

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL (CEAF)

Divisão de Poderes, Ministério Público e Judicialização

Guilherme de Sales Gonçalves

**O CUMPRIMENTO DE SENTENÇA EM AÇÕES JUDICIAIS INDIVIDUAIS
DE SAÚDE PROMOVIDAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO MARCO
JURÍDICO PARA FORMULAÇÃO, IMPLEMENTAÇÃO E AVALIAÇÃO DE
POLÍTICAS PÚBLICAS.**

Belo Horizonte

2021

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL (CEAF)

Divisão de Poderes, Ministério Público e Judicialização

Guilherme de Sales Gonçalves

**O CUMPRIMENTO DE SENTENÇA EM AÇÕES JUDICIAIS INDIVIDUAIS
DE SAÚDE PROMOVIDAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO MARCO
JURÍDICO PARA FORMULAÇÃO, IMPLEMENTAÇÃO E AVALIAÇÃO DE
POLÍTICAS PÚBLICAS.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado pelo aluno
Guilherme de Sales Gonçalves como um dos requisitos para a
conclusão do curso de pós-graduação do Centro de Estado e
Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de
Minas Gerais.

Orientadora: Professora Vanessa Elias de Oliveira

Belo Horizonte

2021

RESUMO

É viva a discussão sobre a interferência do Poder Judiciário em assuntos historicamente afetos a política, como é o caso das políticas públicas. No cenário atual brasileiro, a denominada “judicialização da política” já é uma situação consolidada, prevista na Constituição e nas leis, e ainda desejada por grande parte da classe política, com a sucessiva elaboração de novas leis que tratam do tema e impõem o dever de agir ao Ministério Público. A jurisprudência, capitaneada pela cúpula do Poder Judiciário, valendo-se de hermenêutica neoconstitucionalista, também tem ampliado cada vez mais o alcance de normas e institutos jurídicos. Diante deste cenário, é necessário que os membros do Ministério Público possam identificar marcos jurídicos para atuação funcional em assuntos de políticas públicas para que, a um só tempo, garanta o usufruto dos direitos fundamentais ao cidadão, conforme determinado pelas regras, sem assumir o poder político decisório da autoridade municipal. O cumprimento de sentença em ações individuais que versa sobre direito a saúde tem potencial para indicar uma situação fática latente de omissão de direitos, bem como permite uma análise jurídica da eficiência ou não da política pública de saúde pertinente ao direito concedido em sede judicial.

Palavras-chaves: divisão de poderes; judicialização da política; políticas públicas; Ministério Público; cumprimento de sentença.

SUMÁRIO

1. Introdução.....	05
2. As Políticas Públicas e suas Fases.....	06
2.1. Conceito de Política Pública.....	06
2.2. Fases da Política Públicas.....	06
3. Estrutura Normativa Brasileira em Relação às Políticas Públicas.....	08
4. O Ministério Público Brasileiro.....	10
5. A Judicialização das Políticas Públicas de Saúde.....	15
6. O Cumprimento de Sentença de Ações Individuais de Saúde e seus Reflexos nas Políticas Públicas Municipais.....	18
6.1. Interferência em Cada Fase da Política Pública.....	20
6.2. Os Instrumentos Pertinentes a Cada Fase da Política Pública...	22
6.3. Casuística.....	24
6.3.1. Caso A.....	24
6.3.2. Caso B.....	25
6.4. O Contraponto: Autocontenção.....	26
7. Conclusão.....	28
Referências.....	30

1. INTRODUÇÃO

Há muito no Brasil se discute os ciclos (ou fases) das políticas públicas e sua efetiva implementação para o fim de atender aos objetivos determinados no art. 3º da Constituição Federal¹. Esse debate perpassa por questões filosóficas, políticas, sociológicas e de direito, tendo em vista os vários meios disponíveis para se atingir os mesmos fins.

O Brasil é um país que optou por incluir expressamente na Constituição e nas leis o tratamento a ser dado as políticas públicas (*policy*), inclusive definindo os órgãos legitimados e os instrumentos jurídicos postos à disposição.

O resultado foi o aumento significativo da participação do Poder Judiciário e do Ministério Público nas questões de políticas públicas. Nesse contexto, o cumprimento de sentenças de ações individuais de saúde, promovidas pelo Ministério Público, tem-se mostrado um marco objetivo e jurídico importante para a compreensão da eficiência das políticas públicas de saúde em âmbito municipal, haja vista sua capacidade de expor a realidade local latente. A partir da daí, é possível a adoção de medidas para a tutela coletiva ao direito ou interesse em voga.

De um lado, parece ser desejado e eficiente que assim o seja, pois, o corpo burocrático do Estado estaria agindo conforme lhe manda as leis. Contudo, de outro lado, soa como uma transferência de poderes e responsabilidades a órgãos que, historicamente, nunca tiveram essas atribuições, o que pode, de alguma forma, desequilibrar o jogo democrático.

O presente estudo demonstrará que a participação do Ministério Público no processo de política pública no Brasil, em especial, nos municípios, é algo desejado e imposto pelo Constituinte e pela jurisprudência dos Tribunais brasileiros. Os prognósticos são interessantes do ponto de vista da eficiência, mas há riscos relacionados a usurpação de poderes e legitimidades entre os atores envolvidos na definição, implementação e avaliação das políticas públicas.

¹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

2. AS POLÍTICAS PÚBLICAS E SUAS FASES

2.1. Conceito de Políticas Públicas

Por diversos fatores históricos, todas as nações do mundo trataram em suas Constituições ou em leis fundamentais da obrigação do Estado de prover serviços públicos. A variação diz respeito exclusivamente ao nível de intervenção do Estado no domínio privado, pela quantidade e pela forma dos serviços públicos ofertados.

Não faz parte do presente estudo uma digressão histórica profunda nas causas, nem questionamentos sobre a eficiência ou ineficiência deste modelo. O que importa dizer é que esta realidade mundial fez surgir estudos sobre modelos e métodos com os quais o Estado cria e define suas políticas para prestação de serviços públicos, denominadas políticas públicas.

O conceito recorrente de política pública *“conjuntos de programas, ações e decisões tomadas pelos governos (nacionais, estaduais ou municipais) com a participação, direta ou indireta, de entes públicos ou privados que visam assegurar determinado direito de cidadania para vários grupos da sociedade ou para determinado segmento social, cultural, étnico ou econômico. Ou seja, correspondem a direitos assegurados na Constituição”*². Ou seja, política pública é o Estado agindo para prover aquilo que ele mesmo assumiu como obrigação em sua Constituição ou nas suas leis.

Sob o aspecto político, a política pública é um processo de decisão, estabelecida dentro de conflitos de interesses, dada a limitação do Estado frente a todos os possíveis aspectos da vida social em que a democracia lhe permite intervir.

Sob o aspecto administrativo, refere-se a burocracia estabelecida para a consecução de projetos, programas e atividades realizadas pelo governo.

2.1. Fases da Política Pública

Para que a política pública seja construída perante sua própria e complexa realidade social, a doutrina de Howlett e Ramish (2003) apresenta 5

² <https://www.politize.com.br/politicas-publicas/>

(cinco) estágios: construção da agenda, formulação da política, processo decisório, implementação e avaliação.

