

CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL DO

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

MARIANA DE MATTIA ROCHA

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO
PÚBLICO NA DEFESA DE DIREITO INDIVIDUAL À SAÚDE**

Belo Horizonte

2017

MARIANA DE MATTIA ROCHA

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA
DEFESA DE DIREITO INDIVIDUAL À SAÚDE**

Monografia apresentada como requisito parcial
para a obtenção do título de Pós-Graduado em
Direito perante a Faculdade Milton Campos, em
convênio com o Centro de Estudos e
Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público
do Estado de Minas Gerais

Orientador: Prof. Dr. Gregório Assagra de
Almeida

Belo Horizonte

2017

**CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

Monografia intitulada **“DIREITOS FUNDAMENTAIS E A
ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DE DIREITO
INDIVIDUAL À SAÚDE”** apresentada pela aluna Mariana De Mattia Rocha, para exame
da banca constituída pelos seguintes professores,

Prof. Dr./Ms.

Avaliação

Prof. Dr./Ms.

Avaliação

Belo Horizonte, 02 de dezembro de 2017

RESUMO

DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DE DIREITO INDIVIDUAL À SAÚDE

Palavras Chave: Constituição Federal. Direitos Fundamentais. Judicialização. Saúde. Legitimidade. Ministério Público.

Esta pesquisa tem como objeto o estudo dos direitos fundamentais, em especial o direito social à saúde, buscando aferir se o Ministério Público detém legitimidade extraordinária para ajuizar demandas individuais na defesa desse direito. Diante da hipossuficiência inerente à sociedade brasileira e a constante inércia do Estado, somadas à crescente demanda da população por intervenções judiciais para concretização do direito à saúde e à insuficiência das defensorias públicas, em especial em Comarcas menores, o Ministério Público tem atuado cada vez mais na defesa dos interesses fundamentais individuais, sem prejuízo da priorização da atuação coletiva que tutela e previne litígios individuais. Assim, este trabalho busca delinear os direitos fundamentais e a atuação do Ministério Público na defesa do direito à saúde, traçando os limites e as formas de atuação, passando pela definição do direito à saúde e adentrando principalmente na discussão acerca da legitimidade ativa ministerial, enquanto substituto processual, para defesa em juízo de pessoa individualmente considerada. Parte-se dos direitos fundamentais, conceituando, classificando e caracterizando-os, para se chegar aos direitos sociais, dentre os quais destacamos o direito à saúde, analisando suas características e forma de efetivação pelo Estado, bem como a judicialização para se garantir sua efetivação e o papel do Ministério Público na busca pela tutela da saúde. Ao final, discutimos o dever do Estado de resolução consensual na área da saúde e a possibilidade de atuação ministerial nessa seara.

ABSTRACT

FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE ROLE IN THE DEFENSE OF INDIVIDUAL HEALTH LAW

Keywords: Federal Constitution. Fundamental Rights. Judicialization. Health.

This essay examines Brazilian's fundamental rights, especially the social right to health, checking if Public Prosecutor's Office has extraordinary legitimacy to file individual lawsuits in defense of this right. The Brazilian's society shortage, the State's passivity, the growing demand for judicial interventions and the insufficiency of public defenders, especially in smaller cities, are increasing the Public Prosecutor's Office actuation, especially in the defense of individual fundamental interests. This research seeks to outline the fundamental rights and Public Prosecutor's role in the defense of the right to health, outlining limits and action ways, defining the right to health and discussing the Public Prosecutor's actuation as a processual substitute for defense in court of an individual. The first part of the study conceptualize, classify and characterize the fundamental rights, then analyzes the right to health as well as the judicialization to ensure its effectiveness and the Public Prosecutor's role in the search for health protection.

LISTA DE ABREVIATURAS

§	Parágrafo
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
Art.	Artigo
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CGMP	Corregedoria Geral do Ministério Público
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CPC	Código de Processo Civil
EC	Emenda Constitucional
INPS	Instituto Nacional de Previdência Social
MPMG	Ministério Público do Estado de Minas Gerais
NOAS	Norma Operacional da Assistência à Saúde
OMS	Organização Mundial de Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
RENAME	Relação Nacional de Medicamentos Essenciais
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	DIREITOS FUNDAMENTAIS	9
2.1	Contexto histórico	10
2.2	Características	12
2.3	Aplicabilidade e eficácia das normas de direitos fundamentais	14
2.4	Classificação	15
3	DIREITOS SOCIAIS	19
4	DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL	21
4.1	Eficácia e aplicabilidade do direito à saúde	24
4.2	Efetivação do direito à saúde pelo Estado	27
5	JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE	31
5.1	Ação Civil Pública na defesa da saúde	32
6	ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DA SAÚDE	35
6.1	Formas de atuação do Ministério Público na defesa dos direitos fundamentais	37
6.2	Legitimidade do Ministério Público para defesa do direito individual à saúde	39
7	DO DEVER DO ESTADO DE RESOLUÇÃO CONSENSUAL NA ÁREA DA SAÚDE	49
8	CONCLUSÃO	54

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa delinear os direitos fundamentais presentes na Constituição Federal de 1988 (CF/88), evidenciando o direito à saúde e suas formas de garantia e efetivação.

Os direitos fundamentais, entendidos como os direitos básicos dentro da ordem constitucional de determinado Estado, baseiam-se em premissas consagradas internacionalmente, como a dignidade humana.

A saúde, enquanto direito fundamental social previsto no artigo 6º da CF/88, visa garantir condições mínimas de sobrevivência digna aos indivíduos, impondo ao Estado o dever de garanti-la e regulá-la através de políticas públicas específicas, voltadas à diminuição das desigualdades sociais, através da justiça distributiva.

Nos termos do art. 196 da CF/88, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo-a mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Contudo, a insuficiência dos serviços de saúde e a crescente judicialização para que se cumpram políticas públicas pelos entes federados, têm gerado grande debate, especialmente no tocante à frequente a participação do Ministério Público na defesa do direito fundamental à saúde de pessoa individualmente considerada.

A Constituição Federal de 1988 ampliou as atribuições do Ministério Público, disponibilizando diversos instrumentos jurídicos para a defesa da cidadania, dos quais se destacam a Ação Civil Pública, o Inquérito Civil e o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC). Tais instrumentos, somados à liberdade que a instituição possui para definir suas prioridades e conduzi-las, contribuíram para o protagonismo institucional.

A hipossuficiência inerente à sociedade brasileira e a constante inércia do Estado, somadas à insuficiência das defensorias públicas, em especial em Comarcas menores, têm levado os órgãos de execução a atuarem cada vez mais na defesa dos interesses fundamentais individuais de pessoa individualmente considerada, sem prejuízo da priorização da atuação coletiva.

Assim, esta pesquisa tem como tema os direitos fundamentais, em especial o direito social à saúde, buscando aferir se o Ministério Público detém legitimidade extraordinária para ajuizar demandas individuais na defesa desse direito.

Considerando o tema escolhido, o trabalho busca delinear os direitos fundamentais e a atuação do Ministério Público na defesa do direito à saúde, traçando os limites e as formas de atuação, passando pela definição do direito à saúde e adentrando principalmente na discussão acerca da legitimidade ativa ministerial, enquanto substituto processual, para defesa em juízo. Discute-se, também, os desafios enfrentados na busca pela resolução consensual de conflitos na área da saúde, enquanto dever do Estado, evidenciando o papel ministerial nesse contexto.

Parte-se dos direitos fundamentais, conceituando, classificando e caracterizando-os, para se chegar aos direitos sociais, dentre os quais destacamos o direito à saúde. Em seguida, conceitua-se o direito à saúde, analisando suas características e formas de efetivação pelo Estado para, só então, chegarmos à judicialização para se garantir sua efetivação e ao papel no Ministério Público na busca pela tutela da saúde.

Aborda-se a atuação ministerial na defesa do direito à saúde, discriminando as duas formas de atuação, judicial e extrajudicial, diferenciando, ainda, a atuação como fiscal da ordem jurídica e como substituto processual, bem como a atuação na defesa dos direitos coletivos e individuais, para então averiguar a legitimidade ativa na atuação demandista de pessoa individualmente considerada e os desafios enfrentados na busca pela resolução consensual de conflitos na área da saúde.

A revisão sistemática da literatura foi o método escolhido, por meio da busca retrospectiva na jurisprudência dos Tribunais Superiores, revistas e artigos publicados online na área do Direito, limitado o período de pesquisa aos últimos dez anos. Já nos livros utilizados na pesquisa não há limitação de tempo, uma vez que as obras utilizadas são atemporais e publicadas por autores renomados.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conceituar os direitos fundamentais de forma precisa e sintética, de acordo com José Afonso da Silva (2007), é tarefa difícil devido à abrangência do tema e a constante transformação social.

A maior parte da doutrina reconhece os direitos fundamentais, denominação extraída Título II da Constituição Federal de 1988, como os direitos básicos reconhecidos e positivados constitucionalmente por um determinado Estado. São direitos que expressam princípios e resumem a concepção ideológica política de cada ordenamento jurídico, consagrando premissas como a dignidade humana e garantindo a limitação do poder estatal (SILVA, 2007).

Gregório Assagra de Almeida, ao discorrer sobre a Teoria dos Direitos e Garantias Fundamentais, conclui que:

Direitos fundamentais são todos os direitos, individuais ou coletivos, previstos expressa ou implicitamente em determinada ordem jurídica e que representam valores maiores nas conquistas históricas dos indivíduos e das sociedades, os quais giram em torno de um núcleo fundante do próprio Estado Democrático de Direito, que é justamente o direito à vida e sua existência com dignidade (ALMEIDA apud REZENDE, 2013, p. 230)

Embora haja autores que adotem como sinônimas as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, como por exemplo Alexandre de Moraes (2006), essa não é a tese majoritária. A maior parte da doutrina entende que, embora haja similaridade, a diferença está no instrumento de previsão desses direitos, pois os direitos fundamentais estão positivados em determinado ordenamento jurídico, enquanto os direitos humanos possuem aplicação mais adequada na esfera internacional, uma vez que são direitos atribuídos à humanidade em geral, por meio de tratados internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, 1948.

José Joaquim Gomes Canotilho explica:

As expressões direitos do homem e direitos fundamentais são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza

humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. (2008, p.529)

Da mesma forma também não se confundem as expressões direitos e garantias fundamentais, pois direito é uma norma de conteúdo declaratório e garantia é uma norma de conteúdo assecuratório, sendo a segunda o instrumento capaz de assegurar o direito declarado.

Os remédios constitucionais, como o *habeas corpus*, o *habeas data* e mandado de segurança podem ser citados como exemplos de garantias fundamentais.

Alexandre de Moraes assim os diferenciou:

Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são os principais, as garantias acessórias e, muitas delas, adjectivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo) (2006, p.29)

No estudo dos direitos e garantias fundamentais, Gregório Assagra de Almeida evidencia que, apesar da diferença existente entre esses institutos, existe relação de conexão entre eles:

[...] direitos e garantias constitucionais fundamentais pressupõem um estudo interdisciplinar e multidisciplinar, evitando-se a análise meramente racionalista fechada, própria de um positivismo legalista ultrapassado e incompatível com as conquistas e valores constitucionais mais atuais da sociedade democrática. (2013, p.70)

Nesse contexto, os direitos e garantias fundamentais são o núcleo da Constituição democrática e são dotados de uma dimensão subjetiva, ligada aos indivíduos e coletividades titulares de direitos, e outra objetiva, enquanto parâmetro básico para interpretação e concretização da ordem jurídica (ALMEIDA, 2013).

2.1 Contexto Histórico

Não é possível precisar quando surgiram os direitos fundamentais.

De acordo com os estudos de João Trindade Cavalcante Filho, em seu texto *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, a doutrina tradicional defende que a primeira aparição da limitação do poder do Estado por meio de um texto legal foi a *Magna Charta Libertatum*

(Inglaterra, 1215), contudo, outros, como Carl Schmitt, defendem que o surgimento de fato se deu com o *Bill of Rights* (Inglaterra, 1688).

Assim, fica evidente que a Inglaterra exerceu papel importante na consolidação dos direitos do homem:

[...] é o mais correto verificar a sua origem na Inglaterra, pois na verdade, a Magna Carta de 1215, como seu próprio nome indica foi à primeira declaração histórica dos direitos, embora incompleta. Mais tarde surgiram a Petição de Direitos de 1629 e a Lei de *Habeas Corpus* de 1679, isto determinando a proteção contra as prisões arbitrárias e o direito de ser ouvido pelo juiz (SRALET, 2002. p. 43)

Porém, foi depois da Segunda Grande Guerra que as Constituições passaram a ser concebidas como Lei Fundamental, composta por princípios vinculantes e prevendo enunciados explícitos a respeito de direitos fundamentais (ALMEIDA, 2013).

A esse respeito José Afonso da Silva leciona:

O reconhecimento dos direitos fundamentais do homem em enunciados explícitos nas declarações de direitos, é coisa recente, e está longe de se esgotarem suas possibilidades, já que a cada passo na etapa da evolução da Humanidade importa na conquista de novos direitos. Mais que conquista, o reconhecimento desses direitos caracteriza-se como reconquista de algo que, em termos primitivos, se perdeu, quando a sociedade se dividira em proprietários e não proprietários. (2007, p.176)

Norberto Bobbio, em seu Livro *A Era dos Direitos*, reconheceu que os direitos fundamentais são uma construção histórica e a proteção varia de acordo com a sociedade, o tempo e o lugar em que se dá a proteção, assim escrevendo a respeito:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (...) o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas (2004, p. 09)

Independentemente do momento histórico de seu surgimento, é importante destacar a razão que levou a sociedade a se preocupar com a limitação do poder do Estado através de prerrogativas básicas conferidas aos cidadãos. Percebe-se que os direitos, em geral,

surgem com as reivindicações dos movimentos sociais em períodos específicos da história, buscando uma resposta ativa e efetiva do Estado.

