

A ação civil pública como instrumento do Ministério Público na defesa de interesses individuais para tratamentos de saúde

Thereza Catharina Afonso Ferreira Madeira

Analista Processual do Ministério Público da União lotada na Procuradoria Regional da República da 1ª Região. Especialista em Direito Aplicado ao Ministério Público da União pela ESMPU. Especialista em Direito Público pelo UniDF.

Resumo: No cumprimento de suas atribuições constitucionais e institucionais, o Ministério Público vem sendo provocado por cidadãos e por famílias na busca de leitos de UTIs, internações, procedimentos cirúrgicos, tratamentos médicos e do fornecimento de medicamentos, em razão do descumprimento do dever estatal de garantir ações e serviços voltados para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde (art. 196, CF/1988).

O tema abordado na presente investigação é a utilização das ações civis públicas pelo Ministério Público em defesa dos interesses individuais indisponíveis para a concretização do direito à saúde e a efetiva prestação do serviço público de saúde pelo Estado.

Palavras-chave: Direito à saúde. Legitimação do Ministério Público. Tutela de interesses individuais indisponíveis.

Abstract: In carrying out its constitutional and institutional functions, the Public Prosecution Service has been provoked by citizens and families in the search for ICU beds, hospitalizations, surgical procedures, medical treatments and the supply of medicines, due to a failure to comply with the State's duty to guarantee actions and services for the promotion, protection and recovery of health (article 196, CF/1988).

The topic addressed in the present investigation is the use of public class actions by the Public Prosecution Service in defense of the non-disposable individual interests for the realization of the right to health and the effective provision of the public health service by the State.

Keywords: Right to health. Legitimacy of the Public Prosecution Service. Protection of non-disposable individual interests.

Sumário: 1 Introdução. 2 O Estado Democrático de Direito e a consolidação dos interesses e garantias sociais. 2.1 A Tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. 3 A garantia do direito social à saúde pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e legislação correlata. 4 A legitimidade ativa do Ministério Público para a propositura das ações civis públicas e coletivas em defesa dos direitos individuais indisponíveis. 4.1 A ação civil pública e a defesa dos direitos individuais à saúde: Teoria da Reserva do Possível e violação ao Princípio da Isonomia. 5 Conclusão.

1 Introdução

O foco do presente artigo é a utilização da ação civil pública como instrumento processual constitucionalmente conferido ao Ministério Público na defesa dos interesses individuais indisponíveis atinentes ao tratamento médico, consubstanciado como direito social à saúde e insculpido nos arts. 6º, *caput*, e 196 da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, de intrínseca relação com o direito fundamental à vida e com o princípio da dignidade da pessoa humana, expressamente previstos nos arts. 5º, *caput*, e 1º, inciso III, da CF/1988.

A cada dia, o Ministério Público vem sendo provocado por cidadãos e seus familiares na busca de leitos de UTIs, internações, procedimentos cirúrgicos e outros tratamentos médicos e do fornecimento de medicamentos em razão da omissão Estatal, sendo a ação civil pública o instrumento processual utilizado para demandar, perante o Poder Judiciário, a implementação e a efetivação desses direitos fundamentais não satisfeitos.

O uso das ações civis públicas pelo Ministério Público em defesa dos interesses individuais indisponíveis para a concretização

do direito à saúde é o cerne da presente investigação, bem como a sua utilização como instrumento legitimador da atuação do *Parquet* para assegurar aos pacientes que necessitam de tratamento médico a devida prestação Estatal. Pretende-se estudar a ação civil pública como instrumento processual legitimador do Ministério Público na defesa dos interesses individuais indisponíveis; conceituar os interesses individuais homogêneos; distinguir os interesses individuais homogêneos dos outros interesses transindividuais (difusos e coletivos); compreender a legitimação do Ministério Público na defesa individual dos pacientes que necessitam de tratamento médico, o conflito entre a efetivação do direito à saúde do indivíduo e a teoria da reserva do possível; e, por fim, abordar o entendimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à legitimação extraordinária do Ministério Público na defesa dos interesses individuais para tratamento de saúde.

Justifica-se a abordagem do presente tema pela importância da atribuição constitucional do Ministério Público na defesa dos interesses individuais indisponíveis e devido à utilização da ação civil pública como instrumento de defesa dos interesses individuais dos pacientes, em contraposição às alegações de violação ao princípio da isonomia no tratamento de saúde de todos os pacientes que se encontram na mesma posição. É corriqueiro o ajuizamento, pelo Ministério Público Federal, de ações civis públicas em defesa dos interesses individuais de pacientes e, ainda mais especificamente, pleiteando tratamentos médicos e medicamentos.

O presente artigo baseou-se na legislação vigente sobre o tema, em especial na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na Lei da Ação Civil Pública – Lei n. 7.347/1985 – e na Lei Federal n. 8.080/1990. Serão trazidos os posicionamentos existentes na doutrina e na jurisprudência, especialmente o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Repetitivo n. 766, da Primeira Seção e do Supremo Tribunal Federal, no tema 262 da repercussão geral, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 605.533/MG, apresentando, na conclusão, os argumentos que espelham a compreensão mais atual e fundamentada sobre o tema.

2 O Estado Democrático de Direito e a consolidação dos interesses e garantias sociais

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2006), o Estado Moderno, a partir do constitucionalismo, pode ser caracterizado pela relação de tensão constante entre igualdade, liberdade e fraternidade, direitos fundamentais de primeira dimensão, fruto dos ideais da Revolução Francesa, garantidos formalmente perante a lei e a efetivação dessas garantias na vida social.

A Declaração Francesa de 1789, de matriz liberal-burguesa, ao enfatizar a separação dos poderes e a defesa de direitos individuais, propunha um modelo liberal em que o indivíduo seria o centro e o Estado não deveria intervir nas relações sociais. Assim sendo, a lei, para corresponder a esse princípio emergente, deveria ser genérica e abstrata, com aplicação neutra, geral e sem privilégios.

Contudo, a experiência na efetivação daqueles ideais demonstrou serem essas garantias mera ficção, pois a liberdade e igualdade abstratas, bem como a propriedade privada, terminam por fundamentar as práticas sociais do período de maior exploração do homem pelo homem de que se tem notícia na história (FEIJÓ, 2000, p. 20).

Essa igualdade formal passou a ser questionada, pois, por si só, era insuficiente para possibilitar aos excluídos desfrutar das mesmas prerrogativas dos indivíduos privilegiados socialmente.

