

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS V

GUSTAVO RABAY GUERRA

DAVID AUGUSTO FERNANDES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos e garantias fundamentais V [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: David Augusto Fernandes, Gustavo Rabay Guerra – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-355-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Garantias Fundamentais. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS V

Apresentação

Com o término da Segunda Guerra Mundial a sociedade internacional passou a ver o ser humano de forma diferente, favorecendo a maturação de vários direitos, que anteriormente existiam, mas não possuíam efetividade. Entre estes direitos estão aqueles que compõem o núcleo rígido e irredutível de direitos e garantias fundamentais, que a cada dia se sedimentam no ambiente social com maior vigor. Muitos desses, por vezes, ainda em fase de enunciação teórica, jurisprudencial e, até mesmo, de sua legalidade constitutiva.

Neste XXV Congresso do CONPEDI Curitiba, no Grupo de Trabalho de Direitos e Garantias Fundamentais V, o tema em comento irradiou a ilação de vários operadores do Direito, que neste evento participaram, tendo eles disponibilizado destacado tempo de pesquisa para produzi-los, buscando trazer a luz suas visões e reflexões alusivas aos Direitos e Garantias Fundamentais, objetivando uma maior divulgação do mesmo, estando neste momento a disposição de todos os interessados para sua livre apreciação e análise.

Os temas apresentados refletiram o que há de mais atual na percepção da adequada dimensão político-constitucional dos direitos fundamentais, espraiando-se por diferentes perspectivas, muitas delas opostas em seu sentido mais evidente, mas intimamente unidas quando debatidos de modo essencial as razões afirmativas e pressupostos dos direitos e garantias postos na ordem jurídica nacional e internacional. Especial atenção se teve com a imensa diversidade de campos de formação e atuação dos participantes, com destaque para aqueles oriundos da academia, da advocacia, do Ministério Público, dos órgãos jurisdicionais e até da alta judicatura nacional (STJ).

Seja por meio de discussões em torno da teoria geral dos direitos e garantias fundamentais, da função da jurisdição constitucional, inclusive do ativismo crescente, os trabalhos apresentados perpassaram novos e antigos dilemas práticos e teóricos, tais como aqueles que envolvem valores centrais do Estado democrático – dignidade humana, saúde, propriedade, intimidade, honra, privacidade, liberdade de consciência religiosa, meio ambiente equilibrado, direito à origem genética, igualdade, solidariedade – e discussões incrivelmente recentes, como a questão do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado, a questão do direito ao esquecimento, a natalidade e encarceramento feminino no Brasil, o acesso dos refugiados aos esportes, e, finalmente, a corrupção e a restrição dos direitos fundamentais.

A transversalidade dos temas assegurou um rico debate e a possibilidade de se olhar de forma múltipla, dinâmica e, ao mesmo tempo, consubstanciada, para diversos matizes sociais, econômicos, culturais e, claro, jurídico-dogmáticos relacionados aos Direitos e Garantias Fundamentais. Em síntese, estudos edificantes e muitas questões levantadas para construções e interlocuções. Que se sigam outros tão bons quanto o vertente!

David Augusto Fernandes - Pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra/Portugal, Doutor e Mestre em Direito. Professor Adjunto do Instituto de Ciências da Sociedade da Universidade Federal Fluminense/Macaé. Líder do grupo de pesquisa denominado “Direito Penal Internacional: seus crimes, sua incidência na sociedade brasileira e os Direitos Humanos”, da UFF/Macaé. Delegado de Polícia Federal. Email: davidaf@id.uff.br.

Gustavo Rabay Guerra - Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor Adjunto da Universidade Federal da Paraíba. Professor da Faculdade Internacional da Paraíba (FPB). Líder dos grupos de pesquisa do Laboratório Internacional de Investigação sobre Transjuridicidade, Justiça e Política, ambos da UFPB. Sócio do Rabay, Bastos e Palitot Advogados. Email: grabay@rbpadvogados.com.br.

SAÚDE: A COMPETÊNCIA DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE E A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PLEITEAR DIREITO FUNDAMENTAL SUBJETIVO INDISPONÍVEL.

HEALTH: THE CHILDREN AND JUVENILE COURT'S JURISDICTION AND THE PUBLIC PROSECUTION SERVICE'S LEGITIMACY TO PLEAD INALIENABLE, SUBJECTIVE AND FUNDAMENTAL RIGHT.