Em sentido parecido, mas em uma abordagem mais sofisticada, Frey (2000) propõe um ciclo (*policy cycle*): percepção e definição de problemas, “*agenda-setting*”, elaboração de programas e decisão, implementação de políticas e, finalmente, a avaliação de políticas e a eventual correção da ação.

A problemática inicial, referente a fase da *percepção e definição de problemas* desafia constantemente a realidade da limitação de poderes, instrumentos, recursos humanos e financeiros do Estado. Neste ponto, não há regras pré-definidas sobre qual fato social que será apreendido pela política, porquanto há margem de discricionariedade dos mandatários, evidentemente, sempre atentos às suas bases eleitoreiras e ideológica (grupos de interesses representados). Todavia, para que esses interesses resultem em *policy*, é necessária que uma parcela dos mandatários se interesse pelo tema e crie uma convicção de que o assunto passa a ser de relevância política e administrativa³.

As demais fases assim são definidas por FREY (2000):

[...] somente na fase do “*agenda setting*” se decide se um tema efetivamente vem sendo inserido na pauta política atual ou se o tema deve ser excluído ou adiado para uma data posterior, e isso não obstante a sua relevância de ação. Para poder tomar essa decisão, é preciso pelo menos uma avaliação preliminar sobre custos e benefícios das várias opções disponíveis de ação, assim como uma avaliação das chances do tema ou projeto de se impor na arena política. Isso não exige necessariamente uma tematização pública dos projetos [Prittwitz, 1994, p. 58], mas pelo menos é conveniente o envolvimento dos relevantes atores políticos”.

Na fase de *elaboração de programas e de decisão*, é preciso escolher a mais apropriada entre as várias alternativas de ação. Normalmente precedem ao ato de decisão propriamente dito processos de conflito e de acordo envolvendo pelo menos os atores mais influentes na política e na administração. Em geral, a instância de decisão responsável decide sobre um programa de compromisso negociado já antecipadamente entre os atores políticos mais relevantes. Decisões verdadeiras, isto é, escolhas entre várias alternativas de ação, são raras exceções nesta fase do ciclo político.

A *implementação de políticas* pode ser considerada aquela fase do “*policy cycle*” cuja encomenda de ação é estipulada na fase precedente à formulação das políticas e a qual, por sua vez, produz do mesmo modo determinados resultados e impactos de “*policy*” [Windhoff-Héritier, 1987, p. 86]. O interesse da “*policy analysis*” nesta fase se refere particularmente ao fato de que, muitas vezes, os resultados e impactos reais de certas políticas não correspondem aos impactos projetados na fase da sua formulação. No que tange à análise dos

³ Somente a convicção de que um problema social precisa ser dominado política e administrativamente o transforma em um problema de “*policy*” – Windhoff-Héritier, 1987, p. 68], apud FREY 2000.

processos de implementação, podemos discernir as abordagens, cujo objetivo principal é a análise da qualidade material e técnica de projetos ou programas, daquelas, cuja análise é direcionada para as estruturas político-administrativas e a atuação dos atores envolvidos. No primeiro caso, tem-se em vista, antes de mais nada, o conteúdo dos programas e planos. Comparando os fins estipulados na formulação dos programas com os resultados alcançados, examina-se até que ponto a encomenda de ação foi cumprida e quais as causas de eventuais déficits de implementação. No segundo caso, o que está em primeiro plano é o processo de implementação, isto é, a descrição do como e da explicação do porquê.

“De maneira indutiva e empírica descreve-se o que acontece, quais atores atuam com quais motivos e com quais resultados” (idem, p. 87).

Na fase da *avaliação de políticas e da correção de ação* (“evaluation”), apreciam-se os programas já implementados no tocante a seus impactos efetivos. Trata-se de indagar os déficits de impacto e os efeitos colaterais indesejados para poder deduzir consequências para ações e programas futuros. A avaliação ou controle de impacto pode, no caso de os objetivos do programa terem sido alcançados, levar ou à suspensão ou ao fim do ciclo político, ou, caso contrário, à iniciação de um novo ciclo, ou seja, a uma nova fase de percepção e definição e à elaboração de um novo programa político ou à modificação do programa anterior. Com isso, a fase da avaliação é imprescindível para o desenvolvimento e a adaptação contínua das formas e instrumentos de ação pública, o que Prittwitz denominou como aprendizagem política [Prittwitz, 1994, p. 60 s] (sem grifos no original).

Conclui-se, então, que as políticas públicas são atos complexos, voltados para a apreensão de objetos da realidade com a finalidade de positivação nas leis ou nas rotinas administrativas, cuja criação, implementação e avaliação dependem, todavia, de contextos fáticos, debates e convencimentos, análises financeiras e orçamentárias, e, finalmente, de uma decisão de cunho político⁴.

3. A ESTRUTURA NORMATIVA BRASILEIRA EM RELAÇÃO ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS

O parâmetro jurídico sobre o tema das políticas públicas é, em primeiro momento, a Constituição da República Federativa do Brasil. Nela, as palavras “políticas públicas” são encontradas em apenas quatro dispositivos legais⁵, contudo, em praticamente todos os temas positivados há necessidade do estabelecimentos de políticas públicas para lhe dar efetividade, dada a opção da

⁴ Por decisão política deve-se entender aquela dotada de coerção, realizada por aquele a quem o sistema constitucional concedeu a discricionariedade para decidir e executar.

⁵ art. 37, §16; art. 165, §16; art. 216-A, *caput* e art. 227, §8º, II, todos da CF.

Assembleia Nacional Constituinte em internalizar as agendas do governo, independentemente do seu espectro político e ideológico.

Sobre essa opção, e como isso explica a possibilidade de órgãos estatais burocráticos de interferir no processo de políticas públicas, em especial o Poder Judiciário e o Ministério Público, tem-se o magistério de COUTO e ARANTES (2006):

Nosso argumento principal é de que a Carta brasileira de 1988 se caracteriza por ter constitucionalizado formalmente diversos dispositivos que apresentam, na verdade, características de políticas governamentais com fortes implicações para o *modus operandi* do sistema político brasileiro. Em primeiro lugar, a constitucionalização de políticas públicas faz com que os sucessivos governantes se vejam diante da necessidade de modificar o ordenamento constitucional para poder implementar parte de suas plataformas de governo. Em segundo lugar, construir amplas maiorias legislativas passa a ser condição básica para superar o engessamento prévio a que foi submetida a agenda governamental pelo constituinte, algo especialmente difícil no contexto institucional de um Estado federativo e de um regime presidencialista multipartidário e bicameral como o brasileiro (Tsebelis, 1997). Por fim, mas não menos importante, esse tipo especial de Constituição tende a causar impacto significativo sobre o funcionamento do sistema de justiça, na medida em que o Judiciário, e especialmente seu órgão de cúpula – o Supremo Tribunal Federal (STF) –, passa a ser mais acionado para controlar a constitucionalidade das leis e demais atos normativos (Arantes, 1997; Arantes e Kerche, 1999), nem sempre relativos a princípios constitucionais fundamentais, mas frequentemente relativos a políticas públicas”.

Nessa linha, pode-se concluir que, a medida em que o Poder Legislativo incorpora na lei constitucional e nas leis infraconstitucionais a obrigação de implementação de políticas públicas, ele acaba cedendo, conscientemente ou não, uma significativa parcela de Poder para outros órgãos públicos.