Canotilho assim escreveu sobre o tema:

A função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa). (CANOTILHO apud, MORAES, 2006, p. 25)

2.2 Características

A Constituição brasileira de 1988 reconhece a importância dos direitos fundamentais para a manutenção do Estado Democrático de Direito, outorgando-lhes, ainda, as prerrogativas de cláusulas pétreas, conforme o art. 60, § 4º, CF/88.

Inegável a imprescindibilidade dos direitos fundamentais para se alcançar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a qual visa uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo-se o desenvolvimento nacional, buscando erradicar a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais, e promovendo o bem de todos (art. 3º, CF/88).

Logo em seu preâmbulo a Constituição brasileira assim dispõe:

[...] para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias [...]

O rol de direitos fundamentais expressamente previstos na Constituição Federal não é taxativo, o que se percebe pela leitura do art. 5º, §2º, CF/88, o qual dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Pela leitura do supracitado artigo é possível perceber que a Constituição brasileira atual reconhece direitos fundamentais em sentido material e formal, uma vez que aqueles previstos expressamente no texto constitucional não excluem outros decorrentes dos princípios e dos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário (MIRANDA, 2000)

Via de regra, os direitos fundamentais são indisponíveis, não podendo seu titular deles dispor livremente; imprescritíveis, pois não se perdem com o passar do tempo; inalienáveis, uma vez que não podem ser transferidos a qualquer título; e invioláveis, já que não podem ser atingidos por leis infraconstitucionais, por reformas do legislador constituinte derivado nem por atos administrativos de agente do Poder Público (SILVA, 2007).

Outra característica inerente aos direitos fundamentais está em seu caráter não absoluto, o que permite sua relativização e ponderação nas hipóteses de colisão entre dois direitos fundamentais, conforme destaca Paulo Gustavo Gonet Branco:

[...] os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos. (...) Até o elementar direito à vida tem limitação explícita no inciso XLVII, a, do art. 5º, em que se contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada” (2007. p. 230 e 231)

Assim o Pleno do STF se pronunciou no RMS 23.452/RJ:

[...]OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros [...] (MS 23452, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1999, DJ 12-05-2000 PP-00020 EMENT VOL-01990-01 PP-00086).

Embora costume-se classificar os direitos fundamentais como universais, é importante ressaltar que, por serem reconhecidos por um determinado Estado para proteção

dos indivíduos dentro de seu território, limitam-se, necessariamente, ao âmbito de incidência do ordenamento jurídico desse País, abrangendo as pessoas naturais sujeitas àquele estado.

2.3 Aplicabilidade e eficácia das normas de direitos fundamentais

Dispõe o art. 5º, §1º, CF/88, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”

A aplicação imediata prevista constitucionalmente para esses direitos demonstra a preocupação do poder constituinte originário em conferir a eles os meios e elementos necessários para a pronta incidência aos casos concretos.

Conduto há que se ressaltar que aplicação não se confunde com aplicabilidade, característica inerente à eficácia das normas.

Luiz Guilherme Marinoni a esse respeito reconhece:

O fato de todas as normas de direitos e garantias fundamentais terem reconhecida sua direta aplicabilidade, não corresponde a afirmar que a eficácia jurídica (que não se confunde com a eficácia social ou efetividade) de tais normas seja idêntica; a multifuncionalidade dos direitos fundamentais e o fato de estes abrangerem um conjunto heterogêneo e complexo de normas e posições jurídicas, por si só já sustenta esta afirmativa. Além disso, há que levar em conta ser diverso o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, assim como diversos os limites aos quais estão sujeitos, tudo a interferir na determinação dos efeitos jurídicos e da sua exata extensão (2013, p.314)

Existem normas que possuem aplicabilidade direta, como as de eficácia plena, que estão aptas a produzir todos os efeitos desde a sua entrada em vigor, e as de eficácia contida, que podem ter sua abrangência reduzida por outras normas. Outras têm aplicabilidade indireta, como é o caso das normas de eficácia limitada, as quais, por si só, não são capazes de produzir todos os seus efeitos, dependendo de lei infraconstitucional ou Emenda Constitucional para tanto (SILVA, 2007).

No tocante aos direitos fundamentais, José Afonso da Silva defende que, apesar da norma constitucional conferir-lhes aplicabilidade imediata, alguns deles necessitam de lei integradora e, por isso, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta:

Então, em face dessas normas, que valor têm o disposto no §1º do art. 5º, que declara todas de aplicação imediata? Em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nas garantidas, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes. (2007, p.181)

Para Gregório Assagra de Almeida a aplicabilidade dos direitos fundamentais é princípio essencial e está diretamente ligada ao direito de acesso à justiça, sendo a ordem jurídica adequada aquela que garante e impõe a eficácia imediata dos direitos e garantias fundamentais. Assim, os direitos e garantias fundamentais são dotados de eficácia vinculatória tanto para as entidades públicas quanto para os indivíduos em geral (2013).

2.4 Classificação

A Constituição Federal divide o Título relativo aos Direitos Fundamentais em cinco capítulos, quais sejam, direitos e deveres individuais e coletivos; direitos sociais; da nacionalidade; dos direitos políticos e dos partidos políticos.

Os direitos individuais e coletivos são aqueles diretamente relacionados à pessoa e à sua personalidade, tais como a igualdade, a honra, a liberdade, a dignidade, a vida, a segurança e a propriedade. Permeiam toda a Constituição, de maneira explícita, como nos setenta e oito incisos do art. 5º, CF/88, ou de forma implícita.

Já os direitos sociais, previstos em sua maioria no artigo 6º, CF/88, visam garantir liberdades positivas aos indivíduos, impondo ao Estado o dever de garantir direitos relativos à educação, ao trabalho, à saúde, à previdência social, à segurança e ao lazer.

Os direitos de nacionalidade referem-se ao vínculo existente entre o indivíduo e o Estado ao qual pertence, enquanto os direitos políticos permitem o exercício da cidadania pelo indivíduo e os direitos relacionados aos partidos políticos garantem a autonomia e a liberdade para que essas instituições auxiliem na preservação do Estado Democrático de Direito.

A doutrina classifica, ainda, os direitos fundamentais em gerações, levando-se em consideração o momento em que foram incluídos no rol ou sua natureza de proteção. As

gerações não se anulam, mas se complementam, o que levou ao surgimento da nova denominação “dimensões” (BONAVIDES, 2017).

A primeira dimensão é constituída por direitos individuais, os primeiros direitos a serem elevados a esse patamar de proteção constitucional e que visam proteger a liberdade e a segurança dos indivíduos, coibindo abusos do poder do Estado.

Paulo Bonavides, ao se referir aos direitos de primeira dimensão, afirma:

Os direitos de primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental, (2017, p.576)

A segunda dimensão é composta por direitos sociais que visam a proteção de grupos vulneráveis, impondo ao Estado obrigações de fazer em relação a esses indivíduos, visando assim a redução das desigualdades.

Bonavides assim os entende:

[...] são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula. (2017, p.576)

A terceira dimensão engloba os direitos difusos e coletivos, ou seja, que pertencem a uma coletividade e transcendem o indivíduo isoladamente considerado. São também denominados transindividuais, metaindividuais ou supraindividuais, terminologias que evidenciam seu caráter de titularidade plural.

Acerca desses direitos Bonavides expõe:

Com efeito, um novo polo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta (2017, p.583)

Destaca-se que no Direito Processual Civil, conforme previsto no art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), há distinção entre direitos coletivos em sentido estrito, direitos individuais homogêneos e direitos difusos, os quais são considerados uma subespécie dos direitos coletivos:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

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

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

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

A quarta dimensão é recente e sua existência não é unanimidade na doutrina, mas para aqueles que a defendem, como Norberto Bobbio (2004), consiste nos direitos de engenharia genética. Já outros, como Paulo Bonavides, a entendem como os direitos à luta pela participação democrática, pela informação e pelo pluralismo:

A globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores. (...). Há, contudo, outra globalização política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única verdadeiramente que interessa aos povos da periferia. Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. (...) A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. É direito de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. (...) os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia (2017, p.586)

Há ainda quem defenda a existência de direitos fundamentais de quinta dimensão, como Paulo Bonavides, que publicou o artigo denominado *A Quinta Geração dos Direitos Fundamentais*, no qual defende enquadrar-se nessa classificação o direito à Paz.

Importante destacar que os direitos fundamentais, ainda que possam ser classificados em dimensões, devem ser observados de maneira conjunta entre si e com as demais normas, princípios e objetivos estatuídos pelo constituinte, pois prezam pela proteção integral, sendo vedado o retrocesso, ou seja, não podem ser diminuídos ou reduzidos no seu aspecto de proteção (SILVA, 2007).

3. DIREITOS SOCIAIS

O grande marco impulsionador da defesa dos direitos sociais foi a Revolução Industrial do século XIX, que gerou inegável desigualdade social, desemprego e miséria, deixando grande parcela da população sem acesso a direitos básicos como a saúde e a educação (SILVA, 2007).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu artigo XXV, define que todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a ele e a sua família condições mínimas de sobrevivência digna.

A Constituição Federal de 1988, seguindo a tendência de proteção observada em âmbito internacional, previu expressamente em seu Título II, Capítulo II, os Direitos Sociais.

Alexandre de Moraes define os direitos sociais da seguinte forma:

Direitos Sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal (2006, p.177)

Ao tratar dos direitos sociais em seu art. 6º, a Constituição Federal de 1988 o faz de forma genérica, o que impõe ao Estado o dever de garanti-los e regulá-los através de políticas públicas específicas, voltadas à diminuição das desigualdades sociais, através da justiça distributiva (SILVA, 2007).

Tais direitos, tidos como direitos fundamentais de segunda dimensão, têm como pressupostos os direitos econômicos e visam garantir aos indivíduos as condições materiais imprescindíveis ao gozo de seus direitos, facultando-lhes exigir do Estado uma prestação positiva que assegure o acesso às condições mínimas de dignidade através das políticas públicas, razão pela qual podem ser classificados como prestacionais.

Possuem um caráter essencialmente positivo, impondo ao Estado o dever de agir. Objetivam a realização de condutas ativas por parte dos poderes públicos, seja para a proteção de certos bens jurídicos contra terceiros, seja para a promoção ou garantia das condições de fruição desses bens. (NOVELINO apud PRADO, 2012, p. 223)

Os direitos sociais possuem grande relevância na vida dos indivíduos e na organização da sociedade, pois além de serem fundamentais por si só, permitem o exercício dos demais direitos fundamentais, uma vez que criam condições materiais e sociais inclusivas.

Nos termos do art. 6º, CF/88, são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

O direito à educação, disciplinado nos artigos 205 a 214 da CF/88, por exemplo, exerce papel imprescindível na formação de cidadãos capazes de exercer seus direitos e cumprir seus deveres, além de qualificar para o trabalho, conferindo independência financeira e autonomia nas relações sociais.

Já o direito ao trabalho, garantido individual e coletivamente, visa proteger o empregado, pelo hipossuficiente na relação trabalhista, em virtude da disparidade gerada pelo poder econômico, garantindo dignidade ao trabalhador através de direitos que limitam a exploração laboral.

O direito à moradia, elevado ao status de direito social pela EC nº. 26/00, impõe aos entes federados a promoção de políticas públicas que assegurem a construção de moradias e melhoria das condições de habitação e de saneamento básico.

O direito à cultura, disposto no art. 215 da CF/88, visa garantir, além do acesso às fontes de cultura, o livre exercício da expressão cultural dos indivíduos, fomentando e difundindo as mais diversas manifestações culturais presentes na sociedade. Garantir o direito à cultura é também uma forma de proteger o patrimônio histórico-cultural brasileiro.

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é considerado um direito social por se tratar de bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida e saúde de todos. O conceito é amplo e abrange a preservação da fauna, flora e recursos hídricos e minerais existentes.

A saúde, conforme definição expressa no art. 2º da Lei nº 8.080/90 é “um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”. Por estar diretamente relacionado à vida e à existência digna, sua tutela se divide em duas vertentes, uma de preservação e outra de proteção. Esse é o direito fundamental objeto do nosso estudo e sobre o qual discorreremos detalhadamente nos próximos capítulos.

4 DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A Organização Mundial de Saúde (OMS) conceitua, no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde de 1946 (OMS/WHO), a saúde como “o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”.

Assim, o conceito de saúde abrange, não só a medicina curativa, mas também a preventiva, além de questões relativas à vigilância da saúde e às políticas públicas de promoção da saúde, garantindo condições de vida digna à população.

Importante salientar que a Constituição Federal de 1988, adotando em seu texto o entendimento presente nas principais declarações internacionais de direitos humanos, foi a primeira constituição brasileira a tratar o direito à saúde como direito fundamental, elevando-o ao status de direito social.

A saúde pública era dever do Estado apenas no sentido de coibir e evitar a propagação de doenças que colocavam em risco a saúde da coletividade, mas com a Constituição Federal de 1988 o dever estatal passou a ser de garantir a saúde através da formulação e execução de políticas econômicas e sociais, além da prestação de serviços públicos de promoção, prevenção e recuperação, para garantir a saúde do cidadão e da coletividade (PRADO, 2012)

Por estar intimamente ligado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, a Constituição brasileira expressa, em diversos artigos, sua preocupação com o direito à saúde, prevendo normas para proteção e garantia desse direito.

