

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
NÍVEL MESTRADO**

**LUIS FELIPPE FONSECA CATÓLICO**

**DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS E UMA ABORDAGEM  
DA ATUAÇÃO LEGÍTIMA DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM SUA DEFESA: O CASO  
DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE NA COMARCA DE GAROPABA,  
SANTA CATARINA**

**SÃO LEOPOLDO**

**2019**

Luis Felipe Fonseca Católico

Direitos Fundamentais Sociais Prestacionais e uma Abordagem da Atuação Legítima  
do Ministério Público em sua Defesa: o caso do direito social à saúde na comarca de  
Garopaba, Santa Catarina

Dissertação apresentada para obtenção  
do título de Mestre em Direito, pelo  
Programa de Pós-Graduação em Direito  
da Universidade do Vale do Rio dos Sinos  
- UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. Wilson Engelmann

São Leopoldo

2019

C366d      Católico, Luis Felipe Fonseca  
Direitos Fundamentais Sociais Prestacionais e uma  
Abordagem da Atuação Legítima do Ministério Público em sua  
Defesa: o caso do direito social à saúde na comarca de  
Garopaba, Santa Catarina / Luis Felipe Fonseca Católico --  
2019.  
151 f. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade do Vale do Rio dos  
Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2019.  
Orientador: Prof. Dr. Wilson Engelmann.

1. Direito fundamental social à saúde. 2 Ministério Público. 3.  
Efetividade. 4. Sistema de implementação. I. Título. II. Engelmann,  
Wilson.

CDU 34:614

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD  
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: "**DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS E UMA ABORDAGEM DA ATUAÇÃO LEGÍTIMA DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM SUA DEFESA: o caso do direito social à saúde na Comarca de Garopaba, Santa Catarina**" elaborada pelo mestrando **Luis Felipe Fonseca Católico**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

Porto Alegre, 11 de outubro de 2019.

Profa. Dra. **Fernanda Frizzo Bragato**  
Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Wilson Engemann Wilson Engemann

Membro: Dr. Guilherme Wunsch Guilherme Wunsch

Membro: Dra. Raquel Von Hohendorff Raquel von Hohendorff

## RESUMO

A presente pesquisa visa lançar luzes sobre qual o modo de o Ministério Público brasileiro desempenhar de forma mais legítima a missão constitucional, como ator jurídico e político, de defesa dos direitos fundamentais sociais, especialmente o direito à prestação de saúde. Para tanto, abranger-se-á o problema sob a ótica dos direitos individuais como dos direitos coletivos, bem como a partir da utilização dos instrumentos extrajudiciais e judiciais disponíveis à instituição. Passa-se, para tanto, por uma análise sobre qual o atual patamar de reconhecimento dos direitos fundamentais e algumas das falhas identificadas no Direito em razão da busca de sua efetividade. Com isso, em análise da atuação do Ministério Público a partir de casos ilustrativos sobre a forma como o problema da eficácia do direito fundamental à saúde é realizada na prática forense da comarca de Garopaba, em Santa Catarina (Brasil), bem como em uma revisão da literatura sobre a posição do direito fundamental social a saúde e precedentes jurisprudenciais recentes sobre a matéria, busca-se esclarecer a identificação da existência de um regime jurídico de implementação para o direito social (a saúde e outros) e que as prestações de saúde individuais que fujam dessa sistemática deve ser encaminhada como questão de dignidade da pessoa humana. As classificações, funções e dimensões do direito social à prestação, assim, conferem entendimento sobre as possíveis esferas de atuação judicial e extrajudicial, individual e coletiva, do Ministério Público. Em contextualização do tema para a atuação ministerial e como conclusão, aponta-se que a interpretação e aplicação da norma definidora de direito fundamental social de acordo com a defesa da ordem jurídica e interesses sociais, deve se dar nesse passo perante o sistema de implementação e concretização constitucionalmente previsto.

Palavras-chave: Ministério Público brasileiro. Direito fundamental social à saúde. Efetividade. Sistema de Implementação.

## **ABSTRACT**

This research aims to shed light on how the Brazilian Public Prosecution Service more legitimately performs the constitutional mission, as a legal and political actor, to defend fundamental social rights, especially the right to health care. To this end, the problem will be covered from the standpoint of individual and collective rights, as well as from the use of extrajudicial and judicial instruments available to the institution. Therefore, it is necessary to analyze the current level of recognition of fundamental rights and some of the flaws identified in the Law due to the search for their effectiveness. Thus, in the analysis of the Public Prosecution Service's action based on illustrative cases on how the problem of the effectiveness of the fundamental right to health is performed in the forensic practice of Garopaba County, Santa Catarina (Brazil), as well as in a review From the literature on the position of the fundamental social right to health and recent jurisprudential precedents on the subject, we seek to clarify the identification of the existence of a legal implementation regime for social law (health and others) and that individual health benefits Escaping this system should be referred to as a matter of human dignity. The classifications, functions and dimensions of the social right to benefit thus provide an understanding of the possible spheres of judicial and extrajudicial action, individual and collective, of the Public Prosecution Service. In contextualization of the theme for the ministerial performance and as a conclusion, it is pointed out that the interpretation and application of the norm defining the fundamental social right in accordance with the defense of the legal order and social interests, must take place in this step before the system of implementation and constitutionally provided for.

Key-words: Brazilian Public Prosecution Service. Fundamental social right to health. Effectiveness. Implementation system.

## **LISTA DE SIGLAS**

CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
IDHM	Desenvolvimento Humano Municipal
JCN	Conselho Nacional de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2 O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE, ELEMENTOS BÁSICOS DE SUAS DIMENSÕES E SUA EFETIVIDADE .....</b>	<b>13</b>
2.1 O Direito Social à Saúde e as Dimensões Subjetiva e Objetiva dos Direitos Fundamentais .....	17
2.2 Das Classificações dos Direitos Fundamentais, uma Importante Divisão...27	
2.3 Da Relação entre as Dimensões Subjetiva e Objetiva. Um Problema de Prevalência? .....	31
2.4 Pressupostos para a Discussão de uma Implementação ‘mais’ Legítima’ do Direito Fundamental à Saúde .....	33
2.5 Da Política Pública Constitucional do Direito à Saúde. Direito Subjetivo a Prestações e do Conteúdo Programático; Efeitos Decorrentes das Normas Consagradoras de Direitos Sociais. Uma Dupla Consideração Possível .....	38
2.6 Da Validade e dos Limites para os Direitos Subjetivos a Prestações .....	43
<b>3 O DIREITO SOCIAL À SAÚDE NA PRÁTICA JURÍDICA E O REGIME JURÍDICO DE IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....</b>	<b>47</b>
3.1 Caso 1 - Direito Social à Saúde. Assistência Farmacêutica Integral. Improcedência .....	48
3.2 Caso 2. Direito Social à Saúde. Assistência Farmacêutica Integral. Procedência .....	53
3.2.1 O Cotejo da Atuação do Ministério Público do Estado de Santa Catarina e das Decisões Judiciais, as Argumentações Jurídicas dos Casos 1 e 2 .....	56
<b>3.3 Das Falhas na Aplicação do Direito e o Contexto de Pensamento Jurídico Contemporâneo em Relação aos Direitos Sociais .....</b>	<b>59</b>
3.3.1 Da Lógica do Mais. Da Amplificação Qualitativa do Resultado Interpretativo das Normas Constitucionais Definidoras de Direitos Fundamentais.....	61
3.3.2 Da Aplicabilidade Imediata. A Identificação do Objeto para a Legitimidade da Implementação dos Direitos Fundamentais Prestacionais.....	67
<b>3.4 Do Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais Sociais. Do Conteúdo Programático e dos Sistemas ou Regimes de Implementação dos Direitos Sociais a Prestações.....</b>	<b>72</b>



<b>3.5 Os Limites e as Possibilidade na Tutela de Direito Subjetivo Individual à Prestação de Saúde .....</b>	<b>76</b>
<b>3.6 Do Direito Social Individual Indisponível e do Direito Individual Indisponível à Saúde .....</b>	<b>83</b>
<b>4 O MINISTÉRIO PÚBLICO E A ATUAÇÃO EM RELAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>86</b>
<b>4.1 Um Breve Histórico do Ministério Público Brasileiro.....</b>	<b>86</b>
<b>4.2 O Ministério Público da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a Defesa dos Direitos Fundamentais.....</b>	<b>90</b>
<b>4.3 Da Posição Constitucional dos Interesses Defendidos pelo Ministério Público. O Papel Jurídico-Político e sua Obrigação de ‘Meio’ em Relação aos Direitos Fundamentais.....</b>	<b>94</b>
<b>4.4 O Art. 127 da CRFB/88 e uma Reflexão da Atuação Prévia à Judicialização de Demandas pelo Ministério Público. Uma Metodologia para a Atuação Legítima .....</b>	<b>103</b>
<b>4.5 O Ministério Público ‘Individual’ na Defesa do Direito Social à Saúde .....</b>	<b>111</b>
<b>4.6 Proposições para uma Atuação Legítima do Ministério Público na Defesa Coletiva da Saúde .....</b>	<b>115</b>
<b>4.7 Proposições para uma Atuação Legítima do Ministério Público na Defesa Individual da Saúde.....</b>	<b>119</b>
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>124</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>127</b>
<b>ANEXO A - CASO 1 - DIREITO SOCIAL À SAÚDE. ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA INTEGRAL. IMPROCEDÊNCIA.....</b>	<b>132</b>
<b>ANEXO B - CASO 2 - DIREITO SOCIAL À SAÚDE. ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA INTEGRAL. PROCEDÊNCIA.....</b>	<b>147</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O objeto de pesquisa desta dissertação se direciona ao problema de identificar qual a atuação legítima que se espera do Ministério Público na concretização de direitos sociais prestacionais, tendo como referência o direito à saúde, a partir da leitura das normas programáticas da Constituição da República Federativa do Brasil.

O foco da abordagem se dá pelo fato de que, no exercício de sua missão institucional, o Ministério Público brasileiro diariamente se depara com a defesa de interesses que envolvem o direito fundamental social à saúde, notadamente voltados a pretensão de uma prestação de saúde. E os casos não são poucos<sup>1</sup>.

Diante da realidade que fundamenta cada um desses procedimentos, as possibilidades de se buscar a tutela dos interesses da saúde são inúmeras e se referem, um par de vezes, à exigibilidade de prestação positiva material do poder público.

A básica constatação prática multiforme do Ministério Público, em si, instiga a constatação sobre de que maneira a atuação institucional é desenvolvida no sentido de conferir efetividade aos mandamentos constitucionais de direitos sociais, em especial a saúde.

Isso porque as vias de solução, as linhas de argumentação, os fundamentos e pedidos utilizados pelos membros da instituição para pretender o restabelecimento da ordem jurídica perante uma lesão ou ameaça de lesão a direito individual ou coletivo de prestação estatal positiva nos revela para qual rumo o Ministério Público aponta.

De fato, é certo que a valoração de caminhos jurídicos para cada caso não só indica uma posição individual do órgão de execução local, mas carrega ao fundo a visão de qual 'justiça' o Ministério Público presta com o desempenho de sua função essencial e como desempenha seu papel perante a sociedade política (atores reais dos poderes do Estado) e civil (cidadãos em comunidades) brasileira.

---

<sup>1</sup> Segundo os dados do anuário de 2018 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), a Saúde é um dos dez principais assuntos processuais e procedimentais mais indicados (ao lado de improbidade administrativa e meio ambiente, por exemplo), sendo que dos 191.235 Inquéritos Cíveis e procedimentos instaurados, 9,5% deles eram relacionados ao tema, num total de 18.130; e dos 5.279.125 Procedimentos Administrativos, 5,7% deles é sobre Saúde, totalizando 298.961.

Ao menos, 300.000 procedimentos extrajudiciais sobre Saúde passam pela análise das Promotorias de Justiça dos Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). **Ministério Público**: um retrato 2018. Brasília, DF: CNMP, 2018. v. 7, p. 48-62. Disponível em: [http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2019/Anu%C3%A1rio\\_um\\_retrato\\_2018\\_ERRATA\\_1.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2019/Anu%C3%A1rio_um_retrato_2018_ERRATA_1.pdf). Acesso em: 30 set. 2019.

Essa referência traz uma correlação direta entre a questão de uma metodologia operacional para o exercício das funções institucionais essenciais de defesa dos interesses tuteláveis pelo Ministério Público (art. 127, CRFB/88)<sup>2</sup> e como a instituição se porta diante do problema dos direitos fundamentais sociais, as políticas públicas para sua efetivação e as lesões ao direito social à saúde individual e coletivo.

E é sobre como o direito fundamental social é desenhado pela Constituição Federal, quais os problemas atuais reais (menos teóricos) da efetividade desses direitos e como essas questões são tratadas internamente e externamente no âmbito instituição.

Essa análise do desempenho institucional perante a justiça social individual e coletiva se relaciona diretamente o problema da atuação legítima do Ministério Público.

O membro da instituição necessariamente se depara com opções de vias e modos de desempenho de suas funções essenciais do art. 129 da CRFB/88 e não há um direcionamento metodológico concreto e seguro para que esse exercício<sup>3</sup> atinja os interesses e direitos componentes da missão constitucional de forma a conferir máxima efetividade aos direitos sociais e racionalização e eficiência para a instituição.

Nota-se a complexa dimensão dessa atuação concreta por pressupor a valoração do que compõe, num caso social com geralmente múltiplas dimensões individuais e coletivas, a ordem jurídica, o regime democrático de direito e os interesses sociais em jogo.

Nesse passo, invariavelmente, deve-se identificar o papel do Ministério Público, histórico e atual, e o que representa reconhecê-lo como ator jurídico-político no Estado e perante a defesa dos direitos fundamentais sociais. Uma tarefa que ao tempo que tutela o ordenamento como ator jurídico, invariavelmente opta por rumos estatais internos e externos (à administração pública e aos legisladores) como ator político.

Com essas considerações, resolve-se separar o trabalho em dois momentos.

O primeiro trata-se de identificar resumidamente os limites teóricos dos direitos fundamentais sociais.

---

<sup>2</sup> Refere-se aqui ao método de como desempenhar as funções institucionais do art. 129 da CRFB/88 para cumprir a missão institucional constitucional do art. 127 da CRFB/88 e atingir os objetivos estratégicos do Ministério Público, que se identificam com os objetivos fundamentais da República (Art. 3º da CRFB/88) enquanto instituição de caráter permanente da organização política do Estado brasileiro desempenho GOULART, Marcelo Pedroso. **Elementos para uma teoria geral do Ministério Público**. 1. ed. São Paulo: Arraes, 2013. p. 167-168.

<sup>3</sup> O qual chama-se também de função operacional ou atuação concreta.

A busca dessa primeira parte tem a finalidade de se examinar sucintamente<sup>4</sup> o conteúdo do direito fundamental a partir de suas dimensões e da natureza prestacional. Visa-se identificar qual o regime jurídico de implementação desses direitos, trazendo assim considerações sobre a eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais e a eficácia das normas do programa constitucional da ordem social.

Nessa exploração inicial, pretende-se delimitar assim o que se espera de um conteúdo de prestação social de saúde prometida pela norma constitucional e legal, traduzindo assim de quais condições surge o dever do Estado e qual a medida da convivência entre a dimensão subjetiva do direito (individual e coletiva) com o regime da dimensão objetiva (da ordem jurídica e seus desdobramentos, tal como a citada dimensão programática das normas da ordem social).

Com esse conteúdo fundamental definido e a identificação do regime jurídico de implementação dos direitos sociais se propõe, por fim, a contrapor essas ideias à posturas e a mentalidades contrárias ao seu reconhecimento, lançando-se luzes à *lógica do mais* e a interpretação incondicionada da aplicação imediata de direitos.

Sob esses pressupostos, a segunda parte se dedica ao Ministério Público e à identificação dos métodos de defesa da efetividade identificados na prática.

Após, em uma rápida reconstrução histórica, apontar para qual o papel do Ministério Público na defesa do direito fundamental social e identificar, por uma proposição metodológica de operação, o que se considera uma atuação legítima de direitos sociais prestacionais pela instituição.

Para se desincumbir do desiderato de crítica metodológica, promove-se a análise de fundamentação e resultado de algumas decisões da Comarca de Garopaba/SC.

Como guia de ilustração e especificação, as decisões e casos envolvem o serviço público de assistência farmacêutica integral, selecionando-se processos judiciais decorrentes de procedimentos administrativos internos de investigação do Ministério Público e que receberam Sentença terminativas de mérito no período de outubro de 2017 a outubro de 2019.

Buscando a identificação dos padrões gerais, alastra-se a pesquisa ao Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina e ao Superior Tribunal de Justiça, resumindo-

---

<sup>4</sup> Assim, para que seja útil e pontual, essa abordagem se dará de forma objetiva e sob as posições de predomínio no mundo acadêmico nacional sobre o tema.

se os posicionamentos que retratam a jurisprudência uniformizada no ano de 2019 em relação a assistência farmacêutica integral.

Outrossim, utiliza-se de recentes pesquisas do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e Conselho Nacional de Justiça (CNJ) sobre a realidade da atuação prática individual e coletiva vivenciada pelo Ministério Público brasileiro em relação a defesa dos direitos sociais.

Dentro desse foco, identificar-se-á a principal forma, modo e mecanismo operacional utilizados para conferir efetividade à norma constitucional do direito social em comento e passar-se-á a associar essas formas para superação de um padrão de defesa por outro mais legítimo do ponto de vista constitucional.

Cotejando assim o modo e a qualidade da defesa ministerial do direito social à saúde, buscar-se-á a identificação mais precisa de qual papel o Ministério Público assume diante da nova ordem jurídica após 1988.

Esclarecendo a conexão entre os temas (direitos fundamentais, Ministério Público, e método de atuação legítima), o caráter estrito dessa dissertação pretende de forma direta responder ao problema: à luz do art. 127 da CRFB/88, qual a atuação legítima do Ministério Público na defesa dos interesses individuais e sociais à saúde considerando o reconhecimento de um regime jurídico constitucional de implementação dos direitos fundamentais sociais?

Como hipótese se pode projetar: diante da deficiência ou inexistência de prestação, o Ministério Público deve atuar a partir do reconhecimento de que há um regime jurídico de implementação das normas definidoras de direitos sociais previsto pela Constituição da República e que direciona metodologicamente a atuação legítima para a concretização dos direitos fundamentais sociais, notadamente à saúde, privilegiando a atuação coletiva para a defesa da ordem jurídica e do regime democrático e, de forma concomitante e progressiva, não descurando dos interesses individuais e da dignidade da pessoa humana.

O objetivo geral da Dissertação é assim edificado: estudar os elementos que estruturam a legítima busca pela concretização do direito fundamental social à saúde na atuação do Ministério Público.

Como objetivos específicos se tem: a) identificar e classificar o direito à saúde a partir da teoria dos direitos fundamentais, identificar o regime jurídico de implementação e contrapô-lo aos problemas/falhas do Direito. b) identificar os padrões de atuação existentes na prática relacionados à exigibilidade dos direitos sociais; c)

diante dos objetivos, planejamento e funções do Ministério Público, o que se revela como a atuação legítima da instituição na defesa do direito de prestação à saúde.

## 2 O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE, ELEMENTOS BÁSICOS DE SUAS DIMENSÕES E SUA EFETIVIDADE

O direito à saúde, como direito fundamental histórico<sup>5</sup>, representou uma inovação para República da Constituição Federal de 1988.

Os regramentos constitucionais anteriores à redemocratização - quando existentes, tais como as leis ordinárias Lei nº 6.229 de 1975, que criou o Sistema Nacional de Saúde e que sucedido posteriormente pelo Sistema Unificado e Descentralizado da Saúde em 1987 - limitavam-se a tratar de regras de competência executiva e legislativa sobre a matéria ou apontar como direito específico de trabalhadores.

Extrai-se que a descrição normativa do direito à saúde e da criação do Sistema Único de Saúde (SUS) representaram a evolução das normas legais dos sistemas de proteção anteriormente estabelecidos, bem como concretização de reivindicações do Movimento de Reforma Sanitária (sobretudo pelas conclusões da VIII Conferência Nacional de Saúde, de 1986, que inspiraram os constituintes de 1987/1988).

Como revela a história, antes da Constituição Federal de 1988 o debate sobre a universalização dos serviços públicos de saúde foi intensificado e materializado pelo que se chamou de “movimento sanitaria” na Assembleia Constituinte e que culminou na idealização do Sistema Único de Saúde.

E foi assim, pelo art. 196 da<sup>6</sup> Constituição, no qual a saúde é “direito de todos e dever do Estado”, além de instituir o “acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

O Sistema Único de Saúde vem instituído no artigo 198 da Constituição<sup>7</sup>: “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, e constituem um sistema único”. Como constitucionalmente instituído, tal sistema deve

---

<sup>5</sup> Para realizá-lo, como obras de referência estão: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2018; e, sobretudo, BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade a judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. [S.l.], 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 30 set. 2019.

<sup>6</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 30 set. 2019.

<sup>7</sup> *Ibid.*

ser “descentralizado” e deve prover “atendimento integral atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais”.

A despeito da opção consagrada de um sistema universal e igualitário, o sistema concebido já possuía diversos problemas no nascedouro, tal como pontua Luis Roberto Barroso<sup>8</sup>:

Por ter priorizado a medicina curativa, o modelo foi incapaz de solucionar os principais problemas de saúde coletiva, como as endemias, as epidemias, além de não ser capaz de melhorar significativamente os indicadores de saúde (mortalidade infantil, expectativa de vida, por exemplo). Tais problemas foram sendo agravados em decorrência de inúmeros fatores, como o aumento constante dos custos da medicina curativa, centrada na atenção médico-hospitalar de complexidade crescente; a diminuição do crescimento econômico, com a respectiva repercussão na arrecadação do sistema previdenciário; a incapacidade do sistema em atender a uma população cada vez maior de marginalizados, que, sem carteira assinada e contribuição previdenciária, se viam excluídos do sistema; os desvios de verba do sistema previdenciário para cobrir despesas de outros setores e para a realização de obras por parte do governo federal; o não repasse pela União de recursos do Tesouro Nacional para o sistema previdenciário, cujo financiamento era tripartite (empregador, empregado e União).

No que toca ao que ficou constitucionalmente normatizado em relação à repartição de competências entre os entes federativos dentro do desenho federativo, na Constituição, se atribuiu competência concorrente para legislar sobre proteção e defesa da saúde - à União, aos Estados e aos Municípios (CRFB/88, art. 24, XII, e 30, II).<sup>9</sup>

Como se nota dessa espécie de competência, cabe à União o estabelecimento de normas gerais e aos Estados, a suplementação da legislação nacional produzida (art. 24, §§ 1º e 2º). Aos Municípios, sob a incidência combinada do art. 30, I e II, compete legislar sobre os assuntos de interesse local, podendo igualmente suplementar a legislação federal e a estadual.<sup>10</sup>

Ao lado da competência de editar leis, em relação à competência administrativa – voltada para alocação de recursos, determinação de organização e estrutura, ou seja, da formulação e execução de políticas públicas de saúde por um ente – esta é

---

<sup>8</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade a judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. [S.l.], 2009. p 14. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 30 set. 2019.

<sup>9</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 30 set. 2019.

<sup>10</sup> *Ibid.*



definida como comum, simultaneamente atribuída à União, aos Estados e aos Municípios, na forma do art. 23, II, da CRFB/88<sup>11</sup>.

Tomando a divisão constitucional, no uso da competência legislativa, em setembro de 1990 foi editada norma nacional denominada a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90)<sup>12</sup> e que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes.

Nela está desenhada a estrutura e o modelo operacional do Sistema Único de Saúde (forma de organização e de funcionamento administrativo).

O SUS e sua estrutura legal e administrativa básica foi arquitetado e concebido como o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, com a possibilidade de a iniciativa privada participar em caráter complementar (art. 4º)<sup>13</sup>.

São onze campos de atuação, sendo um deles a execução de quatro ações fundamentais, do SUS. Dentre as ações, estão: “a) de vigilância sanitária; b) de vigilância epidemiológica; c) de saúde do trabalhador; e d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica”. Não bastasse, dentre os demais dez campos de atuação, destaca-se: a “formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção” (art. 6º, VI)<sup>14</sup>.

A Lei nº 8.080/90, além de estruturar e organizar de forma nacional o SUS e de fixar campos de atuação, estabelece como objetivos a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde, a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a redução de riscos e o acesso igualitário e universal à saúde, bem como a assistência às pessoas por

---

<sup>11</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 30 set. 2019.

<sup>12</sup> BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm). Acesso em: 30 set. 2019.

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> *Ibid.*

intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas (art. 5º).<sup>15</sup>

Como princípios pelos quais sua atuação deve se orientar, o da universalidade – com a garantia de acesso a todas as pessoas às ações e serviços de saúde disponíveis – e o da subsidiariedade e da municipalização (em que Estados e União atuam supletivamente em relação às políticas públicas sanitárias gerais de responsabilidade dos Municípios) (art. 7º, I e IX)<sup>16</sup>.

Na estruturação e organização, a Lei do SUS procurou ainda definir, a partir da distribuição constitucional de competência administrativa, o que especificamente cabe a cada um dos entes federativos.

Em cumprimento ao princípio da municipalização, a estrutura organizacional do sistema se desenvolve voltada à prioritária execução do serviço em âmbito local. Pelo que, assim, a direção municipal do SUS é encarregada de planejar, organizar, controlar, gerir e executar os serviços públicos de saúde no seu município (art. 18, I e III)<sup>17</sup> – não sendo outro o raciocínio do qual essa circunstância incumbe o referido ente das maiores atribuições dentro da divisão administrativa organizada pelo sistema.

Em perspectiva, com abrangência regional, a direção estadual do SUS detém atribuição de promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde, de lhes prestar apoio técnico e financeiro, e de executar supletivamente ações e serviços de saúde que fujam da localidade e demandem a regionalização (art. 17)<sup>18</sup>.

Por sua vez, no âmbito nacional, a direção do SUS é atribuída de “prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional” (art. 16, XIII) e “promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal” (art. 16, XV)<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm). Acesso em: 30 set. 2019.

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> *Ibid.*

Sem adentrar nas inúmeras regulamentações e normativas infralegais que existem (principalmente chamadas de pactos), menciona-se que a cadeia de atribuições administrativas reflete diretamente a forma de organização e do financiamento de ações de saúde.

Este é um importante fator que reforça a complexidade administrativa do sistema. A ver, o fato de um ente ser o responsável diante das normas reguladoras do SUS pelo fornecimento de determinado bem/serviço não significa que o custeio total lhe caiba isoladamente. O recorte das atribuições não condiz com o recorte da divisão financeira-orçamentária<sup>20</sup>.

O SUS está estruturado por complexa rede de atribuições e serviços a serem entregues aos cidadãos (pretensamente) tendo como objetivo que essa prestação se dê de forma universal e igualitária, e a estruturação administrativa e a alimentação econômico-financeira são os invariáveis meios para alcançá-los.

Nessa linha, elucidar e delimitar o que juridicamente se extrai da norma constitucional definidora desse direito e seus desdobramentos teóricos se correlaciona diretamente com o conteúdo social que se espera como prestação estatal.

## **2.1 O Direito Social à Saúde e as Dimensões Subjetiva e Objetiva dos Direitos Fundamentais**

Como já indicado, e da simples leitura do texto constitucional, o direito à saúde é um direito social (art. 6º, CRFB/88) e um direito fundamental (artigo inserido no Capítulo II do Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”)<sup>21</sup>. O clássico exemplo de um direito fundamental de segunda geração ou dimensão.

---

<sup>20</sup> Como aponta BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade a judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** [S.l.], 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 30 set. 2019. Adiciona-se que a discussão federativa que subjaz a questão deve ser travada entre os entes e o Congresso Nacional e, invariavelmente, os operadores do direito posto (dentre eles, o Ministério Público) devem ter em mente, ao analisar questões envolvendo o direito à saúde e as prestações dele decorrentes, a existência de uma estrutura complexa e pensada para o funcionamento eficiente de um sistema que se pretende igualitário e universal.

<sup>21</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 30 set. 2019.

O presente tema possui uma narrativa teórica própria que faz jus à característica identificada por Norberto Bobbio aos direitos fundamentais, qual seja, sua historicidade<sup>22</sup>.

O desenvolvimento da concepção objetiva dos direitos fundamentais percorre profunda transformação a dogmática e teve como pano de fundo o reconhecimento jurídico dos direitos de segunda geração vinculados à igualdade, com o definitivo avanço decorrente do conteúdo de valores que representam.

Dos inúmeros desdobramentos teóricos que essa evolução do constitucionalismo representou, o 'duplo caráter' das dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais é a definitivamente uma das maiores contribuições da teoria dos valores, sendo apontado como a mais relevante das viradas e formulações do direito constitucional contemporâneo e da dogmática dos direitos fundamentais<sup>23</sup>.

O tema importa diretamente para a abordagem do direito à saúde porque visa desvendar os limites e o efetivo conteúdo, sob a perspectiva de que os direitos fundamentais, como direitos subjetivos individuais e como valores (e, assim princípios) objetivos fundamentais da comunidade<sup>24</sup>.

Vale dizer, reconhecem-se dimensões autônomas, não vinculadas entre si tal como 'faces de uma moeda', senão, por serem extraídas como resultados de interpretação das normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais em sua espécie principiológica.

E, por isso, uma mesma norma jurídica possui conteúdos distintos.

Ao passo que as normas constitucionais podem representar direitos titularizados por indivíduos ou coletividades, extrai-se também um conteúdo valorativo, em unidade e sistema de normas. Daí se falar em dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais.

---

<sup>22</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1988.

<sup>23</sup> GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 149-152.

<sup>24</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 147. No direito pátrio, a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não fora amplamente estudada, porém a doutrina estrangeira alemã de onde se extraem seus conceitos teve boa aceitação espanhola e portuguesa.

Aprofundando, a **dimensão objetiva** tem como referência jurisprudencial paradigmática a formulação do Tribunal Constitucional Federal Alemão na decisão final do caso *Lüth-Urteil*<sup>25</sup>.

Conforme se extrai do acórdão, a mais comentada decisão do Tribunal sobre o objeto, proferida no ano de 1958, traz dentre as suas inúmeras contribuições para a teoria geral dos direitos fundamentais o reconhecimento da existência de uma perspectiva valorativa das normas definidoras<sup>26</sup> que objetivamente informa o ordenamento jurídico a partir de seus influxos e diretrizes.

Vale, diante da inauguração e representatividade, a transcrição do trecho do julgado paradigmático acima citado. Nele, o TCF decidiu:

Não há dúvida de que os direitos fundamentais visam, acima de tudo, proteger a esfera de liberdade do indivíduo contra invasões da autoridade pública; eles são direitos de defesa do cidadão contra o estado. Isso resulta do desenvolvimento intelectual da ideia do direito fundamental, bem como dos processos históricos que levaram à inclusão dos direitos fundamentais nas constituições dos estados individuais. Esse também é o objetivo dos direitos fundamentais da Lei Básica, que queriam enfatizar a primazia do homem e sua dignidade sobre o poder do Estado, pressupondo a seção de direitos fundamentais. Portanto, o legislador tem

---

<sup>25</sup> Cf. *BVerfGE* 7, 198-230. Como se extrai do livro de SCHWABE, Jürgen (col.); MARTINS, Leonardo (org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Fundação Konrad Adenauer, 2005. p. 381: O cidadão alemão Erich Lüth, conclamou, no início da década de cinquenta (à época, crítico de cinema e diretor do Clube da Imprensa da Cidade Livre e Hanseática de Hamburgo), todos os distribuidores de filmes cinematográficos, bem como o público em geral, ao boicote do filme lançado à época por Veit Harlan, uma antiga celebridade do filme nazista e co-responsável pelo incitamento à violência praticada contra o povo judeu (principalmente por meio de seu filme "Jud Süß", de 1941). Harlan e os parceiros comerciais do seu novo filme (produtora e distribuidora) ajuizaram uma ação cominatória contra Lüth, com base no § 826 BGB. O referido dispositivo da lei civil alemã obriga todo aquele que, por ação imoral, causar dano a outrem, a uma prestação negativa (deixar de fazer algo, no caso, a conclamação ao boicote), sob cominação de uma pena pecuniária. Esta ação foi julgada procedente pelo Tribunal Estadual de Hamburgo. Contra ela, ele interpôs um recurso de apelação junto ao Tribunal Superior de Hamburgo e, ao mesmo tempo, sua Reclamação Constitucional, alegando violação do seu direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento, garantida pelo Art. 5 I 1 GG. O TCF julgou a Reclamação procedente e revogou a decisão do Tribunal Estadual. Trata-se, talvez, da decisão mais conhecida e citada da jurisprudência do TCF. Nela, foram lançadas as bases, não somente da dogmática do direito fundamental da liberdade de expressão e seus limites, como também de uma dogmática geral (Parte Geral) dos direitos fundamentais. Nela, por exemplo, os direitos fundamentais foram, pela primeira vez, claramente apresentados, ao mesmo tempo, como direitos públicos subjetivos de resistência, direcionados contra o Estado e como ordem ou ordenamento axiológico objetivo. Também foram lançadas as bases dogmáticas das figuras da *Drittwirkung* e *Ausstrahlungswirkung* (eficácia horizontal) dos direitos fundamentais, do efeito limitador dos direitos fundamentais em face de seus limites (*Wechselwirkung*), da exigência de ponderação no caso concreto e da questão processual do alcance da competência do TCF no julgamento de uma Reclamação Constitucional contra uma decisão judicial civil.

<sup>26</sup> A valoração da condição objetiva dos direitos fundamentais vem sendo tratada como fenômeno decorrente de verdadeira mutação constitucional como se vê em H.H. Rupp, in: *AÖR* 101 (1976), p. 165 *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 157.

o recurso especial para a manutenção desses direitos, a reclamação constitucional [...]

Mas é igualmente verdade que a Lei Básica, que não quer ser uma **ordem de valor neutro** (BVerfGE 2, 1 [12]; 5, 85 [134 seg., 197 seg.]; 6, 32 [40 seg.]), em sua seção fundamental também estabeleceu uma **ordem objetiva de valor**, e é precisamente aqui que se expressa um **reforço fundamental da validade dos direitos fundamentais** (Klein-v. Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, Vorbem., B III 4 antes do art. Esse **sistema de valores**, que encontra seu ponto central no **desenvolvimento livre** da personalidade humana e de sua dignidade na comunidade social, deve ser considerado como decisão básica constitucional para todas as áreas do direito; Legislação, administração e jurisdição recebem orientações e impulsos dele. Obviamente, isso também afeta o direito civil. Nenhuma regra legal civil pode contradizê-lo, cada um deve ser interpretado em seu espírito. (grifo nosso) <sup>27</sup>

Para essa contribuição jurisprudencial para a teoria do valor, o que se tem é o reconhecimento internacional (aplicável à realidade brasileira, como inúmeros julgados do Supremo Tribunal Federal já o fizeram) de um novo parâmetro para a valoração e interpretação das normas constitucionais e legais que tratam ou tangenciam direitos fundamentais.

A influência que esse sistema de valores pode representar na aplicação do dia-a-dia do operador do direito é enorme e decisiva. Posicionando, em explicação geral, essa influência da dimensão objetiva, Ingo W. Sarlet <sup>28</sup> aponta:

Os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.

É possível afirmar que esse resultado objetivo de valores decorrente da interpretação <sup>29</sup> da Constituição nas normas que reconhecem direitos fundamentais representam verdadeiramente a identificação de novas funções à estas normas.

<sup>27</sup> GERMAN. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 7**. Karlsruhe, 1958. p. 198-230. Disponível em: [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1958/01/rs19580115\\_1\\_bvr040051.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1958/01/rs19580115_1_bvr040051.html). Acesso em: 20 out. 2019.

<sup>28</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 149.

<sup>29</sup> A tarefa hermenêutica de conteúdos que impõe valoração, interpretação e busca de sentidos ao programa normativo que representam, nesse ponto, verdadeira reconstrução de sentidos diante do dilema da relação dinâmica e dialética entre a norma jurídica e a realidade. Aqui, aponta-se como método utilizado e identificado para essa tarefa o concretizador de HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 63-70.

Nesse passo, o doutrinador português José Carlos Vieira de Andrade<sup>30</sup> identifica dois planos distintos para a dimensão objetiva (ou, como chama, comunitária) e que são possivelmente extraídos das normas de direitos fundamentais: uma dimensão eminentemente valorativa ou funcional e uma dimensão jurídica-estrutural.

Na primeira perspectiva, a força valorativa da dimensão objetiva advém da implicação direta dos valores objetivos fundamentais da comunidade na eficácia das normas de direitos fundamentais, que não pode ser analisada somente sob o ângulo individual, mas também, e numa mesma medida, do ponto de vista da sociedade, da comunidade.

Como se extrai do julgado paradigmático do Tribunal Constitucional Alemão sobre o tema acima transcrito<sup>31</sup>, há um sistema de valores a ser extraído pelos intérpretes diante dos casos de aplicação pelo Poder Executivo, Legislativo e Judiciário.

Lança-se atenção para o fato de que a aplicação e efetividade dos direitos subjetivos individuais envolve e requer o atendimento de valores da comunidade representados pelas normas constitucionais. Na obra de Ingo W. Sarlet, o autor reconhece que algumas consequências dessa identificação de funções. Na transcrição:

Por tais razões, parece correto afirmar que todos os direitos fundamentais (na sua perspectiva objetiva) são sempre, também, direitos transindividuais. É neste sentido que se justifica a afirmação de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não só legitima restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, mas também que, de certa forma, contribui para a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais, ainda que deva sempre ficar preservado o núcleo essencial destes, de tal sorte que não se poderá sustentar uma funcionalização da dimensão subjetiva (individual ou transindividual) em prol da dimensão objetiva (comunitária e, nesse sentido, sempre coletiva) no âmbito de uma supremacia apriorística do interesse público sobre o particular.<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p.145.

<sup>31</sup> GERMAN. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 7**. Karlsruhe, 1958. p. 198-230. Disponível em: [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1958/01/rs19580115\\_1\\_bvr040051.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1958/01/rs19580115_1_bvr040051.html). Acesso em: 20 out. 2019. 1bvr040051.html. Acesso em: 20 out. 2019.

<sup>32</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 152.

Seguindo a valiosa contribuição, pode-se afirmar que a dimensão objetiva representa valores comunitários que devem ser identificados pelo intérprete na análise da norma constitucional e, por sua eficácia, legitimam restrições aos direitos fundamentais reconhecidos (ao conteúdo e ao alcance).

Importante a advertência de que essas limitações pelo conteúdo valorativo devem preservar o núcleo essencial desses direitos, sem que haja uma supremacia do direito transindividual representado sobre o individual reconhecido. Esse impedimento da não funcionalização do direito dos indivíduos em nome do valor interpretativo do direito objetivo está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana – o que será trabalhado mais a diante.

Fato é que, minimamente é possível afirmar que os direitos fundamentais, além de direitos subjetivos individuais, possuem aptidão de reconhecimento de uma (i) natureza transindividual, (ii) com a possibilidade de, em conflito de valores, ter reconhecidas restrições ao conteúdo e ao alcance de direitos subjetivos individuais com base no valor comunitário que representa, (iii) sendo que o resultado dessa não pode ser passível de funcionalizar o direito subjetivo em prol do direito objetivo e violar seu núcleo essencial.