A situação é potencializada com as novas doutrinas constitucionais de interpretação da Carta Política, tal como o neoconstitucionalismo, que, ao conferir força normativa a princípios constitucionais, ainda que altamente abstratos, permite que o resultado da interferência avance para além do que o próprio legislador idealizou, inclusive para tratar de eventual omissão (*vide* o mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e arguição de descumprimento de preceito fundamental).

Outra problemática referente ao tema, e que confirma a tendência de hipertrofia legislativa, e, conseqüentemente, de maior intervenção

judicial/ministerial, é a comprovação histórica de que novas políticas públicas foram acrescentadas na Constituição Federal desde a sua promulgação. Nesse sentido, esclarecem COUTO e ARANTES (2006):

Examinando o caso brasileiro por meio dessa metodologia, não só revelamos a existência de um bom número de políticas públicas constitucionalizadas na Carta de 1988 (30% dos seus dispositivos são *policies*), como demonstramos que o processo constante de emendamento constitucional ao qual ela tem sido submetida desde então decorre justamente dessa característica do texto. Decompostas com base em nossa metodologia, as setenta emendas constitucionais (EC) aprovadas entre 1992 e 2010 totalizaram nada menos do que 1.034 dispositivos, uma média de 57 por ano. No conjunto do emendamento constitucional examinado até 2007, 63,2% de 895 dispositivos de emendas analisados diziam respeito a *policy*; e apenas 36,8%, a *polity*. Mais do que isso, impressionou-nos o fato de que as emendas propostas originalmente pelo Executivo (que perfazem 51,5% dos dispositivos de ECs no período estudado) apresentaram uma taxa de 3,4 dispositivos de *Policy* por cada dispositivo de *polity*, enquanto entre as emendas propostas pelo Legislativo, essa taxa foi de 0,9 para PECs (Propostas de Emendas à Constituição) oriundas da Câmara dos Deputados e 0,5 para PECs oriundas do Senado. Em outras palavras, quando se propõe a emendar ou a modificar a Constituição, o Executivo o faz principalmente para alterar *policies* constitucionalizadas. Também notamos que, diferentemente do que argumenta Melo (2007a:249, 260), a direção do emendamento nesse período não foi a da desconstitucionalização de matérias, nem o arrefecimento da taxa de emendamento ocorreu nos termos previstos pelo autor. Na verdade, sob o impacto das ECs, o texto cresceu 33% em relação ao original de 1988 (foram acrescentados 692 novos dispositivos e apenas 80 foram retirados da Carta). A maioria (75%) dos acréscimos versou sobre políticas públicas, e não sobre elementos fundamentais da *polity* democrática. Por fim, mas não menos importante, os períodos FHC e Lula apresentaram a mesma taxa de 57 dispositivos de emendas por ano.

Esse tema está sendo apresentado neste trabalho para demonstrar que, a despeito de todo o debate referente a legitimidade de atuação do Poder Judiciário e do Ministério Público em matéria de políticas públicas, o modelo adotado no Brasil é fruto de vontade deliberada dos mandatários eletivos, que optaram por tornar a questão jurídica, certificando-as como direito, por vezes fundamental, e garantindo os instrumentos jurídicos para persegui-las.

4. O MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO

O Ministério Público brasileiro possui formação *sui generis* perante o direito comparado, porquanto foi idealizado para ser um órgão independente, de caráter híbrido, situando-se entre o Poder Executivo e o Poder

Judiciário⁶, com atribuições em diversas áreas de atuação estatal, cujo objetivo é defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme preceitua o art. 127, *caput* da Constituição da República.

Durante os debates da Assembleia Geral Constituinte, cunhou-se o termo “*advogado da sociedade*”, o que é bem sintetizado por MAZZILLI⁷:

Enquanto nas pequenas cidades do interior o promotor é um verdadeiro *ombudsman*, que recebe e apura praticamente qualquer denúncia, — nas grandes cidades, fala-se em criar um “ouvidor do povo” fora do Ministério Público. O próprio governo, pelo decreto n. 93.714, de 15 de dezembro de 1986, criou um burocrático órgão de fiscalização, mas sintomaticamente a ele subordinado, que chamou de “Comissão de Defesa dos Direitos do Cidadão — CÓDICI” (o que se pode esperar de um órgão sem a menor independência perante o governo?). Pudera! Infelizmente, nas grandes cidades, o povo muitas vezes sequer sabe a quem procurar. Além disso, os reais poderes da instituição muitas vezes não são efetivamente usados contra os governantes e os mais poderosos, pois concentram-se propositadamente nas mãos de umas poucas pessoas, os procuradores-gerais, que muitas vezes fazem parte do governo e da estrutura de poder.

Com esse novo perfil, para além de uma agência de atuação criminal, e considerando o perfil da Constituição brasileira, que, conforme dito no Capítulo 3, possui forte viés diretivo nas questões de política pública, a atuação dos membros do Ministério Público no âmbito de proteção dos direitos sociais e individuais indisponíveis fez com que a doutrina especializada os tratasse como “trabalhadores sociais”.

A razão de ser do termo é muito bem sintetizada no Manual de Atuação Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais⁸:

Em verdade, o deslocamento do Ministério Público da *sociedade política* para a *sociedade civil* é muito mais *funcional* que *administrativo*, pois, administrativamente, o Ministério Público ainda permanece com estrutura de

⁶ Atas da Assembleia Constituinte, em discurso proferido por Luiz Sover (PMDB-GO), *apud* “o Ministério Público e a Assembleia Nacional Constituinte: As Origens de um Texto Inovador: [...] *O Ministério Público, instituição que tem por destino ser verdadeiro foro de ressonância das aspirações populares, engaja-se no processo de revitalização social e reivindica para si responsabilidade que permitam ser ele, em um primeiro plano, o sustentáculo da legalidade democrática. Uma das reivindicações que julgo salutar é a defesa de um título próprio ao Ministério Público na Constituição futura, seguindo a orientação da Carta Magna de 1946, numa posição intermediária entre o Executivo e o Judiciário*”. Diário da ANC. Ata da 50a. Sessão, em 14 de abril de 1987, p 314.

⁷ *A carta de Curitiba e a Constituinte*. Disponível em <<http://www.mazzilli.com.br>> Acesso em 22 de abril de 2021.

⁸ Disponível: <https://wiki.mpmg.mp.br/manual/doku.php?id=cap2:2-1-1>. Acesso em 22/04/2021.

instituição estatal, com quadro de carreira, lei orgânica própria e vencimentos advindos do Estado, o que é fundamental para que ele tenha condições de exercer o seu papel constitucional em pé de igualdade com os Poderes estatais por ele fiscalizados.

Escreve Marcelo Pedroso Goulart:

“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, da nova hegemonia, do ‘projeto democrático’”. [...] “[...] transformar-se em efetivo agente político, superando a perspectiva meramente processual da sua atuação; atuar integralmente e em rede, nos mais diversos níveis – local, regional, estatal, comunitário e global –, ocupando novos espaços e habilitando-se como negociador e formulador de políticas públicas; transnacionalizar sua atuação, buscando parceiros no mundo globalizado, pois a luta pela hegemonia (a guerra de posição) está sendo travada no âmbito da ‘sociedade civil planetária’; buscar a solução judicial depois de esgotadas todas as possibilidades políticas e administrativas de resolução das questões que lhe são postas (ter o judiciário como espaço excepcional de atuação)”.