Dentre as previsões constitucionais acerca do direito à saúde, destaca-se a imposição de responsabilidade solidária dos entes federados pela sua garantia (art. 23, II, CF/88).

Quanto à competência legislativa, o artigo 24, XII, CF/88 prevê que possuem competência concorrente para legislar sobre a defesa da saúde a União, os Estados e o Distrito Federal, sendo que, de acordo com o art. 30, I, CF/88, podem os Municípios legislar sobre a saúde de interesse local.

A Seção II, do Capítulo II, do Título VII, da Constituição Federal trata especificamente da saúde e em seu art. 196 assim dispõe:

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

Seguindo a premissa de ser a saúde um dever do Estado, o art. 197, CF/88, reconheceu que as ações e serviços de saúde são de relevância pública e cabe ao Poder Público dispor sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, podendo executá-las diretamente ou por intermédio de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Em seguida, o art. 198, CF/88, traz a estrutura geral do Sistema Único de Saúde (SUS), enquanto rede regionalizada, hierarquizada e descentralizada, voltada a garantir o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais. Prevê, ainda, que seu financiamento se dará com recursos da seguridade social dos entes políticos correspondentes (§1º), previstos recursos mínimos a serem aplicados, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde (§§ 2º e 3º) e o art. 200, CF/88, traz as atribuições do SUS.

O art. 227, CF/88, mais uma vez demonstrou a importância dada pelo legislador constituinte ao direito à saúde, conferindo à família, à sociedade e ao Estado do dever de assegurá-lo à criança e ao adolescente, grupo sabidamente vulnerável.

Assim, é possível perceber a preocupação da Constituição Federal que, visando tutelar adequadamente o direito à saúde, o elevou à categoria de direito fundamental social e universalizou o acesso através da criação do SUS.

Conforme se extrai da coletânea de artigos exposta acima, a saúde foi reconhecida como dever do Estado a quem cabe assegurar a prevenção, proteção e recuperação da saúde, de forma gratuita, universal e integral, seja através de políticas públicas de redução do risco de doenças, seja garantindo o acesso aos tratamentos necessários.

Desse modo, o direito à saúde é dotado de dupla função, pois é um direito de defesa, expresso através da proteção da integridade física das pessoas, ao mesmo tempo em que é um direito positivo e impõe ao Estado a realização de políticas públicas (OHLAND, 2010).

A saúde é, portanto, um direito público subjetivo, constitucionalmente tutelado, sendo artigo 196, CF/88 uma norma de caráter programático que vincula todos os entes da federação.

Na lição de José Afonso da Silva:

Os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se conexionam com o direito da igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade. (2007, p. 286)

O Ministro Celso de Mello, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 393175-0/RS, defendeu que o direito à saúde é direito subjetivo inalienável, tornando-se indispensável para a vida humana:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, “caput”, e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que as razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana. Cumpre não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Constitui bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integralidade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 393175-0/RS, Segunda Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 12/12/2006, publicado 02/02/2007).

Conforme visto, o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde é garantido expressamente no art. 196 da CF/88, norma reproduzida no art. 2º, §1º, da Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90).

A universalidade vincula a Administração Pública, a quem cabe oferecer políticas públicas que assegurem a toda a população o acesso aos serviços de saúde (REZENDE,

2003). Assim, em casos de inércia e omissão do Estado, em qualquer de suas esferas, poderão os indivíduos, individual ou coletivamente, requerer ao Judiciário sua efetivação.

Há relação direta entre o princípio da universalidade e a gratuidade dos serviços e programas de saúde, oferecidos sem distinção de renda ou qualquer outro critério pelo SUS.

Assim, a universalidade está diretamente relacionada ao princípio da igualdade, que visa garantir a todos, independentemente de condições sociais ou financeiras o acesso à saúde. Contudo, ainda que não haja distinção entre os usuários, as políticas públicas devem prestigiar a diversidade local adotando, tanto medidas genéricas, como medidas específicas de promoção da saúde em âmbito local.

Importante destacar que eventual interferência do Poder Judiciário para efetivação do direito à saúde não pode ser considerada desrespeito ao princípio da separação dos poderes ou ao princípio da igualdade, conforme já se posicionou o STF:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO EM 24.1.2017. DIREITO ADMINISTRATIVO. CEMITÉRIOS PÚBLICOS. EXISTÊNCIA DE SUPERLOTAÇÃO E CLANDESTINIDADE. AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES DE HIGIENE. RISCO À SAÚDE PÚBLICA. DETERMINAÇÃO AO MUNICÍPIO PARA CONSTRUÇÃO DE NECRÓPOLE. SEPARAÇÃO DE PODERES. INEXISTÊNCIA DE OFENSA. 1. É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde. 2. Agravo regimental a que se nega provimento, com previsão de aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC. Inaplicável o artigo 85, § 11, CPC, por se tratar de recurso oriundo de ação civil pública. (ARE 1014959 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 20/04/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-089 DIVULG 28-04-2017 PUBLIC 02-05-2017)

4.1 Eficácia e aplicabilidade do direito à saúde

Há grande discussão na doutrina acerca da possibilidade de se exigir do Estado o cumprimento de uma norma fundamental social, com base no art. 5º, §1º, CF/88, em virtude de sua natureza programática.

Ferreira Filho (1999) sustenta que não seria possível a aplicação imediata dos direitos sociais de cunho programático por não serem autoexecutáveis.

José Afonso da Silva, a respeito da aplicabilidade e eficácia das normas de direitos fundamentais, assim escreveu:

[...] pois se trata de assunto que está em função do Direito positivo. A Constituição é expressa sobre o assunto, quando estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Mas certo é que isso não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior à aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados dentre os fundamentais. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta, mas são tão jurídicas como as outras e exercem relevante função, porque, quanto mais se aperfeiçoam e adquirem eficácia mais ampla, mais se tornam garantias de democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais. (2007, p. 180)

Lado outro, Sarlet (2002) defende ser possível a aplicação imediata de todos os direitos fundamentais, até das normas de caráter programático, as quais possuem certo grau de eficácia, uma vez que vinculam o legislador em caso de omissão e permitem a fiscalização pelo judiciário.

Ainda de acordo com o autor, os direitos sociais não podem ficar à mercê da vontade do legislador infraconstitucional:

De modo especial no que diz com os direitos fundamentais sociais, e contrariamente ao que propugna ainda boa parte da doutrina, tais normas de direitos fundamentais não podem mais ser considerados meros enunciados sem força normativa, limitados a proclamações de boas intenções e veiculando projetos que poderão, ou não, ser objeto de concretização, dependendo única e exclusivamente da boa vontade do poder público, em especial, do legislador (2002, p.120)

Assim, “a norma programática passou a ser vista não apenas como uma norma que direciona a produção legislativa ou a administração estatal, mas como uma norma que interfere nas relações jurídicas individualizadas” (CARNEIRO, 2002, p.7).

Neste sentido, cabe ao intérprete imprimir às normas de direitos sociais a maior eficácia possível em respeito ao princípio da máxima efetividade de seus ditames. Ademais, a eficácia imediata das normas referentes à saúde é extremamente importante, “uma vez que possibilita ao cidadão todos os meios e remédios jurídicos existentes para a proteção desse direito” (SCHWARTZ, 2004, p.135).

Nesse contexto, verifica-se que “os direitos sociais podem funcionar como verdadeiros direitos subjetivos e podem ser invocados judicialmente através de ações de inconstitucionalidade por omissão e ação” (KRELL, 2000).

A ausência de norma regulamentadora ou o fato de ser a norma de caráter programático não são obstáculos à aplicação imediata dos direitos sociais e, somente impedimentos amparados em circunstâncias e elementos fáticos, desde que devidamente sopesados, teriam esse poder (ALMEIDA, 2013)

O eminente Ministro Celso de Mello, enquanto Relator do Recurso Extraordinário nº 271.286 – RS, citado no Informativo nº 210 do STF, acerca da norma contida no art. 196 da CF/88, assentou:

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado (RE 271286 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409)

Conforme jurisprudência assentada, o atendimento médico é dever constitucional do Poder Público (art. 196 c/c art. 5º, *caput*, CF/88), porquanto o direito à saúde constitui consequência indissociável do direito à vida, ambos garantidos pela Carta Magna.

Assim, o STF tem admitido a autoaplicabilidade do artigo 196 da Constituição Federal (Ag. RE nº 271.286-RS, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 24.11.2000; Ag.Rg. nº 238.328-RS, Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, DJ 18.02.2000; AgRg nº 255.627-RS, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 23.02.2001; AgRg nº 259.508-RS, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 08.08.2000; RE nº 242.859-RS, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 29.06.1999; RE nº 236.200-RS, Min. Maurício Corrêa; 247.900-RS, Rel. Min. Marco Aurélio; RE nº 264.269-RS, Min. Moreira Alves; RE nº 267.612-RS, Rel. Min. Celso de Mello).

4.2 Efetivação do direito à saúde pelo Estado

Antes da Constituição Federal de 1988 a saúde não era reconhecida como direito de todos, sendo efetivada no âmbito privado ou vinculada às atividades previdenciárias, como o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS). Ao Estado cabia apenas a promoção da saúde através de medidas de prevenção de doenças, como campanhas de vacinação e controle de endemias.

Como vimos, com a Constituição Federal de 1988 a saúde passou a ser direito de todos e dever do Estado e o Sistema Único de Saúde foi uma das formas encontradas pelo constituinte para a viabilizar o direito à saúde, por meio de conjunto articulado de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos.

O SUS integra sistema mais amplo, o Sistema da Seguridade Social, o qual “compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade destinada a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (art. 194, CF/88).

Suas diretrizes estão previstas no artigo 198, CF/88, e sua regulamentação se dá pela Lei Orgânica da Saúde (Lei nº. 8.080/90), que, em interpretação conjunta com os princípios constitucionais, garante à população o acesso universal e igualitário aos serviços de saúde, preventivos e curativos, em todos os níveis de assistência.

Acerca de tal mecanismo, José Afonso da Silva leciona:

O sistema único de saúde, integrado de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, constitui o meio pelo qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde que tem no polo ativo qualquer pessoa e a comunidade, já que o direito à promoção e à proteção da saúde é também um direito coletivo. O sistema único de saúde implica ações e serviços federais, estaduais, distritais (DF) e municipais, regendo-se pelos princípios da descentralização, com direção única em cada esfera de governo, do atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas e da participação da comunidade, que confirma seu caráter de direito social e pessoal, de um lado, e de direito social e coletivo, de outro. É também por meio dele que o Poder Público desenvolve uma série de atividades de controle de substâncias de interesse para a saúde e outras destinadas ao aperfeiçoamento das prestações sanitárias. (2007, p.831)

O custeio do SUS cabe às três esferas de governo, União, estados-membros, Distrito Federal e municípios, e, conforme disposto no art. 195, CF/88, seus recursos advêm de contribuições sociais pagas pelos empregadores, trabalhadores e demais segurados da previdência social; pelo importador de bens ou serviços do exterior ou quem a lei a ele equiparar; e incidentes sobre a receita de concursos de prognósticos.

A EC nº 29/2000, a que alterou os artigos 34, 35, 156, 160, 167, e 198 da CF/88, incluiu a saúde nas políticas públicas, passando a prever que deve ser investido um percentual mínimo de recursos pelos entes para a manutenção das ações e serviços públicos de saúde. Tal inovação é de extrema relevância para manutenção do sistema de saúde brasileiro, cujos gastos são elevados e a demanda é crescente.

Na promoção da saúde, a Lei nº 8.080/90 garante expressamente a assistência terapêutica, a qual engloba não só a assistência farmacêutica, mas também o fornecimento de insumos terapêuticos, como órteses, próteses, cadeiras de rodas, marca-passos, fraldas e dietas especiais (art. 19-M e 19-N).

A Lei nº 8.080/90 estabelece, ainda, que o atendimento de saúde prestado pelo Estado está adstrito aos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, os quais estabelecem os medicamentos ou produtos necessários nas diferentes fases evolutivas da doença (art. 19-O), e, na ausência desses, o tratamento será pautado pela relação de medicamentos instituída pelo gestor do SUS ligado ao ente federado responsável (art. 19-P).

Com o intuito de regulamentar a assistência farmacêutica, garantindo segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, foi editada a Portaria nº 3.916/98, que instituiu a Política Nacional de Medicamentos, promovendo o uso racional e garantindo o amplo acesso aos remédios essenciais, por meio da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME.

A listagem de medicamentos a serem disponibilizados pelo SUS é atualizada periodicamente e leva em consideração critérios como a eficácia, segurança do medicamento e suas vantagens em relação a outras opções terapêuticas.

O fornecimento de medicamentos pelo SUS, com a edição da Lei nº 9.787/99, passou a exigir a utilização de nomes genéricos (Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional (DCI)) nas prescrições médicas (art. 3º).

Dado relevante quando estamos diante de condenação judicial do ente público para fornecimento da medicação.

Assim, para evitar prejuízos ao erário, é imprescindível a prescrição pelo princípio ativo do medicamento, até mesmo para que se possa averiguar se o remédio está previsto na RENAME.

O fornecimento de medicamentos depende, também, de aprovação e registro no Ministério da Saúde, conforme o art. 12 da Lei nº 6.360/76, cabendo à ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária – a inscrição, alteração, suspensão e cancelamento do registro. Nesse contexto, as prescrições, assim como eventuais pedidos judiciais de fornecimento dos fármacos, atualmente, estão vinculados ao prévio registro sanitário da medicação.