Essas, ao ver, são as situações jurídicas identificadas como principais a partir do reconhecimento da dimensão objetiva, porém não são as únicas, convivendo com outras de igual importância.

Outro desdobramento da dimensão valorativa-funcional (também reconhecida pelo TCF já no julgado supramencionado) é a ideia de uma *eficácia dirigente*<sup>33</sup> em relação às funções do Estado. Nesse sentido, as normas de direitos fundamentais representam uma ordem dirigida à todos os poderes e, em especial, à Administração Pública a quem incumbe a obrigação da concretização e realização dos direitos fundamentais normatizados.

Os desdobramentos desse nível de eficácia somente são verificáveis em concreto e, como alerta Ingo W. Sarlet<sup>34</sup>, essa função é representada por uma obrigação genérica e valorativa, e que se diferencia, em essência e em sentido, da obrigação específica e subjetiva de prestação decorrente dos direitos fundamentais (a

---

<sup>33</sup> GERMAN. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 7**. Karlsruhe, 1958. p. 198-230. Disponível em: [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1958/01/rs19580115\\_1\\_bvr040051.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1958/01/rs19580115_1_bvr040051.html). Acesso em: 20 out. 2019. 1bvr040051.html. Acesso em: 20 out. 2019.

<sup>34</sup> *Ibid.*



despeito da reconhecida contribuição mútua na interpretação da norma constitucional).

Encerrando as funções decorrentes da dimensão valorativa, aponta-se na obra de referência a *função de parâmetro de controle de constitucionalidade* das leis e atos normativos – função que se limitará à mera menção por fugir do objeto do presente ensaio.

Voltando-se para a acepção jurídico-estrutural, José Carlos Vieira de Andrade<sup>35</sup> adverte que a dimensão objetiva “corre o risco de ser subestimada caso for reduzida à dimensão meramente valorativa, de acordo com a qual os direitos fundamentais constituem uma ordem de valores objetiva”<sup>36</sup>.

Como condição de elementos da ordem objetiva (jurídica), passa-se para a aptidão das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais emanarem efeitos potencialmente autônomos - e não vinculados - a direitos subjetivos.

Nessa esteira<sup>37</sup>, a justificativa sobre o alcance jurídico-normativo ou jurídico-estrutural é pautada na multiplicidade de significados inerentes às normas consagradoras de direitos fundamentais dos quais são identificadas funções normativas próprias.

A (i) eficácia irradiante (*Ausstrahlungswirkung*) das normas de direitos fundamentais. Como influxos, as normas representam diretrizes, a partir de sua aplicação e interpretação perante o direito infraconstitucional. Ingo W. Sarlet<sup>38</sup> indica que a função irradiante se assemelha à técnica da interpretação conforme à constituição, porém, dela se diferencia à medida não se trata de uma técnica. Além disso, enquanto efeito e não técnica, não pressupõe significados possíveis de uma mesma norma para aplicação, mas diretrizes interpretativas a partir de seus conteúdos.

Outra função objetivo-estrutural ligada diretamente à finalidade protetora de determinados bens jurídicos fundamentais vinculados à dignidade da pessoa humana, estão (ii) as garantias institucionais.

---

<sup>35</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p.145.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 153.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p.145.

<sup>38</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 153.

Determinadas instituições (direito público) ou institutos (direito privado), devido a importância que exercem na proteção de direitos fundamentais, devem ser protegidos de atos legislativos erosivos. Em explicação, como efeito jurídico direito das normas de direitos fundamentais a que essas instituições estão incumbidas de defender, é extraído conteúdo normativo que possibilita obstar/impedir o enfraquecimento ou a diminuição das instituições protetoras. Como exemplo, uma lei tendente a restringir a atuação coletiva do Ministério Público em determinadas hipóteses que se inserem dentro das funções institucionais da defesa dos interesses sociais do art. 127 da Constituição Federal, tal como o art. 1º, §1º da Lei 7.347/85 (e cuja constitucionalidade é, no mínimo, duvidosa).

Vinculada ao dever geral de efetivação atribuído ao Estado, diante da dimensão objetiva está o reconhecimento (funcional) da existência de deveres de proteção e prevenção de direitos fundamentais dos indivíduos contra os poderes públicos constituídos e agressões provocadas por particulares ou por outros Estado. É a dimensão-função vinculada aos direitos fundamentais na função de (iii) imperativos de tutela que está diretamente associado ao monopólio estatal do exercício da força e da vedação genérica da autotutela.

Como último desdobramento da dimensão objetiva funcional está a (iv) outorga de parâmetros de criação e constituição de organizações (ou instituições) estatais e de procedimentos. Ingo W. Sarlet<sup>39</sup>, em lição extraída de Konrad Hesse e Ingo Von Münch, assim esclarece:

Neste contexto, há que considerar a íntima vinculação entre direitos fundamentais, organização e procedimento, no sentido de que os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo e de certa forma, dependentes da organização e do procedimento (no mínimo sofrem uma influência da parte destes), mas simultaneamente também atuam sobre o direito procedimental e as estruturas organizacionais.

Cada uma das funções indicadas acima parte da análise da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, da qual se constata terreno fértil e não suficientemente explorado pela doutrina pátria. Para desenvolver funções novas aos direitos fundamentais, cujo contornos e importância ainda não estejam devidamente

---

<sup>39</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 153.

apreendidos, há longo caminho e uma mudança de pensamento que se aproxima de vertentes comunitárias e sociais do direito.

Avançar sobre o terreno citado visa representar aqui que, para além da condição ordinária de direitos subjetivos, existem novos conteúdos interpretativos que independem de subjetivação e assumem, como bem aponta Ingo W. Sarlet, “alta relevância na construção de um sistema eficaz e racional para sua (dos direitos fundamentais) efetivação”<sup>40</sup>.

Nesse sentido, retoma-se a relação de funções a partir das concepções definidas para a dimensão objetiva dos direitos fundamentais:

- a) quanto à função valorativa, podem representar: (i) restrições e (ii) limites na aplicação dos direitos fundamentais; (iii) efeito de diretriz das normas infraconstitucionais e, nesse passo, (iv) parâmetro de controle de constitucionalidade de atos do poder público;
- b) quanto à função jurídico-estruturante, podem representar: (i) eficácia irradiante na interpretação e aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais; (ii) garantias institucionais; (iii) imperativos de tutela para proteção e prevenção de direitos individuais contra atos do poder público, de particulares e de Estados; e (iv) parâmetros de criação e constituição de organizações (ou instituições) estatais e de procedimentos.

Essas funções, voltadas à efetividade dos direitos prestacionais materiais, entretantes, são autônomas em relação à dimensão subjetiva do direito fundamental.

A **dimensão subjetiva**, por meio da qual, de forma direta, a ordem jurídica reconhece ao titular (individual ou coletivo) de um direito fundamental a possibilidade<sup>41</sup> de impor por meio judicial seus interesses tutelados perante o destinatário obrigado.

Como aponta José Carlos Vieira de Andrade<sup>42</sup>, o direito subjetivo está atrelado à:

---

<sup>40</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p.159.

<sup>41</sup> A expressão aqui está ligada à consideração de que o objeto de direitos fundamentais é amplo, na medida que “se abre um leque de possibilidades, em que se encontram condicionadas à conformação concreta da norma que o consagra”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 158.

<sup>42</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 163.

Proteção de uma determinada esfera de autorregulamentação ou de um espaço de decisão individual; tal como é associado a um certo poder de exigir ou pretender comportamentos ou de produzir autonomamente efeitos jurídicos.

No âmbito do conteúdo dos direitos subjetivos de direitos fundamentais (que não se reduzem aos clássicos direitos de liberdade) se reconhece que há uma complexidade de posições jurídico-subjetivas que tais direitos podem assumir.

E cada uma dessas posições está diretamente vinculada ao problema da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais como direitos subjetivos. No desenho do sistema de posições jurídicas fundamentais elaborado por Robert Alexy<sup>43</sup>, a proposta de racionalização dos objetos possíveis dos direitos subjetivos de direitos fundamentais é desenvolvida a partir de três acepções: (i) direito a qualquer coisa (que englobaria os direitos a ações negativas e positivas do Estado e/ou particulares e, portanto, os clássicos direitos de defesa e os direitos a prestações); (ii) liberdades (no sentido de negação de exigências e proibições); e (iii) poderes (competências ou autorizações).

Como se lê, as posições jurídicas abstratas de Robert Alexy não revelam os elementos das obrigações decorrentes dos direitos subjetivos, notadamente quando devem ser promovidos pelo Estado.

Cabe ao intérprete extrair a norma do caso concreto e desvendar os elementos da obrigação a viabilizar que as posições jurídicas alcancem grau mínimo de certeza, liquidez e exigibilidade no campo da busca pela efetividade de um direito fundamental.

Como exemplo dessa sedimentação, as posições jurídicas dos direitos subjetivos à assistência terapêutica integral, em espécie, à entrega gratuita de medicamento (direito a qualquer coisa).

Infere-se que a análise das normas jurídicas a concretizar a obrigação que se visa revelar passa, a partir das normas constitucionais do direito fundamental à saúde pela legislação infraconstitucional que detalham o dever e as obrigações de referência.

Não se discute que para desvendar a normatividade dos elementos da obrigação que decorre do direito fundamental demanda a valoração do intérprete desse conjunto normativo constitucional e infraconstitucional, porém não se

---

<sup>43</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 171. Na mesma esteira, SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 159.

infirmado que pode ser extraído direito subjetivo autônomo (os chamados direitos originários de prestação).

Resta aprofundar, dentre os elementos da obrigação, qual é o objeto encontrados nos direitos fundamentais e identificar quais podem ser extraídos dos direitos sociais.

## 2.2 Das Classificações dos Direitos Fundamentais, uma Importante Divisão

Partindo de uma análise resumida da classificação do autor alemão Robert Alexy<sup>44</sup>, que parte do entendimento que um direito se constitui pela relação entre o titular, o objeto e o destinatário. Essa relação revela uma posição jurídica de um indivíduo-titular diante de um objeto e, na relação de direito público, perante o Estado.

Na classificação, divide ele as posições jurídicas do indivíduo em (a) direito a algo; (b) direito de liberdade e (c) direito de competência.

Inicialmente, como a saúde, cabe afirmar que se ele tem (a) direito a algo em saúde ele tem (a.1) em face do Estado um direito a que não ofenda a sua saúde e, também, (a.2) em face do Estado um direito que proteja a saúde contra intervenções ilegais.

Identifica-se, no primeiro momento, o direito subjetivo do indivíduo de ter em face do Estado uma ação negativa, ou seja, um direito de defesa; e num segundo momento o direito subjetivo de ter uma ação positiva, um direito de proteção.

Em avanço em relação ao direito de defesa, verifica-se que o autor alemão<sup>45</sup> ainda desdobra a acepção do direito de defesa em face do Estado em (a.1.1) direito ao não embaraço de ações; (a.1.2) direito a não afetação de características ou situações e (a.1.3) direito a não eliminação de posições jurídicas.

Ao lado destes 'direitos a algo' há aqueles que se referem a (a.3) prestações estatais positivas, ou seja, em que o indivíduo possui direito subjetivo a uma prestação que pode ser (a.3.1) fática ou (a.3.2) normativa.

Acrescenta-se nessa perspectiva de Robert Alexy que o (b) direito de liberdade se posiciona também com duas subdivisões, sendo elas a (b.1) liberdade jurídica, sendo o direito a ter o suporte normativo para o exercício de liberdades, tal como, a

---

<sup>44</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 68 e ss.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 193-217.

previsão do direito a vida e integridade para que todos tenham o direito de viver com integridade física e mental, e a (b.2) liberdade fática, correspondente a todo o aparato de organização que se deve ter para que o exercício do direito de liberdade seja realizado em sua máxima potencialidade, tal como o direito a saúde exige o substrato de estrutura e recursos financeiros e humanos para seu exercício.

Por último o autor alemão de referência indica que o (c) direito a competências, sendo essa indicada como a aptidão para que altere uma situação jurídica individual pois institutos. Esses se baseiam no reconhecimento por meio da capacidade do titular do direito e pelas regras que constituem o instituto.

Nota-se que as dimensões e funções dos direitos fundamentais acima exploradas fazem referência à classificação dos direitos fundamentais constitucionais proposta nas posições jurídicas de Robert Alexy.

Com o fim de melhor esclarecer e organizar essas posições diante dos direitos fundamentais no Brasil, opta-se pela obra de Ingo W. Sarlet<sup>46</sup> pela profundidade da obra de referência.

Ao mergulhar em inúmeras classificações existentes, mas tendo por base a aceita teoria de Alexy, Ingo W. Sarlet organiza os direitos fundamentais ao podem ser divididos segundo seu objeto como (i) direitos de defesa (que não haverá interesse em aprofundar nesse momento) e (ii) direitos a prestações, de natureza fática ou jurídica.

No segundo grupo, avança o foco de interesse, e subdividem o direito fundamental a prestação em (ii.i) direitos à prestações em sentido amplo, que englobam (ii.i.i) direitos de proteção e (ii.i.ii) direitos (à participação na) de organização e procedimento; e (ii.ii) direitos à prestações em sentido estrito (ou direitos a prestações materiais propriamente ditas).

O fundamento<sup>47</sup> para a classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos à prestações está vinculado à (i) concepção de que ao Estado incumbe a não intervenção na esfera de liberdade dos indivíduos, garantida pelos direitos de defesa, e (i) à obrigação de disponibilizar meios materiais e implementar condições fáticas para que se possibilite o exercício das liberdades fundamentais pelos indivíduos.

---

<sup>46</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 174.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 174.

Nessa linha, giza-se, os direitos fundamentais objetivam a garantia não apenas da liberdade enquanto autonomia individual privada (liberdade perante o Estado), mas, sobretudo, de condições e de meios de liberdade por intermédio da ação positiva pública do Estado.

Assim, se extrai que enquanto os direitos de defesa demandam uma postura de abstenção ou não fazer por parte dos poderes constituídos, os que se referem a prestações implicam em uma postura ativa do Estado, obrigado pela norma a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza materiais ou jurídicas.

Na categoria dos direitos prestacionais (ii.i e ii.ii, referidos) observa-se que a natureza do objeto a ser prestado se diferencia em substância e forma. Essa importante subdivisão da categoria de direitos nos revela de forma mais precisa quais as posições jurídicas dos titulares de direitos subjetivos perante o Estado.

A primeira distingue os direitos à prestação em sentido amplo e em sentido estrito.

Aqueles, de sentido amplo, vinculados à ideia do Estado de Direito, abarcam os direitos de proteção e os direitos de participação na organização e procedimento. Englobam, assim, prestações jurídico-normativas centradas na categoria de direitos de proteção (medidas ativas do Estado para a proteção de posições jurídicas fundamentais dos indivíduos) e direitos à participação e à estruturação de organização e de procedimento para prover esses direitos.

Esses, os de sentido estrito, por sua vez, estão ligados à ideia de Estado Social e às obrigações de prestação material social e tem, em si, uma ligação direta no reconhecimento de direitos subjetivos de prestação em face do Estado.

Segue, assim, para a segunda importante distinção entre direitos derivados a prestações e direitos originários a prestações.

Considerando que há direitos subjetivos de proteção, organização e procedimento e de prestações materiais decorrentes do reconhecimento por norma constitucional de direitos fundamentais, como esses direitos subjetivos podem ser reconhecidos.

Os direitos derivados a prestações são aqueles que conferem posição jurídico-subjetivas de prestação aos indivíduos que são deduzidas das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais a prestações de forma indireta.

Na visão de J. J. Gomes Canotilho<sup>48</sup>, os direitos derivados de prestações têm compreendidos duas acepções possíveis, sendo elas, (i) o direito de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições criadas pelo Estado e (ii) o direito de igual participação nas prestações que estas instituições dispensarem à comunidade na medida da capacidade existente.

Aqui, a força da norma constitucional está exigindo o acesso e a participação, sendo este o direito subjetivo possível de ser tutelado, podendo ou não ter a natureza material ou jurídica. Nota-se, em um simplório exemplo, que ao final de uma demanda judicial de assistência terapêutica o Município pode ser condenado a entregar um medicamento, com fundamento no direito à saúde, porque não foi conferido acesso igualitário à farmácia básica ao demandante ou mesmo pode ser condenado a normatizar a dispensação na forma da lei federal (Lei 8.080/90) que assim determina a entrega de um determinado medicamento para tratamento de doença na farmácia básica.

O que se vê aqui é a prestação de conteúdo material não decorrente da norma constitucional diretamente, mas sim da aplicação dos preceitos de igualdade contidos no direito fundamental à saúde e em aplicação direta das normas infraconstitucionais que promovem a eficácia e a implementação da norma constitucional à saúde (no exemplo, normas sobre assistência farmacêutica).

De outro lado, os direitos originários de prestação são aqueles que o direito subjetivo às prestações estatais é extraído diretamente das normas constitucionais definidoras de direito fundamental.

Aqui, como adverte Ingo W. Sarlet<sup>49</sup>, “independentemente da existência de um sistema prévio de oferta destes bens e/ou serviços por parte do Estado”, há que se reconhecer a posição jurídico-subjetiva ao indivíduo.

J. J. Gomes Canotilho<sup>50</sup>, ao esclarecer a classificação, complementa os elementos da situação jurídica (ou âmbito de incidência) em que se reconhece os direitos originários à prestações:

- (1) a partir da garantia constitucional de certos direitos;
- (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos

---

<sup>48</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 552 e ss.

<sup>49</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 170 e ss.

<sup>50</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p. 554.



pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efetivo desses direitos; (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos.

Em se estando diante de uma situação em que há o direito fundamental garantido e o dever de o ente público em criar os 'pressupostos materiais indispensáveis ao exercício' desse direito, o indivíduo tem a faculdade de exigí-lo diretamente sem ter que aguardar a estruturação fática ou normativa para viabilizar o Estado de prestar o devido (visto que ao Estado só é permitido fazer ou prestar aquilo que está previamente contido na lei, segundo o princípio da legalidade administrativa<sup>51</sup>).

### 2.3 Da Relação entre as Dimensões Subjetiva e Objetiva. Um Problema de Prevalência?

Sob essas considerações sobre o que se espera como conteúdo de cada uma das dimensões, nota-se um possível conflito aparente entre os direitos subjetivos e os valores objetivamente extraídos do texto constitucional brasileiro. Há que se vasculhar o que se espera na relação de coabitação normativa dessas duas perspectivas e o que o resultado disso revela.

Em relação ao tema proposto, esse resultado interpretativo é relevantíssimo para a problemática jurídica que está em seu subsolo argumentativo, especialmente, porque a atuação do Ministério Público em relação ao direito à saúde e suas prestações está intimamente ligada ao o que se revela como direito subjetivo objeto de defesa individual pela instituição e o que os membros devem ter em pauta ao limitá-lo, simultaneamente, na defesa coletiva dos interesses que convivem com o referido direito individual.

De forma direta, como ponto de partida da abordagem, identifica-se na doutrina e nos teóricos<sup>52</sup> que há posição de preestabelecida prevalência da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais em relação à dimensão objetiva.

---

<sup>51</sup> Em relação ao princípio da legalidade administrativa: "A legalidade, como princípio da administração, significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeitos aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil, criminal, conforme o caso". MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 89.

<sup>52</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 160.; ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 159-160. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 547-548. Todos, em referência, adotando a tese de Robert Alexy referido pelo primeiro autor. in: *Der Staat* 29 (1990), p. 60 e ss, *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 160-161.

Conforme o expoente Robert Alexy<sup>53</sup> indica que a presunção de prevalência da perspectiva jurídico-subjetiva está baseada em dois grandes argumentos: (i) a finalidade precípua dos direitos fundamentais (ainda que coletivos) é a de proteção do indivíduo, e não da coletividade; para o autor, a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais passa, em primeira linha, por uma finalidade de reforço da proteção jurídica dos direitos subjetivos, o que, se conclui, a dimensão objetiva passa a ser uma função acessória das normas definidoras de direitos fundamentais; (b) a dimensão objetiva atua como argumento de otimização, posto que o caráter principiológico dos direitos fundamentais dão conta de que o reconhecimento de um direito subjetivo promove maior grau de realização do que a previsão de obrigações meramente objetivas de natureza valorativa (ou jurídico-estrutural).

Ingo W. Sarlet<sup>54</sup> reforça a argumentação daqueles que se posicionam pela prevalência da dimensão subjetiva e assim endossa o entendimento de J. J. Gomes Canotilho:

Além do mais, há que levar em conta que este predomínio da perspectiva subjetiva encontra sua justificativa no valor outorgado à autonomia individual, na qualidade e expressão da dignidade da pessoa humana. Importa consignar, outrossim, que esta presunção em favor da perspectiva subjetiva (individual) não exclui a possibilidade, inclusive reconhecida pela nossa Constituição, de atribuir-se a titularidade de direitos fundamentais subjetivos a certos grupos ou entes coletivos que, todavia, e em que pese a distinção entre as noções de pessoa e indivíduo, gravitam, em última análise, em torno da proteção do ser humano em sua individualidade.

Entrementes, não há unanimidade na posição.

Dentre os que se posicionam pela não prevalência abstrata, Jorge Reis Novais<sup>55</sup> defende que a presunção em favor de um direito subjetivo adquire relevância apenas na exigibilidade judicial do direito em questão. Para tanto, na aplicação no plano prático, há que se partir da dimensão objetiva (valorativa) para enfrentar problemas vinculados à separação de poderes e aspectos inerentes à eficácia da prestação jurisdicional por conta da ampliação do espaço subjetivo.

---

<sup>53</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>54</sup> Ibid., p. 161. Também em CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 547-548.

<sup>55</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Editora Coimbra, 2003. p. 96 e ss.

Essa postura reflete diretamente na compressão da dimensão subjetiva individual e na relação desta com as demais normas constitucionais que compõe o regime jurídico de efetividade ou concretização.

Nota-se que Jorge Reis Novais não exclui de que, em casos concretos postos à apreciação do Poder Judiciário, há que ter prevalência sobre o aspecto subjetivo, deixando que os valores comunitários apenas funcionem como contorno, limite, em coabitação normativa do espaço de aplicação, mas não como fundamento para negar a tutela pretendida.

#### **2.4 Pressupostos para a Discussão de uma Implementação ‘mais’ Legítima’ do Direito Fundamental à Saúde**

Para desvendar os pressupostos de uma atuação legítima do Ministério Público na defesa do direito social à saúde, inicialmente se deve esclarecer o que se entende por legítimo, sendo aquilo que está em maior consonância com o ordenamento jurídico e com a sociedade.

Essa legitimidade notadamente nas acepções que mais são verificadas na prática dos órgãos de execução institucionais, passa-se, de forma pontual e sumária, ao enquadramento das dimensões e funções, bem como das classificações apresentadas em relação ao direito social à saúde.

O direito à saúde, enquanto direito fundamental social diretamente extraído da norma constitucional consagradora do direito fundamental do art. 6º<sup>56</sup>, pode ser enquadrado, a partir da citada classificação, em todas as suas espécies: direitos de defesa e direitos à prestação, em um primeiro plano, tanto como direitos à prestação em sentido amplo como direitos à prestação em sentido estrito.

Da perspectiva individual e transindividual (ou metaindividual) das normas do direito à saúde (arts. 6º e 196 da CRFB/88) é possível se extrair múltiplas posições

---

<sup>56</sup> A despeito da nomenclatura do título e capítulo, interessante colocação por parte de Ingo W. Sarlet, que identifica no direito pátrio a necessidade de recondução da classificação nomenclatura tendo em vista que o conceito de direitos fundamentais sociais não se restringe à dimensão prestacional. Isso porque, no art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil, foram posicionados, para além de direitos que encerram uma prestação positiva do poder público, também estão indicados como ‘sociais’ o direito de greve e a liberdade sindical que são reconhecidas como liberdades sociais, além das posições jurídicas fundamentais que podem ser reconduzidas ao grupo dos direitos de defesa. CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2018. p. 2015-2017.

jurídico-subjetivas, notadamente, em colocação da doutrina supracitada de Robert Alexy<sup>57</sup>, o direito a algo, o direito de liberdade e o direito de competência.

Trazendo essa divisão para a classificação de Ingo W. Sarlet, o direito à prestação de saúde em sentido amplo, o direito fundamental em tela passa a reconhecer deveres de proteção como prestações identificáveis e relacionadas à tutela e promoção da saúde pessoal e pública de todos pelo Estado-Administração e Estado-Legislator.

A atuação concretizadora desse tipo de prestação decorrente do direito à saúde se dá ao defender a saúde pública ou individual de interferências indevidas por prevenção ou repressão decorrente de normas penais (tipificação do crime de tráfico de drogas, pela Lei 11.343/06; ou crime de lesão corporal ou da periclitación da vida e da saúde, nos arts. 129 e 130 a 136 do Código Penal brasileiro), bem como das normas legais e administrativas relacionadas à prevenção de determinadas doenças (como é o caso do art. 14, §1º, da Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, cuja obrigatoriedade da vacinação das crianças é apontada como dever legal de pais ou responsáveis).

A função protetiva, relaciona-se também com um dever geral de respeito à saúde, por parte do Estado e de particulares, como pauta de conduta a ser observada por todos (que vem reforçada pela função negativa das normas penais e normas administrativas supramencionadas – em que a proibição traz em si o dever de não violação).

Outra acepção do sentido amplo das prestações à saúde, na categoria da aplicação ao direito a prestações de cunho organizatório ou procedimental, estão as normas ordinárias relacionadas à organização do SUS (da estrutura geral, bem como da de determinado serviço oferecido pelo Sistema Único de Saúde), bem como aquelas que preveem o funcionamento e o procedimento de algum órgão componente da Política Nacional de Saúde (como os Conselhos de Saúde Municipal).

Adota-se aqui a ampla concepção desta prestação; tanto se reconhece que há a possibilidade de extrair o direito prestacional tanto o direito de participação ou de

---

<sup>57</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 193-217.

tomar parte na organização e no procedimento como o direito a ter criadas estruturas organizacionais e emissão de normas procedimentais<sup>58</sup>.

A ideia aqui tem vínculo direto com o direito de liberdades a que Robert Alexy<sup>59</sup> se refere em sua obra não só pode ter o caráter de liberdade jurídica (normas que viabilizem o exercício da liberdade), mas sobretudo a liberdade fática (em que as estruturas estatais a possibilitar a prestação para que a liberdade seja usufruída na realidade).

Essa impreterível referência aponta em Ingo W. Sarlet que os direitos à organização e procedimento devem assumir a qualidade de posições jurídico-prestacionais (normativas ou fáticas).

Nota-se que assim, em relação aos direitos fundamentais, o direito de organização, participação e procedimento representam “uma das condições de sua eficácia”<sup>60</sup>, ou seja, meios imprescindíveis para liberdade fática a que alude Robert Alexy.

Não há no aspecto ou dimensão subjetiva, as prestações em sentido amplo de natureza organizatória e procedimental ganham relevância ímpar para a tutela coletiva do direito fundamental social à saúde.

Notadamente quando o direito à saúde representa posição jurídica coletiva (difusa, coletiva ou individual homogênea) se visualiza a possibilidade de veicular demandas relacionadas à organização e a procedimentos de saúde que sejam inexistentes ou insuficientes/deficitários em defesa dessa coletividade e por legitimidade precípua do Ministério Público.

Aqui, giza-se que a possibilidade de defesa coletiva em referência remete à vias e instrumentos de controle das omissões inconstitucionais legislativas ou administrativas normatizados, dentre eles, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, o mandado de injunção e, especialmente, a ação civil pública.

---

<sup>58</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 428 e ss. Em outra referência estrangeira dos que adotam esse reconhecimento amplo do direito a prestação quanto à organização e ao procedimento de direitos fundamentais, Murswiek, HBStR V, p. 247-248 apud SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 203. Essa categoria, como advertem, não inclui os direitos fundamentais relacionados à ideia de procedimento justo, direitos e garantias processuais, integrantes do âmbito dos direitos de defesa; porém se inclui o direito de Acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, CRFB/88) posto seu caráter eminentemente prestacional de um serviço público.

<sup>59</sup> ALEXY, *op. cit.*, p. 197-209.

<sup>60</sup> SARLET, *op. cit.*, p. 203.

Na ótica do presente trabalho, o instrumento judicial definitivo para a tutela dos bens e interesses atribuídos ao Ministério Público é a ação civil pública ajuizada com fundamento na Lei 7.347/85, tendo amplo reconhecimento como via apta a defesa de direitos individuais como de direitos coletivos (o que será melhor trabalhado a frente).

Avançando no tópico das posições jurídicas, o direito à saúde se identifica com o direito a prestações de saúde em sentido estrito ou material, como cotidianamente se verifica na maioria dos casos e das pretensões ajuizadas.

O início desse reconhecimento, que perpassa pela posição programática do direito social a saúde para a perspectiva subjetiva do direito individual a saúde, é bem identificado pelo Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Ronei Danielli<sup>61</sup>, em sua obra sobre a judicialização da saúde no Brasil.

Como aponta o autor<sup>62</sup>, essa transição da posição programática<sup>63</sup> das normas constitucionais para uma dimensão subjetiva do direito fundamental iniciou na jurisprudência nacional diante do enfrentamento das demandas que versavam sobre fornecimento de medicamentos para indivíduos portadores da síndrome da imunodeficiência adquirida (SIDA ou comumente conhecida como AIDS, *Acquired Immune Deficiency Syndrome*) provocada pelo vírus da imunodeficiência humana (*Human Immunodeficiency Virus* ou HIV).

Após a atuação mais incisiva de organizações não governamentais perante os tribunais do país nos anos após 1996, as demandas começaram a apontar nos Tribunais Superiores tendo alcançado como um primeiro marco do reconhecimento do direito a saúde baseado nos direitos à vida, à integridade física e moral, se deram no STF no ano de 1999. A citar, os precedentes da Segunda Turma, no Agravo Interno 238328/RS, julgado em 16 nov. de 1999 e RE 195192, julgado em 22 fev. 2000, bem como a alusão de que “o direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida” o Recurso Extraordinário nº 271.286, Rel. Min. Celso de Mello.

---

<sup>61</sup> DANIELLI, Ronei. **A judicialização da saúde no Brasil**: do viés individualista ao patamar de bem coletivo. Belo Horizonte: Forum, 2017.

<sup>62</sup> Ibid. cap. 3.

<sup>63</sup> Alude-se ao precedente: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 6.564. Rel. Min. Demócrito Reinaldo. Primeira Turma, julgado em 23 de maio de 1996. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 17 jun. 1996.

A peculiaridade do caso, como anota o Des. Ronei Danielli<sup>64</sup>, é a de que o julgado paradigmático em que o STF reconhece o direito subjetivo à saúde decorrente do direito à vida se apoia no clássico raciocínio do Min. Celso de Mello sobre a interpretação das normas programáticas não serem transformadas em ‘fórmulas vazias’ ou ‘promessas constitucionais inconsequentes’ e reconhece, diante do desrespeito à políticas públicas já instituídas e vigentes.

De forma explícita, extrai-se do art. 196 da Constituição Federal que o direito é “de todos” e têm por fundamento que as prestações materiais decorrentes desse direito fundamental social objetivam assegurar, mediante a realização fática da promessa normativa de índole programática, uma compensação diante das desigualdades sociais.

O exercício dessa liberdade fática perpassa pela igualdade real e efetiva e, para tanto, pressupõe um comportamento ativo do Estado, visto que a igualdade material não se realiza por si. Assim, reavivando o conteúdo e os fundamentos dos direitos sociais, o direito à saúde está umbilicalmente vinculado à ideia de justiça social promovida pelo Estado Social de Direito e centrado na adequada e justa distribuição e redistribuição dos bens existentes<sup>65</sup> por políticas públicas

Importando para o campo específico, o objeto das prestações de saúde em sentido estrito está ligado diretamente a pretensões deduzidas em juízo que pleiteiam a condenação do Estado a obrigações relacionadas a tratamentos médicos, fornecimento de medicamentos e exames, agendamento e realização de consultas, internações, ou seja, obrigações de fazer ou dar a serem prestadas pelo Estado.

E aqui, duas situações são verificáveis: ou o objeto está ou o objeto não está inserido no desenho institucional da política pública de saúde.

Essas obrigações/prestações materiais estatais se revelam como objeto do direito a saúde perante o cumprimento inexistente ou insuficiente de política pública já instituída por normas (podendo ser por descumprimento total, parcial ou discriminatório – justificável ou injustificável). Aqui, o direito à saúde ganha contorno de direito subjetivo a prestações amplamente já reconhecido pela jurisprudência do STF.

---

<sup>64</sup> DANIELLI, Ronei. **A judicialização da saúde no Brasil**: do viés individualista ao patamar de bem coletivo. Belo Horizonte: Fórum, 2017. Posição 1532-1580.

<sup>65</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 209.

O fato é que esse raciocínio, de subjetivação do direito social à saúde, se estendeu para as situações jurídicas públicas em que não há políticas públicas organizadas.

Nesses casos, a jurisprudência passou a identificar que no convívio direto entre o direito fundamental à saúde nos casos concretos estava em colisão os interesses orçamentários, as normas de direito público orçamentário. Como bem advertem o Ministro Luís Roberto Barroso<sup>66</sup>, o Des. Ronei Danielli<sup>67</sup> e outros autores<sup>68</sup> sobre o tema, o que o Poder Judiciário realmente pondera nessas oportunidades não é o direito à saúde em face dos princípios orçamentários, mas “*o direito à vida e à saúde de uns contra o direito à vida e à saúde de outros*”.

## **2.5 Da Política Pública Constitucional do Direito à Saúde. Direito Subjetivo a Prestações e do Conteúdo Programático; Efeitos Decorrentes das Normas Consagradoras de Direitos Sociais. Uma Dupla Consideração Possível**

Indica-se importante adentrar nos argumentos da conclusão jurisprudencial sobre o direito subjetivo à saúde que revelaram a criação da cultura judicial de reconhecimento amplo de posições jurídicas de dever de prestação contra o Estado.

Visa-se alertar para uma consideração de compatibilidade imprescindível ao tema e que perpassa pelo reconhecimento da possibilidade interpretativa de extração das mesmas normas constitucionais do direito à saúde as normas programáticas de aplicação obrigatória.

A ver, para estruturar a prestação do serviço público de saúde, a constituição, nos arts. 196 e 198, instituiu o Sistema Único de Saúde (SUS) como sistema de implementação material de saúde pública universal e igualitária.

Imprescindível observar que das normas constitucionais definidoras do direito social fundamental à saúde, a jurisprudência brasileira (como visto, ao menos, desde

---

<sup>66</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

<sup>67</sup> DANIELLI, Ronei. **A judicialização da saúde no Brasil: do viés individualista ao patamar de bem coletivo**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. Posição 1530 e seguintes.

<sup>68</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, bem como em CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2018.



1999 com precedentes relacionados aos casos de paciente com HIV) reconheceu a existência de direito subjetivo individual.

Houve, por parte dos julgados, uma superação da indeterminabilidade constitucional desse direito que, como aponta Ingo W. Sarlet<sup>69</sup>, está intimamente ligada ao conteúdo programático das normas e a noção de política pública que vem, por natureza, cumprir o papel de ordenação da prestação de direito fundamental social de saúde.

Para o autor, não há impedimento reconhecer que normas constitucionais definidoras de direitos possuam dimensão 'programática' e sejam, como reconheceu a jurisprudência supracitada, diretamente aplicáveis sem intermediação legislativa para o reconhecimento de direitos ou posições jurídico-subjetivos.

As normas programáticas visam estatuir, em alusão ao conceito de Políticas Públicas de Maria Paula Dallari Bucci<sup>70</sup>, normas de organização e processos complexas e direcionadas à coordenação dos meios à disposição do Estado para o atingimento do objetivo social e politicamente determinado em relação à saúde: acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde.

Essa identificável necessidade de concretização legislativa (*interpositio legislatoris*) dos preceitos constitucionais programáticos genéricos - com olhos na relevância econômica e dependência da disponibilidade pública de recursos - se dá a partir da constatação da baixa densidade normativa dos preceitos constitucionais ou, como melhor denomina, "normatividade insuficiente para a plena eficácia"<sup>71</sup>.

As normas de eficácia plena do direito fundamental à saúde refletem decisões legislativas e administrativas complexas e, por isso, pressupõe planejamento futuro com tomadas de decisões por parte de órgãos governamentais legitimados com base em leis infraconstitucionais sobre o tema.

O conjunto dessas obrigações constitucionais e infraconstitucionais da saúde (Lei Federal nº 8.080/90, de aplicação nacional e regulamentos do Ministério da Saúde) representam, assim, a estruturação normativa da política pública de saúde e

---

<sup>69</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 300.

<sup>70</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 13, 1996.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 303.

são, em última análise, o regime jurídico de efetividade ou de concretização do direito social à saúde.

Ingo W. Sarlet<sup>72</sup>, em abordagem específica sobre o tema, traz o exato exemplo do direito à saúde para esclarecer que, ao mesmo tempo que a norma do art. 196 reconhece direitos subjetivos “a todos”, impõe política pública como tarefa do Estado, a ver:

[...] assim como é correto (pelo menos é o que se irá sustentar adiante) deduzir da Constituição um direito fundamental à saúde (como complexo de deveres e direitos subjetivos negativos e positivos), também parece certo enunciar que a saúde – além de ser um ‘direito de todos’, ‘é dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos...’ (art. 196, da CF de 1988), a nossa Lei Fundamental consagrou a promoção e proteção da saúde para todos como um objetivo (tarefa) do Estado, que, na condição de norma impositiva de políticas públicas, assume a condição de norma de tipo programático. Importa notar, portanto, que a assim designada dimensão programática convive com o direito (inclusive subjetivo) fundamental, não sendo nunca demais de lembrar que a eficácia é das normas, que, distintas entre si, impõe deveres e/ou atribuem direitos, igualmente diferenciados quando ao ao seu objeto, destinatários etc.

Esse raciocínio que reconhecimento da possibilidade de extração de uma mesma norma jurídica conteúdos diversos aponta que a disposição jusfundamental de direito fundamental pode ter aptidão jurídica de produzir efeito jurídico (eficácia) como princípios programáticos impositivos e de produzir efeitos jurídicos para reconhecer direitos subjetivos fundamentais carece de qualquer sustentação.

É o reconhecimento da ampla concepção de direitos fundamentais que abarca a eficácia programática e a eficácia subjetiva.

Essa é a consideração do ‘direito fundamental como um todo’ (no Brasil, Ingo W. Sarlet<sup>73</sup> e, na doutrina alienígena, pelo paradigmático Robert Alexy<sup>74</sup>) e reforça também a tese da doutrina que identifica níveis ou cargas da eficácia nas normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais.

---

<sup>72</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 303.

<sup>73</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 13, p. 302, 1996.

<sup>74</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

Para os autores<sup>75</sup>, normas jurídicas detém níveis de eficácia, ainda que mínimo e ainda que reclamem lei infraconstitucional para concretizá-la, complementá-la, discriminar seu conteúdo.