Em decorrência das mudanças nas relações sociais causadas pela industrialização, ocorrida ao final do século XIX, em razão das condições insalubres de trabalho, da ausência de direitos trabalhistas, da exploração de mulheres, velhos e crianças, chegou-se a um estado social de prestação positiva no âmbito das relações privadas, com o propósito de garantir a proteção do homem pelo Estado, como redutor de diferenças sociais, o que constituiu na prática uma verdadeira justiça distributiva.

Reclamava-se, assim, a materialização daqueles direitos já consagrados em declarações ou mesmo nas constituições.

Dessa forma, percebe-se que, além de afirmar a igualdade formal contida nas legislações pátrias, era necessário reconhecer as diferenças entre os cidadãos e os que estavam à margem dessa cidadania.

A partir da crise do Estado Social, desenvolveu-se uma nova concepção de Estado, que propiciou uma maior abertura à sociedade para participar e integrar o debate político, o chamado Estado Democrático de Direito.

Em razão dessa nova demanda, que implica numa redefinição do que se entende por Estado, soberania popular, democracia, cidadania, proteção a novas pretensões a direitos individuais e coletivos – como uma alternativa (ou retorno) a um Estado Mínimo –, é construída a via do Estado Democrático de Direito.

Nesse modelo de Estado, surge a necessidade de políticas sociais de apoio a grupos socialmente excluídos. Para isso, o Direito deve percebê-los e tratá-los em sua especificidade, buscando a igualdade material entre homens e mulheres na sociedade, e não apenas a igualdade formal prevista em lei, muitas vezes frágil e sem efetividade social.

No Estado Democrático de Direito, na expressão de José Afonso da Silva (2016, p. 123), “a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social”.

Delineia-se, pois, um novo paradigma, em que a sociedade deverá ter a oportunidade de influir nos centros decisórios e no qual o público não se resume ao estatal. O paradigma do Estado Democrático de Direito reclama um “direito participativo, pluralista e aberto” (CARVALHO NETTO, 2000, p. 481), em que a tarefa fundamental, nos termos da lição de José Afonso da Silva (2016, p.124), “consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social”.

O Estado Democrático de Direito estabelece e inaugura novas técnicas ou instrumentos de atuação de novos e velhos atores sociais que adentram na seara do Estado provedor e concretizam, por intermédio de ações sociais, políticas e jurídicas, a defesa dos direitos dos cidadãos e dos que, ainda hoje, são excluídos dessa

cidadania, para que sejam garantidos efetivamente os direitos fundamentais, o que Paulo Bonavides (2017, p. 383) denomina de verdadeiro “oxigênio das Constituições Democráticas”.

A Constituição da República, promulgada em 1988, estabelece que o Brasil é um Estado Democrático de Direito e tem como princípio fundamental, entre outros, a dignidade da pessoa humana, que constitui base e fundamento para a transformação da realidade social na busca da solução material dos problemas de existência individual e coletiva.

A Carta Política fundamental de 1988 consagrou a defesa dos interesses individuais e transindividuais e conferiu ao Ministério Público uma nova roupagem constitucional, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais, individuais indisponíveis, coletivos e difusos, tornando-o instituição essencial ao Estado Democrático de Direito, “dando-lhe independência e autonomia, e a causa social para defender e proteger”, como bem lecionado por Alexandre de Moraes (2017, p. 642).

Por fim, a Constituição de 1988, em seu art. 3º, ao descrever os objetivos da República Federativa do Brasil, no sentido de construir uma sociedade mais justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades, promover o bem de todos sem preconceitos e discriminação, oferece a exata dimensão do processo permanente de construção e da inegável e obrigatória participação do Ministério Público na defesa dos interesses individuais, sociais, sejam difusos, coletivos ou individuais homogêneos, para que, em cooperação com a sociedade e com os entes estatais, consiga alcançar os tão almejados resultados na construção de uma sociedade mais justa e equânime.

2.1 A tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos

No presente artigo utilizaremos o termo *interesse* como sinônimo de *direito*, conforme lição de Kazuo Watanabe, coautor do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, em razão de

inexistir “qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles” (2017, p. 880).

Para Rodolfo de Camargo Mancuso (2004, p. 18), o interesse liga uma pessoa a um bem da vida em virtude de um determinado valor que esse bem possa representar, uma vantagem a ser obtida, seja por uma escolha subjetiva, no plano dos fatos, seja no campo dos interesses jurídicos, protegido pelo ordenamento jurídico.

Os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos foram enumerados e distinguidos pelo art. 81 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) e estão situados na categoria dos interesses transindividuais, ou, ainda, metaindividuais – ou seja, interesses que excedem a esfera estritamente individual e passam a ser afetos aos interesses de grupos ou categorias de pessoas indeterminadas ou determináveis, que podem ter objetos indivisíveis ou divisíveis, de acordo com cada categoria de interesse.

Mazzilli (2015, p. 53) define os interesses difusos como um feixe ou conjunto de interesses individuais compartilhados por pessoas indetermináveis que se encontram unidas por circunstâncias de fato conexas. Os exemplos mais elucidativos de interesses difusos são ligados à proteção do meio ambiente, dos valores culturais e espirituais e do patrimônio público.

Para o autor, os interesses coletivos são similares aos interesses difusos quanto ao seu objeto, que é indivisível, mas seus titulares são grupos, classes ou categorias de pessoas determinadas ou determináveis, ligadas entre si por uma relação jurídica base. Exemplos muito citados na doutrina são os casos de contratos de adesão que estipulam cláusulas abusivas, em que o reconhecimento da ilegalidade de uma cláusula é compartilhado por todos os interessados, isto é, o objeto é indivisível, não importando se um dos interessados tenha um, dois ou mais contratos, já que a declaração de nulidade da cláusula contratual beneficiará de forma igual todos os outros interessados.

Os interesses individuais homogêneos são caracterizados como aqueles pertencentes a grupo, categoria ou classe de pessoas deter-

minadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis, de origem comum, oriundos normalmente de circunstâncias de fato (MAZZILLI, 2015).

Teori Zavascki (2017, p. 40) definiu os interesses homogêneos como:

[...] simplesmente, direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não altera nem pode desvirtuar essa sua natureza. É qualificativo para identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de homogeneidade, o que permite a defesa coletiva de todos eles.

