



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Efetividade da Ação Civil Pública diante da necessidade de prestação de serviços públicos de saúde tendo em vista o princípio da separação dos poderes

Barbara Silva de Albuquerque

Rio de Janeiro
2015

BARBARA SILVA DE ALBUQUERQUE

Efetividade da Ação Civil Pública diante da necessidade de prestação de serviços públicos de saúde tendo em vista o princípio da separação dos poderes

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós Graduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro

2015

EFETIVIDADE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA DIANTE DA NECESSIDADE DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE TENDO EM VISTA O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Barbara Silva de Albuquerque

Graduada pela Universidade Candido Mendes.
Advogada. Pós Graduada em Direito Privado Patrimonial pela Pontifícia Universidade Católica.

Resumo: O direito à saúde é um dos direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal. Não há dúvidas de que viver bem é anseio de qualquer ser humano. O Estado é o órgão principal para promover medidas adequadas e criar um aparato estrutural, capaz de suprir as necessidades básicas de cada cidadão. Ao se manter omissa nessa função, estará violando frontalmente o comando disposto na Carta Política Brasileira. Com o objetivo de evitar tais casos, o legislador criou mecanismos para a proteção desse direito, como a ação civil pública. A essência do trabalho é abordar os princípios que envolvem a concretização dessas políticas públicas de saúde pelo Judiciário, através da interposição dessa referida ação constitucional pelo Ministério público.

Palavras-chave: ACP. Serviços Públicos de saúde. Princípio da separação dos poderes.

Sumário: Introdução. 1. Política de serviços públicos de saúde: direito à saúde, competência e omissão. 2. A mitigação do princípio da separação dos poderes para permitir a efetivação dos direitos fundamentais. 3. Posição da jurisprudência diante da interposição da Ação Civil Pública com pedido de contratação de serviço público de saúde. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico tem como objetivo verificar a efetividade da Ação Civil Pública, como ação de garantia constitucional, diante da inércia do poder público na implementação de serviços públicos de saúde.

O direito à saúde caracteriza-se como direito individual indisponível e está previsto na Constituição Federal em seu artigo 196. Não há dúvidas de que a estrutura básica da vida do

ser humano está fundada na sua saúde, é ela que lhe dá forças para seguir seu caminho do nascimento até sua morte.

Assim, o Estado deve promover políticas públicas de acesso universal à saúde, sendo competente para tal o Poder Executivo dos poderes da República, sendo todos solidários.

No entanto, no mais das vezes, o que se vê é um descaso muito grande do Poder Executivo em implantar tais políticas. Falhando o Executivo em sua tarefa, resta ao cidadão recorrer ao Poder Judiciário para ver seu direito concretizado, um desses mecanismos para a proteção dos direitos do cidadão é a Ação Civil Pública.

No entanto, essa mesma Constituição Federal que prevê o direito universal à saúde, prevê também a separação dos poderes. Os poderes da República devem atuar com parcimônia e igualdade, não podendo se sobrepor ao outro, conforme art. 2º da CRFB.

Nesse ponto se concentra o objetivo principal desse artigo, que é verificar no caso concreto de omissão do poder executivo, a viabilidade de interposição da ação civil pública, com pedido para a implementação de políticas públicas de saúde.

A doutrina e jurisprudência apresentam alguns embates ao julgamento dessas ações pelo judiciário, tendo como principais argumentos o princípio da separação dos poderes e a chamada reserva do possível. É preciso analisar a força desses dois argumentos diante da análise dessas ações universal à saúde e a vida.

Por fim, o trabalho visa a esclarecer a efetividade da Ação Civil Pública como instrumento capaz de fazer o Poder Executivo fornecer o direito à saúde, unindo harmonicamente os dispositivos da Constituição Federal.

