federal já possui precedentes no mesmo sentido, vejamos:

RE 575631 / RS – RIO GRANDE DO SUL

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. CARLOS BRITTO

Julgamento: 31/10/2008

Publicação

DJe-230 DIVULG 02/12/2008 PUBLIC 03/12/2008

Partes

RECTE.(S): ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ADV.(A/S): PGE-RS - KARINA DA SILVA BRUM E OUTRO(A/S)

RECD.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Decisão

DECISÃO: Vistos, etc. Trata-se de recurso extraordinário, interposto com fundamento na alínea a do inciso III do art. 102 da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 2. Da leitura dos autos, observo que o Tribunal de origem reconheceu ao Ministério Público legitimidade ativa para pleitear judicialmente, em nome próprio, o fornecimento gratuito, pelo poder público, de medicamento de alto custo e destinado a terceiro. 3. Pois bem, a parte recorrente requer seja declarada a ilegitimidade do MP para propor a presente ação (fls. 74). 4. Tenho que o apelo extremo não merece acolhida. É que o acórdão impugnado: a) não destoa da jurisprudência desta colenda Corte, segundo

a qual o direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida (RE 271.286-AgR, sob a relatoria do ministro Celso de Mello); b) afina com disposto no inciso II do art. 129 da Constituição Federal, *in verbis*: ‘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’. Inciso, esse, que densifica a parte final do caput do art. 127 da mesma Constituição de 1988, a saber: ‘O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis’. 5. Qualificando-se, portanto, o direito à saúde como individual indisponível, legitima-se o Ministério Público para a propositura de ação em sua defesa. Precedentes: REs 394.820, sob a relatoria do ministro Carlos Velloso; 507.927, sob a relatoria do ministro Gilmar Mendes; e 512.889, sob a relatoria do ministro Eros Grau. A propósito, leia-se a ementa do RE 554.088, também sob relatoria do ministro Eros Grau:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. DEFESA DE DIREITOS SOCIAIS E INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS. PRECEDENTES. 1. A Constituição do Brasil, em seu artigo 127, confere expressamente ao Ministério Público poderes para agir em defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis, como no caso de garantir o fornecimento de medicamentos a hipossuficiente. 2. Não há que se falar em usurpação de competência da defensoria pública ou da advocacia privada. Agravo regimental a que se nega provimento. Isso posto, e frente ao caput do art. 557 do CPC e ao § 1º do art. 21 do RI/STF, nego seguimento ao recurso. Publique-se. Brasília, 31 de outubro de 2008. Ministro CARLOS AYRES BRITTO Relator.

Também o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em recente decisão, atualizou sua jurisprudência nesse sentido:

CONSTITUCIONAL – ADMINISTRATIVO – PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MINISTÉRIO PÚBLICO – ART. 129, INC. III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS – LEGITIMIDADE ATIVA ‘AD CAUSAM’. 1 - Na esteira de precedente do Superior Tribunal de Justiça, o Ministério Público possui legitimidade ativa para propor ação civil pública em defesa de direito individual indisponível à saúde, não se restringindo ao direito de menores e idosos. 2 - Preliminares rejeitadas e recurso não-provido. Vencido o Relator em parte. (Apl. 1.0384.06.047942-3/001. Rel. Fernando Botelho. Data do Julgamento: 02.07.2009. Data da Publicação: 09.09.2009).

Tendo em vista o artigo 1º, inciso III, da Constituição – que elege como princípio fundamental da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana – e o paradigma do regime democrático, conclui-se ser o Ministério Público órgão legitimado a defender o interesse indisponível da saúde, seja de modo difuso, seja coletivo e individual homogêneo, porque a vida é um direito indisponível.

5. Conclusão

Tanto o Ministério Público quanto o Poder Judiciário vêm recebendo relatos de situações sobre as quais têm dificuldade em discernir qual o caminho mais correto a seguir. Normalmente, são familiares de pessoas com descrições de situações clínicas dramáticas, com iminente ameaça à vida ou prejuízos irreversíveis à saúde do paciente caso não seja acolhida a pretensão do fornecimento de determinado medicamento ou tratamento. É natural, portanto, que o Ministério Público ajuíze ações hábeis a garantir a efetivação de políticas públicas, dentre elas, o fornecimento dos medicamentos, inclusive com pedido liminar.