O documento claramente defende uma outra postura do Promotor de Justiça, menos burocrática e mais participativa nos assuntos relacionados com o gozo dos direitos fundamentais. A ele é dado dois modos de agir, um *demandista* e outro *resolutivo*. O primeiro diz respeito a atuação clássica, de logo submeter ao Poder Judiciário o conflito em interesses, fazendo as vezes de parte processual. O problema desta atuação são os limites decorrentes do próprio processo, por vezes incapazes de responder suficientemente às “demandas das massas” (casos individuais com projeção coletiva). O segundo – resolutivo – é de atuação extrajudicial, em uma postura de intermediação e pacificação, sem as amarras do processo, e com grande instrumental, *ex vi* o inquérito civil, o termo de ajustamento de conduta, as recomendações e as audiências públicas.

E conclui o supracitado Manual:

Portanto, nesse contexto, a atuação extrajudicial da Instituição é fundamental para a proteção e a efetivação dos direitos ou interesses sociais. A transferência para o Poder Judiciário, por intermédio das ações coletivas previstas, da solução dos conflitos coletivos não tem sido tão eficaz, pois, em muitos casos, o Poder Judiciário não tem atuado na forma e no rigor esperados pela sociedade. Muitas vezes os juízes extinguem os processos coletivos sem o necessário e imprescindível enfrentamento do mérito. Essa situação tem mudado, mas de forma muito lenta e não retilínea. Não se nega aqui a importância do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito; ao contrário, o que se constata e deve ser ressaltado é o seu despreparo para a apreciação das questões sociais fundamentais. Um Judiciário preparado e consciente de seu papel é das instâncias mais legítimas e democráticas para

conferir proteção e efetividade aos direitos e aos interesses primaciais da sociedade.

Novamente, Marcelo Goulart propõe que o Ministério Público deve:

O Ministério Público *resolutivo*, portanto, é um canal fundamental para o acesso da sociedade, especialmente das suas partes mais carentes e dispersas, a uma *ordem jurídica realmente mais legítima e justa*. Os membros da Instituição devem encarar suas atribuições como verdadeiros *trabalhadores sociais*, cuja missão principal é o resgate da cidadania e a efetivação dos valores democráticos fundamentais

Depois de mais de 30 (trinta) anos de vigência da Nova Ordem Constitucional Brasileira, estes conceitos já estão bem consolidados na teoria e na prática do Ministério Público, daí a desnecessidade do aprofundamento do tema neste trabalho. Importa apresentar como os membros atuam no cotidiano da atuação funcional, em especial, quais são os instrumentos jurídicos postos à sua disposição.

Seguindo a lógica de que, a cada direito deve corresponder uma garantia para o seu exercício, a Constituição da República elenca no art. 129⁹ as atribuições do Ministério Público, estabelecendo nos seus incisos a legitimidade quase que universal nas demandas judiciais, e extrajudicialmente, os instrumentos pertinentes, como o inquérito civil e os procedimentos administrativos, além dos meios, como é o caso do poder requisitório.

⁹ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

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

A Lei n. 8.625/93, conhecida como a Lei Orgânica do Ministério Público, prevê, mais detalhadamente, as funções e os instrumentos jurídicos correspondentes¹⁰.

¹⁰ Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

I - propor ação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, em face à Constituição Estadual;

II - promover a representação de inconstitucionalidade para efeito de intervenção do Estado nos Municípios;

III - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos;

b) para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem;

V - manifestar-se nos processos em que sua presença seja obrigatória por lei e, ainda, sempre que cabível a intervenção, para assegurar o exercício de suas funções institucionais, não importando a fase ou grau de jurisdição em que se encontrem os processos;

VI - exercer a fiscalização dos estabelecimentos prisionais e dos que abriguem idosos, menores, incapazes ou pessoas portadoras de deficiência;

VII - deliberar sobre a participação em organismos estatais de defesa do meio ambiente, neste compreendido o do trabalho, do consumidor, de política penal e penitenciária e outros afetos à sua área de atuação;

VIII - ingressar em juízo, de ofício, para responsabilizar os gestores do dinheiro público condenados por tribunais e conselhos de contas;

IX - interpor recursos ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça;

Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:

a) expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei;

b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior;

II - requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que oficie;

III - requisitar à autoridade competente a instauração de sindicância ou procedimento administrativo cabível;

IV - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, observado o disposto no [art. 129, inciso VIII, da Constituição Federal](#), podendo acompanhá-los;

V - praticar atos administrativos executórios, de caráter preparatório;

VI - dar publicidade dos procedimentos administrativos não disciplinares que instaurar e das medidas adotadas;

VII - sugerir ao Poder competente a edição de normas e a alteração da legislação em vigor, bem como a adoção de medidas propostas, destinadas à prevenção e controle da criminalidade;

VIII - manifestar-se em qualquer fase dos processos, acolhendo solicitação do juiz, da parte ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse em causa que justifique a intervenção.

Para os propósitos deste trabalho, a respeito da referida lei orgânica, destacam-se o instrumento da Recomendação e as autorizações legais para participação em organismos estatais para defesa de direitos difusos (art. 25, VII) e de sugestão ao Poder competente a edição de normas e a alteração da legislação em vigor (art. 26, VII).

A Recomendação é assim definida pelo Conselho Nacional do Ministério Público, na Resolução n. 167/2017:

Art. 1º A recomendação é instrumento de atuação extrajudicial do Ministério Público por intermédio do qual este expõe, em ato formal, razões fáticas e jurídicas sobre determinada questão, com o objetivo de persuadir o destinatário a praticar ou deixar de praticar determinados atos em benefício da melhoria dos serviços públicos e de relevância pública ou do respeito aos interesses, direitos e bens defendidos pela instituição, atuando, assim, como instrumento de prevenção de responsabilidades ou correção de condutas.

Parágrafo único. Por depender do convencimento decorrente de sua fundamentação para ser atendida e, assim, alcançar sua plena eficácia, a recomendação não tem caráter coercitivo”.

Tem-se, portanto, um substancial arsenal para atuação funcional por parte de membros do Ministério Público em assuntos relacionados a políticas públicas.

5. A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

A doutrina especializada fornece uma premissa importante para a compreensão da tese ora exposta, acerca do fenômeno da judicialização da política:

A crescente utilização do sistema de justiça, não para a resolução de conflitos políticos (*politics*), mas para o questionamento de falhas ou omissões na produção de políticas públicas (*policies*) por parte do executivo, ou inação ou falhas do Legislativo no que tange à produção de normas legais (OLIVEIRA, 2019).

Esse é o ponto de intersecção entre Política e Direito, e está relacionado com a positivação da política pública nas Constituições e nas leis, verdadeiros mandados de ação aos estamentos burocráticos do Estado, conforme mencionado no Capítulo 3. Esse modelo, para além de garantir uma mensagem positiva para a população a respeito da preocupação do Estado com os problemas sociais, trouxe consigo a presença, cada vez mais permanente, do Poder Judiciário

em várias *fases* das políticas públicas. Essa participação, que inicialmente estaria relacionada somente com a *execução/implementação* da política pública, está se expandindo e já se pode defender que é legítima em todas as fases da política pública, como corolário do debate doutrinário e jurisprudencial referente a “*judicialização da política*”.