Assim, o SUS é um sistema da rede pública que visa prestar os serviços de saúde de forma gratuita a todos, por todas as esferas de governo e pela iniciativa privada, em participação complementar.

Contudo, apesar dos esforços legislativos na instituição e regulamentação, nem sempre a sistemática do SUS atende às necessidades do paciente, seja pelas peculiaridades do caso, pela ineficácia do medicamento no paciente ou por falha na atualização da RENAME. Questões administrativas e entraves na aquisição e distribuição dos medicamentos também influenciam na efetivação do direito à saúde e levam à judicialização de demandas.

Cumprе destacar que a disponibilidade financeira dos entes federados é um grande empecilho encontrado na efetivação do direito à saúde e faz surgir embates principiológicos, por exemplo, com o princípio da reserva do possível.

A dimensão econômica do Estado possui grande influência sobre o direito à saúde, uma vez que as políticas públicas dependem diretamente da existência de recursos financeiros, o que impõe limite fático à sua efetivação.

Diante dessa realidade, surgiu na Alemanha, durante a década de 1970, a noção de “reserva do possível”:

[...] passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária, quanto para a jurisprudência constitucional na Alemanha) a ideia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público. (KRELL, apud SARLET, p.52, 2008).

Assim, a sociedade estaria limitada a exigir do Estado somente as prestações razoáveis, não podendo obrigá-lo a prestar algo que extrapole os recursos materiais e humanos disponíveis.

No contexto brasileiro, a cláusula da reserva do possível busca a destinação responsável dos recursos na esfera administrativa, com a devida gestão política dos orçamentos públicos, evitando assim rombos orçamentários prejudiciais ao funcionamento do próprio Estado.

A precariedade da efetivação dos direitos sociais, especialmente da saúde, está diretamente relacionada à escassez de recursos que, somada à demanda crescente da população, tem gerado grande impacto no orçamento público.

Muitas vezes a não implementação de políticas públicas na área da saúde é justificada pelo Estado com o argumento de ausência de recursos suficientes, em nítida desvirtuação do princípio da reserva do possível, o qual não é suficiente para eximir o Estado de sua obrigação constitucional.

Conforme leciona Sarlet e Figueiredo (2008), tal princípio deve ser encarado com parcimônia, para que não se torne uma desculpa para omissão estatal na efetivação de direitos.

Nesse sentido, os Tribunais Superiores vêm entendendo que é ônus do poder público comprovar a inexistência dos recursos necessários ao cumprimento da prestação exigida.

Decidiu o Supremo Tribunal Federal que a cláusula da reserva do possível:

[...] não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, Rel. Min. Celso Mello, j. 29.04.2004).

Dessa forma, qualquer omissão do Estado pode levar à propositura de ações judiciais, não somente nas situações em que ele não garantir o direito à saúde, mas também quando o assegurar de forma ineficiente.

5. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Conforme analisado, a efetivação do direito à saúde pelo Estado segue alguns critérios, como a observância da RENAME, dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas e, até mesmo, a prescrição de medicamentos pelo princípio ativo, visando com isso garantir o acesso universal e igualitário, sem abusos ou impactos financeiros desastrosos.

Contudo, nem sempre a sistemática do SUS atende às necessidades do paciente, seja pelas peculiaridades do caso, pela ineficácia do medicamento previsto na lista para aquele paciente ou por falha na atualização da RENAME. Questões administrativas, financeiras e entraves na aquisição e distribuição dos insumos também influenciam na efetivação do direito à saúde.

Ademais, os princípios da universalidade e integralidade garantem a todos o acesso aos tratamentos necessários, incluindo medicamentos especiais e cirurgias de alto custo, os quais, via de regra, não são fornecidos espontânea e gratuitamente pela rede pública de saúde.

Assim, a insuficiência dos serviços prestados pelo Estado e a crescente demanda da população, que há muito superou o aparato estatal disponível, levam à propositura de ações para garantir o acesso à saúde, as quais objetivam desde a implementação de políticas públicas até o fornecimento de medicamentos, realização de exames, cirurgias e tratamentos diversos.

A judicialização da saúde envolve, não só os magistrados e os membros do Ministério Público, mas também profissionais da saúde, entes públicos e os próprios cidadãos, que transformaram o Poder Judiciário no meio para a solução dos conflitos advindos de questões políticas da saúde (PRADO, 2012).

Dentro deste contexto, o Poder Judiciário assume o papel de concretizador dos direitos fundamentais, visando afastar lesão ou ameaça a esses direitos. Tal intervenção é legítima, pois, como vimos, ainda que não caiba ao Poder Judiciário, por força do princípio da separação dos poderes, a formulação e implementação de políticas públicas, tal fato não impede o controle judicial na garantia do direito social à saúde em hipóteses de inércia e omissão do ente estatal.

Dispõe o art. 5º, XXXV, CF/88 que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” e, considerando o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, são amplas as possibilidades de concretização judicial da saúde.

Como se observa, muitas são as normas constitucionais que tratam diretamente da saúde, o que demonstra a preocupação do constituinte, inclusive o derivado, em dar plena efetividade às ações e programas nessa área. Todas essas normas possuem, em maior ou menor grau, eficácia jurídica e podem ser utilizadas para fundamentar ações judiciais ou decisões em que esteja em jogo a realização do direito à saúde.

Essa intervenção judicial na busca pela concretização dos valores normativos constitucionais, através da hermenêutica jurídica, é denominada pela doutrina de Ativismo Judicial. Busca-se suprir judicialmente a lentidão e omissão dos Poderes Legislativo e Executivo, garantindo às partes seu direito constitucionalmente previsto de forma célere.

Diante de novas necessidades, onde a lei não se mostra suficiente ou diante de necessidades que forjam uma determinada interpretação do texto de lei, é o momento em que o esforço do intérprete faz-se sentir. Tem-se como Ativismo Judicial, portanto, a energia emanada dos tribunais no processo da criação do direito (MEIRELLIS, 2012, p. 16).

Importante frisar que ativismo judicial não se confunde com judicialização da política, fenômeno esse que, de acordo com José dos Santos Carvalho Filho (2010), é caracterizado pela transferência da decisão dos poderes Legislativo e Executivo para o poder Judiciário, o qual passa a analisar o mérito administrativo e a estabelecer normas e condutas a serem seguidas pelos demais poderes.

Assim, diante do contexto fático atual, o Poder Judiciário brasileiro tem adotado uma postura ativa na concretização de direitos fundamentais, em especial do direito à saúde.

5.1 Ação civil pública na defesa da saúde

Qualquer cidadão pode buscar a concretização do direito à saúde, sendo inúmeros os instrumentos processuais previstos em nosso ordenamento jurídico que podem ser utilizados para se buscar junto ao Poder Judiciário o custeio dos tratamentos de saúde pelo Estado.

São exemplos de instrumentos a Ação Civil Pública, disciplinada pela Lei nº 7.347/85, o Mandado de Segurança, regulamentado pela Lei nº 12.016/09, e as ações condenatórias de obrigação de fazer ou de obrigação de dar.

A ação civil pública visa a tutela coletiva, sendo regulada pelo microsistema normativo de processo coletivo brasileiro, composto pela Lei da Ação Civil Pública (Lei nº.7347/85) e pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.090/90).

Nos termos da Lei nº. 7.347/85, é o instrumento colocado à disposição do Ministério Público, dos entes federados, das autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações constituídas há pelo menos 01 (um) ano (art. 5º), para responsabilização do infrator por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse, bem como a direito difuso ou coletivo (art. 1º), podendo buscar a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (art. 3º).

Lei da Ação Civil Pública em seu art. 6º prevê a legitimação extraordinária e permite a tutela de direitos por meio de substituto processual.

A ação civil pública tem natureza jurídica de garantia processual constitucional, já incorporada no art. 129, III, CF/88, sendo eficiente mecanismo de combate à ineficácia do Poder Público na implementação de políticas públicas, buscando beneficiar segmentos sociais hipossuficientes e estimular a atuação estatal (ALMEIDA, 2007).

A lei não previu o uso da ação civil pública para a defesa dos direitos individuais, contudo, por força do art. 81 c/c art. 117 do CDC, a Ação Civil Pública pode ser utilizada na defesa de direitos individuais homogêneos, aqueles direitos que possuem origem comum e são titularizados por uma coletividade determinada de sujeitos.

Para a defesa dos direitos individuais homogêneos não é fundamental a presença da indisponibilidade intrínseca, pois a legitimidade do Ministério Público se dá com base no interesse social evidenciado seja para evitar decisões conflitantes, seja para suprir a dispersão das vítimas, seja para diminuir a sobrecarga do Poder Judiciário. (ALMEIDA,2007, p. 618)

Contudo, atualmente as ações civis públicas estão sendo ajuizadas para a defesa de direitos individuais isolados, sendo o direito à saúde o exemplo mais constante, o que gera intenso debate entre os estudiosos do tema.

A respeito da utilização das ações civis públicas para a defesa de direitos individuais indisponíveis, Gregório Assagra de Almeida esclarece:

[...] Existem duas formas de se compreender a ação civil pública. Uma como ação coletiva, que se volta para a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Em relação a tais direitos, não há dúvidas de que a ação civil pública é uma espécie do gênero ação coletiva, pois o seu objeto material irá abranger uma das dimensões do direito coletivo conceituadas pelo art. 81, parágrafo único, do CDC.

Outra forma de compreender a ação civil pública é como ação individual movida pelo Ministério Público. Nesses casos, a ação civil pública será uma ação individual, e a sua denominação está ligada à qualidade de parte processual no polo ativo e não ao seu objeto material. Conforme orientação sedimentada na doutrina e na jurisprudência, não é a denominação que dá a natureza da ação. Assim, é possível manejar-se uma ação civil pública e utilizá-la para a defesa de um direito individual de uma criança, por exemplo, a fim de que ela tenha acesso a medicamentos, acesso à escola, acesso a uma sadia qualidade de vida etc.

A denominação de ação civil pública não importa. Mesmo que receba o nome de ação civil pública – a princípio, destinada à tutela dos direitos coletivos em sentido amplo – , não há dúvidas de que ela será uma verdadeira ação de natureza individual, pois o seu objeto material é um direito individual, só que indisponível. (ALMEIDA, 2007, p. 617)

6 ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DA SAÚDE

A Constituição Federal de 1988 possui força normativa irradiante sobre toda a ordem jurídica e, nesse novo contexto trazido por ela, o Ministério Público aparece como a instituição constitucional de promoção social, deixando de ser apenas o titular da ação penal e passando a ser dotado de função social atrelada aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (ALMEIDA, 2013).

O Título IV da Constituição Federal, denominado Da Organização dos Poderes, no Capítulo IV, Das Funções Essenciais da Justiça, entre os art. 127 e 130, traça as características do Ministério Público brasileiro, enquanto garantidor do acesso à justiça e legítimo defensor da sociedade e da ordem jurídica.

O art. 127, CF/88, cláusula pétrea, nos termos do art. 60, §4º, II e IV, CF/88, dispõe ser o Ministério Público 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. Seu parágrafo primeiro o caracteriza, ainda, como uno, indivisível e independente funcional e administrativamente.

A priorização da atuação preventiva; o exercício da função pedagógica da cidadania; a realização periódica de audiências públicas; o combate articulado e sistematizado das causas geradoras de desigualdades sociais; a provocação articulada e sistematizada do controle jurisdicional e extrajudicial da constitucionalidade; a ampliação e estruturação da atuação resolutiva são algumas das diretrizes trazidas pela CF/88 para o Ministério Público (ALMEIDA, 2013).

Marcelo Pedroso Goulart leciona:

Integrando a sociedade civil, o Ministério Público, nos limites de suas atribuições, deve participar efetivamente do processo democrático, alinhando-se com os demais órgãos do movimento social comprometidos com a concretização dos direitos já previstos e a positivação de situações novas que permitam o resgate da cidadania para a maioria excluída desse processo, numa prática transformadora orientada no sentido da construção da nova ordem jurídica. (1998, p.96)

O art. 129, CF/88 traz as funções institucionais do Ministério Público, a quem cabe promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; zelar pelo efetivo respeito

dos Poderes Públicos; promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; promover a ação de inconstitucionalidade; defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, exercer o controle externo da atividade policial, requisitar diligências investigatórias e instaurar inquérito policial.

Contudo, é vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas pelo Ministério Público (art. 129, IX CF/88), assim como é vedado a seus membros receber honorários, percentagens ou custas processuais; exercer a advocacia; participar de sociedade comercial, exercer qualquer outra função pública, salvo uma de magistério; exercer atividade político-partidária e receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas (art.128, §5º, II, CF/88). Tais restrições reforçam sua função de protetor da sociedade e da ordem jurídica democrática, conferindo-lhe a autonomia e independência indispensáveis ao exercício de suas funções (ALMEIDA, 2013)

Seguindo os contornos constitucionais, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº.8.625/93), dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados. Assim como diversas leis surgiram para possibilitar a efetivação dos deveres ministeriais, auxiliando na tutela das pessoas portadoras de necessidades especiais (Lei nº.13.146/15), da criança e adolescente (Lei nº.8.069/90), do Patrimônio Público (Lei nº.8.429/92), do idoso (Lei nº.10.741/03), entre outros setores vulneráveis da sociedade e da economia.

O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), em conformidade com o artigo 127, CF, dispõe que o Ministério Público atuará na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis (art. 176).

A lei processual civil prevê ainda a intervenção ministerial como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal, bem como nos processos que envolvam interesse público ou social, interesse de incapaz e litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana, ressaltando que a participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público (art. 178).