Dentre os efeitos jurídicos passíveis de extração<sup>76</sup>, estão extensivamente reconhecidos os programáticos impositivos (*nível de eficácia que representa imposições que vinculam o legislador, no sentido que este não apenas está obrigado a concretizar os programas, tarefas, fins e ordens, mas também que o legislador, ao cumprir seu desiderato, não pode afastar-se dos parâmetros preestabelecidos nas normas definidoras de direitos fundamentais a prestações*) e os subjetivos (*em relação aos direitos fundamentais à prestação, mesmo daqueles que se exigem uma interposição legislativa, há sempre uma posição subjetiva, tanto do indivíduo de poder exigir uma determinada prestação do Estado (de conteúdo positivo), como se extrair a categoria de direito subjetivo negativo dos direitos prestacionais (representado pela possibilidade de exigir do Estado que se abstenha de atuar de forma contrária a uma norma consagradora de direito fundamental)*).

---

<sup>75</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 117; SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 146-147 e 156 e ss.

<sup>76</sup> De acordo com o nível de eficácia que descrevem das seguintes forma: (a) Nível de eficácia que acarreta a revogação os atos normativos anteriores e contrários ao conteúdo da norma definidora de direito fundamental e, por via de consequência, sua desaplicação, independentemente de uma declaração de inconstitucionalidade; (b) Nível de eficácia que representa imposições que vinculam o legislador, no sentido que este não apenas está obrigado a concretizar os programas, tarefas, fins e ordens, mas também que o legislador, ao cumprir seu desiderato, não pode afastar-se dos parâmetros preestabelecidos nas normas definidoras de direitos fundamentais a prestações; (c) Nível de eficácia que impõe a declaração de inconstitucionalidade de todos os atos normativos editados após a vigência da Constituição Federal caso colidentes com os direitos fundamentais (princípios e regras contidos nas normas jurídicas consagradoras); (d) Nível de eficácia que constitui parâmetro de interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas (constitucionais ou infraconstitucionais); pelos princípios que compõe as normas jurídicas consagradoras de direitos fundamentais há diretrizes e fins que direcionam a atividade os órgãos estatais e influenciam a ordem jurídica, sendo que, com isso, condiciona-se a atividade discricionária da Administração Pública e o Poder Judiciário na interpretação, aplicação e concretização das normas jurídicas; (e) Em relação aos direitos fundamentais à prestação, mesmo daqueles que se exigem uma interposição legislativa, há sempre uma posição subjetiva, tanto do indivíduo de poder exigir uma determinada prestação do Estado (de conteúdo positivo), como se extrair a categoria de direito subjetivo negativo dos direitos prestacionais (representado pela possibilidade de exigir do Estado que se abstenha de atuar de forma contrária a uma norma consagradora de direito fundamental); (f) Por fim, o nível de eficácia em que impede que o legislador venha a abolir ou restringir severamente determinadas posições jurídicas já criadas e consolidadas por legislação concretizadora de direitos fundamentais prestacionais; é a proibição de retrocesso social do que, com aponta a doutrina de Canotilho e Ingo W. Sarlet, à medida que se concretiza um direito social prestacional acaba por transformá-lo em direito de defesa e, assim, passível de exigência de abstenção direta. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 303-307.

Assim, considerando as normas constitucionais como emanadoras de eficácia de direito subjetivo e de dever programático<sup>77</sup>, basta um breve olhar sobre as normas constitucionais dos art. 6º e arts. 196 a 200, todos da CRFB para entender o que é o regime jurídico de concretização do direito social à saúde.

Ainda que se pudesse, ao interpretá-las, extrair direitos subjetivos fundamentais da expressão 'direito' (notadamente no abrangente artigo 6º, quando passa a elencar o direito à saúde como direito social), não há como ultrapassar um imperativo da realidade normativa de que há, nessas mesmas normas definidoras de direito fundamental, a coabitação constitucional com as normas de estruturação programática da política pública para sua implementação.

Da formulação em tela, admite-se diferenciar situações normativas: (a) norma constitucional de direito social fundamental de que se extrai direito subjetivo à prestação e que está constitucionalmente previsto um sistema de implementação das prestações; e (b) norma constitucional de direito social fundamental de que se extrai direito subjetivo à prestação e que não está previsto um sistema de implementação das prestações do direito fundamental.

Na situação (a), (a.i) o sistema de implementação está legalmente estruturado e organizado ou (a.ii) o sistema de implementação não está legalmente estruturado e organizado.

Na situação (b), diferencia-se (b.i) se das normas constitucionais que preveem o direito é possível extrair a prestação que seria devida por política pública estruturada ou organizada; (b.ii) se não é possível extrair a prestação que seria devida caso a política pública estivesse estruturada e organizada.

A partir dessas situações, a noção de que a norma constitucional definidora de direito fundamental coabita, em igualdade de vigência e eficácia, conjunto de outras normas e elementos quem compõe um sistema de implementação constitucionalmente idealizado para aquele direito em espécie, coloca em dúvida como se dá essa relação de integração do direito social à saúde e o SUS.

Avança-se, assim, para enquadrar as situações acima diante dos limites e a validade do reconhecimento de direitos originários à prestações de saúde integrante e não integrantes das prestações já oferecidas pelo sistema de implementação constitucional e legal.

---

<sup>77</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 308.

## 2.6 Da Validade e dos Limites para os Direitos Subjetivos a Prestações

O reconhecimento de direito subjetivo à prestação, ainda que originário e admitido, não pode ser absoluto<sup>78</sup>. E no ponto que se quer lançar atenção, as normas de conteúdo programático do direito à saúde se impõem aos operadores como um pressuposto incontornável à sua efetividade.

Pela leitura das normas constitucionais dos arts. 196 a 200 da Constituição Federal se percebe a relação entre a norma definidora do direito subjetivo e a norma de conteúdo programático, ambas impositivas de deveres ao poder público.

Ao passo que se extrai (art. 196) a saúde como direito de todos e a saúde como dever do Estado, nos dispositivos seguintes há a regulamentação constitucional das ações e serviços de saúde endereçada ao legislador (art. 197), para além da criação de diretrizes à organização do sistema único de saúde (art. 198, com atribuições exemplificativas no art. 200) que, procedimentalmente, deve oportunizar a participação complementar da iniciativa privada na prestação da assistência à saúde (art. 199).

Fato é que o direito à saúde já foi objeto de concretização pelo legislador diante da aceção programática impositiva<sup>79</sup> do direito fundamental, essencialmente, pela Lei 8.080/90 e demais atos regulamentares editados pelo Ministério da Saúde enquanto direção nacional do SUS e outros órgãos componentes.

A imagem seria de que a norma do direito social à saúde abstratamente considerado ganha contornos a partir das normas de direito social à saúde de cunho organizatório citadas.

Trata-se, em metáfora, de figuras matemáticas geométrica em conteúdo e continente.

Pela produção legislativa e regulamentar do continente SUS representar cumprimento de mandamento constitucional e conviver com a norma definidora de

---

<sup>78</sup> Por todos, Paulo Gustavo Gonet Branco: “[...] os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos. [...] Até o elementar direito à vida tem limitação explícita no inciso XLVII, a, do art. 5º, em que se contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada”. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet *et al.* **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 230 e ss.

<sup>79</sup> No ponto, Jorge Miranda aponta para a força imediata das normas constitucionais programáticas: “a) fazem cessar de imediato a vigência de normas anteriores que disponham de forma diferente; b) proibem de imediato a emissão de normas legais contrárias; c) proibem a prática de atos contrários a seus preceitos; d) fixam diretrizes para o legislador, provocando inconstitucionalidades por omissão ou por ação, em caso de afastar-se desses critérios; e) são eficazes dentro do sistema, integrando a força interpretativa do ordenamento.” MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2013. v. 2, p. 220.

conteúdo do direito à saúde, aponta-se que as pretensões judiciais ou administrativas de saúde devem sempre seguir esse sistema de implementação constitucional desenhado.

A eficácia desse sistema representa o conteúdo do direito, a sua relativização e o seu argumento não absoluto. É a política pública constitucional<sup>80</sup> e que confere legitimidade à atuação legislativa e executiva conforme a Constituição.

Nesse passo de argumentação, vale voltar para as situações pontuadas como possíveis.

Não sendo o caso de restaurar uma falha de serviço de saúde para reconhecer o acesso à prestação pretendida a partir do sistema para a implementação do direito tal como edificado legal e executivamente (SUS), um direito subjetivo sem vínculo obrigacional reconhecido (originário a prestação) não surge pelo direito social.

Ao sentir, reconhecendo o convívio de eficácias subjetiva e programática, o reconhecimento de um direito que não está contido no sistema de concretização não pode ser tido como direito social, mas sim prestação derivada diretamente da dignidade da pessoa humana e vinculada ao conteúdo do mínimo existencial.

Trata-se de direito originário a prestações de saúde decorrente da norma constitucional de dignidade da pessoa humana e centra sua diferença não só na nomenclatura, mas sobretudo na fundamentação e saúde do sistema.

Primeiro, como se nota, a implementação de direito à saúde, sem atender ao referido sistema, rompe com o conteúdo da igualdade e universalidade, justificativa de valores próprios do SUS que visa tornar as ações e serviços universais e igualitários entre os cidadãos.

Segundo, a implementação do sistema tem ampla relação com os direitos ao igual acesso e à igual participação, como identificados a partir da doutrina de J. J. Gomes Canotilho<sup>81</sup> como direitos derivados à prestação<sup>82</sup> que devem compor o que se reconhece como direitos fundamentais subjetivos de saúde próprios, não só

---

<sup>80</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 13, p. 90, 1996.

<sup>81</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 553.

<sup>82</sup> Como exemplo, nota-se que não é pelo fato de o artigo 6º citado reconhecer como direito social o direito à moradia que será possível admitir que o Poder Judiciário irá condenar o Estado à obrigação de fazer consistente em construir uma moradia para o autor de uma ação civil; ou mesmo, em relação ao direito ao trabalho, condenar à obrigação de fazer consistente em que lhe empregue em algum cargo do setor público ou privado. CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2018. p. 2016-2017.

quando a política pública de saúde se mostrar insuficiente, parcial, mas também quando se mostrar como não sendo a melhor possível.

Terceiro, o raciocínio acima exposto demonstra uma nova perspectiva do problema, mas cujo raciocínio pode fazer crer redundará na mesma efetividade prática. Não é o que parece.

Inicialmente porque, ao que se verifica, reconhecer com base direta na norma constitucional definidora do direito à saúde permite que se extraia em qualquer prestação à saúde – colocando o Estado em posição de garantidor universal de todas as necessidades dos indivíduos nessa seara.

Transforma-se, assim, o direito subjetivo à saúde em direito absoluto a qualquer prestação possível.

Não se revela constitucionalmente válido, portanto, esse ponto de vista.

Em avanço, caso se reconheçam prestações com base na dignidade da pessoa humana, ainda que se tratem de pedidos de tratamento à moléstia grave vinculados à saúde ou à vida, se está a dizer que o intérprete estará limitado àquelas prestações vinculadas ao reestabelecimento da dignidade atingida ou ameaçada. E aqui, entende-se, a dignidade representada tão somente pelo mínimo existencial.

Entendendo a válida condenação do Estado a prestações com base na dignidade e no Estado Social, ainda assim remanescem as mesmas dificuldades em relação ao conteúdo do que se considera mínimo existencial apto a restaurar a dignidade. Dificuldades essas específicas relacionadas ao exato conteúdo de saúde ligado ao mínimo existencial e à dignidade de uma pessoa apontam para a complexidade do objeto prestacional<sup>83</sup>.

A primeira delas diz respeito ao conteúdo da obrigação prestacional diante do amplo leque de necessidades. Outro questionamento que assume importância é o de que a prestação pretendida judicialmente por um indivíduo deva ter limites ou, de outro ângulo, se é possível indicar que os entes políticos são devedores de atendimento global para toda e qualquer prestação de saúde. Intrínseca a essa pergunta, fica a dúvida sobre o nível de qualidade do atendimento e dos serviços prestados – que abarque os serviços essenciais e sob padrões mínimos.

O conteúdo, limites e nível de qualidade devem, ao sentir, serem extraídos do próprio sistema de implementação que, em relação à atuação do Ministério Público,

---

<sup>83</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 337.

somente deve ser defendido direto à prestação de saúde não integrante do sistema de implementação (SUS) no caso de a situação versar sobre a dignidade da pessoa humana (valor) concreta.

Aqui, volta-se para a tutela da saúde e da vida não como um direito social pelo que estará conectada com componentes do mínimo existencial (sem, aqui, adentrar na problemática ampla do conceito, mas considerando que certamente as condições de saúde e vida estão inseridas nessa noção).

Em outras palavras, ao sentir da interpretação das normas postas, somente seria válido ao membro do Ministério Público pleitear e ao Poder Judiciário reconhecer obrigação de fazer ou dar decorrente diretamente da norma constitucional definidora, ainda que exista lei disciplinando-a, no caso em que a situação jurídica posta aponte para a violação da dignidade da pessoa humana e, assim, à ideia do mínimo existencial.

Do ponto de vista da tutela coletiva o Ministério Público, ou está defesa do cumprimento da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais homogêneos em relação às normas de direito à saúde do SUS (com fundamento de direito social ou direito derivado à prestação de saúde – acesso e participação em aspecto coletivo)<sup>84</sup> ou de aspectos coletivos vinculados também à igualdade material no oferecimento de prestações pelo Estado relacionadas à dignidade da pessoa humana – o que deve ser possível de elastecer aos critérios de generalidade de acesso ao serviço e participação nos recursos públicos.

---

<sup>84</sup> Aqui, as mesmas dificuldades, sobre qual o conteúdo possível de defesa pelo órgão legitimado em ação civil pública que vise prestação coletiva de direito à saúde; qual o limite e qual o grau de qualidade que se pode exigir e até que ponto tal perspectiva não vai adentrar na discricionariedade e gestão dos recursos público tolhendo o direito de outros não considerados; é possível medir isso por dados estatísticos, sendo que o caminho de construção de um atendimento de padrões mínimos e essenciais devem ser extraídos da lei, ao sentir, em sendo individual ou coletiva a pretensão.



### 3 O DIREITO SOCIAL À SAÚDE NA PRÁTICA JURÍDICA E O REGIME JURÍDICO DE IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A eficácia das normas de direitos fundamentais vem refletida diariamente na prestação da tutela judicial e, principalmente, na defesa pelo Ministério Público.

Em regra, as vias eleitas e a forma com que essa tutela e defesa são desempenhadas acabam por direcionar a restauração de uma violação ou ameaça de violação a um direito fundamental a cumprimento de resultado prático individual.

Visa-se, aqui, apontar esses caminhos de construção da efetividade direito fundamental social à saúde estão sendo desenvolvidos na prática.

Inicia-se a partir de casos ilustrativos da comarca de Garopaba, em Santa Catarina.

Em contextualização, Garopaba, município sede da comarca do Poder Judiciário Estadual, foi fundado em 19 de dezembro de 1961 e está situado no litoral catarinense.

A estimativa a população em 2019 é de 23.078 habitantes, sendo o sétimo município da microrregião sul do Estado de Santa Catarina em densidade demográfica. As atividades econômicas do município são o turismo, a construção civil, a pesca artesanal (principalmente, a pesca da tainha e da anchova) e a agricultura de subsistência. O município possui Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDHM), medido em 2010, de 0,753, considerado alto pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento<sup>85</sup>.

Sob essa realidade se busca especificar concretamente a realidade judicial prática vivenciada, colaciona-se levantamento das decisões prolatadas pelo Juízo da Comarca de Garopaba, Santa Catarina em casos envolvendo pretensões de entrega gratuita de medicamentos.

Foram identificadas, em dois anos de pesquisa 2017-2019, decisões judiciais exaradas por magistrados diferentes em razão de troca de titularidade da Vara Única e de substituições por juízes.

Dentre elas, foram pinçadas por estimativa 12 sentenças de procedência e 10 sentenças de improcedência, sendo que foram pinçadas duas demandas específicas

---

<sup>85</sup> FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **IBGE Cidades**. Rio de Janeiro, c2017. Disponível em <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sc/garopaba/panorama>. Acesso em: 30 set. 2019.

julgadas por sentenças terminativas de mérito com fundamentações e resultados diferentes e representativas, de um lado do bloco das decisões de procedência e de outro o bloco das decisões de improcedência.

Sobreleva-se que o critério de escolha se deu em razão da lógica, do modo, da metodologia, da forma de concretização do direito prestacional à saúde em razão das normas que compõe o sistema de implementação.

Esses casos ilustrativos desse modo de decidir visa lançar luzes justamente sobre a opção legítima de concretização utilizada pelo Poder Judiciário Estadual, diante das situações de (a) norma constitucional de direito social fundamental de que se extrai direito subjetivo à prestação e que está constitucionalmente previsto um sistema de implementação das prestações; (a.i) o sistema de implementação está legalmente estruturado e organizado; e na situação (b) não ser possível extrair a prestação que seria devida caso a política pública estivesse estruturada e organizada.

Justamente por isso se resolve lançar luzes à situação da prestação de saúde não vinculada a dever jurídico decorrente da política pública desenhada nas normas constitucionais e legais do SUS.

No caso, as demandas versam sobre medicamentos não padronizados pelas listas oficiais do sistema, ou seja, medicamentos que não estão dentro da política pública instituída.

### **3.1 Caso 1 - Direito Social à Saúde. Assistência Farmacêutica Integral.**

#### **Improcedência<sup>86</sup>**

Ministério Público do Estado de Santa Catarina, pela 1ª Promotoria de Justiça da Comarca de Garopaba, ajuizou ação civil pública em face do município de Garopaba e do Estado de Santa Catarina, com o objetivo de condenar os réus em obrigação de fazer, consistente na prestação contínua e ininterrupta até final tratamento, e na quantidade exigida pela receita, do fármaco Glicosamina 500mg+Condroitina 400mg.

Como causa de pedir, sustentou, em síntese, que tais medicamentos são indispensáveis ao tratamento da moléstia que acomete (osteoporose) a titular do direito e que esta não possui condições financeiras para aquisição.

---

<sup>86</sup> Ver anexo A.

O Ministério Público fundamentou sua pretensão na CRFB/1988, mais especificamente nos direitos à vida e à saúde, requereu a tutela de urgência.

Na decisão liminar, o Juízo deferiu a tutela de urgência, determinando aos réus o fornecimento imediato do(s) fármaco(s) Glicosamina 500mg + Condroitina 400mg.

Após a instrução, o Juízo da Comarca, por fim, revogou a tutela de urgência concedida e julgou improcedente o pedido inicial, com fundamento no art. 487, I, do CPC/2015.

O ponto está na fundamentação da sentença de improcedência.

O Juízo inicia a construção do raciocínio jurídico sobre o caso indicando o caráter fundamental do direito à saúde e a disciplina constitucional do direito, enquanto espécie de prestação do estado vinculada à Seguridade Social, e a disciplina infraconstitucional do direito, a partir das disposições da Lei n.º 8.080/90.

Ao passo que faz alusão à finalidade da Política Nacional de Saúde estruturada pela lei supracitada, adentra nas disposições do diploma em relação à atuação do Sistema Único de Saúde e ao fato que uma das ações que lhe compõe é a assistência terapêutica integral.

Avançando mais na normativa legal que trata da assistência terapêutica, retrata o que vem disposto no art. 19-Q e no art. 19-T da Lei 8.080/90<sup>87</sup> apontando que há um procedimento interno estrito para “a incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica”, bem como que ele é pautado por critérios científicos e tecnológicos a cargo do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS.

Descendo no plano hierárquico à regulamentação interna do Ministério da Saúde, indica que a política nacional de saúde, no que toca à dispensação de medicamentos à população, é pautada por classificação e responsabilidade pelo financiamento por meio da Portaria n. 399/GM, de 22 de fevereiro de 2006.

Assim, para cada classificação interna e para cada procedimento de dispensação à população, há um feixe de responsabilidades para os entes que compõe o Sistema Único de Saúde. A ler:

---

<sup>87</sup> BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm). Acesso em: 30 set. 2019.

[...]

## II – FUNDAMENTAÇÃO

II .1. Mérito – Direito à saúde – Medicamentos, procedimentos e tratamentos – Políticas públicas – Sindicabilidade judicial - Requisitos

[...]

Concretizando a dispensação de medicamentos à população, o Ministério da Saúde classifica como básicos, de responsabilidade dos três gestores do SUS, os remédios utilizados nas ações de assistência farmacêutica relativas à atenção básica em saúde e ao atendimento a agravos e programas de saúde específicos inseridos na rede de cuidados da atenção básica. Os medicamentos estratégicos são aqueles utilizados para o tratamento de doenças endêmicas, com impacto socioeconômico, cabendo sua aquisição pelo Ministério da Saúde e seu armazenamento e distribuição pelos Municípios. Já o Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional tem por objeto o tratamento de doenças específicas, que atingem um número restrito de pacientes, os quais necessitam de medicamentos com custo elevado, cujo fornecimento depende de aprovação específica das Secretarias Estaduais de Saúde e de recursos oriundos do Ministério da Saúde, bem como daquelas Secretarias também responsáveis pela programação, aquisição e dispensação das drogas (consultar a classificação e a responsabilidade pelo financiamento destas na Portaria n. 399/GM, de 22 de fevereiro de 20062). Finalmente, há programas e sistemáticas de assistência específicos para determinadas moléstias, como, por exemplo, o diabetes e o câncer.<sup>88</sup>

Diante da reconstrução lógica do direito à saúde, o magistrado sentenciante identifica a realidade da escassez de recursos (finitos sempre) e o específico e real conteúdo da prestação à saúde, no que se refere à assistência farmacêutica, a partir do desenho do sistema de saúde (SUS).

Assim, interpreta que pedidos de dispensação gratuita de medicamentos, procedimentos e tratamentos necessariamente pressupõe a verificação sobre a existência ou não política pública que abranja a prestação pleiteada a partir da normativa legal (legislativa) e regulamentar (executiva), sob pena de violar a separação dos poderes, a legitimidade democrática para as ‘escolhas trágicas’ e promover consequências na iniquidade da prestação e orçamentária previsíveis com a interferência judicial condenatória.

[...]

Nesse contexto, considerando a notória escassez dos recursos destinados ao SUS, e que a separação dos poderes (CRFB/1988, art.

---

<sup>88</sup> GAROPABA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Sentença. Autos 09000048-84.2014.8.24.0167**. Vara Única da Comarca de Garopaba. Partes: Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Município de Garopaba e Estado de Santa Catarina. Julgado e publicado em 08 de junho de 2019.

2º) impõe que aquele legitimado democraticamente a administrar a coisa pública realize, dentro da moldura constitucionalmente traçada, e de maneira responsável, escolhas sobre a alocação de recursos escassos à satisfação de inúmeras necessidades (escolhas trágicas), não se pode deixar passar despercebido as consequências do deferimento judicial de medicamentos, procedimentos ou tratamentos estranhos aos administrativamente estabelecidos e disponibilizados. Deferir, na ausência de políticas públicas, sem qualquer planejamento ou restrição, benefícios para alguns, ainda que necessários, notadamente quando de elevado valor, pode afastar o atendimento de muitos que se enquadrariam nas hipóteses disciplinadas pelo Poder Público, consagrando-se, sob a ótica utilitária, sem dúvida, verdadeira injustiça. Ademais, não bastasse o desguarnecimento desses sujeitos, em última análise, inviabilizaria a própria realização de escolhas políticas legítimas sobre o atendimento de outras necessidades e finalidades também relevantes (segurança pública, educação, transporte etc.), cuja análise e avaliação, diante da limitação cognitiva própria do processo individual, não pode ser realizada a contento pelo Poder Judiciário na perspectiva macro. Afinal, e fatalmente, considerando a natural escassez de recursos, o implemento judicial de prestações não previstas importa, quando não o decotamento de rubrica orçamentária própria, o estorno de verbas destinadas a outros fins. Diante disso, ao sentir deste magistrado, não se pode considerar o Poder Judiciário como via que possibilite ao jurisdicionado burlar o fornecimento administrativo de fármacos, procedimentos e tratamentos, garantindo individualmente seu tratamento sem sopesar a existência de outros cidadãos nas mesmas ou em piores circunstâncias, uma vez que, com a devida vênia a quem pensa de maneira diversa, o ajuizamento de ação não se mostra fator de discrimen apto a tanto e, demais disso, a Constituição não assegura ao cidadão o acesso a todo e qualquer cuidado médico que necessite, tampouco torna o Estado o segurador universal de toda e qualquer necessidade humana.<sup>89</sup>

Duas são as situações identificadas no raciocínio do Juízo. Caso a referida política pública esteja formulada, havendo previsão de dispensação do tratamento pleiteado para aquela doença, não há dúvida de que o postulante tem direito subjetivo público a tal, cabendo ao Poder Judiciário determinar seu cumprimento pelo Poder Público.

Basta ao interessado, como apontado pelo juízo em tela, (i) comprovar a moléstia que lhe aflige; (ii) a pertinência entre a prestação pleiteada e a política pública adotada pelo Estado; e (iii) a negativa do Poder Público em realizar a prestação.

---

<sup>89</sup> GAROPABA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Sentença. Autos 09000048-84.2014.8.24.0167**. Vara Única da Comarca de Garopaba. Partes: Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Município de Garopaba e Estado de Santa Catarina. Julgado e publicado em 08 de junho de 2019.

Do contrário, não estando a prestação pleiteada contemplada na política pública do SUS, as circunstâncias e peculiaridades do caso concreto devem estar postas. A questão então passa a ser se a não inclusão do tratamento nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS, elaborados com fundamento na corrente da "medicina com base em evidências", configura omissão legislativa/administrativa ou se a não inclusão está justificada em decisão administrativa fundamentada<sup>90</sup> ou em vedação legal<sup>91</sup>.

O juízo da comarca de Garopaba é preciso ao analisar na fundamentação em comento que:

[...]

Resumidamente, a concessão de medicamentos, procedimentos e tratamentos não albergados pelas políticas públicas do SUS pressupõe (a) a comprovação da moléstia; (b) a ausência de política pública relativa à pretensão mandamental formulada e a inexistência de decisão administrativa expressa e devidamente fundamentada sobre a sua não-incorporação aos protocolos do SUS; (c) a inexistência de medicamentos, procedimentos ou tratamentos substitutivos fornecidos pelo SUS ou a sua comprovada ineficácia no caso concreto<sup>92</sup>; (d) a eficácia do fármaco, procedimento ou tratamento postulado, de acordo com a medicina de evidências, não

---

<sup>90</sup> A prestação pode não estar inserida nos Protocolos por inexistirem evidências científicas suficientes a autorizarem sua inclusão ou por outros motivos expressos em decisão administrativa fundamentada, tais como o elevado custo-efetividade individual ou coletivo. (BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **AG 5041462-38.2016.404.0000**. Agravante: União – Advocacia Geral da União. Agravado: Helio Jose Piccin. Relatora: Des. Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha. 14 dez. 2016. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/416948352/agravo-de-instrumento-ag-50414623820164040000-5041462-3820164040000>. Acesso em: 30 set. 2019). Outrossim, Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais ao atendimento médico da parcela da população mais necessitada" (STA 175 AgR, Relator(a): Min. Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 Publicado em 30 de abril. 2010 ement VOL-02399-01 PP-00070; TRF4, AG 5041462-38.2016.404.0000, Quarta Turma, Relatora Vivian Josete Pantaleão Caminha, juntado aos autos em 19/12/2016).

<sup>91</sup> Isso porque o medicamento ou tratamento pode não ser oferecido pelo Poder Público por não contar, por exemplo, com registro na ANVISA - o qual constitui garantia à saúde pública e individual, só podendo ser relevado em situações muito excepcionais, segundo disposto nas Leis n.º 6.360/1976 e 9.782/1999 (hipótese de vedação legal) – ou por ser experimental.

<sup>92</sup> Entretanto, não se pode ignorar que, em algumas situações, por razões específicas do organismo de determinadas pessoas - resistência ao fármaco, efeitos colaterais, problemas de saúde etc. -, as políticas públicas oferecidas podem não lhes ser adequadas ou eficazes. Nesses casos pontuais, restando suficientemente comprovada a ineficácia ou impropriedade da política de saúde existente, bem como a eficácia baseada na medicina de evidências e baixo custo-efetividade do tanto postulado, é possível ao Poder Judiciário ou à própria Administração, sem prejuízo da análise de outros requisitos, determinar prestação diversa da usualmente custeada pelo SUS. BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **AG 5041462-38.2016.404.0000**. Agravante: União – Advocacia Geral da União. Agravado: Helio Jose Piccin. Relatora: Des. Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha. 14 dez. 2016. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/416948352/agravo-de-instrumento-ag-50414623820164040000-5041462-3820164040000>. Acesso em: 30 set. 2019.

podendo se verificar experimentalidade ou mera eletividade do pleito; (e) o registro na Anvisa do fármaco, procedimento ou tratamento postulado, salvo o caso de dispensa legal; (f) o baixo custo-efetividade individual e coletivo da postulação, sendo descabida, a princípio, salvo exceções devidamente justificadas, a dispensação de medicamentos, procedimentos e tratamentos individuais de elevado custo. Soma-se a estes pressupostos, (g) a necessidade de o interessado demonstrar a sua hipossuficiência, uma vez que o dever do Estado não exclui o dever das pessoas, da família, das empresas e da sociedade (CRFB/1988, art. 7º, IV; Lei n. 8.080/1990, art. 2º, §§; CC/2002, art. 1.694).<sup>93</sup>

A aplicação argumentativa acima aos contornos do caso se coloca de forma clara diante dos fatos apurados no processo.

A perícia médica realizada com a paciente/representada concluiu que, diante da moléstia que apresentava e do medicamento que pleiteava (e que não se incluía dentre aqueles disponibilizados pelo SUS) haveria a possibilidade de substituição por outro, de igual eficácia, e que integra a relação de medicamentos disponíveis.

Do laudo se extrai que "há medicamentos analgésicos (ibuprofeno e codeína) que podem ser utilizados para a doença que aflinge a pericianda", pelo que não há evidência médica que o medicamento pleiteado (não padronizado) é imprescindível visto que há prestação alternativa terapêutica fornecida administrativamente no sistema de saúde.

### **3.2 Caso 2. Direito Social à Saúde. Assistência Farmacêutica Integral.**

#### **Procedência<sup>94</sup>**

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina, pela 1ª Promotoria de Justiça da Comarca de Garopaba, ajuizou ação civil pública<sup>95</sup> em 9 de dez. 2011, em face do Município de Garopaba e do Estado de Santa Catarina com pedido de condenação à obrigação de fazer consistente na prestação continuada e ininterrupta até o final do tratamento e na quantia exigida na receita para o medicamento Venalot 15/90mg.

<sup>93</sup> GAROPABA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Sentença. **Autos 0900048-84.2014.8.24.0167**. Vara Única da Comarca de Garopaba. Partes: Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Município de Garopaba e Estado de Santa Catarina. Julgado e publicado em 08 de junho de 2019.

<sup>94</sup> Ver anexo B.

<sup>95</sup> GAROPABA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Sentença. **Autos 0002374-47.2011.8.24.0167**. Vara Única da Comarca de Garopaba. Partes: Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Município de Garopaba e Estado de Santa Catarina. Julgado em 24 de fev. 2016 e publicado em 10 de março de 2016.

Aponta que administrativamente a paciente representada teve negado administrativamente o fornecimento do medicamento por conta de que a doença (CID) não tinha padronizado o tratamento com o referido medicamento pleiteado, pelo que o Estado de Santa Catarina o negou. O Município de Garopaba igualmente negou o medicamento.

A paciente, como se indicam documentos, sobrevive com poucos recursos financeiros (aposentadoria) e não tem condições para suportar os custos do medicamento e as despesas ordinárias.

Na parte da causa de pedir remota (jurídica), indica o Ministério Público que o direito à saúde é direito fundamental e o Estado não pode negá-lo sob ‘pálidos argumentos’. Com a citação dos dispositivos que garantem o direito à saúde, aponta que como a paciente/representada não tem acesso ao medicamento, o Estado e o Município tem a obrigação de ‘fazer valer’ o direito materialmente consagrado.

Instruído o feito, após devido procedimento, o Juízo de Garopaba prolatou sentença na qual julgou o pedido procedente e condenou o Estado e o Município à obrigação de fornecer o fármaco Venalot 15/90mg.

Na fundamentação a magistrada deixa clara a base teórica e doutrinária que confere substrato à interpretação por ela realizada. Enquadrando o direito à saúde como direito social por força do art. 6º, indica que a prestação à saúde é direito de todos e dever do Estado na forma do art. 196, ambos da Constituição Federal.

Avançando para o art. 2º da Lei 8.080/90, aponta para as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. Para além disso, o Juízo indicou que para que “o fornecimento público de medicamento ou tratamento médico pela via judicial” alguns requisitos devem ser verificados: “ausência de recursos financeiros suficientes para o custeio, considerando o valor necessário; recomendação médica específica para o caso da parte postulante; e negativa administrativa do Sistema Único de Saúde (SUS)”<sup>96</sup>.

Reconhece, na valoração das provas (laudo pericial e documentos), que a parte necessita do fármaco e que não possui condições financeiras para custeio do medicamento. Ademais, foi comprovada a negativa administrativa do Estado.

---

<sup>96</sup> BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm). Acesso em: 30 set. 2019.



O Juízo procede ao afastamento das alegações do Estado em relação ao fato de o medicamento pleiteado não ser padronizado:

[...]

Quanto a alegação do Estado de Santa Catarina no sentido da impossibilidade de fornecer medicação distinta da padronizada, sabe-se que o fato de o medicamento postulado não estar padronizado nos programas oficiais não exime o ente público de fornecê-lo (AC n. 2014.001307-9, de Turvo, rel. Des. Rodrigo Cunha. J. 29-5-2014; AC n. 2013.0601-79-2, de Taió, rel. Des. Gaspar Rubick, j. 15-4-2014 e AC n. 2014.003924-8, de Mondaí, rel. Des. Júlio César Knoli, j. 10-4-2014).

Isso porque a assistência terapêutica integral, ditada pelo art. 6º da Lei 8.080/1990, impede a restrição do exercício do direito à saúde a listas ou padronizações, até porque partidas, isoladamente, de quem tem o dever constitucional de garantir o fornecimento dos medicamentos.

[...]

Ora, não pode o Estado impor alternativas terapêuticas, pois tal iniciativa compete exclusivamente ao médico que acompanha o tratamento.<sup>97</sup>

Em avanço, traz ao fundamento da decisão o ponto central da argumentação. Aponta a Juíza de Direito que o perito atestou que não havia medicamento na lista de fármacos fornecidos gratuitamente pelo SUS que tenham a mesma eficácia do medicamento pleiteado, esclarecendo ainda que não há outro medicamento de melhor custo/efetividade em comparação com o pretendido para o tratamento da enfermidade.

Traz, para essa conclusão em relação ao medicamento requerido não ser padronizado, o julgado Recurso Extraordinário nº 831.385 do STF em que é reconhecida a possibilidade de o Judiciário determinar a concessão de medicamentos não previstos na lista padronizada do SUS.

Para a concessão, ao final, conclui que se dá com base na “abrangência e eficácia dos arts. 5º, caput, 6º, 23, II, 196 e 198 da CRFB”.

---

<sup>97</sup> GAROPABA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Sentença. **Autos 0002374-47.2011.8.24.0167**. Vara Única da Comarca de Garopaba. Partes: Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Município de Garopaba e Estado de Santa Catarina. Julgado em 24 de fev. 2016 e publicado em 10 de março de 2016.

### 3.2.1 O Cotejo da Atuação do Ministério Público do Estado de Santa Catarina e das Decisões Judiciais, as Argumentações Jurídicas dos Casos 1 e 2

Como base da proposta, pelos casos 1 e 2 se coteja, de um lado, a forma de decidir do Juízo de Garopaba (realizado por dois magistrados diferentes) e, de outro, a forma com que o membro do Ministério Público buscou emprestar concreção ao referido direito.

Inicialmente nota-se que, em ambas as demandas, o pedido foi pautado no dever jurídico de o Estado prestar a obrigação de fornecimento de medicamento ao destinatário do direito à saúde.

A fundamentação do pedido formulado pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina nas demandas em tela teve idêntica direção individual.

Nos dois casos<sup>98</sup>, os membros da instituição apontaram que comprovada “afrenta às garantias constitucionais e legais vigentes”, com vistas a “fazer valer o direito materialmente consagrado à saúde, fornecendo o medicamento ora pleiteado”; bem como que “diante do amparo legal pertinente à espécie, sendo assegurada com absoluta prioridade à efetiva garantia da saúde a todos os cidadãos, devem o Estado de Santa Catarina e o Município de Garopaba proverem as condições necessárias ao seu pleno exercício”, seria “imprescindível as condenações [...] em obrigação de fazer consistente na entrega [...] do medicamento”.

Aponta, ainda, que

[...] incumbe ao Poder Judiciário determinar o restabelecimento imediato de seu autêntico direito à manutenção da qualidade de vida, notadamente o de perceber de forma gratuita e continuada a medicação que lhe foi prescrita por profissional habilitado, cujas recusas representam omissões intoleráveis dos requeridos.<sup>99</sup>

---

<sup>98</sup> Ambos, trechos da Petição Inicial, em: GAROPABA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Sentença. **Autos 0002374-47.2011.8.24.0167**. Vara Única da Comarca de Garopaba. Partes: Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Município de Garopaba e Estado de Santa Catarina. p. 1-10; e GAROPABA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Sentença. **Autos 0900048-84.2014.8.24.0167**. Vara Única da Comarca de Garopaba. Partes: Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Município de Garopaba e Estado de Santa Catarina. Julgado e publicado em 08 de junho de 2019. p.1-15.

<sup>99</sup> GAROPABA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Sentença. **Autos 0002374-47.2011.8.24.0167**. Vara Única da Comarca de Garopaba. Partes: Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Município de Garopaba e Estado de Santa Catarina. Trechos da Petição Inicial, p.1-15.

Embora os fundamentos utilizados pelos magistrados não comunguem diretamente da fundamentação do Ministério Público, entre si, as tutelas judiciais acabaram por concordar sobre a questão de fundo mas revelaram linhas de argumentação diversas.

Para o tema, a constatação é de abordagem importante.

Na sentença do Caso 1 a argumentação para se chegar à improcedência foi construída a partir da identificação de como a Constituição Federal normatiza a natureza do direito (fundamental, social e individual, indicando o art. 5º e o art. 6º) e, principalmente, de como o dever do Estado vem garantir a saúde como direito de todos (por “políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”, como dispõe o art. 196<sup>100</sup>).

Referiu-se, então, à norma legal que complementa a Constituição e normatiza essa Política Nacional, a Lei Federal nº 8.080/90. Nessa linha, avançando sobre as normas do Sistema Único de Saúde (SUS), indicou o juízo de Garopaba no Caso 1 que (i) no âmbito das ações de saúde que compõe o SUS há previsão da assistência terapêutica integral, inclusive a farmacêutica (art. 6º, I, ‘d’, da Lei Federal nº 8.080/90); (ii) na assistência terapêutica, compete ao Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, a incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica (art. 19-Q da referida Lei); (iii) citou a regulamentação infralegal do Ministério da Saúde sobre como funcionará o financiamento da assistência terapêutica integral com a classificação e a responsabilidade pelo financiamento (Portaria n. 399/GM, de 22 de fevereiro de 2006).

Diante dessas considerações, verificado por perícia médica que a interessada poderia ter sua moléstia tratada por medicamento alternativo àquele do pedido inicial, e que era fornecido pelo Sistema Único de Saúde, não reconheceu a existência do direito à prestação de saúde na hipótese e julgou improcedente o pedido de obrigação de fornecer o medicamento requerido.

---

<sup>100</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 30 set. 2019.