O quadro normativo brasileiro costuma ser fruto de uma hipertrofia legislativa em todos os níveis, desde a Constituição até os decretos regulamentadores. As leis que conferem direitos são esparsas e tratam do tema de maneira minudente. Apesar de o direito em questão ser uma criação do poder político (Legislativo e Executivo), a sua fruição, no mais das vezes, depende da atuação de órgãos do sistema judiciário, dado o descompasso entre o processo legiferante e a realidade posta¹¹.

No caso do direito a saúde parece ter havido uma opção pela generalidade e abstração do direito, previsto na Constituição¹² e na Lei. 8.080/90¹³ com os seguintes termos:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

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.

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

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

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

¹¹ Percebendo esta dificuldade, o legislador brasileiro alterou o Decreto-Lei n. 4.652/42, por meio da Lei n. 13.655/2018, para incluir o art. 22, com a seguinte redação:

Art. 22. *Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.*

¹² http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 14/04/2021.

¹³ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em 14/04/2021.

A prática demonstra que uma decisão judicial concessiva do direito a saúde é baseada, fundamentalmente, nestes três dispositivos legais.

No ano de 2009, o Supremo Tribunal Federal¹⁴ buscou estabelecer critérios para concessão de direitos relacionados a saúde, inclusive de medicamentos.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, após reiterados julgados, fixou tese jurídica¹⁵, no rito dos recursos repetitivos, em relação ao fornecimento de alguns medicamentos:

A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

Independentemente das matérias de fundo, o fato relevante para este trabalho é a existência de incontroverso direito individual a pretensão de bens e serviços de saúde, ou seja, uma judicialização do direito à saúde, cujos efeitos para fins de políticas públicas serão tratados nos capítulos seguintes.

Dentre os legitimados para propor as ações individuais, tem-se o próprio interessado, mas também o Ministério Público, que agirá como substituto processual¹⁶.

No julgamento do RE 605533¹⁷, por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a legitimidade do Ministério Público em propor ações individuais de saúde pretendendo o fornecimento de medicamentos:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - FORNECIMENTO DE REMÉDIOS -
LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - RECUSA NA ORIGEM -

¹⁴ Agravos regimentais nas Suspensões de Tutela Antecipada (STA) 175, 211 e 278; nas Suspensões de Segurança (SS) 3724, 2944, 2361, 3345, 3355 e na Suspensão de Liminar 47, acessível em www.stf.jus.br.

¹⁵ <https://processo.stf.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201657156>, acessado em 14/04/2021.

¹⁶ CPC: Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm, acessado em 14/04/2021.

¹⁷ Acessível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3791720>. Acesso em 14/04/2021.

Possui repercussão geral a controvérsia sobre a legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública com objetivo de compelir entes federados a entregar medicamentos a pessoas necessitadas.

Esse entendimento legitimando a participação do Ministério Público em ações individuais de saúde, conforme se verá a seguir, contribui decisivamente para a reflexão sobre a necessidade de que políticas públicas de saúde nos municípios sejam eficientes, atraindo o tema para uma análise do direito coletivo a saúde.

6. O CUMPRIMENTO DE SENTENÇA DE AÇÕES INDIVIDUAIS DE SAÚDE E SEUS REFLEXOS NAS POLÍTICAS PÚBLICAS MUNICIPAIS.

Ultrapassada a questão da certificação do direito à saúde, em sendo julgado procedente o pedido do Ministério Público para que o ente público municipal seja obrigado a fazer algo (entrega de medicamento ou realização de tratamento), inicia-se a fase denominada pela lei processual civil de cumprimento de sentença. É o que preceitua o art. 536 do CPC, *in verbis*:

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

Com esse documento, a Promotoria de Justiça pede ao Juízo que a obrigação determinada em sentença seja prestada pelo próprio executado voluntariamente. Contudo, a prática forense demonstra ser muito comum a inércia do ente municipal, o que torna necessária a *obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente*. A tutela alternativa mais comum e eficiente é o bloqueio judicial e penhora de verbas públicas para que o próprio cidadão beneficiado adquira o medicamento ou faça o tratamento na rede particular de saúde, ficando obrigado a respectiva prestação de contas.

Adotado o expediente, a questão fica resolvida para o cidadão em termos de direito individual, porém, a inércia município tem uma razão de ser, e,

no mais das vezes, está relacionada com a inexistente ou deficiente política pública de saúde.

Limitando a questão ao fornecimento de medicamentos ou de tratamentos pelo Município, o que se observa pela prática é que esses serviços públicos, quase sempre, não estão amparados por nenhuma política pública local eficiente.

As causas do quadro deficitário acima mencionado são variadas, partindo de um federalismo que centraliza poder e dinheiro na União, em detrimento dos Municípios, até a incompetência gerencial dos mandatários municipais. Isso, contudo, não é o tema do presente trabalho.

O que importa dizer, a respeito da situação acima narrada, é que dificilmente o Município fará uma autoavaliação de todas suas políticas públicas, o que torna necessária uma intervenção técnico-jurídica de um órgão público externo. Por seu desenho institucional, seus atributos constitucionais e legais, não há dúvidas de que o órgão com plena legitimidade para agir diante da omissão/deficiência é o Ministério Público.

Esse entendimento, apesar de estar ganhando força em diversos trabalhos recentes sobre a atuação ministerial, não é totalmente aceito na doutrina e na academia, uma vez que, com razão, indica uma nova divisão de força no campo político e jurídico do Estado Democrático e o surgimento de um possível protagonismo de um órgão público de funções burocráticas, não sujeito a uma *accountability* vertical¹⁸.

¹⁸ Sobre a questão da *accountability* do Ministério Público, ver KERCHÉ (1999). Apesar da controvérsia, no mesmo texto o autor apresenta argumentos favoráveis a tese aqui defendida: “*Questão mais complexa é o papel do Ministério Público brasileiro como uma agência capaz de exigir o cumprimento da lei, principalmente a constitucional, através do inquérito civil e da ação civil pública. Uma maneira de se defender este papel do Ministério Público é que ele só estaria cumprindo a lei e, portanto, não interferindo por conta de uma opção política de seus integrantes, mas sim, para garantir o cumprimento do que está previsto constitucionalmente - principalmente em um país onde a sociedade seria incapaz de exigir seus direitos por conta própria. Neste sentido, também haveria uma “optimal policy” definida constitucionalmente, o que justificaria a existência uma agência não eleita com poderes ampliados e independentes do jogo político-partidário. Embora os princípios constitucionais possam ser definidos como um objetivo a ser perseguido, como chegar a eles ou quais são as prioridades são passíveis de discussão. Pela lógica eleitoral, todo o político buscaria maximizar os ganhos da sociedade, não por altruísmo, mas sim porque garantiria a reeleição agradando seus eleitores. Mas são as limitações orçamentárias que impedem este procedimento. Ou seja, política é a escolha de prioridades. Quando esta escolha é feita não pelo debate político, mas transformado em uma questão jurídica ou técnica, perde-se uma dimensão importante da participação e interferência popular*”.