6.1 Formas de atuação do Ministério Público na defesa dos direitos fundamentais

A *summa divisio* clássica divide o direito em Público e Privado, contudo, com a Constituição Federal de 1988, surge a necessidade de atualização dessa divisão e faz surgir uma nova *summa divisio*.

O neoconstitucionalismo traz uma nova hermenêutica constitucional, na qual é possível perceber a presença de Direito Individual e Direito Metaindividual.

De acordo com Gregório Assagra de Almeida, o texto constitucional de 1988 rompeu com a *summa divisio* clássica ao dispor, no Capítulo I do Título II — Dos Direitos e Garantias Fundamentais, sobre os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos.

O Direito Coletivo e o Direito Individual formam dois grandes blocos do sistema jurídico brasileiro, integrados por vários ramos do Direito. Entretanto, o Direito Constitucional está acima, no topo da nova *summa divisio* constitucionalizada. O Direito Constitucional representa o ponto de união e de disciplina da relação de interação entre esses dois grandes blocos. A Constituição, que estrutura o objeto formal do Direito Constitucional, é composta tanto de normas, garantias e princípios de Direito Coletivo quanto de normas, garantias e princípios de Direito Individual (ALMEIDA, 2013, p. 21).

Assim, no contexto do sistema jurídico brasileiro, a dicotomia Direito Público e Direito Privado não mais se sustenta e o Ministério Público atua na defesa da Constituição e dos dois planos da nova *summa divisio*, pois além de guardião da Constituição, atua na defesa de todos os direitos coletivos em geral, bem como na defesa dos direitos individuais indisponíveis (art. 127, caput, e art. 129, III, da CF/88) (ALMEIDA, 2013).

Com o neoconstitucionalismo o Ministério Público abandona o papel de mero fiscal da lei (*custos legis*) e passa a ser também guardião da sociedade (*custos societatis*), sendo dotado de função promocional, o que permitiu a atuação mais efetiva na defesa dos interesses difusos e coletivos (ALMEIDA, 2013).

Enquanto guardião da ordem jurídica, cabe ao Ministério Público o controle de constitucionalidade concentrado, abstrato, difuso e incidental, tanto na esfera judicial como extrajudicial.

Marcelo Pedroso Goulart sustenta a existência de dois modelos de Ministério Público, o demandista, evidenciado pela atuação judicial enquanto agente processual, e o resolutivo, cuja atuação é extrajudicial, mediando e pacificando conflitos sociais (1998).

Importante destacar que os modelos não se anulam, cabendo aos membros do Ministério Público buscar os melhores instrumentos e técnicas para defender os interesses constitucionais (MACÊDO, 2013).

A mudança de paradigma na atuação ministerial foi, inclusive, objeto de discussão na Corregedoria Nacional do Ministério Público (CNMP) que, em conjunto com as Corregedorias Gerais dos Estados e da União, editou a Carta de Brasília, em 22 de setembro de 2016, a qual trouxe importantes diretrizes para a modernização do controle da atividade extrajudicial pelas Corregedorias, bem como para o fomento à atuação resolutiva do Ministério Público Brasileiro::

[...] CONSIDERANDO que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (arts. 127 e 129) consagrou dois modelos de Ministério Público, o que atua perante o Judiciário, objetivando geralmente a tutela por adjudicação e o que atua extrajudicialmente como intermediador da pacificação social, visando normalmente à resolução consensual dos conflitos, controvérsias e problemas;

CONSIDERANDO que se faz necessária uma revisitação da atuação jurisdicional do Ministério Público, de modo a buscar a proatividade e a resolatividade da Instituição e, ao mesmo tempo, evitar a propositura de demandas judiciais em relação às quais a resolução extrajudicial é a mais indicada;

CONSIDERANDO que é imprescindível a priorização do modelo de Ministério Público de atuação extrajudicial para a efetividade da função resolutiva, principalmente tendo em vista que o Judiciário está sobrecarregado, com aproximadamente 110 milhões de processos em tramitação;

[...]

SÃO ESTABELECIDAS AS SEGUINTE DIRETRIZES:

[...]

- a)Desenvolvimento de uma nova teoria do Ministério Público, embasada nos direitos e nas garantias constitucionais fundamentais, que possa produzir práticas institucionais que contribuam para a transformação da realidade social;
 - b)Concepção do Planejamento Estratégico como garantidor da Unidade do Ministério Público;
 - c)Estabelecimento de Planos, Programas e Projetos que definam, com a participação da sociedade civil, metas claras, precisas, pautadas com o compromisso de efetividade de atuação institucional em áreas prioritárias de atuação, valorizando aquelas que busquem a concretização dos objetivos fundamentais da República e dos direitos fundamentais (art. 3º da CR/1988);
 - d)Implementação de indicadores aptos a mensurar o cumprimento das metas e a resolutividade das demandas combinadas com atuação pautada em diagnóstico prévio das carências e necessidades da sociedade;
 - e)Criação de mecanismos que possibilitem a atuação prioritária do agente político do Ministério Público, em consonância com as metas apontadas no Planejamento Estratégico, nos Planos de Atuação e nos Projetos Executivos;
 - f)Distribuição e redistribuição das atribuições, de modo a potencializar e a tornar mais efetivas as atividades extrajudiciais do Ministério Público.
- [...]

É inegável a necessidade de atuação judicial do órgão ministerial para proteção e efetivação dos direitos sociais, contudo a resolutividade vem se mostrando extremamente importante no contexto atual, no qual o volume de demandas judiciais cresce exponencialmente e o Poder Judiciário não consegue resolver de forma célere e efetiva as questões que lhe são postas. (GOULART, 1998).

A atuação extrajudicial, pautada pela priorização da atuação preventiva, visa, além da defesa do Estado Democrático de Direito, evitar a violação dos direitos sociais. Demanda o fortalecimento da autonomia funcional da instituição, com o incentivo à utilização de instrumentos como o inquérito civil, o termo de ajustamento de conduta, as recomendações e as audiências públicas (ALMEIDA, 2013).

Já a atuação judicial caracteriza-se pelo uso das demandas judiciais, na esfera cível e criminal, na forma ativa, enquanto autor ou substituto processual, ou na forma interventiva, enquanto fiscal da ordem jurídica (*custos legis*) (MACÊDO, 2013).

Como vimos, na esfera cível, a atuação demandista interventiva do Ministério Público está amparada pelo art. 178 do CPC/15. Já a atuação demandista ativa do Ministério Público, a qual interessa a este estudo, pode se dar pela interposição de ações individuais, quando expressamente legitimado, como, por exemplo, na defesa das crianças e adolescente (art. 201, VIII, do ECA) e dos idosos (art. 74, II e III, da Lei 10.741/2003), ou pela interposição de demandas coletivas, as quais são definidas por Gregório Assagra de Almeida como:

[...] têm-se que ação coletiva é o instrumento processual colocado à disposição de determinados entes públicos ou sociais, arrolados na Constituição ou na legislação infraconstitucional – na forma restrita, o cidadão-, para a defesa via jurisdicional dos direitos coletivos em sentido amplo (ALMEIDA apud, MACÊDO, 2013, p. 343)

Importante ressaltar que a intervenção ministerial na tutela dos interesses difusos é sempre cabível, por força de suas funções institucionais previstas no art.129, CF/88. Diferentemente da atuação na tutela de interesses coletivos ou individuais homogêneos, em que o Ministério Público atuará apenas quando houver manifesto interesse social, evidenciado pela dimensão ou pelas características do dano, ainda que potencial; pela acentuada relevância social do bem jurídico a ser defendido, e quando houver risco à estabilidade de um sistema social jurídico ou econômico, cuja preservação aproveite a toda a coletividade (MAZZILLI, 2007).

6.2 Legitimidade do Ministério Público para defesa do direito individual à saúde

O fundamento da atribuição ministerial para a defesa do direito individual à saúde está no artigo 127, CF/88, o qual dispõe que incumbe ao Ministério Público a defesa dos interesses individuais indisponíveis.

Assim, considerando suas atribuições constitucionais, pode o Ministério Público instaurar procedimentos administrativos para assegurar o direito individual à saúde, da mesma

forma que, na condição de *custos legis*, pode intervir e acompanhar processos judiciais em que esteja sendo discutido o direito individual à saúde, independentemente da qualidade do titular do direito (HAMACHER, 2012).

Porém, quando se trata de legitimidade ativa, a previsão genérica da Constituição Federal gera dúvidas e debates acerca da possibilidade de o órgão ministerial defender direitos individuais indisponíveis enquanto substituto processual.

É certo que o comando constitucional possibilita que o Ministério Público utilize os instrumentos postos à sua disposição, como as ações coletivas com reflexos individuais, para a defesa desses direitos.

Da mesma forma, não pairam dúvidas acerca de sua legitimidade para a defesa de direitos individuais indisponíveis da criança e do adolescente, em virtude de disposição expressa no art. 201, VIII, do ECA, dos idosos, em razão do disposto no art. 74, II e III, da Lei nº.10.741/2003, e das pessoas com necessidades especiais, por força do art. 79, §3º, da Lei nº.13.146/15.

Já em relação à tutela do direito à saúde de pessoa individualmente considerada, o Promotor de Justiça Flávio Jordão Hamacher, em seu artigo *A atuação do Ministério Público na defesa do direito individual à saúde*, defende que não basta a previsão genérica da Constituição Federal para atribuir a legitimidade ativa ao Ministério Público, sendo indispensável a existência de lei ordinária atribuindo legitimidade processual ao órgão de execução, pois, caso contrário, a atribuição ministerial se tornaria excessivamente ampla.

Outro argumento utilizado pelo autor do texto citado diz respeito ao desenho constitucional da instituição, enquanto órgão de defesa da sociedade, caracterizado primordialmente pela defesa em juízo de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, cabendo a legitimação extraordinária apenas excepcionalmente, quando existente expressa previsão legal.

Conclui o Promotor que o comando constitucional deve ser interpretado de modo que caiba o Ministério Público a utilização dos instrumentos postos à sua disposição para a defesa dos direitos individuais indisponíveis, sem, contudo, criar uma legitimidade processual excepcional.

Assim, seguindo esse entendimento, na esfera cível, a defesa de direitos individuais, salvo hipóteses expressamente previstas, deveria se dar através de advogado ou

da Defensoria Pública, órgão público específico para atender demandas individuais da população carente, por meio de ações de natureza individual.

Para aqueles que defendem a ilegitimidade ministerial, ainda que a saúde seja um direito indisponível e de inegável relevância, a ação civil pública deveria ser utilizada apenas na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, como para a instituição de políticas públicas ou para tutela dos indivíduos que se encontrem em situação semelhante e que almejam a mesma resposta do Poder Executivo.

O ajuizamento de ações individuais abarrotava o judiciário com demandas semelhantes que poderiam ser solucionadas em conjunto, mas que ao serem julgadas separadamente geram lentidão e gastos excessivos com a manutenção da máquina pública.

O grande volume de atribuições do Ministério Público, somado à insuficiência de recursos humanos e à falta estrutura física adequada ao atendimento do grande número de demandas individuais, reforçam a tese de ilegitimidade do órgão.

De acordo com os estudos da Procuradora de Justiça Élide de Freitas Rezende, os Tribunais superiores durante anos oscilaram entre reconhecer a legitimidade ministerial e afastá-la, atrelando seus julgados, muitas vezes, às condições financeiras dos titulares dos direitos. Destaca que os Tribunais legitimam a atuação ministerial em defesa dos direitos indisponíveis ou de relevância social, qualidades inerentes aos direitos fundamentais (2013).

Conforme critica a autora, legitimar a atuação ministerial pela indisponibilidade e relevância social do direito seria um entendimento superficial e simplista, pois é necessário distinguir o direito fundamental e o bem jurídico que sua fruição proporciona. Assegurar o respeito ao direito fundamental é garantir que ele seja efetivamente incorporado à ordem jurídica social e não meramente entregá-lo ao titular do direito (REZENDE, 2013).

Em seu artigo *Ministério Público e a defesa dos direitos individuais indisponíveis*, a Procuradora de Justiça argumenta que a atuação do Ministério Público na defesa dos interesses individuais só se justifica pela natureza dos direitos em jogo, “pois não há genuína defesa de direito individual, porque estará o órgão defendendo o direito de todos, ainda que o instrumento adotado seja da ação individual” (2013, p. 232).

Acrescenta, ainda, que

É diversa a situação quando o ofício ministerial se volta para a defesa de determinada pessoa, em condição de reconhecida vulnerabilidade. Nessas circunstâncias o Ministério Público terá legitimação ativa e interventiva,

mesmo que reconhecido na ordem jurídica o direito violado ou ameaçado e poderá, por vezes, atuar contra a vontade do titular, buscando concretizar a proteção que lhe foi conferida.

Frisa-se que nas duas hipóteses, agindo em prol da solidificação de direitos fundamentais ou na defesa de pessoa vulnerável, o ofício ministerial não intenta patrocinar a defesa dos necessitados, incumbência constitucionalmente conferida à Defensoria Pública. (2013 p. 233)

É fato que, apesar das críticas oriundas da própria instituição, o Ministério Público tem ajuizado ações individuais buscando garantir o atendimento à saúde de um indivíduo, seja com a posterior extensão dos efeitos da decisão aos demais cidadãos que se encontrem em situação semelhante ou apenas para garantir o acesso à saúde para aquela pessoa, sem prejuízo da priorização da atuação coletiva que tutela e previne litígios individuais.

A essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte o qualificasse como prestação de relevância pública (art. 197 CF/88), fato que legitima a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário nas hipóteses em que os órgãos estatais deixam de respeitar o mandamento constitucional, frustrando lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante (STF – AgRg no RE n. 271.286-8-RS, 2ª Turma, Rel. Min. Celso Melo, j. 12.09.2000 – RT 786/210-216).