Em relação à sentença do Caso 2, a construção argumentativa foi ligeiramente diversa para se chegar à procedência do pedido da demanda: reconheceu-se o direito à saúde como 'corolário' do princípio da dignidade da pessoa humana (cita-se o art. 1º, III, CRFB/88) e como direito social (art. 6º, CRFB/88)<sup>101</sup> e de caráter fundamental.

Partiu o Juízo pela linha de que prestação de assistência terapêutica integral, ditada pelo art. 6º da Lei 8.080/1990, na qual "impede a restrição do exercício do direito à saúde a listas ou padronizações, até porque partidas, isoladamente, de quem tem o dever constitucional de garantir o fornecimento dos medicamentos"<sup>102</sup>.

Na decisão há o reconhecimento argumentativo de que o Estado não poderia impor alternativas terapêuticas aos pacientes, porque a atribuição e competência (técnica) exclusiva para indicar o tratamento é do médico que acompanha o paciente.

Centrou-se, na argumentação do Caso 2, em reconhecer a eficácia ao direito à saúde a partir da verificação de requisitos, jurisprudenciais e doutrinários, que tornam um indivíduo apto a receber a assistência terapêutica ainda que o medicamento esteja fora dos padrões do SUS: necessidade da terapia do fármaco atestada pelo médico, vulnerabilidade econômico-financeira da paciente, recomendação médica do medicamento e negativa administrativa pelo Estado.

Como se nota, na decisão do Caso 1 que julgou improcedente o pedido e não conferiu a prestação pretendida, o juízo realizou percurso argumentativo a partir das normas do SUS. A menção expressa, como visto, respeitou as normas legais do sistema de implementação do direito fundamental em tela. Outrossim, atendeu a política pública de saúde baseada em escolhas difíceis dos legisladores e gestores públicos diante dos recursos finitos e da ideia de reserva do possível.

O magistrado revisitou, assim, desde as normas de organização e procedimento para a estruturação do direito à saúde e do componente da assistência terapêutica integral até a ponta da regulamentação da entrega e dispensação dos medicamentos aos pacientes que deles necessitem. Ou seja, partiu do sistema constitucional e legal existente, de como são organizados esses mecanismos de efetividade da norma constitucional do direito social em tela, para então verificar se,

---

<sup>101</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 30 set. 2019.

<sup>102</sup> BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm). Acesso em: 30 set. 2019.

dos fatos, é possível reconhecer o direito e o dever de prestação correspondente à pretensão.

De outro lado, na demanda do Caso 2, cujo pedido foi julgado procedente e condenou o Estado e o Município de Garopaba à obrigação contínua de tratamento, com entrega do medicamento pleiteado em periodicidade determinada, foi o bastante o reconhecimento do direito social e fundamental e a necessidade da prestação pretendida para se conceder a tutela pleiteada. Dessa forma, a decisão analisada não adentrou no desenho constitucional ou legal do direito e nem na política pública de saúde como no Caso 1.

### **3.3 Das Falhas na Aplicação do Direito e o Contexto de Pensamento Jurídico Contemporâneo em Relação aos Direitos Sociais**

Sob a ótica de atuação judicial do Ministério Público, as demandas ajuizadas e as decisões prolatadas nos casos acima expostos impulsionam para a análise da forma como é promovida a defesa ministerial extrajudicial e judicial do direito à saúde, eminentemente individual e claramente não-estruturante do sistema. Do cenário prático e dos pressupostos teóricos da discussão, aponta-se para algumas falhas estruturais de direito nas soluções apresentadas.

Fato é que para alcançar o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações extraídos a partir da Constituição, com a opção de 1988 a centralização da categoria no ordenamento jurídico é vinculada à ascensão do valor da dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento do Estado e dos direitos fundamentais dela decorrentes<sup>103</sup>.

Os direitos fundamentais foram expressamente proclamados, analiticamente desenvolvidos e não-taxativamente enumerados pela Carta e retratam, no fundo, um 'discurso' político-normativo pautado na transformação da realidade social pelos direitos, dentre eles, notadamente, os direitos sociais.

A retórica interpretação da ordem constitucional brasileira se justificou perante o rompimento do apontado regime ditatorial restritivo e se solidificou na democracia de 88'.

---

<sup>103</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

Entretanto, a realidade social não poder ser resolvida por uma realidade jurídica e retórica<sup>104</sup>.

Reconhece-se que com a manifesta deficiência de políticas públicas (administrativa e legislativa, por assim reforçar) promoveram o crescimento do ativismo judicial em direção à efetividade dos direitos – projetado pela realidade social necessária de intervenção.

Ao seu lado, o choque da mentalidade constitucional ampliativa provocou até então na teoria e na prática dos *direitos* fundamentais sociais alguma desconsideração ou não conhecimento sobre os *limites* das possibilidades do Estado e inconseqüências no pensamento jurídico<sup>105</sup>.

Passados mais de trinta anos sem que a *promessa* constitucional e democrática de transformação se efetivasse, ainda que diante do ativismo judicial crescente, são identificados alguns dos desdobramentos críticos e problemas prático-jurídicos desse reconhecimento<sup>106</sup>.

Nos itens: (i) o afastamento entre o cidadão e o Estado representado pela personificação, afastamento, não participação e canalização das expectativas (em busca de um paternalismo) gera frustrações sociais de ordem econômica, política e social; (ii) o desenvolvimento da cultura da '*autotitularização*' de direitos sem o reconhecimento da responsabilidade decorrente do simples pertencimento à sociedade e ao Estado; (iii) com a judicialização das expectativas frustradas, a amplificação da tutela judicial ao máximo – para além do texto e da criatividade jurídica, a ampla viabilização de argumentação proporcionada pelas normas constitucionais.

Sob esses discursos, na seara jurídica (item iii), a Constituição Federal acabou por representar instrumento de solução posto entre a realidade social desconforme que se quer transformar e a realidade jurídica dos direitos fundamentais que se quer efetivar.

---

<sup>104</sup> A referência às falhas no Direito faz alusão ao que José Casalta Nabais expõe ao discorrer em sua obra sobre a *tendência para a panjusfundamentalização* em que trabalha as ideias do *esquecimento das deveres fundamentais, o caráter aberto do catálogo jusfundamental, o colectivismo jusfundamental e a jusfundamentalização de funções; ao lado da tendência indica a (inter)mediação burocrática jusfundamental. Ao final, na conclusão sobre as falhas no Direito sobre o tema, aponta para a premente necessidade de purificação e diferenciação dos direitos fundamentais.* NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**: estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 103-129.

<sup>105</sup> Para Nabais, o universo dos direitos fundamentais foi alargado e tornado complexo que o resultado parece 'rumar mesmo ao infinito', sendo que identifica ameaça como o risco de banalização da categoria de direitos diante da hiperinflação sofrida que impede de distinguir aqueles verdadeiramente fundamentais dos que não o são. Circunstâncias que serão exploradas a frente. *Ibid.*, p. 103.

<sup>106</sup> NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**: estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 103-105.

Entretanto, por si, uma Constituição não resolve problemas.

Nessa seara de pensamentos, as interpretações da Carta Maior tomaram a missão democrática de transformação pelos direitos e, a pretexto de implementá-la, agravou seu descumprimento.

Menciona-se que foi esquecido o texto, de onde são extraídas as normas jurídicas de direitos fundamentais que coabitam com o sistema normativo programático de organização e procedimento, bem como com as políticas públicas neles baseadas.

Entrementes, não é isso que vem sendo alimentado pela cultura e prática jurídica contemporânea pelos fenômenos da lógica do mais e da aplicação imediata não relativa das normas definidoras de direitos.

### 3.3.1 Da Lógica do Mais. Da Amplificação Qualitativa do Resultado Interpretativo das Normas Constitucionais Definidoras de Direitos Fundamentais

A Carta de 1988 fixou analiticamente e não-exaustivamente direitos fundamentais (art. 5º, §2º). Essa amplitude gera equívocos de interpretação e situações de propulsão da *lógica do mais*<sup>107</sup>.

A *lógica do mais*, de mais direitos, se apresenta como um enfrentamento no campo das ideias sobre o conteúdo material dos direitos fundamentais.

Essa escolha traz como resultados interpretativos e de aplicação que se identificam pela (i) a banalização da característica de fundamentalidade a direitos que não possuem vinculação direta com interesses fundamentais de indivíduos e da coletividade; outro, (ii) a incapacidade de distinção precisa da natureza fundamental de direitos.

Da análise restrita que se propõe, ater-se-á aos fatores que provocam a profusão da qualidade de fundamentalidade jurídica e seus fatores de caracterização primordiais.

Esse processo de amplificação (que José Casalta Nabais convencionou chamar de *panjusfundamentalidade*<sup>108</sup>) se desenvolve em três modos: *amplificação objetivo-material*, *amplificação objetivo-formal* e *amplificação subjetiva*.

---

<sup>107</sup> NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**: estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 103-105.

<sup>108</sup> Essa divisão proposta dos modos de desenvolvimento do fenômeno da panjusfundamentalidade é um rearranjo em classificação da separação dos fatores ou aspectos dessa tendência realizada por

Primeiramente, o fator da amplificação objetivo-material ligado à característica histórica, amplamente explorada por teóricos ao longo de décadas, mas que teve seu marco de partida a célebre obra de Norberto Bobbio, “A Era dos Direitos”<sup>109</sup>.

A elaboração e a classificação dos direitos fundamentais em dimensões ou gerações, replicada pelo seu elevado valor teórico e didático, é extraída de contexto histórico.

Evoluiu-se inicialmente (i) uma dimensão de direitos de liberdade civil, frutos da revolução francesa e demais revoluções liberais do século XVIII, (ii) para a dimensão de igualdade com os direitos de participação política, calcados pelas revoluções democráticas, e os direitos sociais, produtos do Estado Social, inaugurando novos tipos de exigência estatal e espécies de titulares (dos trabalhadores e do direito à saúde, por exemplo) e (iii) para a dimensão solidária, em que se inserem os direitos intergeracionais e de índole coletiva de multidimensão (como a ecológica) e de natureza internacional ou global, desencadeadas por processos científicos e técnicos como a energia nuclear e as novas tecnologias.

Para além da conhecida classificação, parte da doutrina indica outras gerações ou dimensões dos direitos fundamentais, projetando para outras situações o reconhecimento de direitos que envolvem ‘novas liberdades’ desencadeadas por progresso científico e tecnológico<sup>110</sup> ou os direitos dos animais e das plantas como fundamentais.

---

Nabais. O autor aponta “1.1 As sucessivas camadas jusfundamentais”, referindo-se às gerações de direitos; “1.2 O esquecimento dos deveres fundamentais”, como resultado de regimes constitucionais que visaram dar predominância aos direitos a evitar regimes totalitários ou autoritários; “1.3 O caráter aberto do catálogo jusfundamental”, incluindo aqueles decorrente de leis e regras, internacionais ou nacionais, na acepção formal e material; “1.4 O coletivismo jusfundamental”, identificado na excessiva titularidade e a titularidade coletiva; “1.5 A jusfundamentalização de funções”, pelo reconhecimento de direitos decorrentes de exercício de determinadas funções estatais como direitos fundamentais. NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**: estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 104-114.

<sup>109</sup> Característica marcante de desenvolvimento da obra referência sobre o assunto. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1988.

<sup>110</sup> Como pontua José Casalta Nabais, pode-se dizer que as novas liberdades se caracterizam, a grosso modo, por (a) destinatários qualificados, sobretudo cientistas e técnicos, que em investigações e ensaios técnicos e científicos, podem provocar afetação dos bens jurídicos e valores que suportam os novos direitos e liberdades; (b) afirmação do caráter jurídico e delimitação em razão da ética, chamada de Biodireito face à bioética, constitui um dos mais importantes problemas com que se debate parte significativa dessas novas liberdades; (c) concretização político-constitucional do conteúdo está longe de se apresentar tal como a dos tradicionais direitos e liberdades fundamentais, sobretudo por inelutáveis imperativos da realidade desses domínios, cuja concretização é deixada em suspenso ou, em larga medida, para conselho essencialmente composta de cientistas e técnicos. NABAIS, *op. cit.*, p. 107-108.



Essas novas dimensões, para além de uma relevância classificatória - de atualização, eminentemente –, se apresentam ou como aspectos próprios dos direitos e liberdades clássicas já mencionados nas três dimensões ou como desdobramentos da evolução dos próprios objetos de tutela dos direitos já reconhecidos pela clássica divisão.

O reconhecimento de novas ‘extensões’ das dimensões ou ‘novas’ dimensões dos direitos fundamentais como uma forma de atualizar ou mesmo inovar na matéria por vezes provoca confusão no critério classificatório proposto.

Fato é que se está diante de classificação de direitos cujo critério e justificativa está posta para retratar a abordagem histórica da evolução dos direitos (sob a ótica inicial de Norberto Bobbio<sup>111</sup> acima referido).

Como se afere da historicidade proposta por Norberto Bobbio<sup>112</sup>, a questão da fundamentalidade não é e não deve ser estanque, mas ampla, abarcando situações/estados/fatos ainda não previstas – lógica evolucionista das normas constitucionais de direitos.

Não se exclui *a priori* qualquer dessas situações/estados/fatos, mas se insere a interpretação a partir dos direitos fundamentais existentes e fundados na busca do alcance da liberdade (valor fundamental dos direitos fundamentais).

Ou seja, entende-se que está já no âmbito de incidência das normas constitucionais já existentes essa possibilidade evolutiva de interpretação.

Nota-se que abarcar novas situações no âmbito de incidência dos direitos fundamentais se dá no plano de interpretação e aplicação, no desvendamento do conteúdo essencial do que é fundamental – plano de liberdade por si.

Concretamente, uma nova realidade social se diferencia da evolução da interpretação das normas de direitos fundamentais devem se abarcar de *lege ferenda* – e, diz-se, tanto para o reconhecimento do direito como da arquitetura de um novo sistema de implementação para o caso dele exigir prestações, estruturas, recursos novos.

Traz-se exemplo simplório relacionado ao direito fundamental de saúde. A Engenharia Genética ou Genética Molecular aplicável, enquanto a utilização de

---

<sup>111</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1988. p. 64-68.

<sup>112</sup> *Ibid.*, p. 64-68.

técnicas de mapeamento e tipagem gênica e os avanços que essa nova modalidade de prestar serviços.

Essa “Nova Genética”<sup>113</sup> deve ser encarada como uma nova realidade tecnológica, mas inserida dentro do direito fundamental à saúde sem que se tenha o reconhecimento de um direito fundamental de nova dimensão genética.

Outrossim, as novas ferramentas de saúde disponibilizadas, os *wearable devices* (ou equipamentos vestíveis) são dispositivos móveis que portados por um usuário – no smartphone, relógio de pulso, chip subcutâneo ou ingerido por pílula – possuem biossensores que monitoram sinais de saúde como a pressão arterial e diversos outros biomarcadores. Além de coletar os dados vitais mais simples, podem rastrear alterações hormonais ou no sangue abrindo margem à prevenção de possíveis doenças e, em larga escala, à criação de indicadores sanitários locais, regionais e nacionais. Diante dessa inovação tecnológica se estará diante de um melhoramento na qualidade do que se entende por prestação de serviço público de direito à saúde e não, ao sentir, do desdobramento de um novo direito fundamental decorrente de novas tecnologias.

Por esse raciocínio<sup>114</sup>, o reconhecimento de direitos fundamentais que se dá por normas (princípios ou regras, direitos *prima facie* e direitos definitivos), cujo leque de aplicações possíveis decorrem da interpretação e do resultado interpretativo do conjunto normativo já existente. Ou seja, do âmbito de incidência e de proteção das normas constitucionais atuais.

Em outras palavras, os resultados interpretativos são identificados: ou se entende que a situação jurídica posta está dentro do âmbito de incidência de uma norma constitucional ou se deve alterar o ordenamento jurídico e estipular formalmente (por produção de nova norma) o reconhecimento desses direitos. Isso se dá por uma ampla abrangência, porém estrita incidência.

Do contrário, direitos são banalizados e os sistemas de implementação desorganizados.

---

<sup>113</sup> Passível, por exemplo, de detectar infecções por vírus ou bactérias nas quais os microrganismos não se apresentam em quantidades suficientes para o diagnóstico, além de doenças parasitárias ou crônico-degenerativas. CASTIEL, Luis David. Uma saúde pública molecular!? **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 285-319, set. 1994. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?Script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X1994000300002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?Script=sci_arttext&pid=S0102-311X1994000300002&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 30 set. 2019.

<sup>114</sup> NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**: estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 107.

Segundo, a amplificação objetivo-formal<sup>115</sup> também pela abertura do catálogo dos direitos fundamentais provocado pelo §2º do art. 5º da CRFB/88, cuja previsão constitucional acaba por incluir outros direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Lança-se, no regime dos direitos fundamentais, direitos previstos em leis e regras nacionais ou internacionais e que tenham *características*, objetivo, *espírito* de fundamentalidade.

Com isso, atrai todo o regime jurídico diferenciado e garantidor, com mandado de otimização, de ampla e imediata eficácia e cuja restrição somente se dá sob justificativa constitucional válida e proporcional em conflito com outros direitos de mesma categoria.

A amplitude horizontal deve ser atenciosamente analisada diante do reflexo da dimensão na interpretação e aplicação das normas constitucionais.

Somente aqueles direitos que realmente estão ancorados no conteúdo essencial fundamental extraído do art. 5º da CRFB/88, e do regime constitucional que os integram, estão abrangidos pelo regime de fundamentalidade.

Adota-se, para fins de estruturação do trabalho, o critério de “fundamentalidade formal e material” identificado por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, para quem não é possível concordar com uma definição ampla adotada por parte da doutrina, segundo a qual a fundamentalidade de certos direitos não depende da força formal constitucional e sim de seu conteúdo<sup>116</sup>.

O arranjo e a lógica democrática dessa linha teórica revela ser constitucionalmente válida posto que normas constitucionais podem ser modificadas diante do procedimento de rigidez constitucional.

Por mais relevante valor moral que a situação de violação tutelada contenha em si ou que o contexto social assim o determine, se não estiver dentro do âmbito de incidência dos direitos formalmente reconhecidos como fundamentais, o resultado interpretativo tange outras fontes que não a constituição.

---

<sup>115</sup> NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**: estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 107-114. Classificação desenvolvida a partir da sistematização dos conceitos da obra de referência.

<sup>116</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 53-54.

Ou seja, padecer de alargamentos por opinião (moralização do direito) ou por contextualização (aplicação de regime protetivo por alguma espécie de conexão fática ou subjetiva identificada em casos concretos) rompe diretamente com a lógica constitucional da eficácia e efetividade dos direitos e enfraquece a categoria de fundamentalidade. Por isso, inválido.

E aqui, em relação ao direito à saúde, importante desdobramento se verifica.

Defende-se, nesse ponto, que o que há de prestação material devida pelo Estado está previamente organizado pelo sistema de implementação, qual seja, o SUS.

Para as prestações materiais à saúde, reconhecidas diretamente da norma constitucional e sem sustentação normativa (constitucional ou legal) no sistema de implementação, não seria admissível senão com fundamento no direito à saúde diretamente decorrente da dignidade da pessoa humana (como iremos a frente argumentar). Nesse patamar de ideias, a ampliação em tela seria circunstancial e voluntarista, incompleta e antijurídica – ideias melhor trabalhadas à frente.

Terceiro, indica-se uma espécie de fundamentalidade coletiva com a amplificação subjetiva dos titulares de direitos fundamentais para além do corpo individual ou da coletividade em si.

Pessoas jurídicas, entidades de classe, partidos políticos, classes de funcionários públicos se indicam como titulares de direitos fundamentais, porém aparentam confundir a natureza dos direitos eventualmente defendidos com a natureza de direito fundamental.

Partindo da divisão dos direitos com titularidade coletiva em duas categorias, sendo elas direitos coletivos tradicionais, conhecidos do constitucionalismo por envolver aqueles que só podem ser exercidos por um grupo de pessoas, de resistência, políticos ou prestacionais (art. 5º, XVI e XVII, CRFB/88 – reunião e associação, i.e.), bem como os novos direitos coletivos, como aqueles que possuem natureza coletiva em si e são denominados como direitos difusos (direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como direito ao desenvolvimento econômico e à paz, i.e.).

Além de José Casalta Nabais, o problema também é identificado por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins<sup>117</sup>.

---

<sup>117</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 69-70.

Para os autores, não há problema em reconhecer a natureza dos primeiros, direitos fundamentais clássicos, visto que “a titularidade do direito é individual, mas a sua “expressão” é coletiva”. Já no caso dos direitos difusos, indicam que o problema é de determinar de forma objetiva qual seria o conteúdo desses direitos, ou seja, em determinar “o que cada titular pode fazer ou exigir em determinadas circunstâncias concretas, ao contrário do que ocorre com os demais direitos fundamentais” ou mesmo “da decisão que deve ser tomada em caso de conflito de interesses entre os próprios titulares”<sup>118</sup>.

Sem apresentarem solução, lançam como um problema dogmático que merece enfoque teórico para que se definam o conteúdo dos direitos fundamentais dessa espécie (coletivos), e destacam:

Na realidade, está-se diante de propósitos e objetivos políticos da atividade estatal e não de direitos fundamentais no sentido clássico consolidado do termo, os quais, representando limites constitucional aos direitos fundamentais de resistência, podem justificar intervenções estatais naqueles direitos. Mas a partir do momento em que o constituinte brasileiro decidiu configurá-los como direitos fundamentais, coloca-se um problema dogmático que a doutrina não pode ignorar, nem resolver de forma simples, propondo terminologias sem a devida elaboração teórica.<sup>119</sup>

Em relação ao direito fundamental à saúde e a possibilidade de abordagem com a atuação do Ministério Público na tutela de direitos coletivos, melhor será trabalhado adiante.

### 3.3.2 Da Aplicabilidade Imediata. A Identificação do Objeto para a Legitimidade da Implementação dos Direitos Fundamentais Prestacionais

Inevitável apontar que a amplificação da matéria dos direitos fundamentais diante de situações material e formalmente não fundamentais e a expansão do conteúdo e dos titulares das prestações originárias ou derivadas, são resultados diretos da interpretação e aplicação de normas constitucionais e legais existentes e válidas.

---

<sup>118</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 69-70.

<sup>119</sup> *Ibid.*, p. 70-71.

Tais resultados se consumam e exaurem no plano da eficácia jurídica, tendo como referencial a possibilidade de aplicação imediata dos direitos com base no art. 5º, §1º, CRFB/88.

Em outras palavras, as normas definidoras de direitos e garantias terem aplicação imediata significa que, mesmo na ausência de lei ordinária disciplinando-as, dessas normas podem se reconhecer posições jurídicas direitos subjetivos a algo, a liberdades e a competências (em referência à Robert Alexy<sup>120</sup>).

Com isso, a partir da eficácia das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais - como última etapa jurídica da fenomenologia para aplicabilidade e justiciabilidade dos direitos fundamentais – é possível ter reconhecido direito subjetivo individual ou coletivo.

Em espécie, no que se refere aos direitos sociais, é possível reconhecer direitos subjetivos à prestação material e fixar, por demandas e em sentenças judiciais, obrigações de índole constitucional.

Entretanto, declarada a incidência da norma constitucional veiculadora de direito fundamental em um caso, por valoração ou por subsunção, ainda não se revela a situação jurídica completa ou ideal.

E não se está adentrando aos métodos de interpretação concretistas dos direitos fundamentais, mas sim do que se deve considerar ao concretizar as normas constitucionais. Adentra-se na norma jurídica interpretada.

Para que o Ministério Público ou o Estado-Juiz tutelem norma descritiva de direito fundamental social, essa implementação deve ser realizada, sempre, partindo-se da norma definidora e das demais normas do ordenamento jurídico constitucional que tratam daquele direito social definido.

Trata-se do respeito à Constituição e do 'direito fundamental como um todo'<sup>121</sup>.

Na forma, no modo e no método de concretização das normas de direito fundamental social e prestacional - após reconhecida a existência, a validade e a eficácia da norma definidora interpretada e valorada – insere-se, minimamente, a dimensão objetiva e a dimensão programática do direito fundamental.

A bem dizer, projeta-se que esse conjunto normativo que estrutura e organiza o sistema de implementação de um direito prestacional (a dizer, o direito à saúde nas

---

<sup>120</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>121</sup> *Ibid.*, p. 197-209.

normas dos arts. 196 a 200) vem definir não só a óbvia definição do direito em si, mas sobretudo os elementos que constituem a prestação da obrigação social que lhe compõe.

Assim, esse regime jurídico global, ao fim e ao cabo, define como se dará a produção material das prestações pleiteadas originalmente da Constituição.

Voltam-se a problemática acima diferenciada em situações: ou se pretende direito subjetivo a prestações que estão previstas no sistema de implementação; ou se está pretendendo prestações não previstas no sistema de implementação.

Como visto no cotejo de **Casos 1 e 2** do Juízo de Garopaba houve o pedido de prestação de fármaco não-padronizados, ou seja, que não estava contido na política pública de dispensação de medicamentos gratuitos para a população (não integrante do sistema de implementação tal como desenhado legalmente – arts. 19 e ss da Lei 8.080/90).

A legítima forma de concretizar a norma constitucional definidora do direito prestacional em tela se viu, embrionariamente, na decisão do Caso 1; o magistrado, atento ao desenho proposto, percorreu o caminho da política pública do SUS para então entender que, no caso, não havia direito ao medicamento não padronizado (fora do sistema de implementação, mas abarcado pela norma constitucional) diante da existência de alternativa adequada oferecida ao público usuário do serviço público.

No Caso 2, em que o reconhecimento da violação da norma definidora de direito fundamental prestacional (direito social à saúde) deveria passar pela verificação, no mundo dos fatos, do sistema de implementação da assistência farmacêutica integral pelos entes da Administração Pública (definida previamente na política pública legal, no caso).

Não foi o caso.

A sentença partiu do reconhecimento dos fatos e da eficácia da norma do direito fundamental à saúde para proceder à determinação da obrigação de fazer dos entes réus e prestar o medicamento não padronizado nas normas do SUS por inexistência de alternativa adequada ao paciente.

A despeito do alinhamento jurisprudencial que o Juízo procedeu, o membro do Ministério Público e o Juízo não avançaram no Caso 2 pelo pensamento além do reconhecimento da aplicação imediata da norma definidora do direito à saúde.

Com base na consubstanciada doutrina sobre a temática da eficácia dos direitos fundamentais<sup>122</sup>, a aplicação imediata das normas definidoras de direitos (art. 5º, §1º, CRFB/88) possui especial relevância.

Como se extrai do pensamento de Ingo W. Sarlet, as normas constitucionais definidoras de direitos sociais prestacionais (em sentido material estrito), pela aplicação imediata definida pelo art. 5º, §1º, estariam aptas a embasar um direito originário à prestação ainda que incompatível com o que o legislador infraconstitucional decidir que deva ser o conteúdo do direito.

O autor<sup>123</sup> esclarece que:

Especialmente para os direitos sociais na condição de direitos a prestações materiais (fáticas), a aplicabilidade imediata significa, em regra, que por mais que se há de deferir ao legislador a tarefa de, em primeira linha, concretizar o projeto constitucional e definir o quanto em prestações sociais, distribuídas entre os diversos direitos sociais, cada indivíduo poderá receber do Estado.

Posto de outra forma, a consagração constitucional de um direito social como direito fundamental e o dever de aplicação imediata, conjugado com o dever de máxima eficácia e efetividade, se revela incompatível, inclusive na condição de direitos subjetivos, àquilo que o legislador infraconstitucional decidir que deva ser o conteúdo do direito.

Assim, um direito fundamental social será, pelo menos em princípio e em alguma medida, um direito originário a prestações, apto a ser deduzido diretamente da constituição, orientação que, em termos gerais e ressalvadas as peculiaridades de determinados direitos fundamentais, especialmente quando se tratar de direitos a prestações normativas (como se deu no caso do direito de greve dos servidores públicos) encontra guarida também na esfera da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, com destaque para o caso do direito à saúde e do direito à educação, o que de tão notório para o presente efeito não precisará ser mais ilustrado.

Aqui, a base teórica em que se fundamenta<sup>124</sup> está calcada nas dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais e de que a norma constitucional que

---

<sup>122</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018; BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012; SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 2017.

<sup>123</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Regime de direitos fundamentais sociais (parte 2). **Consultor Jurídico**, São Paulo, 19 ago. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-19/direitos-fundamentais-regime-direitos-fundamentais-sociais-constituicao-parte>. Acesso em: 11 set. 2019.

<sup>124</sup> *Ibid.*



veicula o direito originário prestacional confirma a aplicação imediata das normas independentemente da função legislativa.

A aplicação imediata que a eficácia jurídica da norma constitucional (que é o que o autor trata com a possibilidade de extração de obrigações prestacionais diretamente da norma) e a efetividade (a produção de efeitos) não dependa de lei ser produzida.

Entretanto, vale indicar que essa regra constitucional de aplicação não valida o impedimento de que as outras normas constitucionais que coabitam o sistema de direito fundamental surtam efeitos.

Assim, ao sentir, caso um direito fundamental que possua em si uma dimensão programática – como o direito à saúde -, a lei produzida pelo Poder Legislativo e executada pelo Poder Executivo integra esse sistema de concretização.

A eficácia dessas normas deve ser respeitada pelo aplicador (como visto acima) como normas organizatórias e de competência constitucionais desse sistema de concretização reconhecido.

Sob esse ângulo, a valoração das obrigações e deveres a partir desse conjunto de normas constitucionais e legais que compõe o sistema de implementação exprimem, com isso, a realização completa e constitucional do direito subjetivo originário pelo Estado.

Noção que pode ser aplicada aos demais direitos sociais de cunho prestacionais. Um exemplo disso é o direito fundamental social prestacional à educação, que possui sistema de implementação bem definido pelos arts. 205 a 214 da CRFB/88 e estabelece organização e competências aos entes federativos, com ações integradas entre si, com sistemas de ensino próprios e com planos de educação em cada um dos níveis. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação é a Lei Federal nº 9.394/96.

Em relação à prestação originária de direito à educação<sup>125</sup>, conferir eficácia para determinar que um ente público construa creche para crianças de um Município deve observar quais as normas e a política pública já instituída. Em hipótese, havendo Plano Municipal de Educação, democraticamente elaborado e integrado com os Planos Estadual e Nacional, cujas metas de inclusão vêm sendo cumpridas com esforços administrativos e financeiros do ente local, é possível afirmar que a política

---

<sup>125</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 348-349.

está sendo adequada e necessária diante do sistema de implementação do direito em tela. Não se estaria autorizado o reconhecimento de direito a vaga extra nesse caso.

Outros direitos sociais com prestações materiais seriam a assistência social e previdência social, ambos decorrentes da ordem social e ambos com desenhos constitucionais de regimes de implementação, cujo raciocínio delineado de coabitação de regas deve ser aplicado.

O argumento da incidência da aplicação imediata do art. 5º, §1º, CRFB, é o de que apesar de representar situação individual de satisfação de direitos subjetivos prestacionais, não pode o dispositivo significar a ausência de igual eficácia das demais normas de organização e competência constitucionais e legais que compõe o sistema de programa de implementação.

### **3.4 Do Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais Sociais. Do Conteúdo Programático e dos Sistemas ou Regimes de Implementação dos Direitos Sociais a Prestações**

Como verificado das demandas individuais formuladas pelo Ministério Público e das argumentações expostas nos Casos 1 e 2, é possível conferir direitos subjetivos a prestações e reconhecer obrigações de prestações considerando ou desconsiderando o programa constitucional definido como forma de implementação dos direitos sociais.

Como se designa, há no conteúdo da ordem social constitucional a normatização de regime jurídico específico para a efetivação de direitos sociais.

O direito originário a prestações sociais, contra ou para além das normas desse sistema, vem sendo reconhecido como direito subjetivo de prestação material e o Estado obrigado a prestá-lo.

Giza-se que o avanço da argumentação no sentido da efetividade das normas constitucionais com base no regime jurídico do direito fundamental prestacional deve servir para aniquilar incompletudes e antijuridicidades.

Respectivamente, inconstitucionalidade por violação à igualdade e ilegalidade e inconstitucionalidade por violação ao esquema jurídico de organização decorrentes da aplicabilidade imediata absoluta da norma constitucional sob a noção

do esquecimento dos deveres e obrigações<sup>126</sup>.

Notadamente, a total ou parcial desconsideração do arcabouço normativo que edifica as responsabilidades prestacionais desenhadas constitucional e legalmente (chamado de regime jurídico de implementação ou efetivação dos direitos prestacionais) reconduzem a essas violações.

Sob a perspectiva da teoria dos direitos fundamentais, tais atos ou decisões deixam de conferir eficácia normativa completa a parte integrante das normas dos direitos fundamentais sociais em sua dimensão programática e normativa.

Sobre o ponto, Ingo W. Sarlet<sup>127</sup> esclarece sobre a dimensão e sua eficácia perante as outras normas do sistema:

Mesmo na sua (mas jamais exclusiva e destituída de eficácia e aplicabilidade direta) **dimensão programática**, os direitos fundamentais, notadamente, os sociais, não precisam necessariamente constituir um instrumento de manipulação ou uma mera ilusão, tal qual sustentou, entre nós, Marcelo Neves, mas exercem – de acordo com a lição de Andreas Krell – uma função sugestiva, apelativa, educativa e conscientizadora, que não pode ser desconsiderada.

Esse conteúdo programático fundamental (como aponta Ingo W. Sarlet<sup>128</sup>) funciona para organizar e estruturar a concretização dos direitos sociais e demonstra, em seu conjunto normativo, o regime de implementação (ou efetividade) das normas.

Pela força vinculante de seus preceitos e supremacia constitucional, é organização normativa de ordem pública, cujo efeito é tornar atos e decisões inválidas por inconstitucionalidade ou ilegalidade.

Esses vícios devem ser entendidos na seguinte medida: incompletos os atos ou decisões que reconhecem e determinam obrigações a prestações materiais contra o Estado com base exclusivamente na eficácia da norma constitucional consagradora de direito fundamental social e prestacional.

Deixam assim de conferir vigência à normas constitucionais ou legais do programa que devem conviver com grau de efeito próprio do sistema com a norma definidora de direito.

---

<sup>126</sup> É o que alerta Casalta Nabais no decorrer da obra que aponta ser referência no tema da Liberdade e Responsabilidade. NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**: estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

<sup>127</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 383.

<sup>128</sup> *Ibid.*, p. 383.

No conteúdo desse sistema de implementação estão normas programáticas constitucionais (mencionada) e de organização e procedimento – ambas com características objetivas e viabilizam legítima efetivação material desses direitos.

Outrossim, o cumprimento desses preceitos legais e regulamentares sem os quais a efetivação ou os aspectos jurídicos mínimos para a concretização dos direitos prestacionais, o caminho jurídico de implementação no mundo real, deixa de existir<sup>129</sup>.

Dividem deveres dos poderes constituídos e organizam procedimentos de órgãos, instituições e programas, ou seja, compõe o substrato normativo das políticas públicas administrativas e legislativas. Assim, é possível afirmar que esse conjunto normativo sistemático representa a opção político-constitucional de racionalização da atuação legislativa e administrativa e compõe conteúdo direto do Estado Democrático de Direito.

Trata-se, senão, da organização sistemática-constitucional. Do conceito de política pública aplicado à saúde, extrai-se o retrato mais exato nas palavras de Maria Paula Dallari Bucci<sup>130</sup>:

Do ponto de vista da atuação concreta do direito, a ideia de um sistema hierarquizado de normas jurídicas, sintetizado na figura da pirâmide normativa, tendo como ápice a norma fundamental hipotética [...] dentro de certa medida, dá conta da operação cotidiana do sistema jurídico. Suas ulteriores evoluções, a percepção da complexidade normativa, diferenciando normas de conduta e organização, a introdução dos valores nos sistemas de direito positivo e todo o aparato jurídico conceitual construído a partir daí, não invalidam o modo de organização básico dos sistemas jurídicos.

[...]

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.

---

<sup>129</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 196-197.

<sup>130</sup> Ideia extraída de BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 2.

Aplicando o conceito do conteúdo programático constitucional (como, no caso do direito à saúde se verifica da leitura dos arts. 196 a 200) imperativo, o seu reconhecimento compõe a política pública de saúde constitucionalmente desenhada.

Passa-se então a reconhecer um regime jurídico como um bloco normativo representado, concomitantemente, pelas normas constitucionais de conteúdo programático e normas legais e infralegais de organização e procedimento que as complementam, além de todo o arcabouço normativo das políticas públicas do planejamento até a execução.

Em conjunto, conformam o regime jurídico de implementação e que, nesse passo, pode ser reconhecido como o devido procedimento legal político-administrativo para concretização de direitos sociais.

Nessa linha identifica-se que a necessária identificação de um regime jurídico composto de deveres, expressos ou implícitos, na constituição e nas leis – decorrentes do regime de Estado de Direito e Democrático tal como normatizado e arquitetado – representa devido procedimento legal de implementação que impõe valoração dos intérpretes.

Um regime jurídico sobre a efetividade dos direitos fundamentais sociais detém índole e supremacia constitucional, sendo conjunto de normas conviventes na ordem jurídica social. Assim, estariam identificados pela imposição de valoração no fenômeno jurídico constitucional, notadamente em convívio com as normas definidoras de direitos e a aplicação imediata com reconhecimento de direitos subjetivos originários a prestação social.

A valoração não só da eficácia jurídica (declaração de existência e aptidão de produção de efeitos), mas sobretudo da efetividade do direito prestacional (enquanto eficácia do conjunto das normas dos deveres e obrigações constitucionais e legais que compõe o sistema de implementação e efetivação desses direitos) é consequência invariável, sob pena de invalidade.

Atos e decisões que deixam de valorar o fenômeno são antijurídicos, voltam-se para violar a própria ordem jurídica.

Giza-se, a pretexto de tutelar a ordem jurídica e a Constituição (direito fundamental como componente positivo), os atos e decisões de tutela acabam por desencadear resultado que viola o regime jurídico desenhado constitucional e legalmente.

E, observa-se que, em regra, consciente ou inconscientemente, se está diante de um resultado ao alvedrio do aplicador.

Um juiz (ou operador que aplique tais normas) ao determinar, sem o cumprimento do regime de implementação, realização de prestações sociais passa a fazê-lo sem necessário substrato constitucional e legal.

Igualmente, um membro do Ministério Público que defende extrajudicialmente ou deduz em juízo demanda dessa natureza sem percorrer, antes, o conteúdo do devido procedimento legal de implementação de direitos sociais, está praticando ato antijurídico e ilícito.

Cumprir analisar como esse tema se comporta em relação a doutrina e precedentes jurisprudenciais recentes sobre o tema da efetividade dos direitos fundamentais sociais – notadamente a saúde.

### **3.5 Os Limites e as Possibilidade na Tutela de Direito Subjetivo Individual à Prestação de Saúde**

Diante do amplo feixe obrigacional do direito à saúde (direitos de defesa, direitos de proteção, direito a organização e procedimento, direitos a prestações materiais, além do vasto conteúdo próprio das prestações de saúde em si), o reconhecimento de posições subjetivas diretamente da constituição centram as maiores controvérsias teóricas e jurisprudenciais que podem comprometer a noção de regime jurídico e devido procedimento legal de implementação.