A mencionada doutrina tradicional, ao definir o esquema de atores que participam das fases do processo de políticas públicas, indicam que o Ministério Público e o Judiciário participam como órgãos governamentais e na fase de implementação. Eis o quadro:

Atores	Descrição	Fases em que atuam
Governamentais	Alto staff da administração pública (presidente, governadores, ministros e secretários de Estado, alto escalão do Executivo)	- Construção de agenda - Formulação da política - Processo decisório (em alguns casos, em menor medida – dependendo da atuação do Legislativo)
	Funcionários de carreira	- Implementação - Avaliação (geralmente em função de uma demanda oriunda do alto escalão)
	Parlamentares	- Construção de agenda - Formulação da política (em parceria com os membros do alto escalão do Executivo) - Processo decisório - Acompanhamento da política (avaliação não institucional, por meio de Requerimentos de Informação, por exemplo)
	Membros do sistema de justiça (Judiciário e MP)	- Implementação (barrando políticas ilegais/inconstitucionais ou cobrando a implementação de políticas não executadas pelo Executivo)
Não governamentais	Grupos de pressão	- Construção de agenda - Acompanhamento da política (avaliação não institucional)
	Acadêmicos, pesquisadores	- Avaliação (podendo ou não ser uma avaliação institucional) - Elaboração de alternativas (pós-avaliação e pré-reformulação da política)
	Mídia	- Construção de agenda (Kingdon fala em “influências regionais”) - Acompanhamento da política (avaliação não institucional)

	Partidos políticos e opinião pública	- Construção de agenda - Acompanhamento da política (avaliação não institucional)
--	---	--

Fonte: Oliveira, 2013

Nada obstante, por tudo o que foi dito acima, é possível defender que o cumprimento de sentença de ações de saúde tem o potencial de legitimar a atuação do Ministério Público em todas as fases da política pública. E mais: caracteriza-se como marco jurídico, objetivo, de que uma omissão ou ineficiência grave no serviço público possa estar impedindo o satisfatório gozo de direitos fundamentais.

Vale ressaltar que, pelo seu perfil híbrido (legitimado para propor ações e legitimado para agir extrajudicialmente), são vários os instrumentos jurídicos a serem utilizados, a depender da demanda.

6.1. Interferência em Cada Fase da Política Pública

Caso se verifique, no cumprimento de sentença, que não há política pública subjacente ao bem ou serviço de saúde que deva ser dado ao cidadão, aí estará uma **agenda** que precisa ser construída, ainda que inexistente lei nesse sentido. Por certo, esta agenda deverá ser submetida a quem a lei atribui poder para normatizá-la (Poder Legislativo ou Executivo), mas é de maior importância a argumentação fática e jurídica produzida pelo Ministério Público no processo judicial, para fins de convencimento.

Neste ponto, o uso da denominada *magistratura de persuasão* ganha força, pois será exigido dos agentes políticos competentes um forte contra-argumento para se evitar a construção da agenda, diante de dados da realidade decorrentes do processo judicial de certificação do direito.

De igual forma, o substrato fático e jurídico extraído do cumprimento de sentença também tem alto poder persuasivo para fins de formulação da política e no processo decisório.

A implementação e a avaliação, de igual modo, também podem ser objeto de atuação ministerial, baseado exclusivamente em critérios jurídicos e objetivos extraídos do cumprimento de sentença. A praxe forense permite analisar

a eficiência da política pública, quando, por exemplo, novos cidadãos continuam a comparecer na Promotoria para pedir medicamento ou tratamento médico que já deveria estar contemplado em uma política pública local e disponível em farmácias, hospitais ou clínicas públicas ou conveniadas com a municipalidade. Os sistemas de banco de dados das Promotorias permitem a emissão de relatório periódicos capazes de indicar qual o cenário de eficiência de determinada obrigação pública.

6.2. Os Instrumentos Pertinentes a Cada Fase da Política Pública

Como visto no Capítulo 4, são vários os instrumentos jurídicos postos à disposição do Ministério Público para agir tanto em Juízo quanto fora dele, e em qualquer fase da política pública.

Com a sentença judicial e as informações obtidas no cumprimento de sentença, no caso do MPMG, o Promotor de Justiça determinará a instauração de Procedimento Administrativo para *“acompanhar e fiscalizar, de forma continuada, políticas públicas ou a atividade de instituições vinculadas às suas respectivas atribuições”*, nos termos do art. 1º, II da Resolução Conjunta PGJ CGMP n. 4 de 2017, com o objeto pertinente.

A partir deste procedimento, todos os demais instrumentos jurídicos legalmente previstos podem ser utilizados.

Em todos os casos, inicia-se com a colheita de informações sobre o objeto determinado, via ofício *requisitório*¹⁹, seguidos de *reuniões* e *audiências públicas*. É de fundamental importância a participação de membros do Poder Legislativo e agentes políticos do Poder Executivo, bem como de outros atores da sociedade civil com efetiva representação temática, para exposição e tratamento dos dados técnicos já colhidos.

¹⁹ Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los: [...] b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

Concluída a fase de colheita de informações, já se terá uma expectativa sobre a conveniência e oportunidade dos mandatários locais sobre a criação da agenda, a formulação da política e o processo decisório. Neste ponto, é importante destacar que, a despeito de não se cogitar de impor aos mandatários uma obrigação de fazer, em razão da existência do procedimento, há forte estímulo para que a decisão administrativa, positiva ou negativa, seja fundamentada e motivada.

Não se defende neste trabalho a judicialização para o fim de obrigar a formulação da política pública, pois o fomento ao debate promovido pelo Ministério Público tem fundamento jurídico, sem alcance político para usurpar da autoridade local o poder de decisão. Nada obstante, isso não impede o uso do que colhido no Processo Administrativo como causa de pedir nas ações individuais de saúde para o fim de demonstrar a pertinência do direito e a responsabilidade do gestor em fornecê-lo. De igual maneira, poderá haver hipóteses em que a omissão do mandatário configuraria até mesmo ato de improbidade administrativa que cause prejuízo ao erário, caso em comprovada recorrente demanda local por certo tipo de insumo, mas a recalcitrância do gestor em o incorporar na política assistencial, mediante compras mais favoráveis economicamente, implique em compras individuais mais onerosas.

No tocante a fase de implementação, várias são as possibilidades.

Havendo concordância dos mandatários locais em admitir a agenda, formular e decidir pela implementação da política pública, o objeto do processo administrativo fica satisfeito e ocorre o seu arquivamento.

Se em apuração extrajudicial mediante Processo Administrativo o Ministério Público concluir que, apesar da previsão legal, não houve a implementação da política pública em nível local, pode-se entabular um *termo de ajustamento de conduta*, uma vez que a omissão pode ser caracterizada como ilícito civil.

Pode ocorrer, ainda, que o gestor local não concorde com a assinatura de termo de ajustamento de conduta, o que demandará a adoção de medidas judiciais, com pedidos de obrigação de fazer ou mesmo de responsabilização pela omissão dolosa.

Em qualquer caso, a implementação dependerá da participação de especialistas e da sociedade civil organizada, impondo a adoção dos instrumentos da reunião e da audiência pública, tudo sob a responsabilidade do Ministério Público, seja na condição de Presidente do Procedimento Administrativo, seja como autor da ação civil pública.

Na fase da avaliação, a exemplo da fase anterior, são várias as possibilidades.

Segue-se a mesma sistemática do que foi dito quanto a implementação, com a diferença de que, para se apontar a deficiência, o objeto do procedimento deve ser muito bem trabalhado, haja vista a possibilidade de interpretações subjetivas do que seja “*deficiente*”, o que, em última análise, faria com que o Promotor ou o Juízo substituíssem a opção política do legislador²⁰.

Em assim sendo, segue-se a mesma sistemática acima narrada, quanto a necessidade de se ouvir os especialistas e a sociedade civil organizada, por meio dos instrumentos da reunião e da audiência pública.