Essa essencialidade do direito à saúde o qualifica como indisponível, o que, nos termos do artigo 127 da CF/88, leva à legitimidade ativa do Ministério Público para promover sua defesa mesmo em casos de pacientes individualmente considerados.

Assim, o direito à saúde, além de indisponível, é de relevância pública (arts. 196 e 197, CF/88):

[...] O direito à saúde, insculpido 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. 6.º 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 817710 / RS; RECURSO ESPECIAL 2006/0027536-2; Relator(a) Ministro LUIZ FUX (1122); Órgão Julgador - T1 - PRIMEIRA TURMA; Data do Julgamento - 17/05/2007; Data da Publicação/Fonte - DJ 31.05.2007).

No julgamento do REsp. n.º 716.712-RS admitiu-se a legitimidade do Ministério Público para o pedido de fornecimento de medicamento formulado em ação civil pública para pessoa maior e capaz, ao argumento de que a legitimidade decorreria da natureza jurídica do direito-base postulado (saúde), que é indisponível. O fato de o paciente não ser criança, adolescente ou idoso não tem, pois, relevância.

Extrai-se do voto do Relator:

Discute-se nestes autos a legitimidade do Ministério Público para atuar em favor de pessoa física maior de idade que necessita de atendimento médico-hospitalar específico para realização de delicada cirurgia. O Tribunal de origem julgou extinta a Ação de Rito Ordinário proposta por entender que não cabe ao Parquet a tutela de direito individual alheio em nome próprio. A eminente Ministra Eliana Calmon, em judicioso voto, negou provimento ao apelo sob o fundamento de que "não se trata aqui da excepcional previsão contida nas leis especiais como Estatuto da Criança e do Adolescente, ou Estatuto do Idoso, diplomas que contemplam de forma expressa a legitimação extraordinária do MP para, via ação coletiva defender direito individual, como tem reconhecido a atual jurisprudência do STJ". Pedi vista dos autos para melhor refletir sobre o tema. Como bem relatado pela Ministra Eliana Calmon, a hipótese dos autos envolve a proteção do direito à saúde, de natureza indisponível. Portanto, não se trata de legitimidade do Ministério Público em razão da hipossuficiência econômica – matéria própria da Defensoria Pública – mas da natureza jurídica do direito-base (saúde), que é indisponível [...]

Assim, não há que se falar que a legitimidade ministerial decorre apenas de lei ordinária, pois a legislação ordinária é insuficiente para conferir a legitimação necessária à atuação do Ministério Público enquanto agente essencial na transformação social. A ausência de norma legitimadora não pode ser obstáculo à atuação ministerial na busca pela concretização de direitos fundamentais e na defesa do Estado Democrático de Direito, sob pena de se desvirtuar os ideais constitucionais.

Não deve mais proceder a tese de que as atribuições e legitimidade do Ministério Público no processo civil decorrem apenas da lei ordinária positivada, em especial do que dispõe a primeira parte do art. 81 do CPC: “O Ministério Público exercerá o direito de ação nos casos previstos em lei, cabendo-lhe, no processo, os mesmos poderes e ônus que às partes”. Não podemos concordar que a legitimidade do Ministério Público decorra apenas de lei ordinária, como pode querer parecer à primeira vista. Essa orientação, atualmente superada, funda-se na concepção do positivismo legalista, o qual se funda basicamente na idéia de soberania do legislador ordinário, acabando por conceber a Constituição como mera Carta Política. Torna-se necessário, assim, a flexibilização e a releitura do art. 81 do CPC com base no art. 127, caput, da CF/88.

[...]

Portanto, não há dúvidas de que é o art. 127, caput, da CF/88, que deve servir de base para a condução da atuação do Ministério Público e de onde deve ser extraída a sua legitimidade para a tutela, especialmente, dos direitos individuais indisponíveis, mesmo que para tanto não haja lei ordinária expressa, pois, como se viu, a CF/88 possui força normativa vinculante e irradiadora de interpretação, capaz de condicionar tanto o legislador quanto o aplicador do direito. (ALMEIDA, 2007, p. 603)

Ademais, a Constituição Federal não faz nenhuma distinção sobre a legitimidade do Ministério Público prevista no art. 127 CF/88 para a defesa dos valores que compõem o núcleo do Estado Democrático de Direito.

Logo, é incompatível a tese que pretenda excluir do Ministério Público a possibilidade de atuar na defesa de quaisquer uma dessas áreas justamente porque o texto constitucional não excepciona qualquer hipótese nesse sentido. Tudo aquilo que fizer parte do núcleo do Estado Democrático de Direito, o Ministério Público estará automaticamente vocacionado para a sua defesa, como é o caso da vida e sua existência com dignidade. (ALMEIDA, 2007, p. 606)

Da mesma forma, o argumento de não ser “possível o ajuizamento de ação civil pública para postular direito individual que, apesar de indisponível, seja destituído do requisito da homogeneidade” também não mais prevalece, especialmente depois do julgamento dos Embargos de Divergência no REsp. n.º 819.010-SP.

O art. 6º, VII, “d”, da Lei Complementar n.º 75/93, que contém o estatuto do Ministério Público da União, aplicável subsidiariamente aos Ministérios Públicos estaduais por força do art. 80 da Lei n.º 8.625/93, diz competir ao Ministério Público a promoção da ação civil pública para a proteção de “outros interesses **individuais indisponíveis**, homogêneos, sociais, difusos e coletivos” (grifo nosso).

Como se vê, o Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública para defender direitos individuais indisponíveis, notadamente em se tratando de direito à saúde, pois os artigos 1º, 5º, e 21 da Lei n.º 7.347/85 autorizam que o órgão ministerial venha a manejar o instrumento processual próprio, devidamente contemplado em sede constitucional, qual seja a ação civil pública, em defesa do interesse individual indisponível à vida e à saúde.

Isso porque o zelo pelos direitos assegurados na Constituição da República é função institucional do Ministério Público (art. 129, II, da CF), função essa explicitada no inciso V do art. 5º da citada Lei Complementar n.º 75/93:

Art. 5º - São funções institucionais do Ministério Público da União:

[...]

V – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos da União e dos serviços de relevância pública quanto:

- a) aos direitos assegurados na Constituição Federal relativos às ações e aos serviços de saúde e à educação.

Assim, ainda que a ação civil pública possua caráter coletivo, a jurisprudência tem admitido seu uso pelo Ministério Público na defesa de interesses e direitos individuais indisponíveis

Em julgamento recente, o Supremo Tribunal Federal ressaltou que já firmou a orientação de que o Ministério Público é parte legítima para propor ação civil pública na defesa de direitos individuais indisponíveis garantidos pela Constituição Federal:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Recurso extraordinário. Constitucional. Legitimidade do Ministério Público. Ação civil pública. Direitos individuais indisponíveis. Tratamento médico. Precedentes. 1. **O Supremo Tribunal Federal já firmou a orientação de que o Ministério Público é parte legítima para propor ação civil pública na defesa de direitos individuais indisponíveis, de pessoa individualmente considerada, como ocorre com o direito à saúde.** 2. Agravo regimental não provido. 3. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC, pois não houve fixação prévia de honorários advocatícios na causa.(AI 863852 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 07/04/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-093 DIVULG 04-05-2017 PUBLIC 05-05-2017- Grifos nossos)

Seguindo o mesmo raciocínio, o Superior Tribunal de Justiça, em seus mais recentes julgados, reafirma seu entendimento consolidado de que o Ministério Público detém legitimidade para propor ação civil pública visando tratamento de saúde de uma única pessoa, por configurar tutela de direito fundamental indisponível.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. EMBARGOS INFRINGENTES. NÃO CABIMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. PARQUET. LEGITIMIDADE. 1. Os embargos infringentes, disciplinados pelo art. 530 do CPC/1973, com a alteração promovida pela Lei n.10.352/2001, são cabíveis somente na hipótese em que o acórdão da apelação reformar a sentença de mérito, ou julgar procedente

ação rescisória.2. Hipótese em que não houve a reforma da sentença, mas a sua anulação por questão de ordem processual, pois o acórdão recorrido extinguiu o feito, sem resolução do mérito, com fulcro no art. 267, VI, do CPC/1973, ante o reconhecimento da ilegitimidade do Ministério Público.3. **A Carta Magna outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa não apenas dos direitos difusos e coletivos mas também dos interesses individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada, podendo o Parquet, para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei, desde que compatíveis com sua finalidade institucional, nos termos dos arts. 127 e 129 da CF/1988.**4. Não há que se falar em inadequação da via eleita, tendo em conta que o direito à saúde se encaixa no rol de direitos individuais indisponíveis, sendo perfeitamente cabível a ação civil pública, ainda que interposta em favor de uma pessoa isolada, em face da imperatividade das normas insculpidas nos arts. 5º, caput, e 196 da Constituição Federal.5. Agravo interno desprovido, com aplicação de multa de 1% sobre o valor da causa.(AgInt no REsp 1632154/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/09/2017- grifos nossos)

O STJ reconhece, ainda, que o direito à saúde é elemento essencial à dignidade da pessoa humana e insere-se no rol daqueles direitos cuja tutela pelo Ministério Público interessa à sociedade, ainda que em favor de pessoa determinada (Resp n.º 695.396/RS).

Recentemente o STJ editou a Súmula nº 594:

O Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação de alimentos em proveito de criança ou adolescente, independentemente do exercício do poder familiar dos pais, ou de o infante se encontrar nas situações de risco descritas no art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), ou de quaisquer outros questionamentos acerca da existência ou eficiência da Defensoria Pública na comarca.

O reconhecimento da legitimidade ativa do Ministério Público para o ajuizamento de ações de alimentos em proveito de criança ou adolescente, ainda que exista Defensoria Pública na Comarca e a criança não esteja em situação de risco, reforça a legitimidade ministerial para a defesa judicial de direitos individuais indisponíveis.

As atribuições da Defensoria Pública não se confundem com as atribuições ministeriais, uma vez que as Defensorias se pautam pela hipossuficiência econômica da parte (art. 134, CF/88) e o *Parquet* atua na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, CF/88).

Os alimentos, assim como o direito à saúde, possuem natureza indisponível e ligam-se diretamente à vida, integridade e dignidade da pessoa, defluindo dessa circunstância a legitimidade do Ministério Público.

A Recomendação Geral da Corregedoria Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais nº01/2017 reconhece a legitimação ministerial pautada na indisponibilidade, acrescentando que independe da natureza da indisponibilidade, podendo ela ser objetiva ou subjetiva:

Art. 4º A indisponibilidade, em termos de tutela individual, que justifica a atuação do Ministério Público no processo civil como agente ou interveniente é tanto a indisponibilidade subjetiva, decorrente da incapacidade da pessoa, quanto a objetiva, ligada à indisponibilidade do bem jurídico tutelado (art. 127, caput, da CR/1988), principalmente, nesse caso, quando houver situação concreta de lesão ou ameaça ao direito à vida.

Dessa forma, ainda que a atuação coletiva seja preferível, por ser incontestável a legitimidade do Ministério Público para a defesa do direito fundamental indisponível à saúde, tem-se admitido a atuação na defesa individual, quando essa se revelar o meio mais adequado na situação concreta.

A Recomendação Geral da Corregedoria Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais nº01/2017 preza pela atuação prioritariamente coletiva dos órgãos ministeriais, sem excluir a atuação na defesa individual, e o Ato nº03 de 03 de março de 2017, da Corregedoria Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais em seu art. 27, XX assim dispõe:

Art. 27. A equipe correcional analisará e estimulará a adoção de postura proativa que valorize e priorize atuações preventivas, com antecipação de situações de crise e adequadas, considerando, para tanto:

[...]

XX - a atuação preponderante na tutela coletiva, propondo ações individuais em situações absolutamente necessárias, sem prejuízo dos atendimentos individuais e encaminhamentos devidos.

Da mesma forma, o Plano Nacional de Atuação Ministerial em Saúde Pública, elaborado pelo Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais do Ministério Público, privilegia a atuação ministerial no âmbito coletivo, mas não exclui a defesa do direito individual indisponível à saúde, prevendo que o Órgão Ministerial deve “imprimir precedência na área

de atenção coletiva à saúde e, nela, destacar a atenção básica e os cuidados necessários específicos às populações mais vulneráveis”.

A Câmara de Procuradores de Justiça da Rede-Saúde do Ministério Público mineiro, seguindo a mesma linha, aprovou diretrizes que visam a ação institucional que priorize a tutela coletiva do direito à saúde, mas ressaltou que cabe ao Promotor de Justiça atender a todos, inclusive em caso de interesse individual, adotando as medidas administrativas adequadas.

O Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa da Saúde do MPMG (CAO-Saúde), no Pareceres Técnicos Jurídicos n.º 029/2009 e n.º 17/2010, reconheceu a relevância da atuação ministerial na defesa do interesse individual indisponível, devendo ser priorizada a abordagem coletiva do direito à saúde, sem deixar de atender aos casos individuais, ao afirmar que “difícilmente serão encontradas ‘demandas individuais’ que não tragam em sua essência, pelo menos, uma carga individual homogênea com repercussão social”.

O Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo editou a Súmula de Entendimento nº 45, a qual prevê que o “Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública visando que o Poder Público forneça tratamento médico ou medicamentos, ainda que só para uma pessoa”, justificando-a da seguinte forma:

Este Conselho Superior tem, reiteradamente, entendido que o Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública visando que o Poder Público forneça, ainda que para paciente determinado, tratamento médico ou medicamentos (Pts. ns. 110.806/04, 119.932/04 e 57.150/05).