**Meire Aparecida Furbino Marques
Fernanda de Oliveira Silveira**

Resumo

A saúde, direito constitucionalmente assegurado, tem sido a causa de pedir em grande número de processos judiciais. A questão envolve aspectos técnicos que requerem atenção da administração judiciária. Abordam-se, doutrinária e jurisprudencialmente, aspectos atuais relacionados à judicialização da saúde e questiona-se a competência para apreciar e julgar causas nas quais são formulados pedidos em prol do acesso de crianças e adolescentes à saúde, com destaque para a aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente. Verifica-se, também, a possibilidade de atuação do Ministério Público para requerer medicamentos /tratamentos, considerando-se a saúde como direito subjetivo fundamental indisponível do indivíduo.

Palavras-chave: Saúde, Direito subjetivo fundamental indisponível, Eca, Competência, Ministério público, Legitimação processual

Abstract/Resumen/Résumé

Health, being a constitutionally assured right, has been the cause of action in a large number of legal proceedings. The matter involves technical aspects that require the judicial administration's attention. It is discussed, by doctrine and jurisprudence, current aspects related to health's judicialization and it is questioned the jurisdiction to judge law suits regarding the children and adolescents' access to health, highlighting the application of the Brazilian Statute of the Child and Adolescent. It was also verified the possibility of the Public Prosecution Service's acting to require medicines/treatments, since health is an inalienable, subjective and fundamental right of the individual.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Health, Inalienable, subjective and fundamental right, Eca (brazilian statute of the child and adolescent), Jurisdiction, Public prosecution service, Legalization process

1 Considerações iniciais

É grande a preocupação da sociedade para resolver os problemas referentes ao acesso à saúde. Percebe-se essa inquietação nos indivíduos que necessitam de tratamentos ou medicamentos para tratar as doenças que lhes acometem; nos profissionais da saúde, os quais, muitas vezes, não tem como atender ao grande número de pacientes que precisam de atendimento e, por último, mas com a mesma intensidade, nos operadores do direito que tentam aliviar a dor alheia pleiteando o imprescindível atendimento por meio de ações que são ajuizadas constantemente, impondo ao julgador a difícil tarefa de determinar (ou não) o fornecimento do tratamento/medicamento sem ter o aporte técnico suficiente para avaliar a alegada necessidade do requerente.

A Constituição Federal prevê, em seu art. 196, que a saúde é direito de todos e dever do Estado, o qual deve desenvolver políticas sociais e econômicas que visem reduzir o risco de doença e de outros agravos. Assegura o “acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 2016). Portanto, trata-se de questão de máxima relevância que requer envolvimento do Poder Público para regulamentar, fiscalizar, controlar e executar as políticas de saúde. Para tanto, constituiu-se um “Sistema Único”, composto por ações e serviços públicos em rede regionalizada e hierarquizada, tendo como diretrizes a descentralização, a integralidade e a participação popular, cujo financiamento cabe, solidariamente, à União, Estados, Distrito Federal e Municípios (CF, art. 196 e seguintes).

Nesse sentido, ressalta Clênio Jair Schulze que

A integralidade, a universalidade e os demais princípios que orientam o núcleo essencial do direito fundamental à saúde exigem maior respeito por parte do Estado, sob pena de tornar letra morta os direitos e as garantias asseguradas no texto da Constituição, sendo indispensável que as políticas de saúde já previstas no Sistema Único sejam efetiva, adequada e tempestivamente prestadas pelo Estado brasileiro. (SCHULZE, 2016, sp).

Ainda nesse contexto, a “Carta de Vitória”, elaborada em agosto de 2016, no 4º Congresso Brasileiro Médico e Jurídico, propôs alguns tópicos relacionados ao tema, com o intuito de auxiliar na construção de um sistema de saúde mais justo, funcional e adequado, tendo em vista o atual panorama da saúde no país. Quanto à judicialização da saúde, extrai-se do referido documento que

O acesso à Justiça é cláusula pétrea, cabendo ao Judiciário o controle equilibrado e sem excessos da atuação dos entes públicos e das operadoras de planos de saúde. Deve-se fomentar, assim: (a) a racionalização da judicialização da saúde; (b) a adoção dos meios alternativos de resolução de litígios, como a mediação e a conciliação; (c) a atuação cooperativa dos atores e das instituições do sistema de

Justiça e do sistema de Saúde. (SCHULZE, 2016, sp).

Entre as cláusulas pétreas estão elencados os direitos fundamentais e a saúde, considerada também como direito social. A matéria envolve um grande número de controvérsias que têm atraído a atenção dos operadores do direito no sentido de estabelecer padrões de comportamentos, seja na via administrativa, seja na judicial.