1. POLÍTICA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE: DIREITO À SAÚDE, COMPETÊNCIA E OMISSÃO

O art. 196 da Constituição Federativa do Brasil determina que o direito à saúde é um direito de todos e uma obrigação do Estado, a ser implementado através de políticas sociais e econômicas. O legislador elevou o direito à saúde como fundamental, definindo que o cidadão tem direito ao acesso universal e igualitário aos serviços e ações deste direito.

Por óbvio verificamos que não se trata de mera norma programática, a qual se faz necessária a elaboração de legislação complementar para que possa ser exercida pelo cidadão. Se assim fosse, seria dizer que o legislador fez constar tão somente uma promessa a um direito tão fundamental ao homem.

Nesse sentido traduz interessante passagem do livro do Min. Gilmar Ferreira Mendes¹:

[...] Dizer que a norma do art.196, por tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeito, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar força normativa da Constituição.

Não se pode negar a prestação de medidas de combate a doenças sob o argumento de que se trata de norma programática. Com certeza a adoção desse pensamento seria por via reflexa dar azo à indiferença de proteção do ser humano, o que ocasionaria, como vem ocorrendo com diversos outros direitos, a acomodação do Estado em prestá-lo.

Assim, esse direito não é um direito a ser efetivado ao bel prazer do Estado, ele é um dever, uma obrigação. O direito à saúde vincula-se fundamentalmente ao princípio da dignidade da pessoa humana, não há como imaginar que um ser humano possa viver com dignidade e respeito se não houver a proteção a sua saúde. Ele é o verdadeiro direito à vida.

Para ser alcançado, necessário se faz a criação de políticas públicas de saúde, sendo de função do Estado, do poder executivo dos três poderes, ou seja, da União, do Estado, Distrito Federal e dos Municípios. O legislador previu a competência comum entre os entes, para a prestação desse serviço, levando em consideração a sua essencialidade, não poderia ficar tão importante direito vinculado a um só ente.

¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 643.

Como acontece com os direitos fundamentais, a programação de efetivação dos direitos à prestação universal à saúde, necessita que esses entes solidários a concretize através de medidas preventivas ou repressivas de combate a doenças.

A jurisprudência e doutrina são uníssonas nesse entendimento, de que o art. 196 da CRFB é de cumprimento imediato:

A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional insequente. O caráter programático da regra escrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatário todos os entes políticos que compõe, no plano institucional, a organização federativa do Estado Brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional insequente, sob pena de o poder público fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. [...] ²

Assim, o Estado deve adotar medidas para concretizar esse direito, sob pena de violação, seja ela comissiva ou omissiva (o não fazer, ou não prestar). O deixar de cumprir um dever legal também deixa sem efetividade a Lei Fundamental.

O Min. Celso de Mello ³, em julgamento no Supremo Tribunal Federal, assim fundamentou seu voto relacionado à omissão do Estado:

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-administrativa, eis que, mediante inércia, o poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

Na verdade, o que mais se vê na prática no Estado Brasileiro é essa omissão quando se trata de saúde pública. Como dito acima, o direito à saúde é fundamental, nesse sentido o professor, Uadi Lammêgo Bulos ⁴, em interessante passagem do seu livro ressalta que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, devendo o Estado executá-lo pessoalmente ou por intermédio de terceiros.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 368.041. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2079248>>. Acesso em: 04 abr. 2015.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 185/794-796. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2175381>>. Acesso em: 02 abr. 2015.

⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1555.

O Estado, não deve abster-se da prestação desse serviço, sob pena de violação direta à Constituição Federal. A concretização pode ser feita pelo próprio Estado ou por terceiros por esse contratado, o que importa é a prestação do serviço em si.

Cabe aqui abrir um parênteses para trazer a violação positiva, ou seja, a “omissão” através da prestação. Isso também é bem recorrente no Estado Brasileiro, a prestação falha, quase inexistente do serviço de saúde. A mera existência de hospitais e postos de saúde não configuram a efetiva prestação do serviço. De toda forma, seja com a prestação falha ou com a negativa de prestação quem sofre é a população.