Por outro lado, o Executivo aponta a falta de orçamento, alegando a teoria da cláusula de reserva do possível, bem como a ingerência do Judiciário em suas atribuições. Assim, eis a pergunta que se procurou responder ao longo do trabalho: será possível a implementação dos direitos fundamentais sociais por meio do Poder Judiciário e também via Ministério Público?

Como se viu, a questão é polêmica, encontrando como argumentos para sua negativa a alegação de ilegitimidade do Ministério Público, a não competência do Poder Judiciário por entender que há violação ao princípio da separação dos poderes e ao princípio democrático, a reserva do possível, dentre outros.

Todavia, deve-se partir da premissa de que os direitos sociais são direitos fundamentais de segunda geração, que exigem o agir do Estado; são os direitos a prestações ou direitos cívicos, que autorizam o indivíduo a buscar sua efetivação. O direito à saúde está previsto na CF, no art. 196, segundo o qual incumbe ao poder público a responsabilidade por sua manutenção. Cabe ressaltar também que o SUS foi definido pela Constituição como instrumento de concretização do direito à saúde e, além disso, as políticas públicas de saúde a serem adotadas estão dispostas nas Leis nº 8.080/90 e nº 8.142/90, assim, hoje não há mais espaço para discutir qual política pública deve prevalecer, simplesmente elas devem ser adotadas, como também não faz sentido dizer que o art. 196 é mera norma programática.

A partir dessas idéias, foram sendo enfrentadas algumas críticas mais substanciais acerca da chamada judicialização da saúde. Demonstrou-se que as decisões judiciais foram e continuam sendo imprescindíveis para o aperfeiçoamento do sistema e a efetivação das políticas públicas. Caso todas as ações que pleitearam medicamentos para Aids tivessem sido julgadas improcedentes, talvez hoje o Brasil não contasse com tão notável tratamento. As decisões judiciais nessa área são importantes também para atualização das listas de medicamentos, elaboradas pelo Ministério da Saúde. Portanto,

ao contrário do que se afirma, o Judiciário realiza sim macro-justiça, pois, havendo várias decisões que imponham ao Estado uma postura, isso gera uma mudança no sistema.

No tocante à crítica quanto à violação ao princípio democrático, demonstrou-se que a melhor doutrina reconhece que o Judiciário é hoje uma instância política e passa a exercer uma atividade programática visando transformar a realidade social, não havendo aí infringência à democracia, mas plena contribuição para que ela se realize. O Judiciário, em verdade, assume seu papel na concretização das normas constitucionais sem ferir a Separação de Poderes, tendo em vista que o intuito é evitar abusos no exercício do poder político, proporcionando o equilíbrio e a harmonia entre os poderes constituídos.

Também se enfrentou a crítica quanto à questão orçamentária e alegação de que se está diante de uma colisão entre o direito à vida/saúde e a separação de poderes/princípios orçamentários/reserva do possível, ou ainda uma colisão entre o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros. Não se trata do conflito entre o direito à vida e à saúde e o orçamento público, nem à saúde de uns contra a dos outros, mas sim a melhor escolha possível que o administrador público deve fazer para destinar o seu orçamento, promovendo o bem-estar da sociedade, optando sempre pela vida, pela saúde e pela educação, cabendo ao Ministério Público e ao Poder Judiciário assegurar que tal opção seja feita, quando assim não proceda o administrador.

Dessa feita, deve-se investigar a própria escassez, verificando se faltam recursos ou se esses foram alocados para outras áreas não prioritárias. Porque, se há destinação de recursos em prol de um determinado fim, invariavelmente ocorre escassez de recursos para outras finalidades, e daí surgem teses jurídicas para tentar dissimular a realidade, como é o caso da reserva do possível. Logo, imprescindível se diferenciar o que não é possível por falta de recursos e o que não é possível, porque os meios suficientes foram alocados para outras áreas não prioritárias.

E não se cuida apenas de verificar se os recursos mínimos previstos na Constituição Federal estão sendo alocados para a efetivação das políticas públicas, mas sim de verificar se o orçamento público está distribuído de forma proporcional, razoável, priorizando os temas apontados pelo constituinte nos artigos 195; 198, § 2º; 204, 212 da CF/88 e nos artigos 55 e 60 do ADCT.

Aliás, o presente trabalho defende não apenas o mínimo, mas vai além, exigindo uma eficácia razoável dos direitos sociais. Não se contenta apenas com o mínimo previsto no artigo 198 da CF, mesmo porque essa não foi a vontade do constituinte, que no artigo 77, inciso I, do ADCT exigiu uma majoração progressiva dos recursos a serem destinados à saúde.