Neste estudo, abordar-se-á a fundamentalidade do direito à saúde, buscando-se elementos que indiquem qual o juízo competente para analisar os pedidos relativos aos menores. Em outro norte, visita-se os direitos fundamentais para indagar se a vida é direito subjetivo indisponível e, se assim for considerada, questiona-se a legitimação do Ministério Público para pleitear em juízo medicamento ou tratamento para terceiro, em substituição processual.

Formulados esses questionamentos e buscando respostas plausíveis e aceitáveis, passar-se-á pelos aspectos atuais que envolvem o tema, com base nas orientações da doutrina nacional e estrangeira e nas recentes decisões dos tribunais pátrios.

Tem-se como objetivo esclarecer se o Estatuto da Criança e do Adolescente atrai a competência das causas para as Varas Especializadas da Infância e da Juventude e, ainda, demonstrar que o acesso à saúde, como direito subjetivo fundamental indisponível, pode ser pleiteado pelo órgão ministerial.

O grande número de processos que aportam no Judiciário na chamada 'judicialização da saúde' justifica a necessidade desses balizamentos para que as ações sejam direcionadas corretamente para a autoridade competente. Além disso, a verificação da legitimidade para pleitear em juízo auxilia na efetividade do processo, na medida em que evita o indeferimento de petições iniciais formuladas por quem detém legitimidade para pleitear em juízo em nome alheio.

Com essas considerações, inicia-se o estudo traçando-se, sucintamente, aspectos relevantes que envolvem o direito de acesso à saúde.

2 Aspectos relevantes do direito ao acesso à saúde

A saúde é de direito fundamental para concretização de vida digna, porquanto a saúde estável é condição imprescindível para o bom exercício das atividades cotidianas do ser humano. Nesse sentido, expõe Ingo Wolfgang Sarlet:

O direito à vida (e, no que se verifica a conexão, também o direito à saúde) assume, no âmbito desta perspectiva, a condição de verdadeiro direito a ter direitos,

constituindo, além disso, pré-condição da própria dignidade da pessoa humana. Para além da vinculação com o direito à vida, o direito à saúde (aqui considerado num sentido amplo) encontra-se umbilicalmente atrelado à proteção da integridade física (corporal e psíquica) do ser humano, igualmente posições jurídicas de fundamentalidade indiscutível. (SARLET, 2014, p. 592).

Sem abordar a questão geracional dos direitos, didaticamente relevante, a realidade impõe a efetivação da fundamentalidade do direito, referida por Sarlet, ao assegurar que os indivíduos tenham acesso a políticas eficientes de promoção à saúde. A Constituição prevê a universalidade do direito (“a saúde é direito de todos”) e a imposição de deveres e tarefas ao Estado, que garantam a efetividade das ações que busquem a redução de doenças e outros males e o acesso igualitário a políticas pertinentes à questão (“a saúde é dever do Estado”).

Aprofundando sobre o tema, Luís Roberto Barroso discorre sobre os direitos fundamentais, mencionando a importância da igualdade de tratamento no acesso aos direitos fundamentais e o dever dos três Poderes “de realizar os direitos fundamentais, na maior extensão possível, tendo como limite mínimo o núcleo essencial desses direitos.” (BARROSO, 2008, p. 10).

O princípio da igualdade, conforme preceitua Ronald Dworkin (2005), está diretamente ligado ao conceito de democracia, na medida em que pressupõe o tratamento dos cidadãos com igual respeito e consideração. Somente quando se garante a igualdade é que a democracia se realiza e, buscando-se implementar a democracia é que se deve desenvolver a distribuição de recursos de forma igualitária, respeitadas as diferenças observadas. Isso significa que a igualdade de recursos (que é diferente da igualdade de oportunidades, frise-se) visa garantir condições igualitárias de acesso a determinados bens econômicos e sociais, incluído, nesse rol, o direito ao acesso à saúde.

Essa igualdade constitucional deve ser devidamente interpretada, de forma a preservar o equilíbrio entre a igualdade de fato e de direito, mas observando-se a imposição ao Estado de promover políticas públicas que visem materializar a pretendida igualdade entre os cidadãos, inclusive no item saúde. A propósito, leciona Schulze:

A integralidade, a universalidade e os demais princípios que orientam o núcleo essencial do direito fundamental à saúde exigem maior respeito por parte do Estado, sob pena de tornar letra morta os direitos e as garantias asseguradas no texto da Constituição, sendo indispensável que as políticas de saúde já previstas no Sistema Único sejam efetiva, adequada e tempestivamente prestadas pelo Estado brasileiro. (SCHULZE, 2016, sp).