Por tudo quanto exposto, as atitudes acima narradas, violam o direito à vida, à preservação da vida, o princípio da dignidade da pessoa humana e, o maior de todos, a Lei Fundamental do Estado: a Constituição Federativa do Brasil.

Assim, essa população tão sofrida, diante desse cenário de omissão não pode ficar inerte. É nesse momento que a maior parte recorre ao Poder Judiciário, ou as que a esse não recorrem, são beneficiadas por ações de tutela coletiva, ofertadas por diversos legitimados.

Hoje tem-se diversas ações civis públicas cujo objeto é a contratação de médicos e compras de medicamentos; uma delas movida pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro tem o pedido de contratação de médicos para o Hospital Souza Aguiar, no entanto está em julgamento no Supremo Tribunal Federal com repercussão geral (RE. 684.612)⁵.

O foco não é essa ação em si, mas o seu objeto, que esta presente muitas outras ações. Será analisado a seguir a possibilidade desse instrumento Constitucional tão importante ser efetivado na prática com a concessão do pedido formulado, sem violar os argumentos trazidos pelo Estado, como o princípio da separação dos poderes e a reserva do possível.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 684612. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4237089>>. Acesso em: 9 setembro 2015.

2. A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES PARA PERMITIR A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os princípios constitucionais são enunciados dispostos na Constituição da República, eles correspondem aos valores os quais a sociedade brasileira entende como fundamental.

Dentre os princípios adotados pela Constituição, está o da separação dos poderes, que possui tamanha importância que já vem disposto logo no art. 2º da CRFB⁶: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

A concentração dos poderes não mão de uma só pessoa não leva à igualdade, à democracia. Por isso, a Constituição os dividiu entre os três Entes Federativos, dando a cada um funções específicas, na tentativa de tornar a sociedade brasileira a mais democrática possível, assim, evitando que um poder se sobreponha sobre o outro.

O Poder Legislativo foi encarregado da função normativa de elaboração das leis; ao Poder Executivo foi destinada as funções de Chefe de Estado, além das funções administrativas do país; ao Poder Judiciário coube a aplicação das leis, a solução dos conflitos de interesse e a guarda do documento mais importante do Estado Brasileiro, a Constituição Federal.

O trabalho não entra nesse mérito específico, mas é preciso ressaltar que apesar de cada Poder ter uma função típica predeterminada, possuem também algumas funções atípicas autorizadas pela própria CRFB. Nesse sentido, descreve José dos Santos Carvalho Filho⁷: “Entretanto, não há exclusividade no exercício das funções pelos poderes. Há sim preponderância”.

Dessa forma, para que seja alcançada a Democracia, é preciso que os poderes sejam exercidos com parcimônia, ou seja, nos limites estabelecidos própria Constituição. Contudo

⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 7 julho. 2015.

⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 3.

que os Entes Federativos atuem com respeito mútuo das prerrogativas dispostas naquela, haverá a plena harmonia no exercício dos poderes.

A base da sociedade brasileira está fincada na democracia, assim, em alguns casos, é permitido a interferência de um poder sobre o outro. É a aplicação direta do chamado mecanismo de freios e contrapesos. Aqui há a aplicação de mais um princípio, qual seja, o da harmonia entre os poderes, pois somente dessa forma os entes estarão se desenvolvendo de forma plena e eficaz através de uma colaboração mútua para impedir abuso do poder e o autoritarismo.

É a própria Constituição que traz essa necessidade de freios e contrapesos de um poder sobre o outro, como por exemplo, quando o Legislativo elabora leis que devem passar pela sanção ou veto do Poder Executivo, tudo na mais perfeita harmonia.

Assim, existe o princípio da separação dos poderes, com cada poder tendo sua função específica, atuando com a devida harmonia evitando arbítrios, omissões e exageros. Com isso, a intervenção do Judiciário na esfera Administrativa para a implantação de políticas públicas de saúde pode ser vista, não como uma invasão de um poder sobre o outro, mas sim como uma harmonia, tão necessária para a manutenção da República.