Portanto, não obstante a execução das políticas públicas seja de competência daqueles que foram eleitos para administrar a coisa pública, essa liberdade não é absoluta, tendo em vista que a Constituição Federal, ao eleger a dignidade da

pessoa humana como princípio fundamental, acabou definindo o alvo prioritário dos gastos públicos, de forma que somente depois de garantida uma razoável aplicação dos recursos em saúde, educação e pesquisa científica, é que se poderão destinar os recursos remanescentes para outras áreas do orçamento. Felizmente, o Supremo Tribunal Federal e algumas câmaras do Tribunal de Justiça de Minas Gerais vêm rejeitando a alegação da reserva do possível.

Sabe-se que há desperdícios e ineficiência e que ocorrem, cotidianamente, escolhas e prioridades incompatíveis com os princípios constitucionais regentes da administração pública. Todos sabem da precariedade de serviços indispensáveis à proteção e à promoção de direitos fundamentais sociais básicos, como a educação e a saúde, além da convivência existente entre órgãos de fiscalização e da população em geral com gastos elevados em rubricas como publicidade governamental e comunicação social, em todas as administrações (municipal, estadual e federal).

E, então, vem-se com todo um respaldo jurídico, alegando violação ao princípio da separação dos poderes, ao limite orçamentário, muitas vezes sem nenhuma prova; a ingerência do Poder Judiciário, a falta de legitimidade democrática do juiz para definir as políticas públicas, a ilegitimidade do Ministério Público. Lamentável.

A Carta da República de 1988, em seu artigo 127, estabelece que “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Também o art. 129, II, da CF prevê que são funções institucionais do Ministério Público: “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”.

Diante da indisponibilidade do direito à saúde, a aferição da legitimidade do Ministério Público deve ser realizada com base em critério finalístico e institucional do titular da ação. Quando o Ministério Público se lança na propositura de ações civis para tutela da saúde, não se tem como norte tão-somente o atendimento ao cidadão de forma individual, mas sim de toda a coletividade, todos os portadores de determinada doença e a sociedade em geral, merecedora de uma melhor aplicação das verbas públicas, a serem destinadas mais à saúde e à educação que à publicidade ou à corrupção.

O presente trabalho veio defender o ativismo judicial, o *status* político do Poder Judiciário, o exercício da democracia, a legitimidade do Ministério Público para defesa de direitos indisponíveis e, sobretudo, a escolha pela melhor opção: a proteção do direito à vida e à saúde como está assegurado pela Constituição Federal.

Por isso, toda a discussão travada no tocante ao tema da efetivação das políticas públicas de saúde deve ser voltada a um aperfeiçoamento no manejo das ações civis públicas, com uma seleção prévia dos casos, exigência de um relatório médico detalhado, de uma melhor defesa a ser apresentada pelo Estado, pautando-se no

caso concreto e não em doutrinas criadas e aplicadas em ordens jurídicas cuja realidade afigura-se bastante diversa da brasileira.

Em suma, deve conduzir toda a sociedade a discutir a necessidade de implementação de políticas públicas de saúde, a partir do investimento em pesquisa. Sabe-se que ainda hoje no Brasil milhares de pessoas morrem em decorrência de doenças que já deveriam ter sido extintas do País, como dengue, tuberculose, chagas, lepra etc. Ora, onde estão as políticas públicas para combatê-las? Será preciso que o Poder Judiciário também interfira nesses casos para que a população, em especial a carente, seja atendida. Isso deve ser objeto de política pública prioritária dos Estados e Municípios e não é. Quando a discussão sobre como é gasto o orçamento público começar a ser levada ao Judiciário, de modo aprofundado, aí sim, a saúde no Brasil começará a melhorar.

Certa feita, um programa da TV Justiça relatou que uma juíza do Tribunal Regional Federal da 4ª Região proferira uma decisão pioneira e interessantíssima, determinando que se trouxesse dos Estados Unidos uma córnea compatível para um transplante em uma criança, tendo em vista que o Brasil não possuía banco de córnea. Segundo ela, enquanto o Poder Executivo, por meio de nossos representantes, não se conscientizar de que é preciso investir em pesquisas científicas no Brasil, em especial no âmbito da saúde, nunca sairemos do atraso.