Exemplo de interesses individuais homogêneos é o caso de compradores de veículos (sujeitos determinados ou determináveis) de certa marca de automóveis, com defeito de série. O que liga esses compradores não é a relação jurídica base, mas a situação de fato do defeito de série. Nesse caso, pode cada integrante ou interessado pleitear individualmente a reparação do dano no montante do prejuízo pessoal sofrido; seu objeto é divisível e admite reparabilidade direta, ou seja, fruição e recomposição individual.

Ada Pellegrini Grinover (2017) destaca que o Código de Defesa do Consumidor, ao estabelecer a tutela dos interesses individuais homogêneos, consolidou no ordenamento jurídico pátrio a ideia da *class action*, advinda do direito norte-americano, em que essas ações possibilitam a defesa dos interesses de indivíduos que se encontravam numa mesma situação fática ou jurídica, evitando decisões judiciais conflitantes, a repetição de demandas individuais, e, ainda, propiciando um tratamento equânime, unitário e simultâneo de todas as demandas em um só juízo, tendo como legitimado um representante da classe ou o Ministério Público.

Por fim, cabe ressaltar que a natureza jurídica dos interesses transindividuais e dos interesses individuais homogêneos só pode ser definida em face de um caso concreto, no exame da pretensão material do interesse, ou seja, na fixação do objeto litigioso, até porque a ação coletiva ou a ação civil pública podem englobar em um só caso concreto a lesão de uma ou mais espécies de interesses, como muito bem destacado por Hugo Nigro Mazzilli (2015, p. 59):

Constitui erro comum supor que, em ação civil pública ou coletiva, só se possa discutir, por vez, uma só espécie de interesse transindividual (ou somente interesses difusos, ou somente coletivos ou somente individuais homogêneos). Nessas ações, não raro se discutem interesses de mais de uma espécie. Assim, à guisa de exemplo, numa única ação civil pública ou coletiva, é possível combater os aumentos ilegais de mensalidades escolares já aplicados aos alunos atuais, buscar a repetição do indébito e, ainda, pedir a proibição de aumentos futuros; nesse caso, estaremos discutindo, a um só tempo: a) interesses coletivos em sentido estrito (a ilegalidade em si do aumento, que é compartilhada de forma indivisível por todo o grupo lesado); b) interesses individuais homogêneos (a repetição do indébito, proveito divisível entre os integrantes do grupo lesado); c) interesses difusos (a proibição de imposição de aumentos para os futuros alunos, que são um grupo indeterminável).

Ainda que a Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, tenha sido a primeira lei brasileira a prever, especificamente, uma ação civil de natureza pública, a ser proposta pelo Ministério Público para a reparação dos danos causados ao meio ambiente, a Lei n. 7.347/1985, denominada *Lei da Ação Civil Pública*, foi o marco legislativo para a tutela específica dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, inicialmente tutelando os dois primeiros interesses, referentes ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valores artísticos, estéticos, históricos e paisagísticos, sendo ampliada a defesa dos interesses individuais homogêneos pela Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, denominada Código de Defesa do Consumidor.

A ação civil pública, ação de natureza pública e não penal, serve de instrumento processual para acionar o Judiciário na tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, tendo por legitimado o Ministério Público ou outro ente eleito pelo legislador (art. 51 da Lei n. 7.347/1985 c/c art. 82 do Código de Defesa do Consumidor), em substituição processual, isto é, demandando em nome próprio direito alheio.

A Lei de Ação Civil Pública, em seu art. 3º, determina que o objeto da ação civil pública será a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o que, conjugado com

o art. 11 da mesma lei, permite concluir, de uma maneira geral, que o objeto da ação deve ser um provimento condenatório, e não declaratório ou constitutivo. Segundo lição de João Batista de Almeida, na ação civil pública busca-se “a cessação de atividade nociva a interesse público, coletivo ou individual homogêneo ou a recomposição do bem lesado, restituindo-se ao *status quo ante*” (2009, p. 159-160).

Os legitimados concorrentes para propor a ação civil pública estão elencados restritivamente no art. 82 do Código de Defesa do Consumidor e são: o Ministério Público; a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por esse código; e, por fim, as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo código consumerista, dispensada a autorização assemblear.

A Constituição Federal de 1988 previu expressamente em seu art. 129 a função institucional do Ministério Público na promoção da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros dos interesses difusos e coletivos. Além disso, o art. 127 da Carta Política prevê a incumbência institucional do Ministério Público para a “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Os interesses indisponíveis, para o professor José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 130), são aqueles: 1) em que o titular não pode decidir, por si só, se deve ou não adotar as providências necessárias para sua defesa, e isso porque, queira ou não, haverá outra pessoa ou órgão a quem a ordem jurídica confere a legitimação para fazê-lo; ou ainda, 2) em que há a qualificação de transindividual, porque, sendo indivisível, não há como identificar a dimensão jurídica parcial pertencente a cada integrante do grupo, tornando-se, pois, irrelevante a vontade individual.

Registre-se que alguns doutrinadores entendem que não cabe a propositura da ação civil pública para tutelar direitos individuais homogêneos e, ainda, direitos individuais dos cidadãos, posi-

ção essa encampada por Teori Albino Zavascki (2017, p. 69), José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 78-79) e Ives Gandra da Silva Martins (2007, p. 209-231).

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já pacificaram o entendimento jurisprudencial do ajuizamento da ação civil pública pelo Ministério Público na defesa dos interesses individuais homogêneos e individuais indisponíveis, o que será tratado em tópico específico neste artigo.

Paulo Gustavo Guedes Fontes aponta a importância da posição do Supremo Tribunal Federal sobre a legitimação do Ministério Público na defesa dos interesses individuais homogêneos, dado que

uma parte considerável do controle exercido pelo Ministério Público sobre a administração teria se tornado inviável se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não tivesse se firmado num sentido mais liberal (2006, p. 86).

Por fim, é importante a ressalva de Mazzilli (2015, p. 89), no sentido de que o Ministério Público está

destinado à defesa de interesses indisponíveis do indivíduo e da sociedade, bem como ao zelo dos interesses sociais, coletivos ou difusos, vedada toda e qualquer atuação fora de sua vocação institucional. Para exemplificar o que vimos dizendo, ele só poderá exercer a defesa dos interesses individuais homogêneos de larga abrangência ou relevância social.

3 A garantia do direito social à saúde pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e legislação correlata

O direito à saúde é assegurado, pela Constituição da República de 1988, como direito fundamental decorrente do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, cabendo ao Estado e à sociedade a obrigação de provê-lo a todos os que dele necessitem.