O direito à saúde, consequência do direito à vida, constitui direito fundamental e os serviços de saúde são, em face de sua essencialidade, considerados como de relevância pública, nos termos do artigo 197, da Constituição Federal, garantindo a Lei Maior o acesso universal e igualitário (art. 196 do Texto Federal e artigo 219, parágrafo único, da Carta Bandeirante). A legitimidade do Ministério Público é manifesta, conforme se depreende do disposto no artigo 127 c.c. o artigo 129, I, da Constituição da República, ainda que não se tenha conhecimento da existência de mais de um paciente necessitando de assistência médica ou farmacológica indicada como adequada.

Dessa forma, ainda que alguns defendam que não há legitimidade extraordinária conferida ao Ministério Público para a tutela do direito à saúde de pessoa individualmente considerada, é certo que a saúde é um direito individual indisponível e, portanto, por força constitucional, pode o Ministério Público promover sua defesa judicialmente, enquanto

substituto processual, sem prejuízo da priorização da atuação coletiva que tutela e previne litígios individuais.

Ademais, negar legitimidade ao Ministério Público para a tutela do direito à saúde de pessoas maiores e capazes é negar o acesso à justiça em si, sobretudo para pessoas carentes e que residem em Comarcas onde não há o adequado atendimento da Defensorias Públicas.

7 DO DEVER DO ESTADO DE RESOLUÇÃO CONSENSUAL NA ÁREA DA SAÚDE

Atualmente, com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, a adoção de mecanismos de autocomposição pacífica dos conflitos e controvérsias é percebida como tendência decorrente da evolução da cultural que preza pelo diálogo e consenso.

O grande volume de demandas judiciais que abarrotam o judiciário e geram lentidão e ineficiência da máquina pública demonstram a importância da prevenção e da redução da litigiosidade.

A negociação, a mediação, a conciliação, as convenções processuais e as práticas restaurativas são instrumentos efetivos de pacificação social, resolução e prevenção de litígios, cuja utilização deve ser estimulada e fomentada não só pela celeridade inerente a esses métodos, mas por seu alto grau de resolutividade e de pacificação social.

O acesso à justiça é direito e garantia fundamental, não só do indivíduo, mas de toda a sociedade, que abrange não só o acesso ao Judiciário, mas também a todos os mecanismos e meios autocompositivos de resolução dos conflitos.

Como vimos, o Ministério Público, enquanto garantia fundamental de proteção e efetivação de direitos e interesses individuais indisponíveis (art. 127, CF/88) é o instrumento

adequado e efetivo de acesso à justiça, tanto na figura de fiscal da ordem jurídica como quando autor demanda judiciais.

Antes da entrada em vigor do CPC/15 o ordenamento jurídico brasileiro já conferia legitimidade ao Ministério Público para a construção de soluções autocompositivas, como no art. 57, parágrafo único, da Lei nº 9.099/1995 (Juizados Especiais) e art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/1985 (Ação Civil Pública).

A Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) já fomentava a resolução consensual de conflitos e a Resolução nº. 118, de 1º de dezembro de 2014, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), previu a Política Nacional de Incentivo à autocomposição no âmbito do Ministério Público, com o objetivo de assegurar a promoção da justiça e a máxima efetividade dos direitos e interesses que envolvem a atuação da Instituição (art. 1º).

De acordo com a referida Resolução, ao Ministério Público brasileiro incumbe implementar e adotar mecanismos de autocomposição, como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais, bem como prestar atendimento e orientação ao cidadão sobre tais mecanismos.

A negociação é o mecanismo indicado para controvérsias ou conflitos em que o Ministério Público possa atuar como parte na defesa de direitos e interesses da sociedade, para a solução de problemas referentes à formulação de convênios, redes de trabalho e parcerias entre entes públicos e privados, bem como entre os próprios membros do Ministério Público (art. 8º).

A mediação é recomendada para solucionar controvérsias que envolvam relações jurídicas nas quais é importante a direta e voluntária ação de ambas as partes divergentes (art.9º).

Ainda de acordo com a Resolução do CNMP, a mediação poderá ser promovida em casos de conflitos judicializados, bem como mecanismo de prevenção ou resolução de conflito e controvérsias que ainda não tenham sido judicializados, hipótese na qual, havendo acordo entre os envolvidos, este poderá ser referendado pelo órgão do Ministério Público ou levado ao Judiciário com pedido de homologação (art. 10).

Já a conciliação é voltada para controvérsias ou conflitos que envolvam direitos ou interesses nas áreas de atuação do Ministério Público como órgão interveniente e nos quais

sejam necessárias intervenções propondo soluções para a resolução das controvérsias ou dos conflitos, sendo aplicáveis as mesmas normas atinentes à mediação. (art. 11).

As práticas restaurativas são recomendadas nas situações em que seja viável a busca da reparação dos efeitos da infração por intermédio da harmonização entre o (s) seu (s) autor (es) e a (s) vítima (s), com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos (art. 13).

Por fim, as convenções processuais são indicadas para os casos nos quais o procedimento deva ser adaptado ou flexibilizado para permitir a adequada e efetiva tutela jurisdicional aos interesses materiais subjacentes, bem assim para resguardar âmbito de proteção dos direitos fundamentais processuais (art. 15).

Com a edição do CPC/15 a solução consensual dos conflitos foi priorizada:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

[...]

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Cabe ressaltar que o rol de métodos de resolução consensual, disposto no art. 3º, §3º, CPC/15, é meramente exemplificativo, cabendo além da conciliação e da mediação, técnicas como a negociação e as práticas restaurativas, que podem ser adotadas ou sugeridas nos processos pelos membros do Ministério Público.

Reforçando a intenção do legislador brasileiro de fomento ao diálogo das partes na busca pela resolução consensual dos conflitos, foi editada a Lei nº 13.140/15, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

A referida lei prevê expressamente em seu art. 3º que pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação, sendo que o consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público, como nos casos que envolvam a tutela da saúde.

Recentemente foi editada pelo CNMP a Recomendação nº 57, de 5 de julho de 2017, a qual dispõe sobre a atuação dos membros do Ministério Público nos Tribunais e prevê expressamente em seus art. 3º e 22 que, em decorrência do dever imposto ao Estado, o que inclui o Ministério Público, deve-se priorizar a resolução consensual dos conflitos e controvérsias, recomendado a todas as unidades do Ministério Público a implantação de núcleos de negociação, de mediação e de conciliação no âmbito da estrutura institucional com atuação nos Tribunais, nos termos da Resolução CNMP nº 118/2014.

Importante destacar que no art. 3º, parágrafo único, da Recomendação nº 57/17 há expressa previsão de priorização de criação de núcleos de composição nas áreas que envolvem políticas públicas, na qual destacamos a proteção dos direitos sociais, em especial a saúde.

No âmbito do Ministério Público mineiro, visando promover a interlocução com instituições públicas e privadas da área de saúde, foi oficializado em 2012, por meio da Resolução PGJ n.º 78, o projeto Mediação sanitária: direito, saúde e cidadania.

O Promotor de Justiça Gilmar de Assis, coordenador do CAO-Saúde, em entrevista integrante do Informativo da Procuradoria-Geral de Justiça de Minas Gerais n.º 211/2013, reconheceu que a criação de um espaço democrático compartilhado por diversas esferas de governo legitima a solução consensual das demandas sanitárias e ainda reduz o fenômeno da judicialização da política pública da saúde.

O Promotor disse, ainda, que a solução compartilhada, mediada pelo MPMG, representa uma atuação institucional preventiva, resolutiva e refletida, diferente do modelo reativo, demandista e reflexivo anteriormente usado e apresenta maior probabilidade de acerto.

De acordo com a reportagem é possível perceber que o CAO-Saúde em Minas Gerais tem realizado reuniões de mediação sanitária em várias regiões do estado, discutindo a reorganização de ações e serviços de saúde, a implementação da política nacional de hospitais

de pequeno porte, o fortalecimento das unidades de referência, a implantação de redes de atenção à saúde (básica, psicossocial, de urgência e emergência e de vigilância em saúde), a cobertura da atenção primária, a eliminação da dupla porta de serviços ambulatoriais de urgência e emergência, a criação de protocolos e fluxos operacionais, a implantação de plano de cargos e carreiras aos profissionais da saúde, entre outros assuntos.

No mesmo sentido, veio a Recomendação Geral CGMP do MPMG nº 01/ 2017, a qual dispõe sobre a atuação do Ministério Público como órgão agente e interveniente no processo civil. Em seu art. 3º, a Recomendação prevê que, em atenção ao disposto nos §§ 2º e 3º do art. 3º do CPC/15, os Membros do Ministério Público devem, sempre que possível, priorizar a resolução consensual dos conflitos em todas as suas áreas de atuação jurisdicional ou extrajurisdicional, atentando-se, quando cabível, para o disposto na Resolução CNMP n.º 118/14.

Importante frisar que os Membros do Ministério Público, diante do caso concreto, devem analisar se a resolução consensual apresenta vantagens sobre a tutela por adjudicação judicial (liminar e/ou sentença ou acórdão), demonstrando-se ser a mais adequada, justa e razoável, aplicando testes de fatores e/ou indicadores de resultado, amparados nas regras de experiência comum decorrentes da observação do que ordinariamente acontece nas atuações dos órgãos Institucionais do Ministério Público (art. 3º, §1º e 2º).

Dessa forma, os membros do Ministério Público devem buscar a autocomposição sempre que essa se mostrar o meio mais adequado ao caso. Sendo perceptível não só a possibilidade atuação ministerial na autocomposição, como podemos vislumbrar na mediação e na conciliação o caminho pautado no diálogo para o efetivo acesso à justiça.

Muitas vezes a urgência do caso, como vislumbrada nas hipóteses de saúde, que não tolera o longo trâmite das ações judiciais e pode perecer aguardando por tutela, com a resolução consensual dos conflitos, pode ser devidamente resguardado e os direitos fundamentais das partes devidamente respeitados.

Os entes públicos não só podem, como tem o dever de buscar a autocomposição, principalmente quando estamos diante de casos que buscam a efetivação de direitos fundamentais.

Esse é o grande desafio atual, tornar real a autocomposição pacífica dos conflitos e controvérsias, tão presente no CPC/15, através da atuação conjunta e multidisciplinar das diversas esferas.

Reduzir a judicialização excessiva é o caminho para garantirmos o adequado acesso à justiça, trazendo aos envolvidos a satisfação de suas pretensões, garantindo, ainda, o empoderamento das partes, que participam ativamente do processo e se sentem valorizadas e ouvidas.

8 CONCLUSÃO

Conforme analisado neste estudo, os direitos fundamentais, frutos de movimentos sociais perpetrados na história e reconhecidos internacionalmente, são direitos positivados essenciais à vida digna.

A Constituição Federal de 1988, seguindo a tendência de proteção observada em âmbito internacional, trouxe importante inovação ao ordenamento jurídico brasileiro, prevendo expressamente em seus artigos 6º ao 11º os direitos sociais.

Como vimos, essa segunda dimensão de direitos fundamentais possui caráter prestacional e impõem ao Estado condutas ativas na proteção de certos bens jurídicos, promovendo as políticas públicas necessárias a garantir a adequada fruição dos direitos fundamentais.

Dentre os direitos sociais, o direito à saúde é um direito fundamental diretamente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, pilar do Estado Democrático de Direito, elevado à categoria de direito subjetivo público pela Constituição Federal de 1988, sendo dotado de aspectos sociais e individuais.

A garantia e proteção da saúde, com a instituição do Sistema Único de Saúde, passou a abranger não só os programas de vacinação e controle de epidemias, mas também o tratamento médico individualizado, de forma universal e igualitária. Nesse contexto, o Estado, por todos os entes federados, deve atuar de forma solidária na garantia da saúde, através da destinação de recursos e da promoção de políticas públicas adequadas à população em geral e às peculiaridades regionais.

Contudo, a insuficiência dos serviços prestados e a crescente demanda da população, que há muito superou o aparato estatal disponível, levam à propositura de ações para garantir o acesso à saúde. Assim, a intervenção judicial está cada vez mais presente e acende o debate, tanto em relação ao princípio da separação dos poderes e à cláusula da reserva do possível, como em relação à atuação do Ministério Público.

O Poder Judiciário assume o papel de concretizador dos direitos fundamentais, uma vez que o art. 5º, XXXV, CF/88 dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” e, considerando o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, são amplas as possibilidades de concretização judicial da saúde.

A respeito da suposta violação ao princípio da separação de poderes, é pacífico o entendimento nos Tribunais Superiores de que eventual interferência do Poder Judiciário não configura tal violação, pois não se busca a formulação políticas públicas, cuja análise do mérito cabe aos Poderes Executivo e Legislativo, mas tão somente o controle judicial em hipóteses de inércia e omissão do ente estatal.

Da mesma forma, em que pese a cláusula da reserva do possível configure limitação fática, essa não pode ser invocada pelo Estado com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, especialmente quando estivermos diante de omissão que ponha em risco direitos fundamentais como a saúde.

Porém, quando se trata do ajuizamento de ações civis públicas pelo Ministério Público para a defesa de direitos individuais isolados, há grande impasse entre os estudiosos.

O protagonismo ministerial se justifica pela redefinição do seu papel constitucional como instituição permanente e essencial à justiça e como agente na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

A hipossuficiência inerente à sociedade brasileira e a constante inércia do Estado, somadas à insuficiência das defensorias públicas, em especial em comarcas menores, têm

levado os órgãos de execução a atuarem cada vez mais na defesa dos interesses fundamentais individuais, sem prejuízo da priorização da atuação coletiva.