Bulos⁸, seguindo o mesmo entendimento desse trabalho, chama essa ingerência de flexibilidade do princípio da separação dos poderes, na medida em que o constituinte, ao permitir a ingerência de um poder sobre outro, criou um mecanismo de freios e contrapesos, necessários a harmonia das funções estatais.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁹, permite essa intervenção, principalmente quando trata da eficácia das normas constitucionais.

É certo que não se inclui ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular

⁸ BULOS, op. cit., p. 514.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF/45. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2175381>>. Acesso em: 07 julho 2015.

e implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Portanto, é necessário que o Poder Judiciário em determinadas situações possa intervir no âmbito de atuação do Poder Executivo, principalmente quando a questão envolve os direitos fundamentais. Nesse atuar, não estará violando o princípio da separação dos poderes, mas apenas o flexibilizando para a aplicação do também princípio da harmonia dos poderes, evitando o arbítrio do Poder Executivo sobre a necessária implementação de políticas públicas.

3. POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DIANTE DA INTERPOSIÇÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE CONTRATAÇÃO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

A ação constitucional chamada de “ação civil pública” é um instrumento de grande importância para a sociedade brasileira. É um instrumento processual que não faz valer apenas o direito individual, mas sim o direito coletivo, beneficiando uma grande parcela da população atingida pelo descaso dos Governantes.

A utilização dessa ação coletiva está disposta em diversos diplomas jurídicos, com um campo abrangente de legitimados a sua propositura. Entretanto, este artigo limitará a atuação do órgão do Ministério Público.

A Constituição Federal dispôs expressamente em seu art. 129 III da competência do Ministério Público: “São funções institucionais do Ministério Público: (...) 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; [...]”¹⁰.

O Ministério Público é uma instituição importante para a manutenção do Estado Democrático de direito. A sua função está em proteger não só a coletividade, como a própria República, com atuação destinada à defesa dos interesses sociais e políticos.

Emerson Garcia, assim corrobora do entendimento ao citar Antônio Cláudio da Costa Machado:

Como concluiu Antônio Cláudio da Costa Machado, a “função do Ministério Público”, apesar de instrumental é essencial ao exercício da jurisdição, já que representa o meio de que se vale a lei processual para aprimorar e legitimar a atuação dos direitos indisponíveis. O judiciário, com sua atividade, tem por escopo atuar o direito; o parquet legitimar essa atuação nas hipóteses de direitos indisponíveis¹¹.

Não há dúvidas que o direito à saúde está determinado entre os interesses sociais e individuais indisponíveis da sociedade, sendo assim plenamente cabível a utilização ação civil pública para a proteção desse direito.

Nesse sentido foi o entendimento do Ministro Eros Grau¹² quando citou e seguiu o acórdão do Min. Celso de Mello:

Afirmou que o "direito público subjetivo à saúde representa consequência indissociável do direito à vida [...], 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. (...) o texto constitucional qualifica ações e serviços de saúde como prestações de relevância pública (art. 197), legitimando a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário, nas hipóteses em que os órgãos estatais não respeitam o preceito constitucional, frustrando-lhe a eficácia.

Logo, não há dúvidas de que é possível provocar a atuação do Judiciário através da ação civil pública para a efetivação do direito à saúde, seja para o fornecimento de medicamentos, contratação de médicos, renovação de unidades de saúde, dentre outros pedidos.

¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 7 julho. 2015.

¹¹ GARCIA, Emerson. *Ministério Público*. 4^o Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 111.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 554.088. Relator Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=554088&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 07 julho 2015.