Os enfrentamentos, como se verá, normalmente posicionam de um lado a limitação dos recursos públicos para assegurar as prestações do direito fundamental em tela remete às questões relacionadas à reserva do possível. Tratam-se de problemáticas envolvendo decisão administrativa sobre alocação de recursos públicos, cujo aspecto prático invariável é posto em relação à existência, à disponibilidade e à alocação do que está financeiramente alocado para o cumprimento de prestações. De outro lado está o enfrentamento do tema sobre o poder de disposição do Judiciário e o ativismo judicial em políticas públicas, o que pressupõe os temas da separação de poderes e do Estado de Direito.

Questão deveras complexa que, nesse ponto de avanço, parece não trazer resistências sobre a possibilidade em si dessas medidas de controle judicial, e indica

mais para um problema de interpretação sobre limites dessa intromissão judicial em políticas públicas.

Interessante verificar que a preocupação do autor na primeira posição apresentada sobre a possibilidade de postulação de prestações materiais de direito à saúde. Ricardo Seibel de Freitas Lima<sup>131</sup> que traz a seguinte proposta:

De uma situação em que se propugnava que o Estado não tinha qualquer dever de oferecer prestações materiais a indivíduos que o demandassem, se passou a uma situação em que qualquer indivíduo tem o direito a qualquer prestação do Estado, sob o argumento exclusivo de que o direito à saúde, assegurado na Constituição Federal, é um direito subjetivo público a ser exercido contra o Estado, sem quaisquer outras considerações. **Essa atuação transformadora do Poder Judiciário que, como referido, teve grande mérito na concretização do direito à saúde, se levada ao extremo, sem a possibilidade de aplicação universal de forma racional, poderá ser entendida como voluntarismo irracional.**

A proposta aqui, portanto, não é negar a normatividade e a aplicabilidade imediata da norma constitucional que garante o direito à saúde, nem mesmo contestar a possibilidade de o Poder Judiciário determinar ao Estado prestações positivas com base nesse preceito, mas sim oferecer um modelo que busque concretizar o direito à saúde como relação de justiça social, na forma do art. 193 da Constituição, com a discussão de critérios que permitam o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde de forma racional, como propõe o próprio art. 196 da Constituição Federal. Não se pretende, dessa forma, restringir o âmbito de aplicação desse direito social, e sim fortalecê-lo por meio de uma aplicação racional e criteriosa, pois é interessante lembrar de que a melhor maneira de enfraquecer os direitos fundamentais seria inflacioná-los a tal ponto que acabaria sendo amolecido e descaracterizado o próprio conceito de direito fundamental. (grifo do autor).

Sem restringir o âmbito de aplicação do direito à saúde, a crítica é voltada para a inflação dos direitos fundamentais, do voluntarismo irracional decisionista e da impossibilidade de atendimento universal.

Ricardo Seibel de Freitas Lima<sup>132</sup> aponta alternativa para a busca de concretização dos preceitos constitucionais dos arts. 193 e 196: sob relação de justiça social em que o Estado promove o acesso universal e igualitário às ações e serviços, o direito social deve ser fortalecido por meio de uma aplicação racional e criteriosa.

---

<sup>131</sup> LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. **Revista de Direito Público IDP**, Brasília, DF, v. 3, n. 12, 2006. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direito-publico/article/view/1324/790>. Acesso em: 30 set. 2019.

<sup>132</sup> *Ibid.*

A noção se aproxima do entendimento do presente trabalho, porém não avança na composição do regime jurídico de implementação composto pelas normas constitucionais programáticas como conteúdo de dimensão do próprio direito e das normas de igual eficácia jurídica que convivem com as definidoras do direito social.

Em corrente de pensamento, Ingo W. Sarlet<sup>133</sup> aponta que a tutela individual do direito à saúde é “inerente e impostergável”.

Para os autores que se filiam, uma vez que o direito social de cada pessoa, ligado à outros direitos fundamentais (vida, integridade corporal e física), a tutela individual deve ser garantida independente de qualquer norma ou condição, para além da dimensão coletiva e difusa que possa ter.

E complementa, em crítica<sup>134</sup>, que:

Por outro lado, tais concepções deixam de considerar que, na hipótese de ações judiciais individuais, o acesso à jurisdição eficiente, plena e temporalmente adequada é também assegurado como garantia constitucional individual, motivo pelo qual aqui não se pode considerar com a tese que refuta a possibilidade de judicialização das demandas por prestações materiais de caráter individual relacionadas ao direito à saúde. Mais uma vez, reforça-se a necessidade de investigação e análise mais aprofundada das dimensões organizatória e procedimental do direito à saúde.

Essa linha é acompanhada pela jurisprudência dos Tribunais Superiores e do Tribunal catarinense que segue tendência do reconhecimento de posições subjetivas originárias decorrentes das normas de direito social à saúde, inclusive em relação a prestações.

O panorama jurisprudencial é resumido por Luis Roberto Barroso<sup>135</sup>:

Nos últimos anos, no Brasil, a Constituição conquistou, verdadeiramente, força normativa e efetividade. A jurisprudência acerca do direito à saúde e ao fornecimento de medicamentos é um exemplo emblemático do que se vem de afirmar. As normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, mera convocação à atuação do Legislativo e do Executivo, e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais. Nesse ambiente, os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno,

<sup>133</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2018. p. 2016-2017.

<sup>134</sup> *Ibid.*

<sup>135</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade a judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. [S.l.], 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 30 set. 2019.



comportando tutela judicial específica. A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde.

Assim, seja na hipótese de risco eminente da vida humana seja nos casos em que a prestação possa ser extraída da noção da dignidade da pessoa humana, há o reconhecimento e a condenação do Estado para promover essas prestações sociais.

Em relação ao reconhecimento originário (direto da constituição, sem outra lei mediata) das posições subjetivas, o julgado paradigma da ADPF-MC 45 pelo Supremo Tribunal Federal<sup>136</sup> é importante marco do qual foi asseverada a efetividade do direito à saúde de forma direta, além de liga-lo ao conteúdo do mínimo existencial e limitar a procedência das alegações estatais da reserva do possível a determinadas situações.

Igualmente, o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, rel. min. Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal<sup>137</sup>, pelo traçado de parâmetros para a análise de concessão de prestações materiais relativas ao direito à saúde via Poder Judiciário.

Em linhas gerais, o julgado acabou por densificar deveres gerais de efetivação e proteção de direitos fundamentais sociais como um todo. Em revisita dos argumentos técnicos e dos critérios de exigibilidade do direito à saúde como direito subjetivo lançados na decisão, ficam destacados os pontos<sup>138</sup>:

- a) o direito à saúde, na condição de direito subjetivo, assume uma dupla dimensão individual e coletiva (transindividual), cabível, portanto, sua tutela jurisdicional individual, inclusive mediante ação proposta pelo Ministério Público (em sendo direito individual indisponível);
- b) a responsabilidade do Estado é solidária a todos os entes da Federação;
- c) embora em regra o objeto do direito à saúde deva ser estabelecido pelos órgãos politicamente legitimados (Legislativo e Executivo), no sentido de

---

<sup>136</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na suspensão de tutela antecipada nº 175. Relator: min. Gilmar Mendes, julgada em 17 de março de 2010. **DJE**, Brasília, DF, 30 abr. 2010. Outras decisões vieram a partir desta incorporando suas diretrizes, a citar o BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **RE 668.722 AgR**. Relator: min. Dias Toffoli, julgado em 27-8-2013. **DJE**, Brasília, DF, 25 out. 2013.

<sup>137</sup> *Ibid.*

<sup>138</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 342-343.

que aos cidadãos é assegurado um acesso igualitário e universal às prestações disponibilizadas pelo SUS, em caráter excepcional, notadamente quando em causa o direito à vida com dignidade, o Estado tem o dever de disponibilizar os bens e serviços correspondentes;

- d) a desproporcional afetação do sistema de saúde e comprometimento de ordem pública (inclusive das diversas dimensões da reserva do possível) deve ser demonstrada pelo Poder Público;
- e) há que distinguir entre medicamento novo e experimental, no sentido de que novo é o medicamento já liberado para comercialização e devidamente testado no país de origem, ao passo que medicamento experimentais são os que ainda se encontram em fase de testes (protocolos de pesquisa) e não liberados para venda. A partir de tal distinção, o STF entendeu que o medicamento novo, ainda que não tenha sido aprovado pela ANVISA ou inserido na lista pelas autoridades da área da saúde nacionais, poderá, em caráter excepcional (item c), ser concedido mediante ação judicial, vedada, todavia, a imposição do fornecimento de medicamento experimental, até mesmo pelo fato de não haver certeza quanto a segurança para o próprio autor da demanda.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, igualmente se verificou precedente da incorporação das diretrizes do entendimento da Suprema Corte brasileira ao fixar tese em sede de Recurso Especial Representativo de Controvérsia<sup>139</sup> no sentido da obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos ainda que não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106 do STJ<sup>140</sup>).

Tratou-se de decisão que versou exclusivamente sobre casos envolvendo o fornecimento de medicamento (art. 19-M da Lei n. 8.080/1990). Os ministros da primeira seção do Superior Tribunal de Justiça reconheceram que medicamento fora do sistema de implementação das prestações do direito fundamental à saúde são passíveis de satisfação pelo Estado a depender das circunstâncias concretas a serem analisadas.

---

<sup>139</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1657156/RJ**. Rel. Ministro Benedito Gonçalves, primeira seção, julgado em 25 abr. de 2018, DJE, Brasília, DF, 04 maio 2018.

<sup>140</sup> Tese afetada: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106).

A ver:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TEMA 106. JULGAMENTO SOB O RITO DO ART. 1.036 DO CPC/2015. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO CONSTANTES DOS ATOS NORMATIVOS DO SUS. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL. REQUISITOS CUMULATIVOS PARA O FORNECIMENTO. [...] Tese afetada: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106). Trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento de medicamento, previsto no inciso I do art. 19-M da Lei n. 8.080/1990, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas.

4. TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015 A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento.

5. Recurso especial do Estado do Rio de Janeiro não provido. Acórdão submetido à sistemática do art. 1.036 do CPC/2015.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina também restou firmada na matéria de fornecimento de medicamentos gratuitos (assistência terapêutica integral) e não padronizados pelas listas oficiais do Sistema Único de Saúde.

Adotando a tese ventilada, fixou precedente vinculante em Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva – IRDR nº 0302355-11.2014.8.24.0054/50000, da Comarca de Rio do Sul, Relator Desembargador Ronei Danielli cuja ementa é clara e explicativa:

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDA REPETITIVA - IRDR. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS E TERAPIAS PELO PODER PÚBLICO. DISTINÇÃO ENTRE FÁRMACOS PADRONIZADOS DOS NÃO COMPONENTES DAS LISTAGENS OFICIAIS DO SUS. NECESSÁRIA REPERCUSSÃO NOS REQUISITOS IMPRESCINDÍVEIS AO NASCIMENTO DA OBRIGAÇÃO POSITIVA DO ESTADO. 1. Teses Jurídicas firmadas: 1.1 Para a concessão judicial de remédio ou tratamento constante do rol do SUS, devem ser conjugados os seguintes requisitos: (1) a necessidade do fármaco perseguido e adequação à enfermidade apresentada, atestada por médico; (2) a demonstração, por qualquer modo, de impossibilidade ou empecilho à obtenção pela via administrativa (Tema 350 do STF). 1.2 Para a concessão judicial de fármaco ou procedimento não padronizado pelo SUS, são requisitos imprescindíveis: (1) a efetiva demonstração de

hipossuficiência financeira; (2) ausência de política pública destinada à enfermidade em questão ou sua ineficiência, somada à prova da necessidade do fármaco buscado por todos os meios, inclusive mediante perícia médica; (3) nas demandas voltadas aos cuidados elementares à saúde e à vida, ligando-se à noção de dignidade humana (mínimo existencial), dispensam-se outras digressões; (4) nas demandas claramente voltadas à concretização do máximo desejável, faz-se necessária a aplicação da metodologia da ponderação dos valores jusfundamentais, sopesando-se eventual colisão de princípios antagônicos (proporcionalidade em sentido estrito) e circunstâncias fáticas do caso concreto (necessidade e adequação), além da cláusula da reserva do possível. 2. Aplicação ao caso concreto: 2.1 Recursos do Município e do Estado conhecidos e parcialmente providos para excluir da condenação o fornecimento dos fármacos não padronizados.<sup>141</sup>

Importantes pressupostos jurisprudenciais **vinculantes** no âmbito nacional e regional tornam objetivo o controle da atuação do Ministério Público e do Judiciário em casos de direito à prestação de saúde.

Com vistas à ilustração, retomando a aplicação dos conceitos acima colocados em relação aos Casos da comarca de Garopaba, em Santa Catarina, inicialmente pontua-se que ambas as decisões observam os precedentes jurisprudenciais.

No Caso 1, por conta da existência de medicamento alternativo contido nas listas terapêuticas do SUS com a mesma eficácia daquele pretendido em juízo, julgou improcedente o pedido. No Caso 2, por entender que não havia medicamento com a mesma eficácia, condenou os entes em solidariedade a prestar o tratamento terapêutico farmacológico.

Nota-se assim um padrão de atuação da jurisprudência sobre o assunto e, principalmente, porém, a despeito de apontarem para um reconhecimento de direito originário, não se tratam de casos de direitos subjetivos sociais.

Em todas as decisões, o fundamento para o reconhecimento se deu com base em requisitos de fato, inclusive, expressamente apontados pela vinculante jurisprudência do STJ e do TJSC (como visto), valorando-os sob a ótica de um direito subjetivo originário e social à saúde.

Igualmente, em relação à atuação do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, nas ações civis públicas ajuizadas foram promovidas as defesas na atuação extrajudicial e judicial direcionada à satisfação da demanda individual relacionada à direito social à saúde dos representados em juízo.

---

<sup>141</sup> SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 0302355-11.2014.8.24.0054, de Rio do Sul. Relator: Des. Ronei Danielli, Grupo de Câmaras de Direito Público. **Diário de Justiça**, Florianópolis, 09 nov. 2016.

Conectando a leitura dos casos com os conceitos de direito social à saúde acima esclarecidos, nota-se em fundo a tergiversação da ideia equivocada de que o Estado Social, em nome dos direitos fundamentais sociais (especialmente, à saúde), pode e deve realizar quaisquer prestações – em um voluntarismo irracional<sup>142</sup>.

Os intérpretes ou julgadores seguem o caminho que, em determinadas situações e sob a valoração subjetiva do aplicador, é possível reconhecer um direito fundamental social à prestação.

Entra-se, em nome da tutela de um direito<sup>143</sup>, na incompletude, antijuridicidade e no voluntarismo a que se deve e se quer escapar no Estado de Direito Democrático.

### **3.6 Do Direito Social Individual Indisponível e do Direito Individual Indisponível à Saúde**

Entrementes, para não recair nas invalidades e desvendar uma atuação legítima em relação aos direitos sociais pelo defensor da sociedade, deve-se distinguir a defesa do direito social individual indisponível da defesa da dignidade da pessoa humana enquanto princípio.

#### *Quid iuris?*

É possível dizer que, para a jurisprudência pátria não há dúvidas que das normas jurídicas que tratam do direito à saúde há possibilidade de se reconhecer, com base exclusivamente em norma constitucional, um direito individual subjetivo originário à prestação (medicamento ou outra prestação de saúde qualquer).

Os precedentes vinculantes da dispensação de medicamento não padronizados (em lista oficial do SUS de fornecimento gratuito da assistência terapêutica integral) definiram que a prestação somente é exigível sob o reconhecimento de determinadas circunstâncias fáticas.

Os requisitos de fato indicados pelos Tribunais são: (i) hipossuficiência financeira; (ii) ausência de política pública destinada à enfermidade<sup>144</sup> ou ineficiência do tratamento disponível; (iii) necessidade do fármaco atestada.

---

<sup>142</sup> Conforme apontado por Siebel.

<sup>143</sup> Na já comentada ampliação de sentidos e diante da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (para além do disciplinado pela Constituição e pelas leis), a atuação acaba por agravar os problemas do Direito, violando a ordem jurídica e os interesses sociais intrínsecos aos valores e à dimensão objetiva que os direitos fundamentais possuem.

<sup>144</sup> Nessa abordagem, o papel coletivo importante a ser desempenhado pelo Ministério Público na busca extrajudicial da tutela do direito de Acesso a terapias medicamentosas novas, da racional

Do ponto de vista individual, fato é que do direito a algo<sup>145</sup> pretendido não está dentre as coisas prestadas no âmbito da assistência farmacêutica do SUS, ou seja, da política pública e do sistema de implementação instituído.

Ao sentir, o direito subjetivo originário de prestação que se encontra fora do sistema de implementação constitucional e que decorra de situações de fato, além de exigir ponderação de valores e bens jurídicos em um determinado caso concreto, não pode ser considerado como direito fundamental social individual indisponível.

De forma imediata, se está no âmbito da defesa e tutela da dignidade da pessoa humana e de seu conteúdo mínimo (ou mínimo existencial), na qual a saúde e vida são elementos básicos de asseguramento<sup>146</sup>.

No caso de tutela individual da dignidade, a prestação de saúde compõe a dignidade da pessoa humana (princípio) e a tutela da saúde e da vida são componentes do mínimo existencial.

Em outras palavras, em não se tratando da situação de falha na política pública de implementação ou ineficiência do serviço, não se extrai o direito subjetivo à prestação de saúde do direito social em si, mas sim da dignidade da pessoa humana em concreto.

Vide que essa dimensão concreta da dignidade foi jurisprudencialmente definida a partir das circunstâncias de fato que os Tribunais Superiores e o TJSC definiram como base para a prestação de medicamentos não padronizados.

E os critérios, como visto, foram específicos, pessoalizados e bem definidos.

Apona-se, com invariável lógica, que as posições jurídicas aqui são distintas entre o direito individual à prestação de saúde e o direito social à prestação de saúde. E juridicamente não poderia ser diferente porque aquelas prestações individuais baseadas em situações pessoais concretas fogem da universalidade e igualdade preconizados como fim público das ações e serviços do direito social.

Assim, a razão é posta. Após esgotados os meios de obtenção da prestação enquanto direito social à saúde, passa-se a ótica da adequação, necessidade e proporcionalidade de o Estado fornecer uma prestação de saúde fundada na dignidade da pessoa humana em concreto verificada.

---

e válida deflagração do procedimento interno de inclusão ou não do fármaco a lista de medicamentos de fornecimento gratuito.

<sup>145</sup> Em alusão ao sistema de posições jurídicas de Robert Alexy acima mencionado.

<sup>146</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 84-85.

Cumpra, assim, diante da identificação de um regime jurídico de implementação e do conteúdo do direito social individual à saúde, avançar para aplicar esses conceitos à atuação do Ministério Público à luz da norma basilar de atribuição institucional do art. 127 da CRFB/88.

## 4 O MINISTÉRIO PÚBLICO E A ATUAÇÃO EM RELAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No presente desenvolvimento, busca-se passar por uma análise do breve histórico de (re)construção do Ministério Público a partir dos marcos históricos do constitucionalismo, identificando as bases do que hoje se considera uma instituição consolidada e de nova roupagem com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como – a partir daí - o que se projeta como postulados de uma atuação legítima ministerial.

### 4.1 Um Breve Histórico do Ministério Público Brasileiro

O Ministério Público, pós-independência do Brasil e com o constitucionalismo, apresentou desenvolvimento histórico vinculado à importantes marcos políticos-jurídicos, sistólicos e diastólicos.

Da independência proclamada em 1822, a Constituição do Império (1824) apenas dispunha que ao Procurador da Coroa era atribuído a acusação no Juízo dos crimes, falecida a atribuição à Câmara dos Deputados. O vínculo institucional dessa autoridade era com o Senado<sup>147</sup>.

Com a edição do Código de Processo Criminal<sup>148</sup>, o Ministério Público assume o papel de acusador criminal que lhe acompanha até hoje. O “promotor público” possuía mandado de três anos, mediante indicação em lista tríplice formada pelas câmaras municipais<sup>149</sup>. Com a reforma do Código, em 1841, a nomeação passou a ocorrer por iniciativa direta do Imperador sendo, um ano depois, demissível *ad nutum* pelo Imperador ou pelos presidentes das províncias.<sup>150</sup> Era, na época, representante do executivo com atribuições restritas à esfera penal.<sup>151</sup>

<sup>147</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. Comentário ao artigo 127. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 1.632.

<sup>148</sup> FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 5, p. 96.

<sup>149</sup> Ibid. p. 97; CAMPOS, Benedicto de. **O Ministério Público e o novo código de processo civil**. São Paulo: RT, 1976. p. 17; LYRA, Roberto. **Teoria e prática da promotoria pública**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989. p. 21; SAMPAIO, José Adércio Leite. Comentário ao artigo 127. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 1.632-1.633.

<sup>150</sup> MEIRELES, José Dilermando. Ministério Público: sua gênese e sua história. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 21, n. 84, p. 202, out./dez. 1984. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181585>. Acessado em: 17 jul. 2019.

<sup>151</sup> Como alerta, o Aviso de 16 de janeiro de 1838 também lhe atribuiu papel de fiscal da lei.



Foi adicionado às atribuições, tempos depois com a “Lei do Ventre Livre” (Lei n. 2.040 de 1871) para que o promotor público passasse a zelar pelo registro dos filhos de escravos<sup>152</sup>.

Em avanço da história, com a proclamação da República brasileira, fundamental e importante modificação para que a instituição chegasse ao patamar atual de reconhecimento. Foi realizada com a integração do Ministério Público na organização política do Estado brasileiro e essencial à democracia. O Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, de autoria do Ministro da Justiça Manoel Ferraz de Campos Salles (quem, devido a importância do documento, passou a ser o patrono do Ministério Público brasileiro)<sup>153</sup> trazia no bojo da exposição de motivos, que a instituição é necessária à organização democrática da República e à justiça.

Quanto a organização interna, o referido Decreto vincula a atuação perante a Justiça Federal e estrutura a carreira com o Procurador Geral da República no ápice e os procuradores seccionais em cada Estado.

Na parte mencionada, o documento ainda reconhece a atribuição de execução de leis, da ação civil pública e a independência<sup>154</sup> da instituição, a ler: “Compete-lhe em geral velar pela execução das leis, decretos e regulamentos que devam ser applicados pela Justiça Federal e promover a acção publica onde ella couber. A sua independencia foi devidamente resguardada”<sup>155</sup>.

Na Constituição de 1891, em seção destinada ao Poder Judiciário, dispôs que a nomeação do Procurador-Geral da República seria por escolha do Presidente da República dentre os membros do Supremo Tribunal Federal<sup>156</sup> e dispôs poder ao Procurador-Geral da República para ingressar com pedido de revisão criminal em benefício de condenados (art. 81, § 1º)<sup>157</sup>.

---

<sup>152</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. Comentário ao artigo 127. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 1.632-1.634.

<sup>153</sup> MEIRELES, José Dilermando. Ministério Público: sua gênese e sua história. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 21, n. 84, p. 202, out./dez. 1984. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181585>. Acesso em: 17 jul. 2019.

<sup>154</sup> O objetivo de assegurar a independência da instituição já estava previsto no diploma legislativo citado, em que os procuradores da República serviriam por quatro anos, durante os quais não poderiam ser removidos.

<sup>155</sup> BRASIL. **Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890**. Organiza a Justiça Federal. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-848-11-outubro-1890-4999488-norma-pe.html>. Acessado em: 17 jul. 2019.

<sup>156</sup> SAMPAIO, *op. cit.*, p. 1.632-1.633.

<sup>157</sup> *Ibid.*

Já em 1934, o Ministério Público passou a ser “órgão de cooperação nas atividades governamentais” juntamente com o Tribunal de Contas e com os Conselhos Técnicos<sup>158</sup>. Nas disposições específicas sobre a instituição, a carta regulamentou o ingresso por concurso público e a estabilidade na carreira reforçado o caráter essencial das normas diante da impossibilidade de os Estados-membros legislarem sobre as garantias, afetando sua independência.

Não fosse o bastante, o Ministério Público foi topicamente posicionado em capítulo não destinado aos Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), sinal da sua independência institucional alcançada<sup>159</sup>.

Entrementes, ao tempo que o constituinte de 1934 inequivocamente conferiu independência institucional do Ministério Público em relação aos demais Poderes - subtraindo a disciplina da matéria do âmbito meramente infraconstitucional -, também acabou por mitigar a autonomia da instituição com a possibilidade de nomeação do Procurador-Geral da República pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal, dentre cidadãos estranhos aos quadros e que preenchessem os requisitos estabelecidos para os Ministros da Corte Suprema. Não bastasse, assentou, ainda, que o Procurador-Geral da República era demissível *ad nutum* pelo Chefe do Poder Executivo.

Inaugurado o Estado Novo na Era Getúlio Vargas, a Carta de 1937 substituiu o capítulo dedicado à estruturação do órgão e inseriu o Ministério Público no capítulo do Poder Judiciário. Ademais desse enfraquecimento, com livre nomeação e exoneração do Chefe do Ministério Público Federal pelo Presidente da República, a intenção do Estado Novo foi atrelá-lo ao Poder Executivo<sup>160</sup>.

O Ministério Público Federal passa a representar os interesses da União em juízo e o legislador infraconstitucional passa a dispor sobre a competência e os recursos nas ações para a cobrança da dívida ativa da União, podendo atribuir aos Ministérios Públicos dos Estados a tarefa de representar em juízo a Fazenda Nacional (art. 109, parágrafo único da Carta de 1937)<sup>161</sup>.

---

<sup>158</sup> LYRA, Roberto. **Teoria e prática da promotoria pública**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989. p. 25-29.

<sup>159</sup> *Ibid.*, p. 25-29.

<sup>160</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. Comentário ao artigo 127. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 1.632-1.634.

<sup>161</sup> *Ibid.*

Já na Constituição de 1946 se assistiu a retomada do perfil constitucional do Ministério Público, destinando-lhe um título específico e delineando uma instituição autônoma e independente dos Poderes do Estado. Incumbiu à legislação infraconstitucional organizar o Ministério Público da União, perante a Justiça Comum, a Militar, a Eleitoral e a do Trabalho (art. 125)<sup>162</sup>.

Os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios, pelo artigo 127, ingressariam na carreira mediante concurso público. Após dois anos de exercício, os integrantes dos quadros não poderiam ser demitidos senão por sentença judicial ou mediante processo administrativo em que se lhes facultasse ampla defesa; nem podiam ser removidos a não ser mediante representação motivada do Chefe do Ministério Público, com fundamento em conveniência do serviço. Nos Estados, dispunha o artigo seguinte, a instituição seria também organizada em carreira, observados os mesmos preceitos e mais o princípio de promoção de entrância a entrância.

O Ministério Público Federal tinha como Chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos exigidos para ser Ministro do Supremo Tribunal Federal (brasileiros maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada), demissível, todavia, *ad nutum* (art. 126). Pelo parágrafo único desse artigo, a União seria representada em Juízo pelos Procuradores da República, podendo a lei atribuir esse mister, nas Comarcas do interior, ao Ministério Público dos Estados.

Replicando a tradição autoritária e antidemocrática da Constituição de 1937, a Carta de 1967, inseriu o Ministério Público no Capítulo destinado ao Poder Judiciário, enquadrando-o depois, por meio da EC n. 1/1969, no Poder Executivo.

As garantias continuaram essencialmente idênticas àquelas da sistemática anterior, assim como a forma de escolha do Procurador-Geral da República.

Giza-se como importante modificação a Emenda Constitucional n. 7 de 1977, que previu a possibilidade de Lei Complementar, de iniciativa do Presidente da República, estabelecer normas gerais para a organização dos Ministérios Públicos Estaduais<sup>163</sup>.

---

<sup>162</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. Comentário ao artigo 127 *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 1.634 e ss.

<sup>163</sup> *Ibid.*

Segundo José Dilermando Meireles<sup>164</sup>, a verdade é que essa disposição alterou substancialmente a conceituação do Ministério Público brasileiro, transformando o que antes eram *corporações isoladas e estanques* nos estados em uma instituição de caráter nacional.

Vale transcrever o registro, citando César Salgado, em que José Dilermando Meireles discorre sobre as bases teóricas utilizadas pelos defensores da mudança do perfil institucional do Ministério Público:

‘Ultrapassada a velha concepção dos que viam no Ministério Público simples mandatário ou preposto do Poder Executivo, impunha-se defini-lo de acordo com a situação que lhe competia no quadro das instituições do Estado moderno. Já era tempo de situá-lo no lugar certo, ‘in the right place’, pois de outro modo não seria possível responder à pergunta sobre a sua exata posição. A resposta seria encontrada na ‘teoria da organicidade’, de COMBA, como bem demonstrou GIUSEPPE SABATINI, ao reconhecer no Ministério Público as características de um órgão do Estado. Eis o ensinamento de COMBA em ‘Organo e rappresentanza nella dottrina degli enti collettivi’: ‘Deve-se entender a antítese entre organicidade e representação, tendo-se em mente que no vínculo de representação há dois sujeitos, porém a identificação do órgão na pessoa jurídica, de modo que esta age imediatamente por si mesma; em substância, é a mesma pessoa jurídica decidindo e agindo pelos seus órgãos, os quais dela não se distinguem, mas lhe são partes integrantes; conseqüentemente, não pode existir contraposição entre órgão e pessoa jurídica, porque aquele age como se fora a mesma pessoa jurídica’. E prossegue o ilustre jurista:

‘Estes conceitos, JELLINEK os resume numa síntese perfeita: ‘Atrás do representante há outra pessoa; atrás do órgão não se vê ninguém’. Assim, o Ministério Público, órgão do Estado, com ele se confunde, e como outros órgãos estatais – segundo GIUSEPPE SABATINI em *// Pubblico Ministero nel Diritto Processuale Penale* – ‘vive e se movimenta na pessoa jurídica do Estado, com autonomia de vontade, de objetivos e de poderes’<sup>165</sup>.

#### **4.2 O Ministério Público da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a Defesa dos Direitos Fundamentais**

A conformação atual do Ministério Público foi fruto de construção normativa e prático-funcional que passou a ganhar forma antes da promulgação da Constituição da República de 1988.

<sup>164</sup> MEIRELES, José Dilermando. Ministério Público: sua gênese e sua história. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 21, n. 84, p. 207, out./dez. 1984. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181585>. Acessado em: 17 jul. 2019.

<sup>165</sup> *Ibid.*, p. 204.

A origem da conformação como se vê está, notadamente, com a Lei n. 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, e da Lei Complementar n. 40/81.

O marco jurídico inicial da tutela dos direitos coletivos e difusos foi mencionada a Lei n. 6.938/81, quando novos instrumentos processuais e, notadamente, a legitimidade do Ministério Público para proposição de ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente foram pioneiramente previstos (art. 14, §1º, da Lei).

De forma expressa, foi a Lei Complementar n. 40, de 14 de dezembro de 1981, que conferiu organização nacional à instituição e atribuiu o Ministério Público de “promover a ação civil pública, nos termos da lei” (art. 3º, III)<sup>166</sup>.

Fato é que foi em 1985, que a Lei 7.347 de 1985, disciplinou detalhadamente a ação civil pública. O marco legal anterior à CRFB/88 disciplinou objeto, foro competente, legitimidade ativa e passiva, bem como instrumentos extrajudiciais para a investigação civil do Ministério Público.

Como aponta Rogério Bastos Arantes<sup>167</sup>, a criação da ação civil pública constitui uma forma peculiar de evolução do direito. Notadamente leis versando sobre assuntos específicos e que trouxeram regulamentação para a ação, por exemplo, a lei da Política Nacional do Meio Ambiente, ou textos de caráter institucional, como a lei orgânica do Ministério Público, foram engendrando o novo mecanismo processual no ordenamento jurídico brasileiro.

Em razão da regulamentação posterior da ação civil disso, Arantes defende que a evolução legislativa e processual do novo desenho institucional foi baseada “na estratégia ‘dois passos para frente, nenhum para trás’, ou seja, leis que instituem direitos ou regulam atribuições de uma organização no mesmo ato lançam as bases para um aperfeiçoamento posterior”<sup>168</sup>.

Conclui-se, pelo dito que as normas de competência da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 acabaram por representar uma consolidação da legislação pretérita quanto as disposições instrumentais do Ministério Público.

---

<sup>166</sup> BRASIL. **Lei complementar n. 40, de 14 de dezembro de 1981**. Estabelece normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp40.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp40.htm). Acesso em: 16 set. 2019.

<sup>167</sup> ARANTES, Rogério Bastos. Direito e política: Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 14, n. 39, p. 85, 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v14n39/1723>. Acesso em: 16 set. 2019.

<sup>168</sup> *Ibid.*, p. 85.

Ao passo que, em relação à função e aos objetivos da instituição, com o art. 127 e seguintes, o Ministério Público passou a ser instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado com a incumbência de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis.

O capítulo constitucional que trata do Ministério Público possui como título “Das funções essenciais à Justiça”, local normativo diverso daquele destinado aos Poderes do Estado – desvinculando-a em definitivo e alçando seu compromisso com a Justiça (enquanto valor).

Uma instituição autônoma e independente em relação aos poderes-função Executivo, Legislativo e Judiciário.

Marcelo Pedroso Goulart discorre sobre pontos em destaque no texto constitucional que reafirmam a ideia de estruturação que fomentou o legislador:

- a) da autogestão institucional fundada no princípio da autonomia funcional, administrativa e financeira (CR, art. 127, §§ 2º e 3º), cabendo ao Ministério Público, como emanção dessa princípio, a elaboração de propostas orçamentária e de criação e extinção de seus cargos ao Poder Legislativo e a iniciativa de lei de organização e funcionamento;
- b) da independência funcional (CR, art. 127, § 1º), ou seja, os membros do Ministério Público, no desempenho de suas funções, não estão subordinados a nenhum órgão interno ou externo ou poder, devendo obediência tão somente à sua consciência e aos valores democráticos que devem pautar a interpretação da lei;
- c) da forma de nomeação e demissão dos Procuradores-Gerais, agora com mandatos determinados (CR, art. 128, §§ 1º a 4º);
- d) das garantias constitucionais de seus membros – vitaliciedade (os membros da instituição não perdem o cargo, senão por sentença judicial transitada em julgado); inamovibilidade (salvo por motivo de interesse público, mediante decisão de órgão interno colegiado, por voto de dois terços de seus membros, assegurada a ampla defesa; irredutibilidade de subsídio (CR, art. 128, § 5º, inciso I, letras a a c);
- e) do ingresso na carreira mediante concurso público de provas e títulos (art. 127, § 2º)<sup>169</sup>.

Com relação ao ponto do trabalho, nota-se que o rol de objetos da ação civil pública constante do artigo 129 que acompanhou a Lei 7.347/85: “São funções institucionais do Ministério Público: [...] III — promover o inquérito civil e a ação civil

---

<sup>169</sup> GOULART, Marcelo Pedroso. **Elementos para uma teoria geral do Ministério Público**. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 79.

pública, para a **proteção do patrimônio público e social**, do meio ambiente e **de outros interesses difusos e coletivos**".<sup>170</sup> (grifo nosso).

A sedimentação constitucional material (de novos direitos substantivos) e processual (de instrumentos processuais e extraprocessuais antes espalhados em textos específicos) tornou expressa a legitimação do Ministério Público para agitar pretensões de interesses públicos e sociais, como agente defensor da sociedade e da cidadania. A instituição se deslocou da 'sociedade política', como órgão repressivo do Estado, para a sociedade civil, como legítimo e autêntico defensor da sociedade.

Importante trazer as razões desse deslocamento apontado por Marcelo Pedroso Goulart<sup>171</sup>, dividindo-a em três: a) social, diante da assunção paulatina do compromisso de defender a sociedade no transcorrer de sua evolução histórica; b) política, pelo surgimento da vocação institucional para a defesa da democracia e das instituições democráticas; c) jurídica, pela levada a efeito com a Constituição de 1988, que lhe concedeu autogestão administrativa, orçamentária e funcional e "constitucionalizou" o papel institucional de defesa dos interesses primaciais da sociedade.

Passa, assim, a ser enxergado como um ator político local, regional e nacional, que deve se mover nos cenários jurídico-político a fim de desempenhar suas funções constitucionais e atingir os objetivos estratégicos indicados no art. 127 da CRFB/88.

Sobre o ponto, esclarece Maria Tereza Sadek:

É claro que tanto a localização institucional quanto o rol de atribuições vão implicar consequências no perfil da instituição. Talvez, a mais importante entre elas seja o fato de que o Ministério Público se constitui em um ator político relevante, um ator político de primeiríssima grandeza. Com frequência, operadores do sistema de Justiça são muito resistentes à identificação de si próprios e da instituição como ator político, porque desejam, legitimamente, preservar o conceito de neutralidade, de que agem com imparcialidade, respeitando a letra estrita da lei. Entretanto, não é disso que se trata. É indiscutível que a orientação é dada pelos parâmetros legais e que se busca a imparcialidade, a neutralidade, o respeito à lei. Ator político, contudo, não significa ator partidário ou atuação segundo padrões ideológicos. Significa a configuração de uma instituição e de seus integrantes como agente dotado de poder, de recursos de poder, que possibilitam e credenciam atuações na vida

---

<sup>170</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acessado em: 20 dez. 2017.

<sup>171</sup> GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e democracia**: teoria e práxis. São Paulo: Editora de direito, 1998. p. 96.

pública, com capacidade de alterar os rumos da vida pública e de impor suas decisões. Desse ponto de vista, o Ministério Público, assim como o Poder Judiciário, são atores políticos. E atores políticos privilegiados. É uma outra questão saber até que ponto a instituição e seus promotores e procuradores têm correspondido e desenvolvido essas potencialidades<sup>172</sup>.

### **4.3 Da Posição Constitucional dos Interesses Defendidos pelo Ministério Público. O Papel Jurídico-Político e sua Obrigação de ‘Meio’ em Relação aos Direitos Fundamentais**

Essa análise do papel do Ministério Público como ator jurídico-político no Estado perpassa também por entender a posição constitucional dos interesses defendidos pela instituição.

Como se extrai da história constitucional do Ministério Público acima retratada, a necessidade democrática-civilizatória brasileira (especialmente após 1988) e o patamar de desenvolvimento político-democrático pós regime ditatorial, volta a instituição como garantia de promoção de equilíbrio jurídico-político institucional com a incumbência da defesa dos interesses sociais nesses campos de atuação. Assim, a representação de interesses, tal como insculpidos no art. 127 da CRFB/88, desloca o Ministério Público para uma posição única no Estado que se coloca ao lado e diante das demais instituições do Estado.

A instituição se posiciona como defensora dos interesses sociais nas estruturas estatais, impedindo que influxos políticos, sociais e econômicos desvirtuem o Estado do seu objetivo de atender os interesses sociais e individuais indisponíveis, obedecendo as regras do regime de exercício da democracia e da ordem jurídica constitucional e legal posta.

Os interesses da missão constitucional institucional do art. 127 da CRFB/88 projetam como objetivo estratégicos do Ministério Público os idênticos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Assim, é possível afirmar que o norte da missão institucional (art. 127), calcado na defesa dos interesses da sociedade, aponta diretamente para os objetivos fundamentais do Estado brasileiro de construir uma sociedade justa, livre e solidária e garantir o desenvolvimento nacional, além de erradicar a pobreza, reduzir

---

<sup>172</sup> SADEK, Maria Tereza. **A construção de um novo Ministério Público resolutivo**. Belo Horizonte, 2008. Palestra proferida na semana do Ministério Público do Estado de Minas Gerais em 8 set. 2008. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br>. Acesso em: 20 out. 2019.



desigualdades, promover o bem de todos sem discriminação (art. 3º, ambos da CRFB/88)<sup>173</sup>.