Com o neoconstitucionalismo, o Ministério Público abandona o papel de mero fiscal da lei (*custos legis*) e passa a ser também guardião da sociedade (*custos societatis*), o que nos leva aos dois modelos de Ministério Público, o demandista e o resolutivo, que devem ser utilizados de acordo com as especificidades do caso concreto para defesa dos interesses constitucionais.

É certo que a Constituição Federal possibilita que o Ministério Público utilize os instrumentos postos à sua disposição, como as ações coletivas com reflexos individuais, para a defesa desses direitos. Da mesma forma, não pairam dúvidas acerca de sua legitimidade para a defesa de direitos individuais indisponíveis da criança e do adolescente, dos idosos e das pessoas com necessidades especiais.

Assim, pode o Ministério Público instaurar procedimentos administrativos para assegurar o direito individual à saúde, da mesma forma que pode intervir e acompanhar processos judiciais em que esteja sendo discutido o direito à saúde, independentemente da qualidade do titular do direito.

Já em relação à tutela do direito à saúde de pessoa individualmente considerada, ainda que existam defensores da ilegitimidade ministerial, sob o argumento de que não basta a previsão genérica da Constituição Federal para atribuir a legitimidade ativa ao Ministério Público, cabendo à advocacia privada e à Defensoria Pública as ações de natureza individual, é certo que a saúde é um direito fundamental indisponível.

Ainda que o Ministério Público possua elevado volume de atribuições e seja insuficiente o aparato disponível ao adequado atendimento do grande número de demandas individuais, negar a possibilidade de defesa do direito à pessoa individualmente considerada é negar o acesso à justiça em si, pois a defesa dos direitos indisponíveis é uma das atribuições constitucionais do órgão ministerial.

Conforme analisado no decorrer deste estudo, a legislação brasileira atribui ao Ministério Público a legitimidade necessária ao ajuizamento da ação civil pública em defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis, fato que, somado à essencialidade e indisponibilidade do direito à saúde, legitima a atuação do Ministério Público

em hipóteses de omissão estatal, mesmo quando se tratar de pessoa individualmente considerada.

O STJ e o STF encampam essa tese e em seus julgados recentes admitem a legitimidade ministerial ao argumento de que a legitimidade decorre da natureza jurídica do direito-base postulado que é indisponível.

Não bastasse, o texto constitucional não diferencia a legitimidade do Ministério Público para a defesa dos valores que compõem o núcleo do Estado Democrático de Direito, o que nos leva a crer que abarca todas as hipóteses.

Outro ponto relevante encontrado no estudo do tema é o art. 6º, VII, “d”, da Lei Complementar n.º 75/93, que contém o estatuto do Ministério Público da União, aplicável subsidiariamente aos Ministérios Públicos estaduais por força do art. 80 da Lei n.º 8.625/93, o qual diz expressamente competir ao Ministério Público a promoção da ação civil pública para a proteção de “outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos”.

É fato que o ajuizamento de ações individuais abarrotava o judiciário com demandas semelhantes que poderiam ser solucionadas em conjunto, sendo inegável que a atuação prioritariamente coletiva é o mais aconselhável. Essa é, inclusive, a recomendação dos órgãos internos dos Ministérios Públicos Estaduais, mas isso não exclui a possibilidade de ajuizamento de demandas individuais quando não for possível a solução extrajudicial da questão ou a coletivização do pedido.

Dessa forma, ainda que alguns defendam que não há legitimidade extraordinária conferida ao Ministério Público para a tutela do direito à saúde de pessoa individualmente considerada, é certo que a saúde é um direito individual indisponível e, portanto, por força constitucional, pode o Ministério Público promover sua defesa judicialmente, enquanto substituto processual.

Ademais, negar legitimidade ao Ministério Público para a tutela do direito à saúde de pessoas maiores e capazes é negar o acesso à justiça em si, sobretudo para pessoas carentes e que residem em Comarcas onde não há o adequado atendimento da Defensorias Públicas.

Conclui-se, portanto, que, em se tratando do direito fundamental à saúde, o Ministério Público é legitimado tanto na defesa do indivíduo, o que inclui a pessoa adulta e

capaz, como da coletividade como um todo, pois saúde é questão relativa à vida e a sua existência com dignidade, portanto possui caráter de indisponibilidade.

Assim, cabe ao Ministério Público promover as ações necessárias, judicial e extrajudicialmente, a fim de garantir o devido acesso à saúde a todos os indivíduos.

Da mesma forma, os membros do Ministério Público devem buscar a autocomposição sempre que essa se mostrar o meio mais adequado ao caso. Sendo perceptível não só a possibilidade atuação ministerial na autocomposição, como podemos vislumbrar na mediação e na conciliação o caminho pautado no diálogo para o efetivo acesso à justiça.

Esse é o grande desafio atual, tornar real a autocomposição pacífica dos conflitos, tão presente no CPC/15, através da atuação conjunta e multidisciplinar das diversas esferas, pois reduzir a judicialização excessiva é o caminho para garantirmos o adequado acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Manual de Ações Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007

ALMEIDA, Gregório Assagra de; GONCALVES, S. A.. Legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando vise à tutela de pessoa individualmente considerada. v. 8. Belo Horizonte: De Jure, 2007.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. In: CHAVES, Cristiano; MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto; ROSENVALD, Nelson. (Org.). Temas Atuais do Ministério Público: a atuação do *Parquet* nos 20 anos da Constituição Federal. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES JUNIOR, J. (Org.) . Teoria Geral do Ministério Público. In ' Coleção Ministério Público e Direitos Fundamentais'. 1ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES JUNIOR, J. (Org.) ; ASSIS, G. (Org.) . Saúde. In 'Coleção Ministério Público e Direitos Fundamentais'. 1ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direitos Fundamentais e o Principais Fatores de Legitimação Social do Ministério Público no Neoconstitucionalismo. In: Gregório Assagra de Almeida; Jarbas Soares Júnior. (Org.). Teoria Geral do Ministério Público. In ' Coleção Ministério Público e Direitos Fundamentais'. 1ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Objeto Material da Ação Civil Pública: algumas questões polêmicas. In: Édis Milaré. (Org.). Ação Civil Pública: após 30 anos. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. — 7ª reimpressão.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 32ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2017

BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais, jul.2008. Disponível em:<http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Paulo-Bonavides-A-quinta-era-%C3%A7%C3%A3o-de-direitos-fundamentais.pdf> Acesso em: 26 de outubro de 2017

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, et al. Curso de Direito Constitucional, São Paulo; Saraiva, 2007

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078/90. Promulgada em 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em:26 de outubro de 2017.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105/15. Promulgada em 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em:26 de outubro de 2017.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 de outubro de 2017.

BRASIL. Emenda Constitucional n.º 26/2000, de 14.02.2000. Altera a redação do art. 6º da Constituição Federal Brasília, 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc26.htm>. Acesso em: 26 de outubro de 2017.

BRASIL. Emenda Constitucional n.º 29/2000, de 13.12.2000. Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais

Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Brasília, 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm>. Acesso em: 26 de outubro de 2017.

BRASIL. Lei n.º 6.360, de 23.09.1976. Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências. Brasília, 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6360.htm>. Acesso em: 26 de outubro de 2017

BRASIL. Lei n.º 7.347, de 24.07.85. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 26 de outubro de 2017.

BRASIL. Lei n.º 8.080/1990, de 19.09.1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/l8080.htm>>. Acesso em: 26 de outubro de 2017.

BRASIL. Lei n.º 8.069/1990, de 13.07.1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 26 de outubro de 2017.

BRASIL. Lei n.º 8.429/1992, de 02.06.1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.. Brasília, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 26 de outubro de 2017.

BRASIL. Lei n.º 8.625/1993, de 12.02.1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm>. Acesso em: 26 de outubro de 2017.

BRASIL. Lei Complementar n.º 75 de 20 de maio de 93. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm>. Acesso em: 26 de outubro de 2017

BRASIL. Lei n.º 9.787, de 10.02.1999. Altera a Lei no 6.360, de 23 de setembro de 1976, que dispõe sobre a vigilância sanitária, estabelece o medicamento genérico, dispõe sobre a utilização de nomes genéricos em produtos farmacêuticos e dá outras providências.. Brasília,

1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9787.htm>. Acesso em: 26 de outubro de 2017

BRASIL. Lei n.º 10.741/03 de 01.10.2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 26 de outubro de 2017

BRASIL. Lei n.º 13.146/15 de 06.07.2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 26 de outubro de 2017

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 3916 de 30.10.1998. Aprova a Política Nacional de Medicamentos. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 10 de novembro de 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no AgRg no RE n. 271.286-8-RS, 2ª Turma, Rel. Min. Celso Melo, j. 12.09.2000 – RT 786/210-216. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825415/recurso-extraordinario-re-271286-rs-stf>. Acesso em: 26 de outubro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão MS 23452, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1999, DJ 12-05-2000 PP-00020 EMENT VOL-01990-01 PP-00086. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asps1=000020700&base=baseAcordaos>. Acesso em: 26 de outubro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 393175-0/RS, Segunda Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 12/12/2006, publicado 02/02/2007. Disponível em: Acesso em: 26 de outubro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ARE 1014959 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 20/04/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-089 DIVULG 28-04-2017 PUBLIC 02-05-2017 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12816514>. Acesso em: 26 de outubro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 271286 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asps1=000103463&base=baseAcordaos>. Acesso em: 26 de outubro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, Rel. Min. Celso Mello, j. 29.04.2004 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 26 de outubro de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. Acórdão REsp 817710/RS; RECURSO ESPECIAL 2006/0027536-2; Relator(a) Ministro LUIZ FUX (1122); Órgão Julgador - T1 - PRIMEIRA TURMA; Data do Julgamento - 17/05/2007; Data da Publicação/Fonte - DJ 31.05.2007. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8930320/recurso-especial-resp-817710-rs-2006-0027536-2/inteiro-teor-14096206>. Acesso em: 26 de outubro de 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e a Teoria da Constituição. 6. ed. São Paulo: Almedina, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos Sobre Direitos Fundamentais. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade . Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf> Acesso em: 26 de outubro de 2017

CARNEIRO, Wálber Araújo. Escassez, eficácia e direitos sociais: em busca de novos paradigmas. Salvador: Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFBA, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 23 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CORREGEDORIA GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Carta de Brasília. 22 de setembro de 2016. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/corregedoria/carta-de-brasil>. Acesso em: 26 de outubro de 2017.

FRNANDES. Antônio Joaquim Schellenberger. Direito à saúde: tutela coletiva e mediação sanitária. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GOULART, Marcelo Pedroso. Ministério Público e democracia: teoria e prática. São Paulo: Editora de Direito, 1998.

GOULART, Marcelo Pedroso. Princípios institucionais do Ministério Público: a necessária revisão conceitual da unidade institucional da independência funcional. In Livro de Teses XVII e democracia: teoria e prática. São Paulo: Editora de Direito, 1998.

HAMACHER, Flávio Jordão. A Atuação do Ministério Público na Defesa do Direito Individual à Saúde. Disponível em: In: www.amp.org.br/smmaster/inst/artigo/Artigo-25.doc. Acesso em: 26 de outubro de 2017

KRELL, Andréa Joachin, A Constituição Concretizada, construindo pontes com o público e o privado/Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais, Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2000.

MACÊDO, Marcus Paulo Queiroz. Ministério Público e as novas técnicas de atuação na defesa dos direitos individuais fundamentais. In: Gregório Assagra de Almeida; Jarbas Soares Júnior. (Org.). Teoria Geral do Ministério Público. In ' Coleção Ministério Público e Direitos Fundamentais'. 1ed Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de Direito Constitucional. 2ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013;

MAZZILLI, Hugo Nigro. O acesso à justiça e o Ministério Público. 5. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 38 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional: direitos fundamentais. 3ed., rev. E atual. Coimbra: Coimbra Editora, Tomo IV, 2000.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MPMG. Informativo da Procuradoria-Geral de Justiça de Minas Gerais - Ano XIII - n.º 211 - julho e agosto de 2013

OHLAND, Luciana. Responsabilidade solidária dos entes da Federação no fornecimento de medicamentos. v. 36. n. 1. Porto Alegre: Direito & Justiça, 2010.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>> . Acesso em 26 de outubro de 2017.

OMS. Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) - 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 26 de outubro de 2017.

Parecer Técnico Jurídico CAO-Saúde MPMG n.º 29/2009

Parecer Técnico Jurídico CAO-Saúde MPMG n.º 17/2010

Plano Nacional de Atuação Ministerial em Saúde Pública (Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais do Ministério Público)

PRADO. Ana Paula Barroso de Salles Paiva. Direito fundamental à saúde: direito social tratado como direito individual no Brasil. 2012. 128 f. Dissertação- Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pouso Alegre, 2012.

REZENDE, Conceição Aparecida Pereira. Dos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde - SUS. In: MINISTÉRIO DA SAÚDE. Direito sanitário e saúde pública: manual de atuação jurídica em saúde pública e coletânea de leis e julgados em saúde. Brasília: Síntese, 2003.

REZENDE, Élide de Freitas. Ministério Público e a defesa dos direitos individuais indisponíveis. In: Gregório Assagra de Almeida; Jarbas Soares Júnior. (Org.). Teoria Geral do Ministério Público. In ' Coleção Ministério Público e Direitos Fundamentais'. 1ed Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SARLET. Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. 2ª Ed. Revista e Ampliada. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, in Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHWARTZ, Germano. O tratamento jurídico do risco no direito à saúde. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 31ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.