A garantia do direito à saúde está prevista no art. 6º da Constituição da República, inserida no rol dos direitos e garantias

sociais, como direito fundamental indisponível. Trata-se, portanto, de cláusula pétrea, assegurada também nos arts. constitucionais 5º, 7º, 22, 23, 24, 30, 34, 35, 37, 40, 167, 170, 182, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 208, 212, 220, 225, 227, 230, 231 e, ainda, 17, 53, 55, 71, 74 e 75 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Sob esse prisma, os arts. constitucionais 6º e 196 consagram o direito à saúde como dever do Estado, o qual deverá, por meio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento.

Cibele Gralha Mateus (2008, p. 71) conceitua o direito à saúde como “um conjunto complexo e multidimensional de posições jurídicas destinadas a assegurar uma vida com dignidade visando à busca do pleno bem-estar físico e mental do indivíduo”.

O Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 393175 AgR/RS, irretocavelmente assentou que:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional (RE 393175 AgR, relator min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 12.12.2006, *DJ* 2.2.2007, PP-00140, EMENT VOL 02262-08 PP-01524).

Extrai-se do texto constitucional que a saúde, embora não seja monopólio estatal, deve ser garantida pelo Estado mediante políticas sociais e econômicas, com vista à redução das doenças e de outros agravos, assegurando acesso universal e igualitário às ações e serviços e respeitando os princípios da integralidade e equidade em razão da complexidade e das necessidades de cada indivíduo, com o objetivo de atender as peculiaridades de quem procura assistência médica pelo sistema público.

As políticas públicas devem ser compreendidas como “aquelas ações voltadas para a concretização da ordem social, que visam à realização dos objetivos da República, a partir da existência de leis decorrentes dos ditames constitucionais”, como lecionado por Frischeisen (2000, p. 80), ou, ainda, como conceituado por José dos Santos Carvalho Filho (2008, p. 110), “são diretrizes, estratégias e ações que constituem as metas perseguidas pelos órgãos públicos, em resposta às demandas políticas, sociais e econômicas e para atender aos anseios oriundos das coletividades”.

Ana Paula Barcellos ressalta que a Constituição estabelece como um de seus fins a promoção dos direitos fundamentais, constituindo as políticas públicas instrumentos pelos quais os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistêmica e abrangente, mas com recursos públicos limitados, devendo

as escolhas em matéria de gastos públicos e políticas públicas não constituir um tema integralmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas constitucionais (2006, p. 56-57).

Ocorre que a efetivação das garantias constitucionais e legais do direito à saúde esbarra no estágio de desenvolvimento insuficiente do próprio Estado, na omissão e no desvirtuamento de recursos públicos para outros fins, havendo diuturna e reiteradamente o descumprimento desse direito pelos entes estatais responsáveis pelo Sistema Único de Saúde (SUS), instituído pela Lei Federal n. 8.080/1990 e que atribui a sua manutenção, de forma solidária, aos entes da Federação, na forma de seu art. 2º e seguintes.

Para a implantação das garantias voltadas à área da saúde, é necessário o cumprimento do comando constitucional e legal pelo Estado. Em casos de omissão ou desrespeito a tais garantias, caberá ao Ministério Público e a outros atores sociais promover, na esfera administrativa ou judicial, por intermédio de ações coletivas ou individuais, o cumprimento do que está disposto na Constituição da República e na legislação ordinária.

Raquel Melo Urbano de Carvalho (2008, p. 293) assevera que

[...] não se admite que o Poder Público se limite a incorporar formalmente normas como o artigo 196 da CR no sistema, sem lhe dar a efetividade necessária na realidade social. Igualmente intolerável é restringir a ideia de políticas públicas de saúde ao fornecimento de medicamentos, atendimentos emergenciais hospitalares e à realização de exames em diversos pacientes, sem que se compreenda todo o conjunto de ações necessárias para a promoção da saúde pública.

Mona Lisa Duarte Abdo Aziz Ismail (2014, p. 179-208) aborda, com exatidão, esse controle externo das políticas públicas exercido pelo Ministério Público:

O controle externo da atuação ou omissão do estado em relação a políticas públicas é uma forma de salvaguardar a realização de direitos fundamentais previstos na Constituição. O Ministério Público, enquanto instituição permanente de defesa da cidadania, é órgão de controle da Administração Pública e tem como dever, entre outras funções, zelar pela implementação de políticas e serviços públicos de qualidade.

Nesse sentido, o MP deverá atuar quando a inércia da Administração ou o mau funcionamento do serviço público estiverem impedindo a concretização do próprio direito constitucional.

Todavia, a sua fiscalização não está limitada ao exame da legalidade, como nos casos em que é possível identificar de plano o desvio de finalidade do Poder Público, de verbas, ou outro vício que torne o ato nulo, mas abrange também a análise da própria pertinência ou a adequação da política ou programa governamental aos fins a que se propõe.

O Ministério Público, seja na esfera federal ou estadual, tem atuado efetivamente na implementação de políticas públicas na área da saúde, utilizando-se de instrumentos extrajudiciais, na função de *ombudsman*, como a instauração de procedimentos administrativos e inquéritos civis, a expedição de recomendações, a formalização de Termos de Ajustamento de Condutas, as mediações pautadas na Resolução n. 118 do CNMP, de 1º de dezembro de 2014, bem como, nos casos necessários, o ajuizamento de ações civis públicas e ações penais.

Como destacado por Paulo Gustavo Fontes (2006, p. 152),

a atuação do Ministério Público como *ombudsman* situa-se num contexto mais político, no sentido de que ele não tem o poder de mudar as decisões administrativas, mas de criticá-las, deflagrando com isso os processos capazes de acarretar mudanças desejáveis.

O objetivo almejado pelo Ministério Público é a concretização efetiva do direito à saúde e a conseqüente melhoria da qualidade de vida de todos os que compõem a sociedade brasileira para que sejam asseguradas as garantias constitucionais de existência digna, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à vida, à saúde, à educação, à proteção integral da criança e do adolescente, do idoso, do deficiente, o direito à assistência social, à moradia, à alimentação e o direito à segurança, entre tantos outros.