Cabe, nesse momento, discorrer sobre o principal argumento de defesa do Poder Executivo em suas contestações para afastar a procedência da ação civil pública proposta com o pedido de formulação de políticas públicas de saúde. O argumento chave é a chamada teoria da reserva do possível, assim definida por José dos Santos Carvalho Filho¹³:

[...] Referida valoração de conveniência e oportunidade é o que reflete o que modernamente se denomina de reserva do possível, ou seja, o conjunto de elementos que tornam possível esta ou aquela ação governamental e, por via de consequência, o que se revela inviável de ser executado pela administração em certo momento e dentro de determinadas condições.

Logo, a defesa mais utilizada é no sentido de que a Administração Pública não tem condições financeiras suficientes para arcar com o referido direito. Na maior parte das vezes a Administração alega essa escassez de recurso sem fazer sua prova concreta, o que dificulta a aplicação da mera alegação.

O mesmo doutrinador¹⁴ acima citado ressalta que nem todas as metas governamentais se enquadram dentro desta teoria da reserva do possível, afirmando que só diante de provas e elementos concretos é que se verificará a efetiva possibilidade ou impossibilidade de concretização do direito.

Entretanto, os direitos fundamentais que não necessitam de lei para ter efetividade, não podem ter sua concretização condicionada a mera existência de recursos financeiros. Nesse caso, o Poder Judiciário não deve se calar e simplesmente deixar de condenar a Administração somente por força deste argumento, se assim fosse, por via transversa, estaria ele violando frontalmente a Constituição Federal.

O direito à saúde não pode ser visto como uma promessa constitucional a ser realizada quando possível, pois está intimamente ligado a vida humanas que não podem esperar; a

¹³ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 123.

¹⁴ Ibid.

espera por vezes pode caracterizar a morte. É exatamente com base nessa afirmação que caminha a Jurisprudência uníssona do Supremo Tribunal Federal¹⁵:

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Por óbvio, nos dias atuais, qualquer ato administrativo, demanda o dispêndio de dinheiro, por isso não se pode deixar de lado que para a implantação de políticas públicas a Administração necessita ter capacidade econômica financeira. Entretanto, o objetivo primordial de um Estado é administrar o “dinheiro público”, cumprindo os objetivos previstos na Constituição Federal, como é o direito à saúde.

Nesse passo, no que tange à discussão da chamada teoria da reserva do possível, é oportuno ressaltar uma importante distinção feita pelo setor administrativista brasileiro.

A Administração Pública é acometida por diversas funções, funções essas consideradas como um poder-dever agir, conforme dispôs Hely Lopes Meireles, quando definiu que, “Se para o particular, o poder agir é uma faculdade, para o administrador público é uma obrigação de atuar, desde que se apresente o ensejo de exercitá-lo em benefício da comunidade”¹⁶.

A Constituição determinou ao Poder Executivo a função de proteção do direito à saúde, é uma obrigação de fazer. Assim, o poder público em casos como o estudado neste artigo, acaba por se tornar omissa ao não praticar condutas que lhe são impostas, condutas estas, por se tratar de omissões específicas não se enquadram na teoria da reserva do possível.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF/45. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2175381>>. Acesso em: 07 julho 2015.

¹⁶ MEIRELES LOPES, Hely. *Direito administrativo brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 83.

Em tais hipóteses, assegura-se ao interessado exigir da autoridade omissa conduta positiva – originária, pois do poder-dever de agir atribuído aos administradores públicos. Em caso de resistência, é assegurado ao interessado o recurso à via judicial, na qual poderá postular seja o omissa condenado ao cumprimento de obrigação de fazer, no caso, a de adotar conduta positiva, inclusive para o fim de praticar o ato administrativo de sua competência.¹⁷

Com isso, não há falar que a imposição feita pela Constituição Federal ao administrador público, para que preste o serviço de saúde seja uma mera imposição genérica, da qual o administrador pode escolher qual será o melhor momento para sua implantação. O serviço básico de proteção à saúde da sociedade precisa ser implantado de plano.