Aqui, ao voltar os olhos para os Princípios Fundamentais (Título I) da Constituição Federal brasileira, reafirma-se que há um fundamento-valor da República Federativa (art. 1º, III, dignidade da pessoa humana) que é a base principiológica das normas definidoras de direitos fundamentais e, por isso, da norma de atribuição ministerial<sup>174</sup>.

A atuação com vistas à consecução dos objetivos estratégicos<sup>175</sup> pela otimização dos direitos fundamentais direcionada ao desenvolvimento de uma sociedade livre, justa e solidária é o sentido adequado à atribuição ministerial.

Como apontado, essa maximização ou otimização projeta posição constitucional da instituição que exerce função essencial à Justiça<sup>176</sup> e a posiciona como partícipe no processo de construção da Justiça e, assim, de edificação do Estado Democrático de Direito.

Entretanto, lendo-se os artigos constitucionais, a defesa e garantia de direitos fundamentais *não estão* dentre os objetivos-fins do Ministério Público (art. 127) e nem dos da República Federativa brasileira (como visto, o objetivo é o de edificar uma sociedade seja livre, justa e solidária, art. 3º, ambos da CRFB/88)<sup>177</sup>.

Enxerga-se, abstratamente, que os objetivos estratégicos da instituição e os objetivos fundamentais da república, idênticos<sup>178</sup>, indicam que o desenvolvimento da sociedade e da pessoa humana **por meio** da garantia dos direitos fundamentais.

As normas de direitos fundamentais, como defendido por Robert Alexy<sup>179</sup>, enquanto princípios são mandados de otimização. Princípios enquanto espécie normativa, tem aplicação deve ser pautada pela máxima efetividade concreta

---

<sup>173</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 30 set. 2019.

<sup>174</sup> *Ibid.*

<sup>175</sup> Refere-se aqui ao método de como desempenhar as funções institucionais do art. 129 da CRFB/88 para cumprir a missão institucional constitucional do art. 127 da CRFB/88 e atingir os objetivos estratégicos do Ministério Público, que se identificam com os objetivos fundamentais da República (Art. 3º da CRFB/88) enquanto instituição de caráter permanente da organização política do Estado brasileiro desempenho GOULART, Marcelo Pedroso. **Elementos para uma teoria geral do Ministério Público**. 1. ed. São Paulo: Arraes, 2013. p. 167-168.

<sup>176</sup> Capítulo IV do Título IV da CRFB/88. BRASIL, *op. cit.*

<sup>177</sup> *Ibid.*

<sup>178</sup> É o que aponta GOULART, *op. cit.*, p. 79.

<sup>179</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 86.

possível, sendo essa a possibilidade de serem cumpridos no maior grau de eficácia limitada pelas possibilidades fáticas e jurídicas. Em relação às possibilidades jurídicas, estas correspondem aos princípios e às regras que convivem na aplicação em um caso.

E, como apontado pela dimensão objetiva convivente intrinsecamente com a dimensão subjetiva, Canotilho<sup>180</sup> indica que a necessidade de aplicação imediata das normas que definem direitos fundamentais (como o imperativo não absoluto do art. 5º, §1º, CRFB/88) não pode assumir dimensão do *'tudo ou nada'*, mas deve constituir postulado que promova a maximização da eficácia dos direitos fundamentais.

A identificação de atribuição específica do Ministério Público na otimização de mandamentos constitucionais que definem direitos fundamentais não se dá somente para a defesa de lesões por ação ou omissão do Estado e de terceiros, mas sobretudo na defesa da promoção ou do desenvolvimento dos direitos fundamentais diante das possibilidades jurídicas concorrentes e fáticas concretas.

E a defesa pela promoção do desenvolvimento pela maximização da efetividade de direitos sociais, desempenhados por políticas públicas pautadas na ordem jurídica social, é exercida no plano de atuação político-jurídico da instituição.

Essa defesa-promoção apresenta, com isso, como objetivo estratégico institucional legítimo porquê encontra o objetivo fundamental da República por uma sociedade livre, justa e solidária.

A busca para se “alcançar um pleno desenvolvimento” dos direitos, revela, “o vínculo intrínseco e genético entre as liberdades (direitos humanos e fundamentais de um modo geral) e desenvolvimento”<sup>181</sup>, entre os direitos fundamentais e a máxima efetividade, ente o Ministério Público e a República.

A referência dos vínculos assim postos entre liberdades e desenvolvimento torna a promoção e maximização dos direitos fundamentais com a missão ministerial.

Sob os ensinamentos de Amartya Sen<sup>182</sup> acerca da correlação entre o aumento da liberdade e o desenvolvimento político, econômico e social individual e coletivo em uma sociedade, resta claro que a eficácia e efetividade dos direitos são, enquanto liberdades, pressupostos para a garantia de condições básicas ao desenvolvimento

---

<sup>180</sup> CANOTILHO *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 364.

<sup>181</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

<sup>182</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 370.

da pessoa humana (vida digna no âmbito do mínimo existencial, Justiça distributiva em essência) pelo efetivo exercício das liberdades.

O professor de Harvard<sup>183</sup> aponta na análise sobre a direta relação entre desenvolvimento e liberdades que estas podem ser divididas em (i) liberdades políticas, (ii) facilidades econômicas, (iii) oportunidades sociais, (iv) garantias de transparência e (v) segurança protetora.

Para ele, há uma interrelação empírica (prática) entre essas liberdades e o desenvolvimento, que afetam diretamente umas às outras, e apontam para a figura de liberdade como meio para se alcançar a liberdade como fim. O desenvolvimento, para ele, é maximização das liberdades como fim e como meio.

Nesse pensamento, desenvolvimento em direção a uma sociedade livre, justa e solidária enquanto objetivo-fim fundamental da República Federativa do Brasil pressupõe a noção de desenvolvimento de liberdades como objetivo-meio.

Parece não haver coincidência no paralelismo que se pode fazer entre a progressão histórica de Norberto Bobbio<sup>184</sup> ao retratar as dimensões ou gerações dos direitos fundamentais ao longo da história da liberdade constitucionalizada na civilização ocidental com a teorização de Amartya Sen.

Na presente análise interessa que, considerando essa interrelação entre as liberdades acima citadas e a identificação de que os direitos sociais e sua máxima efetividade possuem direta vinculação com as figuras de liberdade para o desenvolvimento (notadamente, facilidades econômicas, oportunidades sociais e segurança protetora), compreende-se que o compromisso do Ministério Público é de desenvolvimento das liberdades como meio.

Nesse passo, o compromisso com o 'meio' para o desenvolvimento econômico e social como 'fim', desenrola o papel jurídico-político do Ministério Público na realidade, na análise das normas constitucionais e legais que compõe o arcabouço jurídico do sistema de implementação de direitos e a realidade fática, jurídica orçamentária em que se desenvolvem as políticas públicas com planejamento, execução pelo Estado governamental.

---

<sup>183</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. p. 25.

<sup>184</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1988. p. 62-63 e 127-128.

Nesse passo, a lição truísta, porém fundamental para a compreensão da importância do papel ministerial, advém de artigo do ilustre Juiz do Tribunal Federal Alemão, Dieter Grimm<sup>185</sup>.

O autor alemão trabalha o problema do entendimento interdisciplinar do direito fundamental (logo, pode-se destacar, do Ministério Público enquanto defensor). Para ele, a efetividade dos direitos fundamentais (e não exclusivamente dos direitos sociais) não se alcança com a mera vigência da norma e, portanto, não se resolve exclusivamente no âmbito do sistema jurídico, transformando-se em problema de uma verdadeira “política dos direitos fundamentais”.

Essa ideia, aparentemente óbvia e circular em relação ao que já foi dito pelos doutrinadores acima citados e que pensam a atuação do Ministério Público, entretanto, aponta para uma metodologia de abordagem das questões e dos fatos jurídicos em apreciação pela instituição. É o que se visa aprofundar.

Refere-se, assim, a políticas públicas como mecanismos de organização dos órgãos e as instituições do Estado para o alcance dos objetivos-fim. Emprega-se o conceito – pela sua simplicidade e objetividade – de Élide G. Pinto ao apontar que política pública nada mais é do que o “ciclo decisório, finalística e processualmente voltado ao cumprimento dos ditames constitucionais, organizado em torno de três fases: planejar, executar e controlar”<sup>186</sup>.

A noção é extraída de texto pré-constitucional, norma jurídica de 1967 indica os princípios da atividade da administração pública federal, expressamente a dividindo enquanto ação governamental em (i) plano geral de governo; (ii) programas gerais, setoriais e regionais, de duração plurianual; (iii) orçamento-programa anual; (iv) programação financeira de desembolso (art. 6º, I e 7º do Decreto-Lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967).

Quanto a expressão constitucional desse planejamento de ações articuladas e voltadas aos ditames legais e constitucionais, extrai-se do artigo 74 da CRFB/88<sup>187</sup> que os “Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de

---

<sup>185</sup> GRIMM, Dieter. Grundrechte und soziale Wirklichkeit, p. 72 *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 370.

<sup>186</sup> PINTO, E. G.; SARLET, I. W.; PEREIRA JUNIOR, J. T.; OLIVEIRA, O. C. **Política pública e controle: um diálogo interdisciplinar em face da lei 13.655/2018, que alterou a lei de introdução às normas do direito brasileiro**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 111.

<sup>187</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 30 set. 2019.

controle interno com a finalidade de avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União” e de “comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado”.

Planos de governo e planos orçamentários são realidades normativas das administrações públicas e indicam, por suas finalidades, a necessidade de que dispor dos recursos públicas pressupõe a elaboração de um plano de ações desenvolvidas em Políticas Públicas para a efetivação de direitos fundamentais e controle.

O direcionamento e a coordenação de um planejamento estratégico; procedimentos adequados e eficientes; prioridades constitucionais como resultado; mecanismos de controle do planejamento e dos resultados são atividades típicas do Estado, e que devem ser fiscalizadas por um controle interno (vide o art. 74 citado) e externo (típico do Ministério Público).

Indispensável, para melhor esclarecer o ponto, ter em mente o que Ingo W. Sarlet<sup>188</sup> explica:

Como o desenvolvimento (econômico e social em primeira linha) também não poderá dispensar um planejamento (direcionamento e coordenação) das atividades estatais, a importância de um adequado planejamento a partir das prioridades enunciadas – como o são no caso brasileiro – na Constituição, resulta enrobustecida não apenas a função estratégica do planejamento em si, mas também a necessidade de procedimentos adequados e eficientes para um planejamento seguido de efetivos resultados, bem como imprescindibilidade de mecanismos de controle variados (sociais, políticos e jurídico-jurisdicionais) do próprio planejamento, mas acima de tudo de sua implementação.

Nesse arranjo, o papel jurídico-político que o Ministério Público exerce extrapola a noção clássica de fiscalização da ordem jurídica e envolve, ao sentir, uma interpretação global da norma central de atribuição constitucional e múltiplas competências técnicas e a entrada no campo político de disputa.

Não é outro o fundamento da intervenção sob a ótica dos direitos fundamentais senão aquela apontada por Ingo W. Sarlet<sup>189</sup>, em referência à Peter Badura e à J-P Müller, assim anota que:

---

<sup>188</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 370. Há referência ainda pelo autor de Gilberto Bercovici, e Alessandra Gotti.

<sup>189</sup> *Ibid.*, p. 370.

No mesmo sentido, há quem tenha afirmado que um planejamento político-administrativo constitui condição procedimental e organizacional para a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais sociais. Importante é ter sempre em mente que mesmo uma Constituição do Estado Social não pode negligenciar o patamar de desenvolvimento social, político, econômico e cultural da comunidade, sob pena de comprometer seriamente sua força normativa e suas possibilidades de alcançar uma plena efetividade.

Analisando o ciclo de ações de uma Política Pública, a atuação jurídico-política do Ministério Público para assegurar a aplicação dos ditames da lei e da Constituição é voltada especialmente para a fase do ‘ponto mais frágil do ciclo’: **transposição do planejamento para a execução**<sup>190</sup>.

Em especial, na execução do planejamento para a implementação dos direitos fundamentais sociais.

Nota-se que a atuação ministerial no controle de políticas públicas envolve invariavelmente a análise de planos orçamentários e administrativos, a real justificativa da ‘reserva econômica do possível’<sup>191</sup> (enquanto limite fático e jurídico à efetivação) e as normas do sistema de implementação de direitos fundamentais legalmente e constitucionalmente desenhados.

Nessa senda ou se corrige planejamento que foge de rumos legais e constitucionais já determinados de forma estrita; ou se corrige a execução de um planejamento realizado em desconformidade com a margem de conformação permitida pelas normas legais e constitucionais da ordem jurídica social.

Para casos de omissão total ou parcial, revolve o papel político-jurídico do Ministério Público que passa a ser ator que induz e coopera<sup>192</sup> o Poder Público em situação ex-ante ou concomitante para que se planeje segundo as normas e a máxima efetividade concretamente delimitada.

---

<sup>190</sup> PINTO, E. G.; SARLET, I. W.; PEREIRA JUNIOR, J. T.; OLIVEIRA, O. C. **Política pública e controle**: um diálogo interdisciplinar em face da Lei 13.655/2018, que alterou a lei de introdução às normas do direito brasileiro. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 112-113.

<sup>191</sup> Tal como assevera Holmes e Sunstein (na célebre obra de referência), a mentalidade é que para levar a sério os direitos, se deve levar a sério o problema da escassez de recursos. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton, 1999.

<sup>192</sup> E isso ganha forma na atuação ministerial tanto pela provocação extrajudicial através de Recomendações ou Compromissos de Ajustamento de Conduta desenhados em Inquéritos Cíveis, bem como na indução de políticas públicas por meio de Procedimentos Administrativos típicos e atípicos.

Esses deveres institucionais desempenham a defesa do cumprimento das normas estritas e, sobretudo, da verificação de fundamentos jurídicos, técnicos<sup>193</sup>, financeiros<sup>194</sup>, políticos e sociais das escolhas políticas realizadas.

Sob a ótica dos direitos fundamentais sociais e a Administração Pública enquanto gestão e mecanismo de atuação dos gestores eleitos politicamente para tanto, centra-se na análise do mérito da argumentação administrativa e legislativa para a política pública e o planejamento e execução escolhidos na política pública.

Aqui, a exigências teórica do supracitado ônus argumentativo diante da não realização de um direito social que depende de uma atuação estatal é a conclusão que se filia de Virgílio Afonso da Silva<sup>195</sup>.

O eminente autor conclui em sua tese sobre direitos fundamentais e as restrições à eficácia, que restrição fundamentada é restrição possível; restrição não-fundamentada é violação. E aponta que:

[...] para dar ensejo a alguma intervenção do Judiciário nesse âmbito, não basta que se verifique que uma ação que poderia eventualmente realizar um direito fundamental não tenha sido realizada – por exemplo, a compra de remédios para combater determinada doença; é necessário, além dessa verificação, que se analise se há, ou não há, fundamentação jurídico-constitucional para a omissão. Somente nos casos de omissão infundada é que se poderia imaginar alguma margem de ação para os juízes nesse âmbito. Isso passaria a exigir – essa é a hipótese que aqui se defende – um diálogo constitucional entre os poderes.<sup>196</sup>

<sup>193</sup> Nesse passo, reflete-se sobre o que França aponta como um controle voltado ao desenvolvimento sustentável e que envolve a análise da discricionariedade técnica dos administradores: Que o controle da administração pública passa a ser também um controle voltado ao objetivo de assegurar um desenvolvimento sustentável e envolve até mesmo o controle no âmbito de discricionariedade técnica, quisto que esta não pode servir de blindagem para ações estatais (ou mesmo privadas) em manifesto desvio de finalidade e ao arrepio da ordem jurídico-constitucional, nos parece elementar, embora quanto ao como do controle, especialmente do controle jurisdicional, se possa discutir sobre seus limites. FRANÇA *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 364 e 371.

<sup>194</sup> Como exemplo disso, no âmbito da escassez de recursos, a defesa de direitos fundamentais pelo Ministério Público exige que a demonstração clara, objetiva e efetiva da indisponibilidade total ou parcial das reservas orçamentárias e financeiras para a execução do plano. Essa demonstração cabal fica a encargo intransponível do poder público. Vide a liberdade enquanto transparência e o que encerra a transparência prévia de dados públicos (trabalhada no mundo cibernético por Têmis Limberger) e a transparência por requisição de dados pelo Ministério Público a serem esclarecidos à sociedade. Notadamente, refere-se na atualidade do campo de pesquisa da Professora da UNISINOS Têmis Limberger, cuja obra de referência é: LIMBERGER, Têmis. **Cibertransparência: informação pública em rede: a virtualidade e suas repercussões na realidade**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

<sup>195</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 2017., p. 250-251.

<sup>196</sup> *Ibid.*

Para a identificação das falhas e omissões e a realização da cooperação e correção se desenvolvam de forma proativa, há que se pressupor uma atuação de controle próxima e constante<sup>197</sup>.

As ações voltadas para os objetivos da sociedade defendidos pelo Ministério Público, na seara dos direitos fundamentais, embasam-se no esclarecimento de justificativas<sup>198</sup> e no controle de procedimentos e resultados estatais dentro do ciclo das políticas públicas.

Para tanto, envolve impreterivelmente (diante da escassez de recursos humanos e materiais internos do próprio Ministério Público e do exercício do seu papel político mencionado) a seleção de prioridades e instituição e escolhas de mecanismos eficientes para os controles da atividade planejada e dos resultados obtidos.

O controle das restrições aos direitos fundamentais não deve só passar pela análise do mérito das fundamentações dadas para as omissões ou ações diante dos deveres decorrentes da fase de execução das políticas públicas.

Avançar para o mérito dos diagnósticos e planejamentos que embasam a primeira fase das políticas públicas governamentais e, aqui, dialogar, cooperar e induzir e controlar planejamentos.

São expressões disso: comparar a realidade retratada por dados, estatísticas e relatos com a realidade fundamentada pelos administradores e legisladores, e sob o espírito da máxima efetividade das liberdades, atuar contra omissões ou ações não-legítimas, perante políticas públicas em andamento ou ainda não idealizadas; cooperar para o direcionamento e coordenação dos planejamentos estratégicos do Estado nos planos gerais e setoriais (em suas diversas áreas e formas) e nos planos orçamentários.

---

<sup>197</sup> O Ministério Público, enquanto representante da sociedade deve ter acesso irrestrito às informações e lugares, no núcleo do funcionamento das administrações públicas, da aplicação da legislação de planejamento e execução, bem como se posicionar no centro dos interesses sociais.

<sup>198</sup> Essas justificativas, como objeto de controle, possuem relação com aquelas identificadas por Virgílio Afonso da Silva, para quem “[...] a simples ideia de que a não-realização de algo exigido é equivalente a uma restrição, e que exige fundamentação, pode ser um primeiro passo para uma proteção mais eficiente ou, pelo menos, para uma maior transparência no trato dos direitos sociais.” SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 2017. p. 251.



#### 4.4 O Art. 127 da CRFB/88 e uma Reflexão da Atuação Prévia à Judicialização de Demandas pelo Ministério Público. Uma Metodologia para a Atuação Legítima

Num contexto brasileiro em que as mazelas sociais e as falhas administrativas encabeçam o Poder Judiciário com o papel de proeminência na solução, ou na busca de uma solução, democrática, cumpre trazer à baila as indagações de Felipe Asensi: “Não haveria algum outro processo desencadeado pelo próprio Ministério Público que se distingue da ideia de *judicialização da política e das relações sociais*?”.<sup>199</sup>

Na linha de pensamento crítico do Ministério Público é possível analisar de reflexão trazida por Virgílio Afonso da Silva<sup>200</sup> sobre o papel dos juízes e em qual grau a instituição ministerial está contribuindo para essa realidade:

Se [...] juízes não devem distribuir medicamentos ou benefícios similares aos indivíduos, eles devem estar aptos a canalizar pretensões individuais e, em uma espécie de diálogo constitucional, exigir justificações objetivas e transparentes acerca da alocação de recursos públicos por meio de políticas públicas, de forma a poder, sempre que necessário, discutir e contestar tais alocações com os poderes políticos.

O Ministério Público, perante os objetivos constitucionais a ele atribuídos, assume papel diante de uma realidade social em construção na defesa dos direitos fundamentais. Notadamente, os direitos sociais e prestacionais envolvem uma atuação fincada na realidade e baseada em normas e dados – o que exige preparo.

Em resumo, todas essas linhas de ação do Ministério Público reforçam seu caráter interdisciplinar fundamental: (i) apurar a realidade fática e financeira do ente; (ii) entender o funcionamento estatal e quais as necessidades para a entrega dos resultados sociais que se esperam; (iii) supervisionar as metas estabelecidas e planos democraticamente elaborados; (iv) induzir, a partir desse conjunto de informações, políticas públicas não realizadas ou realizadas de forma ineficiente; (iv) defender soluções eficientes para o atingimento da sustentação da Justiça enquanto dignidade

---

<sup>199</sup> ASENSI, Felipe. **Indo além da judicialização**: o Ministério Público e a saúde no Brasil. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2010. p. 96.

<sup>200</sup> SILVA, Virgílio Afonso. The limits of constitutional law: public policies and the constitution. In: TARABOUT, Gilles SAMADDAR, Ranabir (org.). **Conflict, power, and the landscape of constitutionalism**. London: New Delhi: Routledge, 2007. p. 178.

de todos (aqui, podendo se falar no mínimo existencial<sup>201</sup> do ponto de vista individual e coletivo).

Da leitura da ordem dos interesses defendidos no artigo 127, a ordem jurídica está em primeiro lugar e os direitos individuais indisponíveis em último. Reconhece-se, nesse simples panorama de leitura, que há uma vocação constitucional para a atuação coletiva do Ministério Público<sup>202</sup>.

No âmbito do controle das Políticas Públicas, o resultado jurídico adequado e necessário passa pela interpretação concretista da realidade em conjunto com as normas da constituição e das leis (que compõe o sistema de implementação dos direitos fundamentais sociais) e da capacidade da instituição e de seus membros de valorarem e projetarem a maximização dos mandamentos.

Fato é que diante dos objetivos estratégicos e missão constitucional se tratarem de conceitos abertos e gerais constitucionais, questiona-se qual o caminho para um Promotor de Justiça (ou membro) diante da realidade (fato jurídico) social complexo que agita o dever de defesa.

Trata-se de uma questão instrumental e metodológica sobre como um membro do Ministério Público deve agir diante de um caso de violação de direito social - tal como o direito à saúde -, e em que medida pode verificar violação do sistema de implementação ou deficiência de política pública?

A reflexão é de como atuar de forma a cumprir com sua vocação coletiva e produzir resultados sociais satisfatórios da missão constitucional sem recair sobre as falhas de parcialidade e antijuridicidade?

Reflete-se, por coerência, sobre como encontrar essas respostas à luz das categorias de defesa do art. 127 da CRFB/88. Da forma expressada pelo texto constitucional, a valoração de qualquer fato jurídico social pela instituição deve ser feita, concomitantemente, sob a missão de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Nota-se que o texto aponta para o verbo '*incumbir*' da defesa e separa os objetos por uma relação de continência e conteúdo entre si.

---

<sup>201</sup> Vale pontuar aqui que não há como ignorar, a limitação de recursos, que devem ser maximizados e, para tanto, uma das alternativas é minimizar os impactos; mas a 'reserva do possível', enquanto limite, deve ser relativizada diante do mínimo existencial e deve apontar, como critério de conhecimento da administração, para a priorização de destinações orçamentárias. Situação pontuada por Ana Paula de Barcellos. BARCELLOS, Ana Paula. **Eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. São Paulo: Renovar, 2011. p. 236 e ss.

<sup>202</sup> É o que se extrai, como visto, das colocações de Marcelo Pedrosa Goulart.

Ao sentir, há um paralelo com os ciclos de política pública até a efetivação do direito individual social.

A ordem jurídica representa, para essa abordagem, a eficácia do conjunto de normas que compõe o ordenamento jurídico social; é a efetividade daquilo que é jurídico e do sistema de implementação que existe e é do interesse da sociedade para o bem jurídico da vida indicado (é a leitura acima do art. 6º e da 'Ordem Social' constitucional ou infraconstitucional, bem como das normas gerais de atribuição normativa de planejamentos e políticas públicas).

O regime democrático<sup>203</sup> encerra o espectro de ordenação jurídica que contém a democracia formal, enquanto normas de ascensão ao poder político e exercício dos direitos políticos pelos eleitos (notadamente se referindo a poder político constituído e as decisões dos governantes baseadas na leitura da realidade e refletidas nas políticas públicas e planejamentos administrativos e legislativos), e democracia material, enquanto a defesa dos direitos fundamentais coletivos e individuais para o desenvolvimento das liberdades para todos e em máxima efetividade.

Nota-se que aqui se quer dar ênfase, diante da praticamente inesgotável atribuição possível de ser veiculada a partir dessa missão que as decisões governamentais sejam tomadas com respeito às normas constitucionais e legais que representam decisões do povo e que essas decisões obedeçam a procedimentos prévios e a critérios objetivos e gerais. Ou seja, o controle<sup>204</sup> em relação à políticas públicas, para que os planejamentos e as execuções sejam realizados sob tais substratos democráticos explícitos e direcionados.

E aqui vale a pontuação de Marcelo Pedroso Goulart<sup>205</sup>:

Integrando a sociedade civil, o Ministério Público, nos limites de suas atribuições, deve participar efetivamente do 'processo democrático', alinhando-se com os demais órgãos do movimento social comprometidos com a concretização dos direitos já previstos e a positivação de situações novas que permitam o resgate da cidadania para a maioria excluída desse processo, numa prática transformadora

---

<sup>203</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. O Ministério Público e a defesa do regime democrático. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 35 n. 138 abr./jun. 1998. Disponível em: <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/mpdemocraciasen.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2019.

<sup>204</sup> *Ibid.*, p. 69 e 73. Ao se referir aos controles de constitucionalidade possíveis, entende-se essa visão. Veja que, o artigo de referência é de 1998 e, mesmo após mais de 30 anos da Constituição Federal, suas colocações ainda se revelam atuais posto se tratar de um 'campo novo e, a rigor, ainda inexplorado pelo Ministério Público brasileiro'.

<sup>205</sup> GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e democracia**: teoria e práxis. São Paulo: Editora de direito, 1998. p. 96.

orientada no sentido da construção da nova ordem, da nova hegemonia, do 'projeto democrático.

Os interesses sociais e individuais indisponíveis, entendidos como direitos subjetivos em si, recaem no conjunto de situações jurídicas e invalidades que agitam a valoração e a busca por repressão ou prevenção específica<sup>206</sup>.

Note-se a *progressiva relação de continência*: os interesses individuais indisponíveis estão contidos nos interesses sociais; que os interesses sociais estão contidos no regime democrático e que todos esses compõem a ordem jurídica e seu cumprimento.

Sob a tutela dos direitos sociais se identifica a complexidade do tema, envolvendo inúmeras regras e informações a serem processadas, porém não há como concordar em separá-los como peças deslocadas de uma 'engrenagem política-jurídica estatal' cujo interesse social real é o seu funcionamento efetivo e sistemático tal como a ordem social é desenhada constitucionalmente (vide o acesso universal e igualitário da saúde).

Ao analisar um fato isolado, afasta-se do propósito institucional que é representar os interesses da sociedade e auxiliar à justiça e à liberdade nessa seara.

Afirma-se, nesse sentido, existir coabitação ou concomitância de interesses tuteláveis pelo Ministério Público e que demandam análise institucional progressiva, a partir de uma 'escada' de atuação contida no dispositivo nuclear constitucional em comento.

Nota-se que a **defesa** dos interesses sociais individuais indisponíveis está necessariamente posicionada perante contexto jurídico em que está contida a verificação de direitos coletivos stricto sensu e direitos difusos. Outrossim, repousa sobre essa análise o sistema de implementação constitucional e legal (ordem jurídica relacionada com o direito social e a ordem social) e as escolhas democráticas realizadas pelas estruturas administrativas e legislativas eleitas refletidas nos

---

<sup>206</sup> Para utilizar a divisão clássica contida no Código de Defesa do Consumidor, art. 81, parágrafo único. 'A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum'. BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm). Acesso em: 13 nov. 2019.

planejamentos orçamentário e administrativo (regime democrático que compõe as políticas públicas).

Com vistas a refletir essa aplicação na defesa dos direitos sociais, pontua-se que permitir a defesa do direito social (art. 6º) na forma de direito individual indisponível (saúde, por exemplo) sem se valorar, a partir dos mesmos fatos postos, qual o motivo da falha ou omissão no planejamento e execução da política pública que envolve como objeto a defesa coletiva da ordem jurídica, do regime democrático e dos outros interesses sociais e individuais indisponíveis é tender a ação de forma incompleta e a provocar resultados iníquos e antijurídicos.

Em outras palavras, cabe ao Ministério Público cotejar o exercício do poder político com o cumprimento dos dispositivos da ordem jurídica representados pelas leis que regem a ordem social e que compõe o sistema constitucional e legal de implementação dos direitos.

Algumas observações ao método de análise são importantes diante da noção de que o Ministério Público possui uma gama de atribuições de controle e cooperação agigantada na seara dos direitos sociais.

Primeiro, a análise concomitante e progressiva do Ministério Público deve avançar de forma estritamente vinculada à situação jurídica do direito fundamental social objeto e ser pautada por caminho progressivo de lógica-indutiva<sup>207</sup>- percorrendo o estrito conteúdo violado lhe é posto do menor espectro até o maior espectro da atribuição.

Ou seja, ter resposta para uma sucessão progressiva de questões a partir do fato jurídico mais individual possível até atingir a norma mais genérica e abstrata violada, progressivamente.

Um curto exemplo de análise. Com específica violação de um direito social individual (assistência terapêutica), suponha-se que uma questão mais abrangente de interesse social subjacente que a ele esteja atrelada, tal como a deficiência na entrega de um fármaco, questiona-se se esse medicamento deve ser disponibilizado ao público a partir da política pública local, regional ou nacional de assistência farmacêutica.

Avançando para o regime democrático de tutela de direitos a partir do planejamento orçamentário ou administrativo específico, em havendo lista oficial de

---

<sup>207</sup> Uma noção da lógica que remete a razão que parte de elementos específico para elementos gerais. É a lógica indutiva e o progressivismo trabalhado pelo filósofo Karl Popper.

medicamentos a serem fornecidos, no caso de não ter sido adquirido pelo ente, se os recursos obrigatórios da saúde e as alocações prioritárias foram cumpridas; ou ainda, caso não esteja na lista, se há estudo da comissão técnica sobre a inclusão desse medicamento e qual a fundamentação para a negativa existente.

Após, em não sendo identificado, verificar se essa violação afeta o sistema de implementação extraído da ordem jurídica específica daquele direito (a Lei 8.080/90 e os mandamentos constitucionais de assistência farmacêutica integral vem sendo obedecidos pelo Município no campo do tratamento da doença e das pessoas que são portadoras dela, há alguma ação de cooperação e indução a ser realizada nesse campo).

Veja que a leitura do problema pressupõe que não se inicie a defesa a partir da causa de agir do direito individual, mas que se reconstrua o caminho desse fato da não concretização até alcançar – sempre e sempre – a causa de agir mais geral e abstrata e onde repousa o interesse social de funcionamento da ordem social (composta pelo sistema de implementação constitucional e legal dos direitos sociais e políticas públicas em conjunto).

Segundo, nota-se que deve existir um limite para a progressão da análise indutiva a ponto de restar inviabilizado diante da complexa e múltiplas acepções da atribuição, o planejamento interno<sup>208</sup> e a identificação de prioridades na concomitância<sup>209</sup>.

Para a análise dos casos, pauta-se que encontrando uma causa de intervenção na progressão indutiva a partir de específica violação do direito individual social, de interesses sociais, de planejamentos e execução como produtos do regime democrático ou de normas do sistema jurídico da ordem social violado, nessa sequência, essa é a violação que deve ser o objeto de investigação e atuação precípua.

A advertência é ponto lógico e prévio ao enfrentamento recomendado, sob pena de se 'dar passos maiores que a perna' e cumpre com a vocação coletiva da instituição.

---

<sup>208</sup> Como já mencionado, no plano institucional, há que se selecionar e racionalizar a atuação dos membros com vistas a atuação com resultados sociais não pontuais cumprindo se comportar internamente na autogestão de acordo com a ordem jurídica (art. 127, CRFB/88) e o regime democrático (dos Planos Estratégicos e Gerais de Atuação).

<sup>209</sup> Aqui justifica-se, cada vez mais, a especialização os membros do Ministério Público. A citar, dessa interpretação do art. 127 da CRFB/88 é possível afirmar que a Constituição aponta para o funcionamento de um Ministério Público especializado.

Do ponto de vista institucional, há necessidade de exercer esse poder político de forma igualmente fundamentada, racionalizada e eficiente.

A seleção e escolhas internas sobre quais áreas públicas os recursos institucionais serão direcionados se dá no âmbito da autogestão ministerial e direciona as preferências em unidade. A atuação planejada e executada *'de dentro para fora'* deve estar integrada com os objetivos estratégicos da Constituição, de forma concomitante e progressiva igualmente, e se corporificar em compromissos táticos específicos aos membros em unidade<sup>210</sup>.

O planejamento interno e a atuação direcionada representam a fundamentação legítima para o exercício do poder político, devidamente circunstanciada por fundamentos técnicos<sup>211</sup>, financeiros, políticos e sociais para estabelecimento de prioridades.

Terceiro, observa-se, o caminho para o encontro da solução ministerial ao problema de direito social posto é inverso, parte-se do coletivo ao individual.

Sob pena de se criar soluções incompletas ou antijurídicas, com sujeitos beneficiados pela atuação (privilegiados) e seleção infundada de esforços institucionais (não-gerais), ao identificar o ponto central da ruptura do sistema de implementação do direito social violado e no ciclo das políticas públicas, a questão deve ser trabalhada na seara mais abrangente possível encontrada.

Quarta observação.

---

<sup>210</sup> No âmbito do MPSC, há o Planejamento Estratégico da instituição para os anos de 2012-2022 e os Planos Gerais de Atuação para os biênios que compreendem o referido planejamento. São documentos que representam o resultado de escolhas de temas pelos membros e definem objetivos da instituição. O Planejamento Estratégico 2012-2022 teve a participação de Procuradores de Justiça, Promotores de Justiça e Servidores em que se definiu iniciativas estratégicas e foram escolhidos 20 objetivos estratégicos para serem desenvolvidos e monitorados até 2022. Já o Plano Geral de Atuação (PGA) define projetos que serão desenvolvidos em biênios e representa um "recorte de curto prazo nas metas estabelecidas no Planejamento Estratégico para o período 2012-2022" e uma seleção de programas prioritários. SANTA CATARINA. Ministério Público. Procuradoria-Geral de Justiça. **Planejamento estratégico MPSC 2012-2022: construindo nosso futuro**. Florianópolis: Procuradoria-Geral de Justiça, 2012. Disponível em: <https://www.mpsc.mp.br/o-ministerio-publico/planejamento-estrategico>. Acesso em: 13 nov. 2019.

<sup>211</sup> Os órgãos de execução e atuação de ponta do Ministério Público, ainda que na missão ordinária de fiscalização do direito, devem ter apoio técnico que atendam às necessidades de controle de resultados e de indução de políticas públicas. Para tanto a realidade e os dados devem ser lidos e compreendidos a partir de técnicas especializadas (como exemplo, contadores, administradores, especialistas em gestão e recursos humanos, assistentes sociais, profissionais ligados ao meio ambiente). Conhecimento de outras áreas é pressuposto para se promover, de acordo com a realidade técnica, cooperação sobre o planejamento do governo e o planejamento administrativo sobre melhor alocação de recursos humanos e financeiros, melhor escolhas-meio mais econômicas, proporcionais e reais. Além de contestação do que lhe é apresentado.

Nota-se que do ponto de vista de uma futura tutela judicial diante do não êxito da atuação extrajudicial, promover a restauração do direito a partir da construção de uma solução coletiva até a solução individual pressupõe integrar a causa de agir individual com a causa de agir coletiva.

Isso porque o direito individual social indisponível não espera o tempo do procedimento ou do processo para o acesso a informações e a maturação institucional das questões coletivas a serem trabalhadas.

Identificar o que afetou a ordem social (sistema de concretização e prestações do Estado), o regime democrático das políticas públicas, dos planejamentos e dos interesses sociais que compõe os casos por atuação extrajudicial demanda tempo – por vezes, anos.

Nota-se que aqui se trata exclusivamente de direitos sociais, portanto o Ministério Público deve tutelar prioritariamente os interesses coletivos que se revestem de relevância e importância para a sociedade e os interesses indisponíveis devem ser integrados como causa de pedir em uma tutela de urgência ou cautelar versando sobre situações jurídicas que contemplem o mesmo dever social do Estado.

Isso significa que a verossimilhança da situação jurídica deve estar abarcada pela ordem social e pela política pública na noção de que, caso fosse existente, eficiente ou adequada, atenderia àquela pessoa ou a qualquer outra pessoa em igualdade de condições.

Portanto, nesse passo, entende-se por uma tutela de interesses individuais indisponíveis e homogêneos<sup>212</sup>.

Não se tratando de direito social individual, deve-se, para tanto, promover o membro da instituição uma análise qualitativa e circunstancial da situação individual – ao passo que a necessidade social constitucionalmente reconhecida<sup>213</sup> e faticamente verificada (como ações de saúde os medicamentos não padronizados, por exemplo), esteja atingindo a dignidade humana da pessoa **em concreto** (o que impulsiona a tutela da dignidade a partir dos interesses sociais de igual acesso e participação <sup>214</sup>).

---

<sup>212</sup> Art. 81, pu, III, CDC. BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm). Acesso em: 13 nov. 2019.

<sup>213</sup> Art. 6º, CRFB/88. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 30 set. 2019.

<sup>214</sup> Nota-se aqui que o objetivo estratégico do Ministério Público é de uma “sociedade livre, justa e solidária” e a justiça social no que revela o conceito aberto de dignidade humana pressupõe, como parâmetro de análise política de ações estatais proposto por John Rawls em seus princípios da



Em não estando violada a dignidade humana e não se tratando de uma necessidade social constitucional, não há atuação pelo Ministério Público.

Quinta observação, nesse passo, a atuação institucional progressiva deve ser voltada para a reconstrução das políticas públicas.

O Ministério Público age no sentido de promover o que vem sendo identificado na doutrina como medidas estruturantes, com vista a transformar a realidade fática e jurídica da política pública inexistente ou deficiente para se alcançar o patamar ideal construído pelo sistema normativo de implementação dos direitos fundamentais sociais na constituição e nas leis.

É a noção de que o Ministério Público estrutural deve seguir a lógica de procedimentos internos de investigação como estruturante, a partir do modelo judicial indicado por Zaneti Jr., Didier Jr. e Rafael A. de Oliveira<sup>215</sup>:

A decisão estrutural (structural injunction) é, pois, aquela que busca implantar uma reforma estrutural (structural reform) em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos. Por isso, o processo em que ela se contrói é chamado de processo estrutural. Parte-se da premissa de que a ameaça ou a lesão que as organizações burocráticas representam para a efetividade das normas constitucionais não pode ser eliminada sem que tais organizações sejam reconstruídas.