Por fim, para Américo Bedê Freire Júnior (2005, p. 98), a

propositura de ações pelo Ministério Público, no controle de políticas públicas, é ainda mais relevante quando se percebe que, no Brasil, a sociedade civil ainda não conseguiu se organizar a ponto de reivindicar atuação dos representantes eleitos pelo povo [...].

Acrescenta o autor que a ação civil pública com o objetivo de implantar ou corrigir políticas públicas permite que “o processo coletivo se torne, então, eficaz mecanismo de materialização do controle judicial de políticas públicas”.

4 A legitimidade ativa do Ministério Público para a propositura das ações civis públicas e coletivas em defesa dos direitos individuais indisponíveis

Os arts. 127 e 129 da Constituição da República de 1988 são taxativos ao prever a atribuição do Ministério Público como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado na defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais, individuais indisponíveis, coletivos e difusos, podendo, para tanto, instaurar inquéritos e propor ações civis públicas no exercício de suas atribuições previstas em lei.

Robson Renault Godinho (2010, p. 230), em importante coletânea sobre temas afetos ao Ministério Público, destaca:

Com efeito, a partir do momento em que o artigo 127 da Constituição da República – que consideramos ser a fonte de toda a legitimidade para agir da Instituição – confere legitimidade ao Ministério Público para a defesa de direitos indisponíveis e sociais, automaticamente lhe confere capacidade postulatória.

Ofenderia a Constituição e o bom senso entender que a outorga de legitimidade a um órgão estatal de inegável saber técnico necessitaria de intermediação de uma outra entidade para poder postular em juízo [...].

A Lei Orgânica do Ministério Público da União, Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993, aplicada subsidiariamente aos Ministérios Públicos Estaduais, prevê expressamente a defesa dos interesses individuais indisponíveis e o ajuizamento da ação civil pública para a proteção dos interesses individuais homogêneos.

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993), que regula a instituição nos estados, também previu, em seu art. 25, inciso IV¹, a atribuição institucio-

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

[...]

nal para a proteção dos interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos.

A despeito de todas essas previsões legais, houve inicialmente pronunciamentos judiciais e doutrinários pela inconstitucionalidade dos artigos dessas leis, que permitem a utilização da ação civil pública ou ação coletiva como instrumento de defesa dos interesses individuais indisponíveis.

Foi nesse sentido o entendimento esposado no REsp n. 664.139/RS, de relatoria do ministro Castro Meira:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MENOR. CARENTE.

1. Na esteira do artigo 129 da Constituição Federal, a legislação infraconstitucional, inclusive a própria Lei Orgânica, preconiza que o Ministério Público tem legitimidade ativa *ad causam* para propor ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos, como regra. Em relação aos interesses individuais, exige que também sejam indisponíveis e homogêneos. No caso em exame, pretende-se que seja reconhecida a sua legitimidade para agir como representante de pessoa individualizada, suprimindo-se o requisito da homogeneidade.

2. O interesse do menor carente deve ser postulado pela Defensoria Pública, a quem foi outorgada a competência funcional para a “orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados na forma do art. 5º, LXXIV”. Não tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública, objetivando resguardar interesses individuais, no caso de um menor carente.

3. Recurso especial improvido.

(REsp n. 664.139/RS, rel. ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 12.5.2005, *DJ* de 20 jun. 2005, p. 222).

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; [...].

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos embargos de divergência no referido Resp n. 664.139/RS (Brasil, 2007, p. 112), reconheceu que o *Parquet* tem legitimidade para propor ação civil pública com o objetivo de resguardar interesses individuais indisponíveis. No mesmo sentido, os seguintes precedentes, entre inúmeros outros, daquela Corte Superior: REsp n. 466.861/SP, 1ª Seção, rel. min Teori Albino Zavascki, *DJ* de 7 maio 2007; REsp n. 920.217/RS, 2ª Turma, rel. min. Eliana Calmon, *DJ* de 6 jun. 2007; REsp n. 852.935/RS, 2ª Turma, rel. min. Castro Meira, *DJ* de 4 out. 2006; REsp n. 823.079/RS, 1ª Turma, rel. min. José Delgado, *DJ* de 2 out. 2006; REsp n. 856.194/RS, 2ª Turma, rel. min. Humberto Martins, *DJ* de 22 set. 2006; REsp n. 700.853/RS, 1ª Turma, rel. p/acórdão min. Luiz Fux, *DJ* de 21 set. 2006; REsp n. 822.712/RS, 1ª Turma, rel. min. Teori Albino Zavascki, *DJ* de 17 abr. 2006.

Em aresto no AgInt no REsp n. 1632154/MG, rel. ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 27.6.2017 (publicado no *DJe* de 1º set. 2017), o Superior Tribunal de Justiça reiterou seu entendimento pacífico quanto à legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública em defesa dos interesses individuais indisponíveis:

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 n. 1632154/MG, rel. ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 27.6.2017, *DJe* de 1º set. 2017).

E em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça julgou, em 25.4.2018, o mérito dos Recursos Especiais 1.681.690/SP e 1.682.836/SP, sob o rito dos recursos repetitivos, e firmou a tese no Tema Repetitivo 766, conforme segue:

O Ministério Público é parte legítima para pleitear tratamento médico ou entrega de medicamentos nas demandas de saúde propostas contra os entes federativos, mesmo quando se tratar de feitos contendo beneficiários individualizados, porque se refere a direitos individuais indisponíveis, na forma do art. 1º da Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público).

O Ministro Alexandre de Moraes (2017, p. 641-642) leciona sobre a atribuição constitucional do Ministério Público para a defesa dos direitos fundamentais do indivíduo:

Assim, não podemos nos esquecer que a proteção ao *status* (Jellinek) constitucional do indivíduo, em suas diversas posições, hoje, também é função do Ministério Público, que deve preservá-lo. [...] Conclui-se, portanto, que a teoria dos *status* evidencia serem os direitos fundamentais um conjunto de normas que atribuem ao

indivíduo diferentes posições frente ao Estado, cujo zelo também é função do Ministério Público. Portanto, garantir ao indivíduo a fruição total de todos os seus *status* constitucionais, por desejo próprio do legislador constituinte, que em determinado momento histórico entendeu fortalecer a instituição, dando-lhe independência e autonomia, e a causa social para defender e proteger é também função do Ministério Público, juntamente com os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Uma das atribuições mais importantes do Ministério Público certamente é sua atuação direta, como legitimado extraordinário, na proteção dos direitos individuais indisponíveis, em que busca resguardar o direito à saúde e à vida de pessoa enferma e carente de recursos financeiros para o custeio de tratamento médico particular – CF, art. 127, *caput* –, podendo pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada a necessidade do paciente e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios.