6.3. Casuística

6.3.1 – Caso A

Para ilustrar a tese ora defendida, cita-se o caso do Procedimento Administrativo n. 0261.20.000655-7, em trâmite na 03ª Promotoria de Justiça de Formiga. Na Portaria de instauração consta o seguinte objeto:

“Considerando a documentação anexa, em que há notícia de que não há o cumprimento voluntário de sentenças transitadas em julgado que determinam ao Município de Formiga a obrigação de fazer permanente de fornecimento de medicamentos e insumos/equipamentos a pacientes com doenças de tratamento contínuo;

[...]

Diligência: Notifique-se o Prefeito de Formiga, com cópia da planilha em anexo, para que informe quais as razões de fato e jurídicas para o não cumprimento voluntário das sentenças transitadas em julgado, mantendo-se em estoque os medicamentos e insumos constantes nas receitas médicas dos pacientes em tratamento contínuo”.

²⁰ Um exemplo meramente ilustrativo seria a hipótese de se questionar a qualidade dos medicamentos adquiridos tão somente pelo fato de serem genéricos ou então impor que seja de determinada marca, conforme fazem alguns médicos em suas prescrições.

Feita a notificação a autoridade municipal, a resposta limitou-se a demonstrar que alguns dos medicamentos estavam sendo fornecidos. O Município não fez nenhuma outra consideração.

Após a resposta do Município, ainda não foi dado prosseguimento ao procedimento. Contudo, já se pode adiantar que caso deverá prosseguir até que seja dada uma solução jurídica às sentenças judiciais ainda não incorporadas na rotina da administração municipal. Se presente projeção coletiva, pode a Promotoria ampliar o debate valendo-se os instrumentos jurídicos acima mencionados, para, sendo possível, o fomento para criação de uma agenda de política pública municipal.

Este caso demonstra a necessidade de uma boa gestão da política pública municipal de saúde, mais especificamente, da assistência farmacêutica. Apesar de claros indicativos da necessidade de se tratar cada caso com uma visão global, visando analisar as causas das doenças, os tipos de tratamentos possíveis, as alternativas terapêuticas e o atendimento multidisciplinar, não há notícia alguma de que o Município de Formiga esteja, de alguma forma, analisando uma agenda, formulando, implementando ou avaliando as políticas públicas municipais pertinentes ao tema.

6.3.2 – Caso B

No processo judicial n. 5002523-55.2020.8.13.0261, a 03ª Promotoria de Justiça de Formiga requereu a execução extrajudicial de um Termo de Ajustamento de Conduta firmado com o Município de Formiga para a implementação de protocolo para fornecimento de alimentos industrializados para pessoas acamadas e para crianças em fase de amamentação alérgicas a proteína do leite de vaca.

No processo judicial, o Município informou que já elaborou e colocou em vigência o protocolo para fornecimento de alimentos industrializados para pessoas acamadas, mas, em relação as crianças, afirmou que o objeto do TAC era demasiado amplo, sem maiores dados sobre a necessidade local e com risco de um alto custo orçamentário.

A despeito de não se tratar de cumprimento de sentença propriamente dito, importa destacar que esta atuação decorreu de interferência do Ministério Público na política pública local relacionada ao fornecimento de alimentos industrializados em determinadas situações. A premissa da omissão foi baseada na inexistência de política pública relacionada aos objetos, contudo, da forma como foi entabulado o TAC, com certa generalidade, sem colheita e análise dos dados referentes às demandas individuais – para que se observe a existência de padrões, semelhanças ou equivalências, entre outros – ou seja, sem marcos jurídicos objetivos, o órgão ministerial terá pouco sucesso para contrapor os argumentos do Município baseado apenas no que dispõe o direito.

A problemática acima identificada impedirá um juízo de valor da eficiência do protocolo adotado quanto a questão da alimentação por sonda, impedindo o Ministério Público de atestar eficiência, pois não é jurídico um juízo de valor baseado em “bom ou ruim”.

De igual maneira, em relação a negativa da elaboração do protocolo relacionado às crianças, como não há dados da realidade sobre a demanda latente, sobre possíveis impactos orçamentários, e outras situações que, se tivessem sido averiguadas antes da assinatura do ajuste poderiam servir de marco jurídico, serão frágeis os fundamentos para tentar impor um agir perante o Poder Judiciário.

Ainda que se sustentasse que a execução da obrigação decorreria exclusivamente do título executivo extrajudicial, o resultado poderia ser pior para a sociedade, pois, a exemplo da situação acima mencionada, qualquer protocolo elaborado deveria ser aceito pela Promotoria. Assim, melhor seria que o processo fosse extinto, sem resolução do mérito.

Isso não quer dizer que o Ministério Público abandonará o tema, muito pelo contrário. Trata-se de um recuo estratégico, visando um melhor resultado. Deve, pois, instaurar imediatamente um novo Procedimento Administrativo para enfrentar o tema nos foros de maior potencial, valendo-se, para tanto, do instrumental pertinente a atuação extrajudicial (reuniões, perícias, audiências públicas, entre outros), e da participação sociedade civil organizada e do Poder Legislativo.

6.4. O Contraponto: Autocontenção

A tese defendida no texto demonstra com clareza que há legislação e instrumentos jurídicos suficientes para que o Ministério Público possa interferir em todas as fases das políticas públicas. Apesar de não haver no campo jurídico maior oposição a esta atuação, deve-se reconhecer a existência de riscos importantes no exercício da divisão dos poderes.

A hipertrofia legislativa é o principal meio que permite a intervenção do Poder Judiciário e do Ministério Público em assuntos de políticas públicas. Cada vez que o legislador confere, por meio de lei, um direito ao cidadão, abre-se espaço para a atuação garantidora dos órgãos acima mencionados, que, por sua própria natureza, é burocrática.

Em médio e longo prazo essa atuação garantidora de direitos pode encontrar obstáculos fáticos intransponíveis, como, por exemplo, os limites orçamentários. Não é comprovado, mas é intuitivo que não haja dinheiro suficiente para executar plenamente todas as obrigações constitucionais e legais dadas aos Municípios, de modo que a gestão pública, que inclui políticas públicas, é fortemente regida por critérios de oportunidade e conveniência, decorrentes de escolha política legítima, e por pessoas legitimamente escolhidas para tanto. Em termos jurídicos, esse entendimento poderia configurar omissão, mas por razões de complexidade democrática, não o é. No Brasil há muitos exemplos de direitos não implementados, mas nem por isso há uma correlação proporcional de mandatários omissos.

Os juízes e Tribunais, quando decidem um caso individual, não podem nem fazem um prognóstico das consequências em relação a outras áreas de atuação estatal, nem uma projeção coletiva desse direito a saúde. Nada obstante, é importante que o Ministério Público o faça quando for decidir se transforma a questão individual em coletiva, por meio do questionamento da política pública subjacente na forma que se propõe neste trabalho.

Uma opção baseada em uma proposta exclusivamente neoconstitucionalista²¹, permitirá uma ampla abertura capaz de questionar rigorosamente tudo referente a gestão da saúde. O recorte da realidade de um fato indicador de omissão ou deficiência do serviço público aliado a uma causa de pedir invocadora de princípios constitucionais abstratos e preceitos legais possui grande chance de sucesso nos tribunais brasileiros. Ainda que possa ser não acolhido pelo Juiz local ou revertida a decisão pelas instâncias superiores, a interferência pretendida pode prejudicar de vários modos a gestão municipal e a própria sociedade.