A justificativa primordial para esse tipo de atuação estruturante coletiva do Ministério Público, para além da interpretação do art. 127, da CRFB/88, está no dever de conferir efetividade à prioridade da promoção da defesa coletiva<sup>216</sup> ao invés de voltar a estrutura ministerial para demandas individuais, parciais e incompletas.

#### 4.5 O Ministério Público ‘Individual’ na Defesa do Direito Social à Saúde

A atuação do Ministério Público aponta para outro rumo – notadamente, na área da saúde.

---

Justiça, o princípio da liberdade enquanto igualdade de oportunidades e respeito às diferenças. GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

<sup>215</sup> Notas sobre as decisões estruturantes. Em Processos Estruturais.

<sup>216</sup> GOULART, Marcelo Pedroso. **Elementos para uma teoria geral do Ministério Público**. Belo Horizonte: Arraes, 2013. Veja que a tese da essencialidade das funções do Ministério Público, como esclarece o autor, é extraída da leitura do art. 127 e, principalmente, e art. 129, incisos, da Constituição Federal. Ela reforça a prevalência coletiva da defesa institucional, bem como as supramencionadas leituras da defesa concomitante de interesses e análise indutiva e progressiva de interesses.

Os dados apurados traduzidos indicam que o Ministério Público se volta diuturnamente para a construção da concretização de direitos sociais e prestacionais individualmente.

Segundo relatório de atividades publicado pelo Conselho Nacional do Ministério Público<sup>217</sup>, no ano de 2018, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina instaurou 31.860 procedimentos preparatórios e inquéritos civis públicos e finalizou 33.010. Dos feitos instaurados, 21% à improbidade administrativa, **8,4% à saúde**, 13,8% a direito da criança e do adolescente, 8,4% a direito do consumidor, 2,8% a patrimônio público, 4,6% à ordem urbanística, 5,1% à educação, 13% ao meio ambiente.

Dos 6.945 arquivamentos, o Ministério Público catarinense o fez com 1.009 em decorrência da celebração de compromisso de ajustamento de conduta e 5.936 sem a celebração de TAC. Foram celebrados 1.140 Termos de Ajustamento de Conduta foram e 1.102 Recomendações expedidas.

É interessante observar, ainda, que 1.386 procedimentos foram convertidos em ações judiciais.

Os dados apresentados chamam a atenção para a atuação extrajudicial do Ministério Público para a realização da missão constitucional<sup>218</sup>, porém a ‘micro-justiça’ domina essa atuação.

A ampla pesquisa do CNJ<sup>219</sup> sobre ações coletivas em banco de dados com um total de 52.355 casos de 14 tribunais do país, apontam que na fase da formação de demandas foram identificados um uso estratégico de ações civis públicas para a defesa de direitos individuais homogêneos ou mesmo direitos individuais,

Nele, há dados de amplo predomínio do Ministério Público no ajuizamento de ações coletivas no Brasil, porém afastada da missão coletiva precípua no tema da saúde. A ver:

---

<sup>217</sup> CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). **Ministério Público**: um retrato 2018. Brasília, DF: CNMP, 2018. v. 7. Disponível em: [http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2019/Anu%C3%A1rio\\_um\\_retrato\\_2018\\_ERRATA\\_1.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2019/Anu%C3%A1rio_um_retrato_2018_ERRATA_1.pdf). Acesso em: 30 set. 2019.

<sup>218</sup> ASENSI, Felipe. **Indo além da judicialização**: o Ministério Público e a saúde no Brasil. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2010. p. 96.

<sup>219</sup> Giza-se ainda que a partir da coleta automatizada dos dados em plataformas de busca de 14 tribunais do país, dentre eles, tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Superior do Trabalho) e de seis tribunais estaduais (Alagoas, Ceará, Goiás, Pará, São Paulo e Rio Grande do Sul) em um banco de dados com um total de 52.355 casos. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório analítico propositivo. Justiça Pesquisa. Direitos e garantias fundamentais. **Ações coletivas no Brasil**: temas, atores e desafios da tutela coletiva. Brasília, DF: CNJ, 2018. p. 33-42. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/03/799b01d7a3f27f85b334448b8554c914.pdf>. Acesso em: 30 set. 2019.

O uso estratégico das ações coletivas para ampliar o alcance de decisões judiciais e garantir uniformidade dos resultados foi problematizado pela pesquisa, especialmente por meio do survey. É de se presumir que uma das vantagens da ação coletiva seja exatamente a de reunir uma pluralidade de casos que envolvem o mesmo direito transindividual ou individual homogêneo. Entretanto, chama a atenção que, na percepção da maior parte dos magistrados, esta finalidade não é invocada 'muito frequentemente' como estratégia dos autores em nenhuma das três modalidades de ação coletiva. Poucos entrevistados responderam que o uso da ação civil pública (16,4%), da ação popular (3,6%) e do mandado de segurança coletivo (14,7%) com o objetivo de ampliar os efeitos e unificar os resultados do julgamento é uma prática muito frequente dos atores legitimados. Essa percepção coincide com o achado do banco de dados sobre o modo como as ações coletivas são utilizadas.

**No tema da saúde**, por exemplo, em que **o Ministério Público lidera** como demandante na tutela de direitos individuais homogêneos, prevalece a busca por satisfação de demandas pontuais. Não encontramos nenhuma ação nesta amostra que pretendesse reforma estrutural da política, como a incorporação geral de algum medicamento, insumo ou serviço ao SUS. Este uso individualizado das ações coletivas também perpassa outros temas encontrados no banco.<sup>220</sup>

Os dados são indicativos de uma postura institucional desconforme à leitura constitucional e institucional de Ministério Público estruturante como identificada.

Destaca-se que na análise dos mais de 52 mil casos da pesquisa **nenhuma ação coletiva** possuía pedido que pretendesse **reforma estrutural** de política pública na área da saúde, tal como a determinação de incorporação geral de algum medicamento, insumo ou serviço nas listas oficiais dos entes públicos do SUS.

Interessante a clareza do erro de rumos e da ineficiência interna do Ministério Público que não desincumbe sua missão.

Traz-se para ilustrar o ponto, em relação ao direito à saúde, colocações do Ministro Luís Roberto Barroso<sup>221</sup> para quem existem *três dificuldades sistemáticas* da judicialização da saúde pela tutela individual e que a torna inadequada para ser manejada isoladamente – principalmente pelo Ministério Público (adiciona-se).

Antagoniza Barroso as figuras da 'macro-justiça', como uma seara coletiva ou estruturante, com a 'micro-justiça', para o local da defesa individual do direito.

<sup>220</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório analítico propositivo. Justiça Pesquisa. Direitos e garantias fundamentais. **Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva**. Brasília, DF: CNJ, 2018. p. 213-214. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/03/799b01d7a3f27f85b334448b8554c914.pdf>. Acesso em: 30 set. 2019.

<sup>221</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade a judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. [S.l.], 2009. p. 32-33. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 30 set. 2019.

Inicialmente, observa que as demandas coletivas que operam numa ‘macro-justiça’ partem de um contexto geral de políticas públicas, local argumentativo ideal para que o Ministério Público tenha melhores condições de reunir elementos gerais e específicos e discuti-los de forma mais apropriada.

Do contrário, as demandas de índole individual são oportunidades que se revelam objeto de análise reduzida ao interesse próprio do caso e que direciona sempre à satisfação pessoal do demandante em condenações contra o Estado.

Giza-se que na dimensão da ‘macro-justiça’, a disponibilidade de recursos públicos para atender as necessidades sociais coletivas e individuais, viabilizando o acesso universal e igualitário ao serviço público, bem como (adiciona-se) a verificação da adequação constitucional da justificativa por eventual omissão ou inadequação de ação, são constatações para uma atuação efetiva.

Analisar planejamentos orçamentários e administrativos e a aplicação do sistema de implementação, por exemplo, pela reunião de informações sobre o custo médio do atendimento de todas as pessoas que se qualificam como usuárias de determinado medicamento, se há previsão de recursos suficientes para cumprir essa previsão de demanda<sup>222</sup>, revelam situações complexas que são inimagináveis de serem discutidas em demandas individuais que devem terminar em prazo razoável de duração.

Em segundo lugar, o Ministro Barroso aponta para a preocupação de solucionar o caso concreto que envolva o complexo tema do direito social somente pela ótica da micro-justiça (individual).

Nele é ignorado (como veremos a seguir) ao conhecimento as situações coletivas de necessidades gerais e de gerenciamento de recursos (limitados para necessidades ilimitadas) que se são viáveis e adequados para a ‘macro-justiça’.

Na esfera coletiva da saúde, as informações sobre alocação de recursos financeiros ou a definição administrativa de prioridades de caráter geral e democraticamente realizadas a partir dos planejamentos orçamentários e administrativos faz com que a discussão anteceda esse embate e conhecimento<sup>223</sup>.

---

<sup>222</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade a judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. [S.l.], 2009. p. 32-33. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 30 set. 2019.

<sup>223</sup> *Ibid.*, p. 33-34.

Por último, o autor aponta para a qualidade da eficácia das decisões, o que para o Ministério Público representaria o resultado social.

Segundo Barroso, a decisão proferida no âmbito de uma demanda coletiva tem efeito erga omnes e, se voltada para a organização e estruturação do Sistema Único de Saúde, tende a resguardar a igualdade e a universalidade do atendimento da população (objetivos estratégicos do SUS contidos na Lei Federal nº 8.080/90) e não para uma situação específica<sup>224</sup>.

Individualmente, o Ministério Público pode promover demandas que permitam a desorganização das atividades administrativas ou mesmo o desperdício de recursos públicos.

Nota-se que a preponderância da 'macro-justiça' apontada pelo Ministro se alinha à atuação do Ministério Público que se propõe com a atuação institucional progressiva em processos estruturantes no âmbito coletivo de defesa de direitos sociais.

#### **4.6 Proposições para uma Atuação Legítima do Ministério Público na Defesa Coletiva da Saúde**

Partindo-se para a proposição de atuação ministerial coletiva legítima, entende-se que legítimo aqui significa limitado.

Apesar da amplitude de ação do Ministério Público, sua função é delimitada constitucionalmente e não pode fugir do ponto de partida.

Apontam-se vários mecanismos de expansão, importantes, porém que devem ser analisados, no que toca à atuação ministerial de defesa dos direitos sociais, sob a ótica do art. 127 da CRFB/88, sob pena de posicionar a instituição como garantia de 'tudo'.

A Resolução do CNMP nº 118<sup>225</sup>, de 1º de dezembro de 2014, em que a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público regulamenta a negociação, mediação, conciliação, práticas restaurativas e convenções

---

<sup>224</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade a judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. [S.l.], 2009. p. 33-34. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 30 set. 2019.

<sup>225</sup> CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). **Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014**. Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-118.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2019.

processuais. Aliada a essa abertura institucional para práticas ministeriais não-típicas ou não essenciais<sup>226</sup>, giza-se a bem-intencionada Recomendação do CNMP nº 54, de 28 de março de 2017, que dispõe sobre a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público brasileiro.

E aqui, a maior contribuição para nortear o que se pode entender por atuação resolutiva está no seu art. 1º, §1º<sup>227</sup>, para o qual:

[...] é aquela por meio da qual o membro, no âmbito de suas atribuições, contribui decisivamente para prevenir ou solucionar, de modo efetivo, o conflito, problema ou a controvérsia envolvendo a concretização de direitos ou interesses para cuja defesa e proteção é legitimado o Ministério Público, bem como para prevenir, inibir ou reparar adequadamente a lesão ou ameaça a esses direitos ou interesses e efetivar as sanções aplicadas judicialmente em face dos correspondentes ilícitos, assegurando-lhes a máxima efetividade possível por meio do uso regular dos instrumentos jurídicos que lhe são disponibilizados para a resolução extrajudicial ou judicial dessas situações.

Nota-se três preocupações da Resolução e da Recomendação do CNMP: prevenir conflitos, solucionar conflitos e reparar lesões ou ameaça de lesões à direitos; assegurar a máxima efetividade possível dos direitos.

Aqui fica claro que deixar de promover o encontro das proposições resolutivas com o que vem sendo desenvolvido a partir da análise de interesses concomitantes em uma defesa progressiva, torna menos eficiente e desarticula a missão coletiva do Ministério Público como defensor dos interesses sociais.

Não há como, na defesa da ordem jurídica social da saúde, promover leitura do sistema e busca da máxima efetivação dos direitos defendidos pelo Ministério Público sem levar a sério a atribuição constitucional estrita de defesa da ordem, do sistema, dos interesses e direitos sociais em um primeiro plano e dos direitos individuais indisponíveis como aqueles estritamente vinculados à noção de dignidade da pessoa humana.

Logo, em um parâmetro experimentalista de base concretista (diga-se, normas de direitos fundamentais sociais e norma de competência ministerial), o papel

---

<sup>226</sup> Nas palavras de Marcelo P. Goulart.

<sup>227</sup> CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). **Recomendação nº 54, de 28 de março de 2017**. Dispõe sobre a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público brasileiro. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-054.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2019.

estruturante coletivo do Ministério Público guia a atuação pela leitura da realidade fática e da realidade normativa, aproximando-as na máxima efetividade possível do direito social à ordem jurídica social.

Em concomitância, o enfrentamento das situações de violação da dignidade da pessoa humana em concreto na defesa de níveis de direitos que a compõe.

Nota-se que a atuação ministerial de controle concomitante ou posterior a execução de uma política pública visa corrigir rumos e identificar as justificativas para eventuais 'restrições' (ações ou omissões, deficiência ou inexistências, dentro conceito trabalhado na forma como sustenta Virgílio Afonso da Silva<sup>228</sup>), diante da qual, sendo justificada constitucionalmente, há o dever de abstenção do Ministério Público até o encontro da medida da busca da máxima efetividade; sendo infundada, há o dever de correção.

Na saúde, do ponto de vista da ordem jurídica social (sistema de implementação legal e constitucional) e dos planejamentos administrativos e legislativos, o interesse social de saber se os recursos obrigatórios e os deveres legais que envolvem o acesso universal e igualitários estão sendo verificados.

Nesse específico âmbito, há a recente Recomendação nº 48 de 13 de dezembro de 2016 do CNMP em que sugere parâmetros para a atuação do Ministério Público no controle do dever de gasto mínimo em saúde e contém artigo com vinte e sete incisos que representam ações nesse sentido a serem operacionalizadas pelos membros.

O controle sobre os atos não pode, outrossim, se desconectar com os desdobramentos em relação à improbidade administrativa e ao abuso de poder (desvio ou excesso de poder) averiguado em concreto.

Todos dependentes de apurada análise técnica dos orçamentos e dos planejamentos locais e ações que, por exemplo, projetem um ajustamento extrajudicial ou judicial de conduta para corrigir os rumos e tutelar os interesses sociais relacionados de quaisquer montantes de valores no orçamento dos entes que impliquem descumprimento do art. 198 da Carta de 1988, a pretexto de ajustamento de gestão ou instrumento congênere com o respectivo Tribunal de Contas e/ou Poder Legislativo (art. 4º, IV da Recomendação nº 48/2016 do CNMP).

---

<sup>228</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 2017.

Passa também pela avaliação em concreto das fundamentações estatais a partir de apoio técnico e científico adequado e pelo exercício do direito de transparência plena das contas e atos do Estado.

Outrossim, nos casos em que se decida cooperar para a construção de planejamentos administrativos ou legislativos adequados à realidade social sensível, outrossim a construção argumentativa da intervenção ministerial igualmente deve estar acompanhada desses dados técnicos, jurídicos, sociais.

Coteja-se o amplamente reconhecido argumento da democratização das decisões ministeriais pela utilização dos mecanismos democráticos diretos à disposição da instituição (“audiências públicas, audiências ministeriais, reuniões, pesquisas ou quaisquer outros instrumentos de participação ou cooperação junto aos titulares dos direitos e interesses para cuja defesa e proteção a Instituição é legitimada”, conforme o art. 10<sup>229</sup> da Recomendação citada), com a necessidade de apoderação técnico-científico pela instituição.

Em outras palavras, atuar de forma constitucionalmente legítima na área coletiva dos direitos sociais projeta o Ministério Público como o guardião do sistema de implementação (tal como o é o SUS na saúde), em todas as suas fases – do planejamento, execução e controles internos.

Assim, na ótica do direito social, envidar esforços para a tutela coletiva da saúde busca, ao fim, promover o acesso igualitário e ampla participação às prestações disponíveis a partir do SUS.

Aqui, é o que J. J. Gomes Canotilho<sup>230</sup> esclarece quanto ao conteúdo do direito derivado à prestações do direito social à saúde e que identifica como sendo o interesse social subjacente e de primordial atuação de ‘meio’ do Ministério Público: assegurar tanto o direito de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições criadas pelo poder público, quanto o direito de igual participação nas prestações que essas instituições dispensem à comunidade em geral.

---

<sup>229</sup> CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). **Recomendação nº 54, de 28 de março de 2017**. Dispõe sobre a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público brasileiro. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-054.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2019.

<sup>230</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 553.



#### 4.7 Proposições para uma Atuação Legítima do Ministério Público na Defesa Individual da Saúde

Assim, a partir do reconhecimento da concomitância de interesses e da escada progressiva de análise institucional, é possível apontar o que se espera de uma atuação ministerial legítima e constitucional em sede de defesa de direitos fundamentais sociais: a prioridade de resultados coletivos e estruturantes no que concernam direitos sociais.

Aponta-se, outrossim como princípio, a efetividade institucional, ou seja, que esses resultados sociais alcançados representem a maximização ou otimização de direitos como fim da atribuição constitucional ministerial (tal como vimos acima, a promoção da liberdade).

O desenvolvimento dessa atuação legítima parte da direta aplicação de um método ou metodologia de análise própria dos casos que chegam à instituição e de medidas estruturantes para direcionar a solução<sup>231</sup>.

Ilustra-se, novamente, pelo direito de fornecimento gratuito de medicamento.

Imagina-se como exemplo que a dispensação de medicamentos não esteja organizada de acordo com as normas do SUS em um determinado município e um cidadão reclama o fornecimento ao Ministério Público.

A promoção da organização prestacional legalmente imposta ao município atinge àquele indivíduo que necessita da prestação para remediar moléstia grave, bem como a todos os outros indivíduos que têm (determináveis) e que venham ter (indeterminados) doenças tratáveis por medicamentos da lista oficial (em suposição que exista).

Nota-se, em avanço às esferas gerais da questão, que a não organização material em comento pressupõe que não houve, pelo agente político legitimado pelo processo democrático, um adequado e devido planejamento orçamentário e administrativo do ente público atribuído para a tutela do direito fundamental à saúde (noção do regime democrático).

---

<sup>231</sup> Não é à toa que se afirma que a espécie de direito à prestação em sentido amplo do direito de organização e procedimento se reveste de manifestação normativa do Estado de Direito, de índole coletiva, transindividual ou metaindividual, e que é extraída do mesmo conjunto normativo que o direito à prestação em sentido estrito ou material. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 196.

Ademais, verificando a dissonância da realidade do planejamento a partir da ótica da discricionariedade política em cotejo com a realidade da lesão ao direito social coletivo, o sistema de implementação e suas regras de competência (responsabilidade e legitimidade) devem ser defendidos como integrantes da ordem jurídica social constitucional.

Nota-se que, em um primeiro impulso, as prestações individuais de saúde estariam no conteúdo direto dos interesses defendidos pelo Ministério Público - ou por meio das medidas extrajudiciais ou pelo ajuizamento de ações judiciais direcionadas ao cumprimento de obrigação individual, tudo no âmbito de direito indisponível.

Entrementes, sob a ótica do art. 127 da CRFB, a configuração constitucional dos direitos sociais em cotejo com a preferência ministerial da defesa dos interesses da sociedade e a concomitância dos direitos tutelados, *somente seria legítima a defesa de interesse social* individual pelo Ministério Público se antes atendidos os interesses identificados na análise indutiva e progressiva.

Os interesses sociais em jogo, o regime democrático e a ordem jurídica social estiverem estruturados, representam, em última análise, o adequado funcionamento normativo e fático do sistema de implementação. Não há como o Ministério Público servir como agente de desorganização, tal como previsto por Luís Roberto Barroso<sup>232</sup> no caso da atuação na 'micro-justiça', como visto.

Aqui, caso verificada a violação do direito a dispensação de medicamento padronizado, se estaria diante de um direito individual social e sua defesa direta pelo Ministério Público somente pode ser desenvolvida ao passo que esteja seguro o adequado funcionamento do Sistema Único de Saúde nesse feixe de atuação e competência.

Pode-se colocar, nesse sentir, que ao organizar e estruturar o sistema de implementação do direito prestacional à saúde como a assistência terapêutica (aspectos de competência financeira, orçamentária, administrativa, tecnológica, operacional condensados em leis e regulamentos que estruturam o direito à saúde pelo SUS), visa-se cumprir os interesses individuais na prática pelo atendimento do interesse social de universalização desse serviço na forma como programado na

---

<sup>232</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade a judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. [S.l.], 2009. p. 33-34. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 30 set. 2019.

ordem social (ou seja, nos interesses que versam o direito derivado à prestação, como afirmado por J. J. Gomes Canotilho<sup>233</sup>).

A questão é que enquanto se percorre o longo e trabalhoso caminho de atuação para a restauração da ordem jurídica social, como fica a pretensão individual não-social (no sentido de não pertencer àquelas obrigações decorrentes da ordem social) à saúde?

Ao sentir, duas situações se delineiam aos membros do Ministério Público.

Diante de uma causa incontroversa do direito social individual (documentalmente comprovada, e da qual se infere que se o sistema de implementação estivesse minimamente funcionando o titular teria seu direito atendido) a violação de obrigação de saúde (art. 6º, caput, CRFB/88) em tela desdobra a defesa coletiva na pretensão de condenação do Estado à implementação daquela obrigação específica e de todas as demais que surgirem em igual condição (tutela do SUS). E aqui, como defendido, inaugurando a análise de interesses concomitantes e defesa progressiva sob a ótica do art. 127 da CRFB/88.

Em não sendo uma causa patente de violação a um direito social (ou seja, um direito que não decorre expressamente da ordem jurídica social), trata-se de análise individual que perpassa pela noção de dignidade da pessoa humana e o conteúdo do mínimo existencial a ser fornecido pelo Estado. Estar-se-ia diante de direito a saúde ligado ao direito à vida, não social, decorrente do art. 1º, III, 3º, I, e 5º, caput, CRFB.

Aqui, distinguem-se duas situações jurídicas que, ao sentir e pela interpretação do tema, diferentes: (i) direito individual à saúde enquanto direito social e (ii) direito individual à prestações de saúde enquanto direito fundamental vinculado à dignidade.

Um se trata de direito vinculado estritamente à normatividade da ordem jurídica social e ao sistema de implementação SUS a ser tutelado sempre coletivamente pelo Ministério Público e outro vinculado a conceito aberto de dignidade da pessoa humana e mínimo existencial a ser concretizado por elementos e circunstâncias de fato igualmente tutelável pelo Ministério Público.

Adiciona-se uma observação da leitura da atribuição constitucional ministerial na tutela da dignidade da pessoa humana. Somente seria admitido como legítimo o pedido do Ministério Público direcionado ao Estado-Juiz para restaurar situação de dignidade de uma pessoa até o limite do mínimo existencial caso esse mínimo esteja

---

<sup>233</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 553.

representando uma obrigação capaz de ser prestada pelo Estado para todos em igualdade de acesso e participação dos recursos públicos.

Nota-se aqui que a análise de um mínimo existencial nas controvertidas áreas sociais que o abrange (a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados) passa por uma verificação jurídico-política do Ministério Público.

Essa necessidade do mínimo existencial está contida na ordem jurídica social constitucional? Se não, deveria estar incluída nos sistemas de implementação por uma interpretação das normas constitucionais, notadamente, a do art. 6º combinado com dispositivos do Título VIII ('Da ordem social') da CRFB/88? Essa obrigação é passível de universalização?

Em sendo negativa essas questões, sem adentrar ao complexo mérito da questão, estar-se-ia adentrando na esfera particular da pretensão que somente seria cabível de defesa por advogado privado ou público sob os ônus argumentativos e probatórios próprios desse tipo de demanda.

Assim, para o reconhecimento de um direito subjetivo originário social pelo Ministério Público, a análise lógica-indutiva e progressiva de interesses do art. 127<sup>234</sup> da CRFB/88 restringiria a responder positivamente às alguma das seguintes questões:

Há direito individual indisponível social violado?

O interesse social de implementação existe nessa causa?

O regime democrático foi desobedecido (legitimados atuaram na forma como as normas jurídicas lhes impõe e sob uma política pública estruturada e planejada)?

A ordem jurídica social como sistema de implementação de direitos foi violada?

Caso ou não tem regulação legislativa no sistema de implementação da saúde (SUS) ou que há falha no sistema de implementação constitucional, o procedimento investigativo ou o pedido judicial deve contemplar medidas de ajuste, estruturação ou implementação da organização e do procedimento (políticas públicas).

---

<sup>234</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 30 set. 2019.

Em outras palavras, a atuação legítima do Ministério Público se pauta pela necessidade de se percorrer estritamente o **sistema de implementação dos direitos sociais e da ordem social**.

Cumprir a missão constitucional de forma legítima passa por negar, portanto, a defesa ministerial em casos não previstos como dever legal do Estado (ou seja, direitos não-sociais), porém sob a exceção de situação que (i) atinjam a dignidade da pessoa humana, (ii) constituam o mínimo existencial extraível da interpretação do sistema e (iii) revelem possibilidade de universalização da prestação pretendida por políticas públicas devidas.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atuação legítima do Ministério Público parte da compreensão de seu papel perante os direitos fundamentais sociais.

Com a identificação institucional de que os objetivos estratégicos do Ministério Público são identificados com aqueles objetivos da República, como elencados no art. 3º, direcionam as missões institucionais insculpidos no art. 127, todos da Constituição da República Federativa do Brasil.

Como ator jurídico e ator político no processo democrático brasileiro, o encontro normativo acima liga a instituição a se voltar para a promoção de uma sociedade justa, livre e solidária a partir da defesa da ordem jurídica, regime democrático e dos interesses sociais e individuais.

Nota-se que a defesa da efetividade dos direitos fundamentais não aparece como um desses objetivos estratégicos, mas como missão institucional de 'meio' para atingimento dos 'fins' sociais indicados. Reconhecido isso, as possibilidades de tutela ministerial possível no ordenamento, partindo da sua atuação extrajudicial e judicial, bem como da seara individual e coletiva, são múltiplas.

Apesar da trintenária disposição ministerial, a importância dada às normas constitucionais definidoras dos direitos fundamentais, que tem seu lugar primordial, foi potencializada pela mentalidade ampliativa e a noção absoluta da aplicabilidade imediata do art. 5º, §1º, CRFB/88 e que acabaram por redundar em invalidades.

Como visto tanto nos casos de Garopaba/SC ilustrativos de formas de argumentação diversas como em precedentes jurisprudenciais e teses doutrinárias, a produção sucessiva de atuações, decisões e entendimento que produzem resultados normativos incompletos (porque não adentram na questão da existência de normas constitucionais que impõe sistema de implementação dos direitos sociais) e antijurídicos (porque ao concederem o direito sem assim reconhecer, violam o ordenamento jurídico).

Essa produção de invalidades jurídicas passa por uma questão de realinhar limites e reposicionar instituições para uma atuação mais legítima, realista e consequencialista, dentre elas, o Ministério Público e seu papel constitucional de fundo.

Em relação ao direito social à saúde, a questão passa pela atuação legítima do Ministério Público em percorrer estritamente a obediência às normas do **sistema de implementação dos direitos sociais e da ordem social**.

Respeitar a convivência normativa das dimensões subjetiva e objetiva, respectivamente, a norma definidora do direito social à saúde e as normas constitucionais do sistema apontam para o entendimento de que a concessão de um direito originário às prestações sociais (diretamente da Constituição), é pressuposto para o esgotamento e obediência da ordem social.

Dentro do proposto para a presente investigação, a legítima atuação passa pela legítima concretização do direito fundamental social prestacional à saúde sob esses limites e contornos da realidade jurídica e prática a partir da noção da (i) concomitância de interesses defendidos, (ii) necessária análise progressiva e induta do problema, a (iii) busca pela solução dedutiva e coletiva como vocação constitucional e a (iv) aglutinação da defesa de interesses indisponíveis sociais homogêneos.

Sob a ótica da saúde, a tutela do direito social à prestação deve respeitar o conteúdo objetivo das normas que criam e impõe o sistema único de saúde. Após esse esgotamento, entende-se que não mais o direito originário à prestação de saúde.

Parte-se da norma de direito social (visto que universal e igualitário diante do sistema único de saúde, no caso), para a norma da dignidade da pessoa humana concretamente posta e defendida individualmente.

Para direitos não-sociais a exceção de atuação do Ministério Público é pautado, ao sentir da leitura do ordenamento jurídico, por critérios concretos da situação jurídica que (i) atinjam a dignidade da pessoa humana, (ii) constituam o mínimo existencial extraível da interpretação do sistema e (iii) revelem possibilidade de universalização da prestação pretendida por políticas públicas devidas.

Na atuação da defesa individual de direitos pelo Ministério Público – tal como verificado nas demandas individuais formuladas nos Casos 1 e 2 -, deve-se perquirir prioritariamente o motivo da falha do sistema de implementação (SUS) e se a prestação está dentro daquelas previstas ou se deveria estar prevista nas normas regulamentares do serviço público prestado.

A tutela, nesse sentido, resgata o papel primordial da instituição como defensora da sociedade, devendo somente após a análise concomitante e progressiva indicada, verificar se o direito individual indisponível que estiver lesado se reveste das condições de violação da dignidade da pessoa humana tuteláveis.

No âmbito coletivo, a missão do controle e de reestruturação da atuação estatal a partir das normas jurídicas e da realidade igualmente dentro do caminho de prioridade institucional e local dos membros à luz do art. 127 da CRFB/88.

Retoma-se, ao sentir, os 'trilhos' da atribuição do Ministério Público voltado para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, impassível de desvirtuamentos e conectado com a ideia de desenvolvimento das liberdades pelo fortalecimento das estruturas de estado (políticas públicas planejadas e diagnosticadas e o controle das ações do Estado) a conferir efetiva igualdade de oportunidades na participação em recursos públicos direcionados à máxima efetividade dos direitos sociais.



## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- ARANTES, Rogério Bastos. Direito e política: Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 14, n. 39, p. 85, 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v14n39/1723>. Acesso em: 16 set. 2019.
- ASENSI, Felipe. **Indo além da judicialização**: o Ministério Público e a saúde no Brasil. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2010.
- BARCELLOS, Ana Paula. **Eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. São Paulo: Renovar, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade a judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. [S.l.], 2009. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/dl/estudo\\_barroso.pdf](https://www.conjur.com.br/dl/estudo_barroso.pdf). Acesso em: 30 set. 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1988.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet *et al.* **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 30 set. 2019.
- BRASIL. **Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890**. Organiza a Justiça Federal. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-848-11-outubro-1890-4999488-norma-pe.html>. Acessado em: 17 jul. 2019.
- BRASIL. **Lei complementar n. 40, de 14 de dezembro de 1981**. Estabelece normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp40.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp40.htm). Acesso em: 16 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm). Acesso em: 13 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm). Acesso em: 30 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 6.564. Rel. Min. Demócrito Reinaldo. Primeira Turma, julgado em 23 de maio de 1996. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 17 jun. 1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1657156/RJ**. Rel. Ministro Benedito Gonçalves, primeira seção, julgado em 25 abr. de 2018, DJE, Brasília, DF, 04 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **RE 668.722 AgR**. Relator: min. Dias Toffoli, julgado em 27-8-2013. DJE, Brasília, DF, 25 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na suspensão de tutela antecipada nº 175. Relator: min. Gilmar Mendes, julgada em 17 de março de 2010. **DJE**, Brasília, DF, 30 abr. 2010.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **AG 5041462-38.2016.404.0000**. Agravante: União – Advocacia Geral da União. Agravado: Helio Jose Piccin. Relatora: Des. Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha. 14 dez. 2016. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/416948352/agravo-de-instrumento-ag-50414623820164040000-5041462-3820164040000>. Acesso em: 30 set. 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 13, 1996.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 2.

CAMPOS, Benedicto de. **O Ministério Público e o novo código de processo civil**. São Paulo: RT, 1976.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2018.

CASTIEL, Luis David. Uma saúde pública molecular!? **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 285-319, set. 1994. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?Script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X1994000300002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?Script=sci_arttext&pid=S0102-311X1994000300002&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 30 set. 2019.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). **Ministério Público: um retrato 2018**. Brasília, DF: CNMP, 2018. v. 7. Disponível em: [http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2019/Anu%C3%A1rio\\_um\\_retrato\\_2018\\_ERRATA\\_1.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2019/Anu%C3%A1rio_um_retrato_2018_ERRATA_1.pdf). Acesso em: 30 set. 2019.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). **Recomendação nº 54, de 28 de março de 2017**. Dispõe sobre a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público brasileiro. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-054.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2019.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). **Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014**. Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-118.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório analítico propositivo. Justiça Pesquisa. Direitos e garantias fundamentais. **Ações coletivas no Brasil**: temas, atores e desafios da tutela coletiva. Brasília, DF: CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/03/799b01d7a3f27f85b334448b8554c914.pdf>. Acesso em: 30 set. 2019.

DANIELLI, Ronei. **A judicialização da saúde no Brasil**: do viés individualista ao patamar de bem coletivo. Belo Horizonte: Forum, 2017.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 5.

FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **IBGE Cidades**. Rio de Janeiro, c2017. Disponível em <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sc/garopaba/panorama>. Acesso em: 30 set. 2019.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GAROPABA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Sentença. Autos 09000048-84.2014.8.24.0167**. Vara Única da Comarca de Garopaba. Partes: Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Município de Garopaba e Estado de Santa Catarina. Julgado e publicado em 08 de junho de 2019.

GAROPABA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Sentença. Autos 0002374-47.2011.8.24.0167**. Vara Única da Comarca de Garopaba. Partes: Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Município de Garopaba e Estado de Santa Catarina. Julgado em 24 de fev. 2016 e publicado em 10 de março de 2016.

GERMAN. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 7**. Karlsruhe, 1958. Disponível em: [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1958/01/rs19580115\\_1bvr040051.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1958/01/rs19580115_1bvr040051.html). Acesso em: 20 out. 2019.

GOULART, Marcelo Pedroso. **Elementos para uma teoria geral do Ministério Público**. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **A Constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 63-70.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton, 1999.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. **Revista de Direito Público IDP**, Brasília, DF, v. 3, n. 12, 2006. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1324/790>. Acesso em: 30 set. 2019.

LIMBERGER, Têmis. **Cibertransparência**: informação pública em rede: a virtualidade e suas repercussões na realidade. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

LYRA, Roberto. **Teoria e prática da promotoria pública**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989.

MAZZILLI, Hugo Nigro. O Ministério Público e a defesa do regime democrático. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 35 n. 138 abr./jun. 1998. Disponível em: <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/mpdemocraciasen.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2019.

MEIRELES, José Dilermando. Ministério Público: sua gênese e sua história. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 21, n. 84, p. 197-214, out./dez. 1984. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181585>. Acessado em: 17 jul. 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2013. v. 2.

NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**: estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Editora Coimbra, 2003.

PINTO, E. G.; SARLET, I. W.; PEREIRA JUNIOR, J. T.; OLIVEIRA, O. C. **Política pública e controle**: um diálogo interdisciplinar em face da lei 13.655/2018, que alterou a lei de introdução às normas do direito brasileiro. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SADEK, Maria Tereza. **A construção de um novo Ministério Público resolutivo**. Belo Horizonte, 2008. Palestra proferida na semana do Ministério Público do Estado de Minas Gerais em 8 set. 2008. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br>. Acesso em: 20 out. 2019.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Comentário ao artigo 127. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013.

SANTA CATARINA. Ministério Público. Procuradoria-Geral de Justiça. **Planejamento estratégico MPSC 2012-2022: construindo nosso futuro**. Florianópolis: Procuradoria-Geral de Justiça, 2012. Disponível em: <https://www.mpsc.mp.br/o-ministerio-publico/planejamento-estrategico>. Acesso em: 13 nov. 2019.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Incidente de resolução de demandas repetitivas n. 0302355-11.2014.8.24.0054, de Rio do Sul. Relator: Des. Ronei Danielli, Grupo de Câmaras de Direito Público. **Diário de Justiça**, Florianópolis, 09 nov. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Regime de direitos fundamentais sociais (parte 2). **Consultor Jurídico**, São Paulo, 19 ago. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-19/direitos-fundamentais-regime-direitos-fundamentais-sociais-constituicao-parte>. Acesso em: 11 set. 2019.

SCHWABE, Jürgen (col.); MARTINS, Leonardo (org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Fundação Konrad Adenauer, 2005.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso. The limits of constitutional law: public policies and the constitution. *In*: TARABOUT, Gilles; SAMADDAR, Ranabir (org.). **Conflict, power, and the landscape of constitutionalism**. London: New Delhi: Routledge, 2007.

**ANEXO A - CASO 1 - DIREITO SOCIAL À SAÚDE. ASSISTÊNCIA  
FARMACÊUTICA INTEGRAL. IMPROCEDÊNCIA**

fls. 127



**ESTADO DE SANTA CATARINA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
**Comarca de Garopaba**  
**Vara Única**

Autos nº 0900048-84.2014.8.24.0187

Ação: Ação Civil Pública/PROC

Autor: Ministério Público do Estado de Santa Catarina e outro

Réu: Município de Garopaba e Estado de Santa Catarina

**SENTENÇA**

Vistos etc.

**I – RELATÓRIO**

Ministério Público do Estado de Santa Catarina aforou "ação civil pública com pedido liminar" contra Município de Garopaba e Estado de Santa Catarina, com o objetivo de obter gratuitamente o fornecimento do(s) seguinte(s) fármaco(s)/procedimento(s)/tratamento(s) à Joaquina dos Santos Lazzari: Glicosamina 500mg + Condrolina 400mg. Para tanto, sustentou, em síntese, que tal(is) medicamento(s)/procedimento(s) é(são) indispensável(is) ao tratamento da(s) molécula(s) que lhe acometa(m) (osteoporose) e que não possui condições financeiras para aquisição. Fundamentou sua pretensão na CRFB/1988, mais especificamente nos direitos à vida e à saúde, requereu a tutela de urgência e, ao final, a sua confirmação para que o(s) réu(s) sejam obrigado(s) a satisfazer(em) a pretensão inicial. Juntou documentos (fls. 01-27) e valorou a causa em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Na decisão das fls. 28-30 foi deferida a tutela de urgência, determinando-se o fornecimento imediato do(s) fármaco(s) Glicosamina 500mg + Condrolina 400mg. Na mesma oportunidade, determinada a citação do(s) réu(s) para apresentar(em) resposta.

Citado (fl. 35), o Estado de Santa Catarina apresentou contestação sem arguir preliminares. No mérito, disse que: a) existem políticas públicas para o tratamento da molécula que acomete a parte autora; b) há necessidade de comprovação da hipossuficiência da parte autora. Por fim, requereu a improcedência do pedido inicial, bem como a produção de provas (fls. 39-54).