O Supremo Tribunal Federal já sedimentou seu posicionamento quanto à legitimidade do Ministério Público na propositura da ação civil pública na defesa dos direitos individuais indisponíveis, como o direito à saúde. Confira-se:

EMENTA 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 min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 7.4.2017, Acórdão Eletrônico DJe 093, divulg. 4.5.2017, public. 5.5.2017).

Em 15 de agosto de 2018 (Ata n. 22, DJE n. 169, divulgado em 17.8.2018), o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede

de repercussão geral, apreciando o Tema 262, deu provimento ao Recurso Extraordinário (RE) n. 605533/MG e fixou a tese: “O Ministério Público é parte legítima para ajuizamento de ação civil pública que vise o fornecimento de remédios a portadores de certa doença”. A questão foi analisada no julgamento do recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público de Minas Gerais (MPE/MG) contra acórdão do Tribunal de Justiça do estado (TJ/MG) que extinguiu ação civil pública, sem resolução do mérito, na qual se buscava a entrega de medicamentos a portadores individuais de hipotireoidismo e de hipocalcemia severa. Em decisão unânime, os ministros acompanharam o voto do relator, ministro Marco Aurélio, no sentido de prover o recurso e de determinar o retorno do processo ao TJ/MG para que prossiga no julgamento de mérito.

É clara e sedimentada, portanto, a legitimidade do Ministério Público para atuar por instrumentos extrajudiciais ou em juízo, especialmente pela propositura de ações civis públicas, com o objetivo de garantir o respeito ao direito individual e indisponível à saúde.

4.1 A ação civil pública e a defesa dos direitos individuais à saúde: Teoria da Reserva do Possível e violação ao Princípio da Isonomia

A cada dia o Ministério Público vem sendo provocado por cidadãos e famílias de indivíduos na busca de leitos de UTIs, internações, procedimentos cirúrgicos, fornecimento de medicamentos e outros tratamentos médicos em razão da omissão Estatal, sendo a ação civil pública o instrumento processual eficaz utilizado para demandar, perante o Poder Judiciário, a implementação e a efetivação do direito fundamental à saúde não satisfeito.

A partir da década de 1990, a atuação do Ministério Público na área da saúde ganhou enorme força em razão de: 1) reconhecida legitimação extraordinária conferida pela legislação constitucional e infraconstitucional ao *Parquet*; 2) confiança depositada pelos cidadãos na atuação institucional e nos instrumentos de defesa para garantia dos direitos fundamentais violados; 3) crescente demanda dos pacien-

tes que agonizam à espera de tratamentos médicos e fornecimento de medicamentos e suplementos; 4) problemas na implementação do direito sanitário pelo SUS; 5) novas técnicas de tratamentos médicos e de fármacos; e, por fim, 6) omissão e ineficiência estatal no fornecimento adequado de medicamentos e tratamentos médicos.

Antônio Joaquim Fernandes Neto (2010, p. 363) aborda a crescente demanda de ações individuais na área de saúde, nos seguintes termos:

A judicialização de pretensões relacionadas a interesses sociais tem um caráter político. Interfere no governo do Município ou do Estado. Daí a grande polêmica em torno da crescente intervenção do judiciário no campo das políticas públicas. Com saúde não é diferente. As demandas coletivas têm caráter político, refletem a cobrança da sociedade em relação aos direitos assegurados pela Constituição. Os casos individuais, em princípio, não têm tal caráter. Todavia, na medida em que multiplicam-se as ações individuais com pedidos de internações e medicamentos, por exemplo, seu deferimento pelo judiciário produz impacto nas políticas públicas, nem sempre positivo. Enquanto na ação coletiva é possível discutir contexto, o quadro epidemiológico, as opções terapêuticas, as dificuldades de financiamento, por exemplo, na demanda individual a pretensão aparece descolada da política pública correspondente, imune a ela.

O Estado (União, Estados e Municípios), nas ações civis públicas propostas pelo Ministério Público, refuta os fundamentos constitucionais que amparam a pretensão na defesa dos direitos individuais indisponíveis, sob alegação da impossibilidade da atuação do *Parquet* na implementação de políticas públicas de saúde, bem como da violação ao princípio da isonomia – uma vez que a tutela judicial beneficia apenas um indivíduo, a despeito de muitos outros que se encontram na mesma situação fática –, e por fim, da invocação da teoria da reserva do possível.

A teoria da reserva do possível, oriunda da doutrina alemã, determina que os direitos já previstos constitucionalmente só devem ser garantidos quando há recursos públicos disponíveis; ou seja, para que se efetivem direitos e garantias sociais fundamentais, tais como o direito à saúde, deve haver recursos públicos para custeá-los.

Com muita propriedade, Osmir Antonio Globekner (2011, p. 140) expõe sobre o limite e a aplicação da teoria da reserva do possível nos casos submetidos ao judiciário:

Ademais, a eventual restrição da exigibilidade do direito fundamental à luz do critério da reserva do possível deve resultar sempre de uma avaliação à vista do caso concreto, de ponderação a estar presente em todo o arco de manifestação do direito, da previsão normativa até sua aplicação administrativa e jurisdicional. Não pode tal restrição ser o resultado de um limite apriorístico nem a ponderação sobre a sua aplicação ser afastada do aplicador do direito, sobretudo do aplicador qualificado, investido da jurisdição.

A jurisprudência pátria vem-se consolidando pela inaplicabilidade e pela fragilidade da sustentação, pelo Estado, da teoria da *reserva do possível*, em relação a direitos fundamentais, sob o fundamento de que sua aplicação nulificaria garantias constitucionais como o direito à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana, que fundam a própria razão de ser do Estado, comprometendo o *mínimo existencial* do ser humano.

Assim, num eventual conflito entre as despesas públicas e a implementação do direito à saúde e à vida, deverá prevalecer o direito fundamental.

Sabe-se que a invocação, pelo Estado, da reserva do possível tem como objetivo esvaziar o direito fundamental – com sua consequente eliminação, no plano fático –, colidindo com o princípio constitucional da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Sobre tema, o Supremo Tribunal Federal tem entendido da seguinte forma:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – MANUTENÇÃO DE REDE DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – DEVER ESTATAL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO

PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE COMROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALNENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALNENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICCIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOCTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO (ARE n. 745.745 AgR, relator min.

Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 2.12.2014, processo eletrônico *DJe-250* divulg. 18.12.2014, public. 19 dez. 2014).

O Supremo Tribunal Federal também já decidiu que cabe ao Poder Judiciário intervir para garantir a efetividade dos direitos fundamentais, não havendo violação ao princípio da separação dos poderes:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO À SAÚDE. MENOR PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. FORNECIMENTO PELO PODER PÚBLICO DE FRALDAS DESCARTÁVEIS. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos. 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. Trata-se de obrigação solidária de todos os entes federativos, podendo ser pleiteado de qualquer deles, União, Estados, Distrito Federal ou Municípios. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI n. 810.864 AgR, relator min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 18.11.2014, acórdão eletrônico *DJe-021* divulg. 30.1.2015, public. 2 fev. 2015).

Sabe-se que de fato é impossível que os entes estatais, com déficits orçamentários e recursos operacionais limitados, atendam a todas as demandas da área da saúde pública e de tantas outras a seu encargo (educação, segurança, saneamento, transportes públicos e outros). Todavia, deve-se ponderar que o Estado não atende a tais garantias constitucionais, muitas vezes, em razão de desvio de verbas públicas, por atos de corrupção, ausência de necessário planejamento administrativo e mau aparelhamento, e, por fim, ausência de critérios de prioridade, padronização e razoabilidade, necessários para atender a todas as demandas sociais nessa área.

Justifica-se a intervenção jurisdicional pela ocorrência da arbitrária recusa governamental ou ainda da inércia injustificada em conferir significado real ao direito à saúde, tornando-se legítimas (ausente qualquer ofensa, portanto, ao postulado da separação de poderes), sempre que se impuserem, nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito, as garantias constitucionais de proteção do direito à saúde.

Por mais relevantes que sejam as dificuldades orçamentárias dos órgãos públicos ou por mais necessária que seja a regulamentação dos procedimentos do Sistema Único de Saúde, não é possível desprezar a Constituição Federal, sob pena de afronta à ordem jurídica, privilegiando-se atos e regramentos administrativos – ou, ainda mais grave, conferindo amplos poderes ao administrador público para, sob os mais variados pretextos, descumprir a Lei Maior.

Diante de situações concretas que se apresentam diuturnamente perante o Poder Judiciário, não há como se furtar a garantir um direito fundamental ao cidadão desprovido de recursos financeiros para custear medicamentos e tratamentos médicos indispensáveis à garantia de sua vida e saúde. Tampouco há que se falar em violação ao princípio da isonomia no que diz respeito aos que se encontram nas filas de espera: nas hipóteses em que comprovado o agravamento do quadro clínico daquele indivíduo que busca o provimento jurisdicional e a urgência da medida requerida, todos, nessa mesma situação, têm direito ao tratamento e ao fornecimento imediato dos medicamentos necessários.

Sobre o tema, confira-se o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, exemplificativo do entendimento trazido à baila:

ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. COMPROVAÇÃO. PROVA DOCUMENTAL. PRELIMINARES: ILEGITIMIDADE PASSIVA DOS ENTES PÚBLICOS E DA UFU E ATIVA DO MPF. DESCENTRALIZAÇÃO DO SUS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA ISONOMIA. NÃO VIOLAÇÃO. SENTENÇA MAN-

TIDA. 1. Considerando o vínculo jurídico entre o Hospital das Clínicas, e o fato de dispor de plenas condições para executar o procedimento médico, objeto do pedido, e a Universidade Federal de Uberlândia – UFU, integrantes do SUS, bem como o sistema integrado existente entre todos os entes jurídicos de direito público interno e, ainda, a responsabilidade solidária da prestação dos serviços congêneres à prestação da saúde, forçoso reconhecer a legitimidade passiva *ad causam* da UFU. 2. Nos termos do art. 196 da Constituição da República, incumbe ao Estado, em todas as suas esferas, prestar assistência à saúde da população, configurando essa obrigação, consoante entendimento pacificado do Supremo Tribunal Federal, responsabilidade solidária entre os entes da Federação. Portanto, é possível o ajuizamento da ação contra um, alguns ou todos os entes estatais. Preliminar de ilegitimidade passiva arguida pelos entes públicos rejeitada. 3. O Ministério Público Federal possui legitimidade para ajuizar ação que visa à proteção de direitos individuais indisponíveis, como na hipótese dos autos, em que se busca resguardar o direito à saúde e à vida de pessoa enferma e carente de recursos financeiros para o custeio de tratamento médico (CF, art. 127, *caput*). A indisponibilidade do direito à vida é suficiente para fundamentar a legitimidade ativa do *Parquet*. Por esses mesmos motivos, não procede a alegação de ilegitimidade ativa do MPF. 4. Consoante se extrai da Constituição Federal de 1988, à Saúde foi dispensado o *status* de direito social fundamental (art. 6º), atrelado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, consubstanciando-se em “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. 196). 5. É responsabilidade do Poder Público, independentemente de qual seja o ente público em questão, garantir a saúde ao cidadão. No caso em análise, a obrigação de fazer consistiu em determinar aos réus que, solidariamente, providenciassem, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, o procedimento cirúrgico de que necessita Nelci Borges da Silva Hidalgo (reconstrução bilateral das mamas), preferencialmente em hospital da rede pública de saúde. 6. “Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade adminis-

trativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais”. Precedente do Colendo Superior Tribunal de Justiça: (AgRg no REsp 1136549/RS, rel. ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 8.6.2010, *DJe* 21 jun. 2010). 7. O Poder Judiciário não pode se furtar a garantir direito fundamental a cidadão desprovido de recursos financeiros para custear medicamentos e tratamentos médicos indispensáveis à garantia de sua vida e saúde, não havendo que se falar em violação ao princípio da isonomia, em relação aos que se encontram em fila de espera, nas hipóteses em que comprovado o agravamento do quadro clínico do paciente que busca o provimento jurisdicional. 8. Recursos de apelação conhecidos e não providos. A Turma, por unanimidade, conheceu dos recursos de apelação e lhes negou provimento. (AC 0014098-03.2016.4.01.3803, desembargador federal Kassio Nunes Marques, TRF1 - Sexta Turma, *e-DJF1* de 21 fev. 2018.)