Por isso, os Tribunais Superiores, entendem que os gastos públicos precisam ter prioridades. O primeiro deles é a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, que como dito no início deste artigo, fundamenta o direito à saúde. Assegurar a saúde é dar bem estar, é proteger a vida, é a proteção de um núcleo essencial do direito fundamental, mínimo existencial, o básico que deve possuir qualquer cidadão com dignidade.

O Min. Gilmar Ferreira Mendes¹⁸ trata do tema em seu livro ressaltando que:

Cogita-se aqui os chamados “limites dos limites” (Schranken-Schranken), que balizam a ação do legislador quando restringe direitos individuais. Esses limites que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto a necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.

Dessa forma, diante da necessidade econômico-financeira do Poder Público (reserva do possível) adicionada a necessidade de manutenção de direitos mínimos, deve-se pautar ambos sob o princípio da razoabilidade. Quanto ao mínimo existencial não pode constituir-se de discussão a cerca da escassez de recursos, esse mínimo deve ser implementado. Depois disso, pode-se discutir, mediante prova devidamente constituída, da falta de recursos.

Assim, como tratou o Min. Celso de Mello¹⁹ na ADPF 45, necessário se faz a verificação do binômio: razoabilidade da pretensão deduzida em Juízo e a existência de

¹⁷ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 45.

¹⁸ MENDES, op. cit., p. 211.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF/45. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2175381>>. Acesso em: 07 julho 2015.

possibilidade financeira do Estado para tornar efetiva a pretensão pretendida. Cabe, neste interim, trazer a redação do referido acordo:

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

Cabe destacar, assim, extraindo-se da ADPF acima julgada, que nem tudo poderá ser considerado uma intervenção indevida do Judiciário em políticas públicas, nem tudo converte-se em violação do princípio da separação dos poderes.

Foi essa necessária análise da razoabilidade, tão sensível no que se refere à saúde, que fez com que o próprio STF travasse uma audiência pública, no julgamento da suspensão de tutela antecipada nº 175²⁰, para fixar alguns parâmetros para solucionar esse tipo de lide.

Resumidamente²¹, o primeiro passo a ser dado na busca da concessão ou não dos pedidos efetuados em ações que envolvem o tema é saber se já existe política estatal para a prestação de saúde requerida pela parte (nesse caso não há criação de políticas públicas pelo judiciário); se a prestação se enquadra dentro das políticas previamente estipuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

No caso, de a prestação não se enquadrar dentro das políticas do SUS, se faz necessário analisar o motivo do serviço ou medicamento não está enquadrado. Aqui é onde se encaixa a decisão positiva do judiciário, tudo dentro da razoabilidade.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF/45. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2570693>>. Acesso em: 4 setembro 2015.

²¹ MENDES, op. cit., p. 660.

Caso o objeto da ação não esteja previsto nos regulamentos do SUS por ter um outro método alternativo, deverá ser analisada a verdadeira eficácia deste em razão da individualidade do paciente; caso não haja meios alternativos: ficam fora da concessão os medicamentos meramente experimentais (não há conteúdo econômico); quanto aos novos medicamentos, deverá ser analisada a motivação de ainda não estar incorporado ao SUS, caso o motivo seja a demora burocrática para a aprovação (omissão administrativa), pode ser objeto de demanda judicial²².

A menção acima, pode ser usada tanto no caso de fornecimento de medicamento como no tratamento clínico de saúde.

Hoje, a população do Município do Rio de Janeiro, aguarda o julgamento de um importante Recurso Extraordinário interposto pelo Ministério Público do Rio de Janeiro cujo objeto é a contratação de médicos para o Hospital Souza Aguiar. O tema é de tamanha importância que a Relatora, Ministra Cármen Lúcia²³, reconheceu a repercussão geral do tema, conforme ementa abaixo:

EMENTA: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS ESPECIFICAMENTE QUANTO À SUFICIÊNCIA DE PROFISSIONAIS NA ÁREA DE SAÚDE. ALEGADA CONTRARIEDADE AOS ARTS. 2º E 196 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. Repercussão geral reconhecida do tema relativo aos limites da competência do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes em concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção.