Tal visão ampla e futurista nos faz concluir que, de fato, enquanto o administrador público não vislumbrar que é mais oneroso custear tratamentos no exterior que investir em pesquisa científica, em melhorias nos hospitais, em incentivo aos bons médicos, o Brasil não terá banco de córnea, nem inúmeros tratamentos já disponíveis em outros países. Hoje, o Brasil possui excelente tratamento para os portadores de HIV, mas isso só foi possível porque o Judiciário determinou que se fornecessem tais medicamentos e depois veio a quebra da patente etc. Ou seja, felizmente, o Sistema Único de Saúde é para todos e aqueles que possuem melhores condições financeiras fazem chegar aos Tribunais Superiores pleitos que a todos interessa.

É por isso que incumbe ao Poder Judiciário, por meio das inúmeras demandas que chegam até ele, impor que as verbas públicas sejam destinadas à saúde da população, ainda que muitas ações sejam equivocadas, mas ao longo do caminho, vê-se que muitas decisões surtiram efeitos positivos para a sociedade. É como na fábula das abóboras.

Naquele caminhar da democracia e dos direitos fundamentais, faz-se necessário que ali se juntem outros personagens, como o juiz, o promotor de justiça e o cidadão, para dizer que a melhor escolha para a destinação do orçamento público é a efetivação de políticas públicas de saúde, saneamento básico e educação, o incentivo à pesquisa, e não, como se vê, rotineiramente, milhões gastos em publicidade estatal, mau uso do dinheiro público, falta de planejamento adequado. Talvez o maior trunfo da democracia seja que as minorias também devem ser ouvidas, pois muitas vezes a maioria esquece-se de quais os valores devem imperar na sociedade.

Felizmente, ainda existem aqueles cidadãos que, mesmo em face de toda burocracia estatal, de tantos atos de improbidade administrativa impunes, de toda negligência sofrida na rede pública de saúde, ainda acreditam no Poder Judiciário e no Ministério Público e sempre a estes recorrem, com uma força surpreendente que a todos os profissionais comove e dá vigor a essas carreiras, na esperança de terem minoradas as mazelas sofridas e que a lassidão comum delas vai-se esquecendo.

6. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual coletivo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVES, Eliana Calmon. Direitos de quarta geração: biodiversidade e biopirataria. *Doutrina ADCOAS*, v.6, n.12, p.392-398, dez. 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 240, abr./jun.2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado*. v. 1, n. 3, p. 3-32, jul./set. 2006.

BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os Direitos Sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Trabalho desenvolvido por solicitação da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <www.migalhas.com.br/mig_imprimir_sem_imagem.aspx?cod=5282>. Acesso em: jan. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Assistência Farmacêutica no SUS/Conselho Nacional de Secretários de Saúde*. Brasília: CONASS, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

COSTA, Susana Henriques da. A participação popular nas escolhas públicas por meio do Poder Judiciário: o papel das ações coletivas. In: LIVIANU, Roberto. (Org.). *Justiça, Cidadania e Democracia*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo e Movimento do Ministério Público Democrático, 2006. v. 1. p. 199-206.

DE PAULA, Antônio Sérgio Rocha. Ação Civil Pública e as políticas públicas: o princípio da separação dos poderes e a cláusula da reserva do possível. *De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n.6, p. 423-430, jan./jun. 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

GODINHO, Robson Renault. O Ministério Público e a tutela jurisdicional coletiva dos direitos dos idosos: algumas impressões. *De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 6, p. 393-412, jan/jun. 2006.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 14-15, ano 4, abr./set. 1979.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. Saraiva: São Paulo, 2007.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. Da Constituição da Inglaterra. In: MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do Espírito das Leis*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 139-169, out./dez. 2003.

OLIVEIRA, Luciano Moreira de; VIEIRA, Fernando César Carrusca. Critério Censitário para acesso a direitos humanos: o acesso à saúde no Estado Democrático de Direito. *De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 6, p. 349-368, jan./jun. 2006.

POSNER, Richard A. Teorias de Regulação Econômica. In: STIGLER, George J.; POSNER, Richard A.; MASHAW, Jerry L. (Org.) *Regulação Econômica e Democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004.

ROCHA, João Carlos de Carvalho et al. A Saúde como serviço de relevância pública e a ação civil pública em sua defesa. In: HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; ROCHA, João Carlos de Carvalho (Org.). *Ação Civil Pública: 20 anos da Lei n. 7.347/85*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade*. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_23/DIALOGO-JURIDICO-13-ABRIL-MAIO-2002-INGO-WOLFGANG-SARLET.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2008.

VIGLIAR, José Menezes. *Ação Civil Pública*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

Artigo recebido em: 17/12/2009

Artigo aprovado em: 28/06/2010