Por todo o exposto, o direito à saúde, qualificado na ordem internacional como direito de segunda dimensão, com a necessidade de atuação positiva e programática do Estado, não pode ser vilipendiado pela má gestão ou omissão estatal, já que está intimamente ligado ao direito à vida, cláusula p treia, de aplicabilidade imediata e indistinta a todos os indivíduos.

5 Conclusão

Conclui-se que a a o civil pública é um instrumento processual conferido ao Ministério Público na defesa dos interesses individuais indisponíveis, atinentes ao tratamento médico, em razão da omissão ou do descumprimento do dever constitucionalmente dirigido ao Estado brasileiro.

Esse dever estatal constitui, em sua essência, verdadeira garantia fundamental do cidadão. Ocorre que a efetiva o das garantias constitucionais e legais do direito   saúde esbarra no estágio de desenvolvimento insuficiente do próprio Estado.

Com efeito, a omissão e o desvirtuamento de recursos públicos para outros fins, diuturna e reiteradamente, conduzem ao descumprimento dessa proteção pelos entes estatais responsáveis pelo Sistema Único de Saúde, cuja manutenção deve-se dar de forma solidária com o engajamento dos entes federativos.

Nesses casos, caberá ao Ministério Público e aos outros atores sociais legitimados promoverem, em ambas as esferas (judicial e extrajudicial), o cumprimento do disposto na Constituição da República e na legislação correlata.

Nessa linha de raciocínio, é possível concluir que a atuação do Ministério Público se faz necessária para resguardar o direito à vida e à saúde de pessoa enferma e carente de recursos financeiros, podendo pleiteá-los a quaisquer dos entes federativos, desde que demonstrada a necessidade do paciente, tudo com o fito de preservar o direito social e individual indisponível.

Conforme evidenciado no presente artigo, o Supremo Tribunal Federal sedimentou entendimento, após intensos debates, pela legitimidade do Ministério Público na propositura da ação civil pública na defesa dos citados direitos individuais indisponíveis.

O Estado brasileiro invoca, como matérias de defesa processual, a aplicabilidade da Teoria (alemã) da Reserva do Possível e a violação aos princípios da separação dos Poderes e da isonomia substancial.

No que diz respeito à Reserva do Possível, o Estado sustenta que a implementação dos direitos constitucionalmente assegurados ao cidadão, como, *in casu*, o direito à saúde, somente poderia ocorrer mediante prévia dotação orçamentária.

Entretanto, a jurisprudência dos tribunais superiores consolidou a inaplicabilidade dessa teoria quando a matéria de fundo referir-se a garantias fundamentais, como o direito à saúde, em uma exemplificação clássica do significado da escorreita *ponderação de interesses* (técnica de solução de aparente conflito entre princípios constitucionais).

Nessa linha de raciocínio, surge a garantia ao *mínimo existencial* como fundamento constitucional dos direitos fundamentais

e sociais, entre os quais se encontram o direito à vida (primeira dimensão) e o direito à saúde (segunda dimensão).

No que tange à alegação de violação ao princípio da isonomia, o argumento de defesa estatal respalda-se em hipotética sustentação de que um paciente seria privilegiado por uma decisão judicial favorável, a despeito de tantos outros enfermos que se encontrem na mesma ou em pior situação.

Contudo, como evidenciado anteriormente, esse postulado isonômico deve ser interpretado de forma substancial, é dizer, o tratamento dispensado aos desiguais deve-se dar de acordo com as suas desigualdades e na medida de seus méritos. O Estado não deve se valer do princípio da isonomia meramente formal para negar o direito social à saúde. E, para que isso não ocorra, é fundamental para a sociedade brasileira a atuação atenta e eficaz do *Parquet*.

A partir do momento em que o Estado brasileiro, no desempenho de sua função jurisdicional, se deparar com um indivíduo que necessite de seu amparo, torna-se imprescindível garantir os direitos sociais que lhe são constitucionalmente devidos, mormente quando prevalece em nosso ordenamento jurídico o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Por conseguinte, é possível concluir-se que o direito à saúde, qualificado na ordem internacional como direito de segunda dimensão, com a necessidade de atuação positiva e programática do Estado, não pode ser vilipendiado pela má gestão ou pela omissão estatal, cabendo ao Ministério Público, como defensor da ordem jurídica e dos direitos sociais e individuais indisponíveis, zelar pela sua efetivação, conferindo, dessa forma, real significado à Constituição da República.

Referências

ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (orgs.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 32. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

BRASIL. *Conselho Nacional do Ministério Público*. Disponível em: [www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Resolução_nº_118_autocomposição](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Resolucao_nº_118_autocomposicao). Acesso em: 21 jul. 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

_____. Controle judicial dos atos políticos e administrativos na saúde pública. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (orgs.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, v. 3, Mandamentos, 2000.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Controle Judicial dos atos políticos e administrativos na saúde pública. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (orgs.). *Políticas Públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FEIJÓ, Renato Wilson. *A expansão da democracia e da exclusão social: duas tendências no mundo contemporâneo*. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2000.

FERNANDES NETO, Antônio Joaquim. Desafios da promotoria na saúde coletiva. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (coords.). *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *O controle da administração pelo Ministério Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GLOBEKNER, Osmir Antonio. *A saúde entre o público e o privado: o desafio da alocação social dos recursos sanitários escassos*. Curitiba: Juruá, 2011.

GODINHO, Robson Renault. Notas acerca da capacidade postulatória do Ministério Público. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (coord.). *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 11. ed. atualizada e reformulada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

ISMAIL, Mona Lisa Duarte Abdo Aziz. O papel do Ministério Público no controle de políticas públicas. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, ano 13, n. 42-43, p. 179-208, jan./dez. 2014.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores – Lei 7.347/85 e legislação complementar*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

———. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Ação civil pública para defesa de direitos individuais disponíveis e divisíveis – Inadequação do veículo processual – Constitucionalidade de taxas para prestação de serviços públicos específicos e divisíveis da Prefeitura de Taubaté. In: WALD, Arnaldo (coord.). *Aspectos polêmicos da ação civil pública*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MATEUS, Cibele Gralha. *Direitos fundamentais sociais e relações privadas: o caso do direito à saúde na Constituição brasileira de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016. São Paulo: Atlas, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

TORRES, Silvia Faber. Direitos prestacionais, reserva do possível e ponderação: breves considerações e críticas. *In*: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

WATANABE, Kazuo. Disposições gerais. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 11. ed. atualizada e reformulada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo – tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.