A concessão do pedido acima pelo STF beneficiará um número enorme de pacientes que buscam ajuda nos hospitais públicos e acabam apenas aguardando atendimento pelos corredores do hospital.

²² Ibid.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 684612. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4237089>>. Acesso em: 9 setembro 2015.

Assim, verifica-se que a ação civil pública pode objetivar a implantação de políticas públicas de saúde, seja ela a construção de rede hospitalar, a contratação de médicos para as unidades de saúde já existentes ou mesmo o fornecimento de medicamentos aos pacientes.

CONCLUSÃO

Dessa forma, nem toda intervenção do judiciário na esfera de outro poder configura a violação do princípio da separação dos poderes. É plenamente possível a utilização da ação civil pública com o objeto que demande direito à saúde, desde que estejam sendo violados frontalmente direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, seja o fornecimento de medicamentos ou até mesmo na implantação de políticas públicas.

As ações movidas com esse objeto deverão trazer toda a documentação possível, capaz de demonstrar ao judiciário a necessidade da população, seja ela feita através indicações médicas ou, no caso de negligência, a prova na falta do serviço. As questões deverão ser analisadas através de uma instrução processual com produção de provas para ambas as partes.

Cabe destacar, que não se pode fazer ponderação em relação ao mínimo existencial, como por exemplo, a quantidade de médicos necessários dentro de um hospital. O direito à saúde está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, por isso não tem como deixar para concretizá-lo apenas quando tiver dinheiro em caixa. Nesse ponto, de mínimo existencial, não há espaço para a chamada reserva do possível.

O mais importante aos operadores do direito, ao tratar desse tema tão delicado, é fazer a interpretação harmônica da Constituição Federal, das leis ordinárias e dos princípios que regem o ordenamento jurídico.

Essa matéria, além de relevante juridicamente, traz consigo uma carga emocional muito grande, por isso o Poder Judiciário precisa no momento do julgamento manter a maior imparcialidade possível, observando, através do princípio da razoabilidade o seu dever de ação, o seu dever de concretizar políticas públicas para salvar vidas.

Assim, conclui-se que o órgão do Ministério Público pode fazer uso desse instrumento de garantia constitucional, que é a ação civil pública, para efetivar o direito à saúde disposto na Constituição Federal.

Por mais que a concretização dos direitos dispostos na Constituição Federal, causem uma discussão jurídica muito grande, deve-se lembrar que esses direitos não são meras programação de Governo, são obrigações, ou seja, é um dever a sua concessão pelo Poder Público.

Nesse contexto, não deveria mais o Poder Executivo tentar afastar sua obrigação de concretizar as políticas públicas de saúde, evitando assim a quantidade enorme de demandas com esse objeto.

Dessa forma, nem toda atuação do Poder Judiciário na concessão do pedido formulado na ação civil pública, será considerado como ativismo judicial imotivado. Caso o Magistrado, nessas ações, mitigue o princípio da separação dos poderes pautado na razoabilidade e no princípio da dignidade da pessoa humana, estará decidindo com fundamentos que o conduzem dentro da mais perfeita legalidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 fev. 2014.

_____. Lei n. 7.347/85, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig>. Acesso em: 06 fev. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45. Relator Ministro Celso Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2175381>>. Acesso em: 06 fev. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 684612/RJ. Relatora Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4237089>>. Acesso em: 06 fev. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 368.041. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2079248>>. Acesso em: 04 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. RTJ 185/794-796. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2175381>>. Acesso em: 02 abr. 2015.

_____. Tribunal De Justiça Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70026109132. Rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 30 agosto 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEIRELES LOPES, Hely. *Direito administrativo brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MORAES, Guilherme Penã. *Curso de direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012