Citado (fl. 68), o Município de Garopaba apresentou contestação suscitando, preliminarmente, o chamamento da União ao processo. No mérito, disse que: a) existem políticas públicas para o tratamento da molécula que acomete a

Endereço: Rua Santa Rita, 100, Centro - CEP 88465-800, Fone: (49) 3254-8588, Garopaba-SC - E-mail: garopaba.uniao@juiz.jus.br



**ESTADO DE SANTA CATARINA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
**Comarca de Garopaba**  
**Vara Única**

parte autora; b) há necessidade de comprovação da hipossuficiência da parte autora. Por fim, requereu a improcedência do pedido inicial, bem como a produção de provas (fls. 65-71).

Houve réplica (fls. 75-79).

Na decisão das fls. 84-86 foi(ram) afastada(s) a(s) preliminar(ões) e determinada a realização de perícia médica.

O laudo pericial foi apresentado (fls. 108-113).

O Ministério Público e o Estado de Santa Catarina se manifestaram sobre o laudo, transcorrendo em branco o prazo conferido ao Município (fls. 122-123, 124-125 e 126).

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

## II – FUNDAMENTAÇÃO

**II .1. Mérito – Direito à saúde – Medicamentos, procedimentos e tratamentos – Políticas públicas – Sindicabilidade Judicial - Requisitos**

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988) consagra a vida e a saúde como direitos fundamentais, ao prevê-las em seu art. 5º, caput, e art. 6º, respectivamente, como direitos individual e social. No seu art. 196, contido na Seção II do Capítulo destinado à *Seguridade Social*, por sua vez, estabelece que *“a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”*.

No plano infraconstitucional, a Lei n. 8.080/1990, que *“dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências”*, estabelece que o dever do Estado de garantir a saúde *consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação, não excluindo o dever das pessoas, da família, das empresas e da sociedade*

Endereço: Rua Santa Rita, 100, Centro - CEP 89495-000, Fone: (49) 3234-8288, Garopaba-SC - E-mail: gpc@ta.unisc.br



**ESTADO DE SANTA CATARINA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
**Comarca de Garopaba**  
**Vara Única**

(art. 2º, §5). No campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS), encontra-se a execução de ações de assistência terapêutica integral<sup>1</sup>, inclusive farmacêutica (art. 6º, I, "d"). A Política Nacional de Saúde, entre outras, possui a finalidade de garantir a todos o acesso aos medicamentos, procedimentos e tratamentos necessários, seja promovendo análises técnicas dos insumos e procedimentos passíveis de incorporação; interferindo em preços; fornecendo gratuitamente as drogas, procedimentos e tratamentos de acordo com as necessidades estratégicas selecionadas conforme as análises efetuadas, a disponibilidade orçamentária e as decisões legitimamente tomadas por quem de direito.

No particular da assistência terapêutica, compete ao Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, a incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica (art. 19-Q). Sobreleva mencionar ainda que **o relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS levará em consideração, necessariamente: - as evidências científicas sobre a eficácia, e**

<sup>1</sup>Lei n. 8.080/2000: Art. 19-M. A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea d do inciso I do art. 6º consiste em: I - dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolos clínicos para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta de protocolos, em conformidade com o disposto no art. 19-P; II - oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde - SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, convênio ou contratado.

Art. 19-M. Para os efeitos do disposto no art. 19-M, são adotadas as seguintes definições: I - produtos de interesse para a saúde: drogas, próteses, botões coturmas e equipamentos médicos; II - protocolo clínico e diretriz terapêutica: documento que estabelece critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento prescrito, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posições recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS.

Art. 19-Q. Os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas deverão estabelecer os medicamentos ou produtos necessários nas diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que trata, bem como aqueles indicados em casos de perda de eficácia e de surgimento de intolerância ou reação adversa relevante, previstas pelo medicamento, produto ou procedimento de primeira escolha.

Parágrafo único. Em qualquer caso, os medicamentos ou produtos de que trata o caput desta artigo serão aqueles avaliados quanto à sua eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que trata o protocolo.

Art. 19-P. Na falta de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, a dispensação será realizada: I - com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, observadas as competências estabelecidas nesta Lei, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite; II - no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores estaduais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Bipartite; III - no âmbito de cada Município, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores municipais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada no Conselho Municipal de Saúde.





**ESTADO DE SANTA CATARINA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 Comarca de Garopaba  
 Vara Única

*procedimento objeto do processo, ecetadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso; II - a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível" (art. 18-Q, §2º). Ademais, insta ressaltar que "são vedados, em todas as esferas de gestão do SUS: I - o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA; II - a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa" (art. 18-T).*

Concretizando a dispensação de medicamentos à população, o Ministério da Saúde classifica como básicos, de responsabilidade dos três gestores do SUS, os remédios utilizados nas ações de assistência farmacêutica relativas à atenção básica em saúde e ao atendimento a agravos e programas de saúde específicos inseridos na rede de cuidados de atenção básica. Os medicamentos estratégicos são aqueles utilizados para o tratamento de doenças endêmicas, com impacto socioeconômico, cabendo sua aquisição pelo Ministério da Saúde e seu armazenamento e distribuição pelos Municípios. Já o Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional tem por objeto o tratamento de doenças específicas, que atingem um número restrito de pacientes, os quais necessitam de medicamentos com custo elevado, cujo fornecimento depende de aprovação específica das Secretarias Estaduais de Saúde e de recursos oriundos do Ministério da Saúde, bem como daquelas Secretarias também responsáveis pela programação, aquisição e dispensação das drogas (consultar a classificação e a responsabilidade pelo financiamento destas na Portaria n. 369/GM, de 22 de fevereiro de 2006<sup>2</sup>). Finalmente, há programas e sistematizações de assistência específicos para determinadas moléstias, como, por exemplo, o diabetes e o câncer.

Nesse contexto, considerando a notória escassez dos recursos

<sup>2</sup> [http://www.ms.sa.gov.br/boletim-de-saude/gra2006/pr0069\\_02\\_02\\_2006.html](http://www.ms.sa.gov.br/boletim-de-saude/gra2006/pr0069_02_02_2006.html)

Endereço: Rua Santa Rita, 100, Centro - CEP 89495-888, Fone: (48) 3234-8388, Garopaba-SC - E-mail: [garopaba.unica@tjsc.jus.br](mailto:garopaba.unica@tjsc.jus.br)



**ESTADO DE SANTA CATARINA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 Câmara de Garopaba  
 Vara Única

destinados ao SUS, e que a separação dos poderes (CRFB/1988, art. 2º) impõe que aquele legitimado democraticamente a administrar a coisa pública realize, dentro da moldura constitucionalmente traçada, e de maneira responsável, escolhas sobre a alocação de recursos escassos à satisfação de inúmeras necessidades (*escolhas trágicas*), não se pode deixar passar despercebido as consequências do deferimento judicial de medicamentos, procedimentos ou tratamentos estranhos aos administrativamente estabelecidos e disponibilizados. Deferir, na ausência de políticas públicas, sem qualquer planejamento ou restrição, benefícios para alguns, ainda que necessários, notadamente quando de elevado valor, pode afastar o atendimento de muitos que se enquadrariam nas hipóteses disciplinadas pelo Poder Público, consagrando-se, sob a ótica utilitária, sem dúvida, verdadeira injustiça. Ademais, não bastasse o desguarnecimento desses sujeitos, em última análise, inviabilizaria a própria realização de escolhas políticas legítimas sobre o atendimento de outras necessidades e finalidades também relevantes (segurança pública, educação, transporte etc.), cuja análise e avaliação, diante da limitação cognitiva própria do processo individual, não pode ser realizada a contento pelo Poder Judiciário na perspectiva macro. Afinal, e fatalmente, considerando a natural escassez de recursos, o implemento judicial de prestações não previstas importa, quando não o decotamento de rubrica orçamentária própria, o estorno de verbas destinadas a outros fins. Diante disso, ao sentir deste magistrado, não se pode considerar o Poder Judiciário como via que possibilite ao jurisdicionado burlar o fornecimento administrativo de fármacos, procedimentos e tratamentos, garantindo individualmente seu tratamento sem apesar a existência de outros cidadãos nas mesmas ou em piores circunstâncias, uma vez que, com a devida vênia a quem pensa de maneira diversa, o ajustamento de ação não se mostra fator de *discrimen* apto a tanto e, demais disso, a Constituição não assegura ao cidadão o acesso a todo e qualquer cuidado médico que necessite, tampouco torna o Estado o segurador universal de toda e qualquer necessidade humana.

Não sem razão, embora este magistrado discordo em parte das conclusões, após a realização de audiência pública com participação de diversos segmentos da sociedade, o Supremo Tribunal Federal (STF), interpretando o art.

Endereço: Rua Santa Rita, 100, Centro - CEP 89495-900, Fone: (49) 3234-8288, Garopaba-SC - E-mail: gpc@ta.unica@juiz.jus.br



**ESTADO DE SANTA CATARINA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 Câmara de Garopaba  
 Vara Única

196 da CRFB/1988 e debruçando-se sobre a problemática da efetividade dos direitos sociais e da denominada "judicialização de saúde", no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175 (STA 175 Agr, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 28-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070), estabeleceu alguns pressupostos e critérios relevantes para a atuação do Poder Judiciário, notadamente na questão do fornecimento de medicamentos, procedimentos e tratamentos pleiteados em face dos entes políticos.

Nos termos da indigitada decisão, conforme se verifica da leitura do inteiro teor<sup>3</sup>, a Suprema Corte entendeu que "é possível identificar [...] tanto um direito individual quanto um direito coletivo à saúde". "Não obstante, esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas, ou seja, não há um direito absoluto a toda e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde". "A garantia mediante políticas sociais e econômicas ressalva, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas éticas. É inconteste que, além da necessidade de se distribuírem recursos naturalmente escassos por meio de critérios distributivos, a própria evolução da medicina impõe um viés programático ao direito à saúde, pois sempre haverá uma nova descoberta, um novo exame, um novo prognóstico ou procedimento cirúrgico, uma nova doença ou a volta de uma doença supostamente erradicada".

Nessa perspectiva, a análise judicial da pedido de dispensação gratuita de medicamentos, procedimentos e tratamentos pressupõe que se observe, primeiramente, se existe ou não política pública que abranja a prestação pleiteada pela parte.

Se referida política existir, havendo previsão de dispensação do tratamento buscado, não há dúvida de que o postulante tem direito subjetivo público

<sup>3</sup> <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?n1=62857A36D4%2E3CLA%2E+E+175%2E+NUM%2E%20+OU+%28STA%2EACH%2E+ADJ+175%2EACH%2E%29&base=baseAcordaoeJuris=http://myuri.scribblemon>



**ESTADO DE SANTA CATARINA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 Câmara de Garopaba  
 Vara Única

a tal, cabendo ao Poder Judiciário determinar seu cumprimento pelo Poder Público. Basta ao Interessado (I) comprovar a moléstia que lhe aflija; (II) a pertinência entre a prestação pleiteada e a política pública adotada pelo Estado; e (III) a negativa do Poder Público em realizar a prestação. Nesse caso não se exige a comprovação da hipossuficiência porque, uma vez incorporada/adotada o medicamento/tratamento ao rol de serviços/procedimentos disponibilizados pelo SUS, não se exige contraprestação do administrado.

Do contrário, não sendo a prestação pleiteada entre as políticas do SUS, as circunstâncias e peculiaridades do caso concreto devem ser observadas, a fim de que se identifique se a não inclusão do tratamento nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS, elaborados com fundamento na corrente da "medicina com base em evidências", configura omissão legislativa/administrativa ou está justificada em decisão administrativa fundamentada/vedação legal. Isso porque o medicamento ou tratamento pode não ser oferecido pelo Poder Público por não contar, por exemplo, com registro na ANVISA - o qual constitui garantia à saúde pública e individual, só podendo ser relevado em situações muito excepcionais, segundo disposto nas Leis n.º 6.360/1976 e 9.782/1999 (hipótese de vedação legal) - ou por ser experimental. Outrossim, a prestação pode não estar inserida nos Protocolos por inexistirem evidências científicas suficientes a autorizarem sua inclusão ou por outros motivos expressos em decisão administrativa fundamentada, tais como o elevado custo-efetividade individual ou coletivo (TRF4, AG 6041462-38.2016.404.0000, QUARTA TURMA, Relatora VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA, julgado nos autos em 19/12/2016).

Se o medicamento ou procedimento postulado judicialmente não estiver incluído nas políticas públicas de saúde, mas houver outra opção de tratamento para a moléstia do paciente, deve-se, em regra, privilegiar a escolha feita pelo administrador (substituívidade). Conforme o Ministro Gilmar Mendes, "um medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar um consenso científico vigente. Ademais, não se pode esquecer de que a gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e

Zelozinho: Rua Santa Rita, 100, Centro - CEP 89495-888, Fone: (48) 3234-8288, Garopaba-SC - E-mail: gtrcp@ta.unisc.br



**ESTADO DE SANTA CATARINA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 Comarca de Garopaba  
 Vara Única

*prestações de saúde, só torna-se viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartem os recursos (naturalmente escassos) de forma mais eficiente possível. Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais ao atendimento médico de parcela de população mais necessitada" (STA 173 Agr, Relator(s): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-078 DIVULG 28-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070; TRF4, AG 5041462-38.2016.404.0000, QUARTA TURMA, Relatora VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA, juntado aos autos em 19/12/2016).*

Entretanto, não se pode ignorar que, em algumas situações, por razões específicas do organismo de determinadas pessoas - resistência ao fármaco, efeitos colaterais, problemas de saúde etc. -, as políticas públicas oferecidas podem não lhes ser adequadas ou eficazes. Nesses casos pontuais, restando suficientemente comprovada a ineficácia ou impropriedade da política de saúde existente, bem como a eficácia baseada na medicina de evidências e baixo custo-efetividade do tanto postulado, é possível ao Poder Judiciário ou à própria Administração, sem prejuízo de análie de outros regulatios, determinar prestação diversa da usualmente custeada pelo SUS (TRF4, AG 5041462-38.2016.404.0000, QUARTA TURMA, Relatora VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA, juntado aos autos em 19/12/2016).

Ademais, se o medicamento ou procedimento postulado não constar das políticas do SUS, e tampouco houver tratamento alternativo ofertado para a patologia, há que se verificar se consiste em tratamento meramente experimental, ou novo, ainda não testado pelo Sistema ou a ele incorporado. Os tratamentos experimentais são pesquisas clínicas, e a participação neles é regulada por normas específicas. As drogas aí envolvidas sequer podem ser adquiridas, uma vez que não foram aprovadas ou avaliadas, devendo seu acesso ser disponibilizado apenas no âmbito de estudos clínicos ou programas de acesso expandido. Não se pode, assim, compellir o Estado a fornecê-los (TRF4, AG 5041462-38.2016.404.0000, QUARTA TURMA, Relatora VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA, juntado aos autos em 19/12/2016).

Já os tratamentos novos, não contemplados em qualquer política





**ESTADO DE SANTA CATARINA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 Comarca de Garopaba  
 Vara Única

pública, merecem atenção e cuidado redobrados, tendo em vista que, "se, por um lado, a elaboração dos Protocolos Clínicos e das Diretrizes Terapêuticas privilegia a melhor distribuição de recursos públicos e a segurança dos pacientes, por outro a aprovação de novas indicações terapêuticas pode ser muito lenta e, assim, acabar por excluir o acesso de pacientes do SUS a tratamento há muito prestado pela iniciativa privada" (STA 175 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070; TRF4, AG 5041482-38.2018.404.0000, QUARTA TURMA, Relators VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA, juntado aos autos em 18/12/2018).

É certo que a inexistência de políticas públicas por negligência do administrador não pode implicar violação ao princípio da integralidade do Sistema, de modo que é possível a impugnação judicial da omissão administrativa no tratamento de determinada moléstia, impondo-se, todavia, que se proceda à ampla instrução probatória sobre a matéria, "o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar" (STA 175 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070; TRF4, AG 5041482-38.2018.404.0000, QUARTA TURMA, Relators VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA, juntado aos autos em 18/12/2018).

O Poder Público não pode genericamente invocar a separação dos poderes e a cláusula de "reserva do possível" para exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, sem demonstrar, concretamente, a impossibilidade de fazê-lo. No primeiro caso porque não importa ofensa à separação dos poderes a inércia judicial das ações e omissões inconstitucionais do Poder Público (ADPF



**ESTADO DE SANTA CATARINA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
**Comarca de Garopaba**  
**Vara Única**

45 MC<sup>4</sup>, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 28/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191); ao passo que, no segundo, o STF já se pronunciou:

*Cumpro advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - reescrevida a ocorrência de justa motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, do momento, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, desse conteúdo governamental negativo, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentação.*

*(...) entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde - que se qualifica como direito subjetivo inalienável e todos assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, "caput", e art. 196) - ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entende, uma vez configurado esse dilema, que razões de ordem ético-jurídica impedem, ao julgador, uma só e possível opção: aquela que*

<sup>4</sup> [...] É certo que não se trata, ordinariamente, no âmbito das funções jurisdicionais do Poder Judiciário - e nem desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSE CARLOS VEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, Item n. 06, 1987, Alameda, Coimbra), pois, nesse sentido, o encargo recai, prioritariamente, 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 descumprimento de encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, iderem e comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos legitimados de natureza constitucional, ainda que derivados de cláusulas reservadas de conteúdo programático.

Cabe salientar, perante esse contexto - consoante já proferiu esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto de Carta Política não pode converter-se em promessa constitucional inexecutável, sob pena de o Poder Público, tratando-se de tais espécies, não dispor, pela possibilidade, subterfúgio, de maneira legítima, o cumprimento de seu incontestável dever, por um gesto irresponsável de ineficiência governamental ao que distanciou a própria Lei Fundamental do Estado" (RTJ 173/1213-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Não obsta de coibir, no entanto, eventuais tais previsões, significativo relevo ao termo pertencente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/GASS R. SUNDSTEIN, "The Cost of Rights", 1980, Norton, New York), entendendo-se em todo de elevação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo cumprimento, pelo Poder Público, impõe e exige, desde, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inexistente vínculo funcional subordinado às possibilidades operacionais do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a impossibilidade econômico-financeira de pessoas físicas, desde não se poderá necessariamente surgir, necessitando a intervenção estatal relevante, a inelutável elevação do chamado Estado no âmbito de Carta Política [...].

Endereço: Rua Santa Rita, 100, Centro - CEP 88405-800, Fone: (49) 3354-8388, Garopaba-SC - E-mail: gju@sta.catarina.sc.gov.br



**ESTADO DE SANTA CATARINA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
**Comarca de Garopaba**  
**Vara Única**

*privilegia o respeito inalienável à vida e à saúde humanas.*

*(...) a missão institucional desta Suprema Corte, como guardã da superioridade da Constituição da República, impõe, aos seus Juizes, o compromisso de fazer prevalecer os direitos fundamentais da pessoa, dentre os quais avulsam, por sua inegável precedência, o direito à vida e o direito à saúde. (STA 175, Rel. Min. Celso de Mello, DJE 30/04/2010)*

Assim, independentemente da hipótese trazida à apreciação do Poder Judiciário, é *"clara a necessidade de instrução das demandas de saúde"*, a fim de que, à luz das premissas e critérios antes declinados, *"o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde"* (STA 175 Agr, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-078 DIVULG 28-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070; TRF4, AG 5041462-38.2018.404.0000, QUARTA TURMA, Relatora VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CA&MHA, julgado nos autos em 18/12/2018).

Resumidamente, a concessão de medicamentos, procedimentos e tratamentos não albergados pelas políticas públicas do SUS pressupõe (a) a comprovação da moléstia; (b) a ausência de política pública relativa à pretensão mandamental formulada e a inexistência de decisão administrativa expressa e devidamente fundamentada sobre a sua não-incorporação aos protocolos do SUS; (c) a inexistência de medicamentos, procedimentos ou tratamentos substitutos fornecidos pelo SUS ou a sua comprovada ineficácia no caso concreto; (d) a eficácia do fármaco, procedimento ou tratamento postulado, de acordo com a medicina de evidências, não podendo se verificar experimentalidade ou mera eletividade do pleito; (e) o registro na Anvisa do fármaco, procedimento ou tratamento postulado, salvo o caso de dispensa legal; (f) o baixo custo-efetividade individual e coletivo da postulação, sendo descabida, a princípio, salvo exceções devidamente justificadas, a dispensação de medicamentos, procedimentos e tratamentos individuais de elevado custo. Soma-se a estes pressupostos, (g) a necessidade de o interessado demonstrar a sua hipossuficiência, uma vez que o dever do Estado *não exclui o dever das pessoas, da família, das empresas e da sociedade* (CRFB/1988, art. 7º, IV; Lei n. 8.080/1990, art. 2º, §5; CC/2002, art. 1.894).

A respeito dessas conclusões, foi recentemente julgado pela Tribunal de Justiça de Santa Catarina incidente da resolução de demandas repetitivas

Endereço: Rua Santa Rita, 100, Centro - CEP 89495-888, Fone: (49) 3234-8288, Garopaba-SC - E-mail: gpc@ta.unisc.br





**ESTADO DE SANTA CATARINA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 Comarca de Garopaba  
 Vara Única

(IRDR) assim ementado:

**INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDA REPETITIVA - IRDR. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS E TERAPIAS PELO PODER PÚBLICO. DISTINÇÃO ENTRE FÁRMACOS PADRONIZADOS DOS NÃO COMPONENTES DAS LISTAGENS OFICIAIS DO SUS. NECESSÁRIA REPERCUSSÃO NOS REQUISITOS IMPRESCINDÍVEIS AO NASCIMENTO DA OBRIGAÇÃO POSITIVA DO ESTADO. 1. Teses jurídicas firmadas: 1.1 Para a concessão judicial de remédio ou tratamento constante do rol do SUS, devem ser conjugados os seguintes requisitos: (1) a necessidade do fármaco perseguido e adequação à enfermidade apresentada, atestada por médico; (2) a demonstração, por qualquer modo, de impossibilidade ou empecilho à obtenção pelo via administrativa (Tema 350 do STF). 1.2 Para a concessão judicial de fármaco ou procedimento não padronizado pelo SUS, são requisitos imprescindíveis: (1) a efetiva demonstração de hipossuficiência financeira; (2) ausência de política pública destinada à enfermidade em questão ou sua ineficiência, somada à prova da necessidade do fármaco buscado por todos os meios, inclusive mediante prescrição médica; (3) nas demandas voltadas aos cuidados elementares à saúde e à vida, ligando-se à noção de dignidade humana (mínimo existencial), dispensem-se outras diligências; (4) nas demandas claramente voltadas à concretização do mínimo desejável, faz-se necessária a aplicação da metodologia da ponderação dos valores fundamentais, sopesando-se eventual colisão de princípios antagônicos (proporcionalidade em sentido estrito) e circunstâncias fáticas do caso concreto (necessidade e adequação), além de cláusula de reserva do possível. 2. Aplicação ao caso concreto: 2.1 Recursos do Município e do Estado conhecidos e parcialmente providos para evitar a condenação o fornecimento dos fármacos não padronizados. (TJSC, Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 0302355-11.2014.8.24.0054, de Rito do Sul, rel. Des. Ronel Danielli, j. 09-11-2016).**

Especificamente sobre a hipossuficiência, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina firmou entendimento de que "(...) aliena-se como *requerido elementar e hipossuficiência financeira do doente e de seu núcleo familiar, de modo a evidenciar a impossibilidade de custeio da terapia necessária para a sua recuperação ou garantia de sua qualidade de Vida (...)*" (corpo do acórdão - IRDR nº 0302355-11.2014.8.24.0054, rel. Des. Ronel Danielli, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. em 09.11.2016). Além disso, asseverou que **a hipossuficiência aqui cogitada não se confunde com aquela exigida para o deferimento de assistência judiciária gratuita**, uma vez que "(...) acerca da prova de carência de recursos, cumpre consignar ser insuficiente a mera declaração do paciente, porquanto não se trata de hipótese semelhante a que permite a *gratuidade judiciária (com regra específica sobre o tema)* em que o Estado deca de arrecadar recurso, mas, ao contrário, está-se diante de



**ESTADO DE SANTA CATARINA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 Comarca de Garopaba  
 Vara Única

*reconhecimento de obrigação positiva por parte do Estado, ensejando despesa imprevista e incidir em um orçamento já escasso para a implementação das políticas públicas existentes (...)* (corpo do acórdão - IRDR nº 0302355-11.2014.8.24.0054, rel. Des. Ronel Danielli, Grupo de Câmaras de Direito Público, J. em 08.11.2016).

Dessa forma, em razão da vinculação do precedente (CPC/2015, art. 965), há necessidade de averiguar a capacidade econômica do grupo familiar do requerente frente ao(s) medicamento(s)/procedimento(s)/tratamento(s) pretendidos.

Aqui um aparte. No referido *leading case* não se estabeleceu critério objetivo de hipossuficiência, conforme se verifica da leitura do Inteiro teor. Em outras palavras, o juiz de primeiro grau, ao aplicar o precedente, deve averiguar em cada caso qual seria o patamar máximo/mínimo de incidência do custo dos medicamentos em relação ao orçamento mensal do grupo familiar.

Nesse passo, este magistrado entende que o valor de 30% (trinta por cento) da remuneração do postulante/grupo familiar é o adequado para regulamentar de forma objetiva aqueles que merecem o custeio do tratamento pelo Poder Público. A quantia de 30% da renda (como regra basilar) é usada em outros mecanismos de semelhante atribuição, como na fixação judicial de alimentos, no limite de empréstimo consignado (Lei n. 10.820/2003; Instrução Normativa INSS/PRES Nº 28, de 16 de maio de 2008; entre outros diplomas normativos estaduais e municipais) etc. Como reforço argumentativo, a CRFB/88 garante "salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim" (art. 7º, IV), de modo que, considerando a relevância da despesa e o natural *trade-off* nas decisões tomadas em um ambiente de escassez, mostra-se razoável a despesa doméstica neste percentual. Ademais, apesar de a parte autora imputar o dever de custeio ao Estado, é certo que a lei civil elenca a família como núcleo inicial de apoio mútuo, autorizando, inclusive, a prestação mútua de alimentos (CC/2002, art. 1.694 e seguintes).

Endereço: Rua Santa Rita, 100, Centro - CEP 89495-900, Fone: (49) 3254-8288, Garopaba-SC - E-mail: gju@juar.unica.br



**ESTADO DE SANTA CATARINA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
**Comarca de Garopaba**  
**Vara Única**

Assentadas essas premissas, passa-se à análise do caso concreto.

**a) Requisitos inestafeltoa - medicamentos que podem ser substituídos - eficácia das alternativas terapêuticas**

Compulsados os autos, a perícia médica des fls. 108-113 concluiu pela possibilidade de substituição por outro(s), de igual eficácia, disponibilizados pelo SUS. Mais especificamente, das conclusões periciais extrai-se que "há medicamentos analgésicos (*ibuprofeno e codeína*) que podem ser utilizados para a doença que atinge a periclista".

Destarte, não há evidência da imprescindibilidade do(s) medicamento(s) pleiteado(s), frente à existência de alternativas terapêuticas fornecidas administrativamente, o que conduz à improcedência do pedido.

Desse modo, não prospera o pedido deduzido na inicial.

**b) Tutela de urgência**

Por fim, tendo em vista que os requisitos autorizadores não se mantiveram, é de ser revogada a tutela de urgência concedida à(s) fl(s). 28-30.

**III – DISPOSITIVO**

Ante o exposto, revogo a tutela de urgência e julgo improcedente(s) o(s) pedido(s) inicial(is), o que faço com fundamento no art. 487, I, do CPC/2015.

Sem custas. Sem honorários (art. 18 da Lei 7.347/1985).

Sentença sujeita a reexame necessário (art. 19 da Lei 4.717/1965, aplicado por analogia).

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Interposta possível apelação, Intime-se o apelado para, querendo, apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias (CPC/2015, art. 1.010, §1º), observando-se o prazo em dobro para Advocacia Pública (CPC/2015, art. 183), Defensoria Pública (CPC/2015, art. 186) e Ministério Público (CPC/2015, art. 180). Se o apelado interpuser apelação adesiva, Intime-se o apelante-recorrido para, querendo, no prazo de 15 (quinze) dias ou no prazo dobrado se for o caso, apresentar contrarrazões (CPC/2015, art. 1.010, §2º). Após estas formalidades, decorridos os prazos, remetam-se os autos ao Tribunal de Justiça, independentemente de juízo de admissibilidade (CPC/2015, art. 1.010, §3º).

Endereço: Rua Santa Rita, 100, Centro - CEP 88495-000, Fone: (48) 3234-8288, Garopaba-SC - E-mail: [garopaba.unica@tjsc.jus.br](mailto:garopaba.unica@tjsc.jus.br)

In. 141



**ESTADO DE SANTA CATARINA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
**Comarca de Garopaba**  
**Vara Única**

Transitada em julgado, e nada sendo requerido, certifique-se e arquivem-se com as providências e cautelas de praxe.  
Garopaba (SC), 06 de junho de 2018.

**Antonio Marcos Decker**  
Juiz Substituto

**ANEXO B - CASO 2 - DIREITO SOCIAL À SAÚDE. ASSISTÊNCIA  
FARMACÊUTICA INTEGRAL. PROCEDÊNCIA**



**ESTADO DE SANTA CATARINA  
PODER JUDICIÁRIO  
Comarca - Garopaba  
Vara Única**

**Autos nº 0002374-47.2011.8.24.0167**

**Ação: Ação Civil Pública/PROC**

**Autor e Interessado: Ministério Público de Santa Catarina e outro**

**Réu: Estado de Santa Catarina e outro**

**Vistos para sentença**

Ministério Público de Santa Catarina propõe demanda em face do Estado de Santa Catarina e do Município de Garopaba, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, objetivando o custeio público de medicamento para a enfermidade que acomete Madalena Teixeira Borges.

O Juízo recebeu a petição inicial e deferiu o provimento antecipatório (fls. 32/35).

Regularmente citada, a municipalidade, em sede de contestação, arguiu a preliminar de chamamento ao processo da União e, no mérito, rechaçou as alegações expostas no pórtico inaugural.

Por sua vez, o Estado apresentou agravo retido (fls. 52/61) em face da decisão que antecipou os efeitos da tutela, bem como opôs resposta na modalidade de contestação, momento em que alegou, preliminarmente, o chamamento da União ao processo e a ilegitimidade ativa do Ministério Público e, no mérito, refutou os argumentos expostos na petição inicial.

Alto contrário, sobreveio decisão interlocutória que rejeitou a preliminar de chamamento ao feito da União e a preliminar de ilegitimidade do Ministério Público, assim como deferiu o pedido de contra-cautela do Estado, para que fosse feita a reavaliação periódica do paciente.

Após o regular trâmite e a produção da prova pericial, vieram os autos conclusos.

**FUNDAMENTO E DECIDO.**

Inicialmente, verifica-se que o feito comporta julgamento antecipado, forte no art. 330, I, do CPC, tendo em vista que, não se faz necessária a



ESTADO DE SANTA CATARINA  
 PODER JUDICIÁRIO  
 Comarca - Garopaba  
 Vara Única

produção de outras provas além daquelas já constantes dos autos.

Quanto à preliminar de chamamento da União ao processo, bem como quanto à preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público, ressalto que é desnecessária maiores digressões sobre o tema, porquanto o assunto foi objeto de decisão interlocutória irrecorrida que afetou as mencionadas prefeiciais.

Sendo assim, passa-se para o conhecimento do mérito.

Pois bem, no rol dos Direitos Sociais, previsto no artigo 6º da Constituição Federal, está incluído o direito à saúde. O artigo 196 da Carta Magna ratifica essa proteção e estabelece que "a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

No mesmo sentido é o teor do art. 2º da Lei n. 8.080/1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, *in verbis*:

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

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

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

Não obstante tais considerações demonstrarem o dever do Estado na busca pela integridade fisiológica do ser humano, o fornecimento público de medicamento ou de tratamento médico pela via judicial adga também a convergência dos requisitos constantes em: ausência de recursos financeiros suficientes para o custeio, considerando o valor necessário; recomendação médica específica para o caso da parte postulante; e, negativa administrativa do Sistema Único de Saúde (SUS).

Aplicando o entendimento acima exposto, verifica-se que a parte ativa carece do medicamento Venalot 15/90 mg para tratamento da enfermidade que a acomete, conforme documentação coligida aos autos (fls. 18) e laudo pericial acostado aos autos às fls. 183/184.

De outro lado, há comprovantes de que a parte acionante e sua família não têm condições de arcar com tais despesas, conforme a documentação



ESTADO DE SANTA CATARINA  
PODER JUDICIÁRIO  
Comarca - Garopaba  
Vara Única

demonstrativa de sua renda mensal colecionada ao caderno processual (fls. 22/23), considerando os custos do medicamento, da ordem de R\$ 68,74 (fl. 21). Ademais, comprovada a negativa das réus em fornecer o medicamento administrativamente, consoante documentos juntados à fls 24/25.

Quanto a alegação do Estado de Santa Catarina no sentido da impossibilidade de fornecer medicação distinta da padronizada, sabe-se que o fato de o medicamento postulado não estar padronizado nos programas oficiais não exime o ente público de fornecê-lo (AC n. 2014.001307-9, de Turvo, rel. Des. Rodrigo Cunha, j. 29-5-2014; AC n. 2013.0601-79-2, de Taló, rel. Des. Gaspar Rubick, j. 15-4-2014 e AC n. 2014.003824-6, de Mondai, rel. Des. Júlio César Knoll, j. 10-4-2014).

Isso porque a assistência terapêutica integral, dita pelo art. 8º da Lei 8.080/1990, impede a restrição do exercício do direito à saúde a listas ou padronizações, até porque pertence, isoladamente, da quem tem o dever constitucional de garantir o fornecimento dos medicamentos.

Em caso semelhante, já se decidiu:

**APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. NECESSIDADE COMPROVADA. DIREITO À SAÚDE E VIDA. DEVER DO ESTADO. EXEGESE DOS ARTS. 196 DA CF E 153 DA CE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA E NÃO PADRONIZAÇÃO DO REMÉDIO PELO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E ESTADO DE SANTA CATARINA. IRRELEVÂNCIA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.**

"Sendo a saúde e a vida um bem maior, deve o Poder Público, comprovada a necessidade do enfermo, fornecer o medicamento independente de previsão orçamentária, bem como de estar o remédio relacionado na lista daqueles padronizados pelo Ministério da Saúde ou pelo Estado de Santa Catarina. (TJSC, Ap. Cív. n. 2008.069970-7, de Capital, rel. Des. Ricardo Roester, j. 18.5.2009).

E ainda:

**MEDICAMENTOS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA ORIENTANDO O FORNECIMENTO DE FÁRMACOS NÃO PADRONIZADOS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. PRECÍCIA ATESTANDO A EFICÁCIA DA ALTERNATIVA TERAPÊUTICA REQUERIDA PELA PACIENTE. ELEMENTOS DE CONVICÇÃO SUFICIENTES A DEMONSTRAR A IMPRESCINDIBILIDADE DOS INSUMOS FLETIDOS. PREPONDERÂNCIA DO DIREITO À VIDA E À SAÚDE. APELO E REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDOS E DESPROVIDOS. (TJSC, Apelação Cível n. 2013.044799-8, de Porto Belo, rel. Des. Ronei Danielli, j. 14-02-2016).**

Ora, não pode o Estado impor alternativas terapêuticas, pois tal iniciativa compete exclusivamente ao médico que acompanha o tratamento.

Endereço: Rua Santa Rita, 328, Centro - CEP 89465-000, Fone: (48) 3264-6380, Garopaba-SC - E-mail: garopaba.unica@pc.ju.br





ESTADO DE SANTA CATARINA  
 PODER JUDICIÁRIO  
 Comarca - Garopaba  
 Vara Única

Todavia, nesses casos, a necessidade do paciente deve ser investigada:

Tratando-se de pedido que não consta dos procedimentos padronizados, a análise deve se dar caso a caso, com profunda perquirição acerca dos fatos, da motivação, da oferta de tratamentos alternativos e de sua (in)eficácia - a necessidade, no sentido amplo do termo, deve estar comprovada (AJ n. 2011.081084-3, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Subst. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, J. 29-11-2011).

No caso em questão, ficou demonstrado que a autora necessita do medicamento postulado para o controle da enfermidade, por meio dos documentos acostados a inicial e conforme laudo pericial. Destaca-se, ainda, que o experto, à fl. 163, informa não haver medicamento da lista de fármacos fornecidos gratuitamente pelo SUS que tenham a mesma eficácia que o medicamento pleiteado nos autos deste processo, esclarecendo ainda que não há outro medicamento de melhor custo/efetividade em comparação com o pretendido para o tratamento da enfermidade apresentada.

É cediço que a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal possibilita ao Judiciário determinar a concessão de medicamento não previsto na lista padronizada da rede pública quando for comprovado que "não haja nela opção de tratamento eficaz para a enfermidade" (RE n. 831.385).

Curioso destacar que a medicação foi prescrita por profissional atrelada à Secretaria Municipal de Saúde do Município de Garopaba (fl. 19), consequentemente, ao SUS. Se o próprio médico deixou de receitar fármaco padronizado, é porque este não é capaz de atender às necessidades da paciente.

Portanto, constatada na perícia que os medicamentos fornecidos gratuitamente não são tão eficazes, faz-se necessário o tratamento pelos fármacos solicitados na presente ação, os quais não são padronizados pelo Sistema Único de Saúde - SUS.

Logo, concluo que o pedido autoral merece ser acolhido, para assegurar o medicamento postulado, de modo a satisfazer o seu direito constitucional à saúde, em face do entendimento fixado pela jurisprudência acerca da abrangência e eficácia dos arts. 5º, caput, 6º, 23, II, 196 e 198, II, da CRFB.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido disposto na exordial, a que faço com fulcro no art. 269, inciso I do Código de Processo Civil, a fim de determinar que para determinar que os réus forneçam à Madalena Teixeira Borges o medicamento indicado para doença que a acomete (Varzeas de Mele), em quantidade

Endereço: Rua Santa Rita, 103, Centro - CEP 89466-000, Fone: (48) 3264-0300, Garopaba-SC - E-mail: garopaba.unica@tjsc.jus.br





ESTADO DE SANTA CATARINA  
 PODER JUDICIÁRIO  
 Comarca - Garopaba  
 Vara Única

adequada (Veniot 15/90mg), enquanto perdurar sua enfermidade, mediante apresentação de receita médica atualizada a cada 3 (três) meses.

Esta decisão confirma a tutela deferida anteriormente deferida sob técnica de urgência.

Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, em face da fundamentação anteriormente exposta.

O Estado de Santa Catarina e os Municípios catarinenses são isentos das custas processuais por força do art. 33 da Lei Complementar Estadual 156/1997.

Expeça-se alvará em favor do perito, no valor de R\$ 200,00 (duzentos reais), conforme fixado à fl. 101.

Em seguida, haja vista a decisão de fls. 158/159, expeça-se alvarás em favor dos réus, dos valores sequestrados, devendo ser restituído para cada réu o equivalente a R\$ 113,49, acrescido dos juros do período em que os valores permaneceram depositados no Sidejud, a fim de zelar a conta judicial.

Sentença sujeita ao recurso necessário.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Após o trânsito em julgado, arquivem-se.

Garopaba (SC), 24 de fevereiro de 2016.

**Elaine Cristina de Souza Freitas**  
 Juíza de Direito