Uma das formas de prejuízo é o descrédito gerado pelas reiteradas investidas do Promotor de Justiça, impossíveis de serem absorvidas naquela realidade local. Como consequência, uma demanda de relevante interesse social seria prejudicada. E essa é uma problemática de difícil solução em termos institucionais, pois atinge a independência funcional do membro. Nada obstante, neste ponto, pode tanto o Procurador-Geral quanto o Corregedor-Geral podem expedir recomendações internas para que seja observada regra do art. 22 da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, sobre “*os obstáculos e as dificuldades reais do gestor*”, conforme mencionado em capítulo anterior.

Outra forma de prejuízo é o desestímulo para que o próprio corpo político e administrativo municipal adote as medidas tendentes a criar uma agenda e tratar das demais fases das políticas públicas por conta própria. É cômodo assumir uma postura passiva, quando há um Promotor de Justiça que não utiliza da autocontenção. Em verdade, é até aconselhável que assim o seja, pois, em razão da limitação orçamentária acima mencionada, costumam ser de alto custo a implementação das políticas públicas demandas pelo Ministério Público e determinadas pelo Poder Judiciário.

²¹ [...] o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) **como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional**. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito. **(sem grifo no original)**.

O desestímulo apresenta consequência a longo prazo. Cada “omissão” seria capaz de gerar uma nova demanda judicial e o ciclo se perpetuaria. Com efeito, grande parte das políticas públicas seriam fruto da ação burocrática de órgãos públicos, com notória usurpação do poder político.

Propõe-se o exercício da autocontenção de forma a exigir do Promotor de Justiça portador de uma sentença que determina uma obrigação de dar ou fazer relacionada a questão de saúde individual que observe a realidade local. Fatores referentes ao nível de competência dos gestores públicos, organização administrativa, capacidade financeira do Município, por exemplo, são indicadores para que se ateste se a inexistência/deficiência de eventual política pública é questão jurídica ou não, ou seja, se violam frontalmente dispositivos legais claros e inequívocos que impõem um dever de agir. A dúvida é um benefício do mandatário local, a ser tratada do campo eminentemente político, fora da esfera de atuação do Ministério Público.

7. CONCLUSÃO

A Constituição da República de 1988, com seu propósito progressista, inclui em suas regras e princípios as políticas públicas que entende ser indispensáveis para se alcançar os objetivos políticos e sociais previstos no art. 3º. A atuação legislativa infraconstitucional tem o mesmo propósito. A jurisprudência, especialmente dos Tribunais Superiores, em regra, pauta-se exclusivamente nesses comandos legais positivados e inequívocos. Assim, conclui-se ser um dever de ofício que o Ministério Público participe ativamente dos debates referentes a políticas públicas, em todas as fases, para que cumpra com seu o objetivo de defesa do regime jurídico constitucional e dos direitos fundamentais.

Evidentemente, esse entendimento não prejudica a discricionariedade dos mandatários eleitos, tanto do Poder Legislativo quanto do Poder Executivo, para tratar de questões de política pública. Todavia, com a concorrência de outros órgãos públicos legitimados a agir, a eficiência administrativa deve aumentar para que a opção política seja baseada em fundamentos fáticos e jurídicos, e compatível com o princípio constitucional da eficiência.

A política pública deve sempre se pautar em demandas latentes, efetivamente existentes na realidade local, cujo propósito é criar condições de oferta do direito subjacente a uma coletividade de pessoas. Neste cenário, deve ser tecnicamente balizada a atuação do Promotor de Justiça quando se propõe a interferir nesta seara. Não cabe a ele escolher agir com ampla discricionariedade, por desejo pessoal ou ideológico, mas deve se ater aquilo que efetivamente pode ser tratado juridicamente, e cujo objeto possui projeção coletiva.

O cumprimento de sentença em ações individuais de saúde promovidas pelo Ministério Público é um marco jurídico eficiente, pois, a um só tempo, comprova a efetiva violação de direito individual e a omissão/ineficiência do Município no tratamento da política pública subjacente ao caso levado a juízo. Assim, permite-se que o Promotor de Justiça atue como um articulador ou um fomentador da criação de agendas e da ampliação do debate democrático, bem como um fiscal da implementação e avaliação eficientes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*. Disponível em https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em 14/04/2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 14/04/2021.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução n. 164 de 28 de março de 2017*. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-164.pdf>. Acesso em 22/04/2021.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657 de 4 de dezembro de 1942. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 27/04/2021.

BRASIL. Lei n. 8.080 de 19 de setembro de 1990. *Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em 14/04/2021.

BRASIL. Lei n. 8.625 de 12 de fevereiro de 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*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.625%2C%20DE%2012%20DE%20FEVEREIRO%20DE%201993.&text=Institui%20

[a%20Lei%20Org%C3%A2nica%20Nacional,Estados%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias](#). Acesso em 14/04/2021.

BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 14/04/2021.

BRASIL. Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Sistema de Registro Único Eletrônico. *Procedimento Administrativo n. 0261.20.000655-7*. Acesso em 14/04/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 605533*. Brasília. Publicação no Diário da Justiça de 12/02/202. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3791720>. Acesso em 14/04/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravos regimentais nas Suspensões de Tutela Antecipada (STA) 175, 211 e 278; nas Suspensões de Segurança (SS) 3724, 2944, 2361, 3345, 3355 e na Suspensão de Liminar 47*. Brasília. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 14/04/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1657156*. Brasília. Publicação no Diário da Justiça de Disponível em 04/05/2018. <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201657156>, Acesso em 14/04/2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Ação de Execução n. 5002523-55.2020.8.13.0261*. Processo Judicial Eletrônico. Acesso em 14/04/2021.

COMPLOIER, Mylene: *O Ministério Público e a Assembleia Nacional Constituinte: As Origens de um Texto Inovador*. Disponível em <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/54096>. Acesso em 22/04/2021.

COUTO, Cláudio e ARANTES, Rogério. Constituição, Governo e Democracia no Brasil. 2006. Disponível em <https://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v21n61/a03v2161>. Acesso em 22/04/2021.

FREY, K. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. Disponível em <https://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/89/158>. Acesso em 22/04/2021.

KERCHE, Fábio. *O Ministério Público Brasileiro e Seus Mecanismos de Accountability*. 1999. Disponível em <https://www.anpocs.com/index.php/encontros/papers/23-encontro-anual-da-anpocs/gt-21/gt12-15/4960-fkerche-o-ministerio/file>. Acesso em 14/04/2021.

Manual de Atuação Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <https://wiki.mpmg.mp.br/manual/doku.php?id=cap2:2-1-1>. Acesso em 22/04/2021.

MAZZILI, Hugo: *A Carta de Curitiba e a Constituinte*. Disponível em: <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/curitibaconst.pdf>. Acesso em 22/04/2021.

OLIVEIRA, Vanessa Elias. *As Fases do Processo de Políticas Públicas*. São Bernardo do Campo, 2013.

_____, Vanessa Elias de. *Judicialização de Políticas Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2019.

POLÍTICAS PÚBLICAS: O QUE SÃO E PARA QUE SERVEM? Politize. 2016. Disponível em <https://www.politize.com.br/politicas-publicas/>. Acesso em 22/04/2021.