Destarte, a efetivação tanto das políticas públicas de saúde, quanto do acesso aos mecanismos que contribuem para a promoção e preservação de uma vida saudável, devem ser premissas básicas do Estado Democrático de Direito. Cumpre destacar que os Tribunais

Superiores reconhecem a saúde como direito fundamental subjetivo, sendo passível de ser requerido em juízo os remédios/tratamentos indicados pelo médico, quando não obtidos na via administrativa.

Todavia, devem existir regras quanto à dispensação dos fármacos/indicações médicas, visando atender equitativamente à população, sem privilegiar alguns em detrimento de outros, sob o risco de a denominada “integralidade” contribuir para a exclusão de outro paciente que, por vezes, não tem condições para adquirir nem mesmo aqueles produtos considerados de baixo preço.

Cabe, portanto, ao Estado brasileiro instituir as políticas adequadas de prestação de saúde à população, de forma igualitária, em regime de competência solidária entre os entes federados, analisadas as responsabilidades atribuídas a cada ente, buscando-se evitar que alguns entes sejam sacrificados em demasia em detrimento de outro cuja capacidade econômica seja maior.

Explica-se. O art. 23, inc. II da Constituição Federal estabelece como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios o cuidado com a saúde, premissa da qual se extrai a solidariedade. Todavia, deve-se entender essa solidariedade em termos de implementação das políticas públicas visando à consecução finalística que é a saúde. Assim, importante repartir a referida competência, delimitando, tanto quanto possível, a área de atuação de cada um dos entes, por meio de divisão organizativa.

Essa repartição de competência é estabelecida na Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90) a qual dispõe, dentre outros assuntos, sobre as condições para a organização, a promoção, a proteção e recuperação da saúde pública e fixa atribuições a serem exercidas pela União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios em seu âmbito administrativo (art. 15), e delimita a competência de cada gestor (arts. 16, 17 e 18).

Para estabelecer a interação entre os entes políticos, cuidou ela de prever um “contrato organizativo da ação pública da saúde”, visando garantir a integralidade da assistência aos usuários, por intermédio de desenvolvimento de ações e dos serviços de saúde, de responsabilidade dos entes federativos, de forma regionalizada (art. 34). O referido contrato define as responsabilidades individuais e solidárias distribuídas entre os entes federativos no que pertine às ações e serviços de saúde; fixa os indicadores e as metas de saúde; determina os critérios de avaliação de desempenho e os recursos financeiros que serão disponibilizados; estabelece a forma de controle e fiscalização da sua execução e demais elementos necessários à implementação integrada das ações e serviços de saúde (art. 35).

Em termos jurisprudenciais, tem-se que a questão da solidariedade já foi objeto de

análise pelo Supremo Tribunal Federal, merecendo destaque a decisão de relatoria do Ministro Luiz Fux, que reconheceu, em sede de repercussão geral, ser o tratamento médico de responsabilidade solidária dos entes federados, pontuando que “o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados.” Definiu-se, portanto, que pode figurar no polo passivo qualquer um deles, isolada ou conjuntamente. (BRASIL, 2015). Todavia, como dito, necessária a atribuição de competências para cada um dos entes, de forma a possibilitar o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis, em prol do cidadão necessitado do medicamento/tratamento.

Pontua-se que a solidariedade, bem como a integralidade, são temas que demandarão um estudo atento dos operadores do direito e todos os envolvidos da área de saúde, com o intuito de desenvolver uma prática que conjugue necessidade/ possibilidade, ou seja, para que seja atendida a necessidade dos cidadãos com melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no ente competente em que estão alocados, de acordo com a organização formulada para a política de saúde.

Nesse contexto, merecem destaques e divulgação todos os instrumentos que disseminam a ideia da importância de desenvolvimento e ampliação das políticas públicas de saúde no Brasil, a exemplo da “Carta de Vitória”, já referida. Schulze adverte que “a discussão sobre o acesso à saúde não pode ser limitada à redução de custos, mas também ao próprio arranjo federativo, ao respeito do piso constitucional em todos os níveis e ao processo de elaboração e execução das leis orçamentárias.” (SCHULZE, 2016, sp).

Em outro norte, mostra-se de salutar importância que advogados e demais operadores do Direito, antes de acionar a via judicial, procurem conhecer a estrutura do Sistema Único de Saúde e direcionar a demanda ao ente federativo responsável pela prestação do procedimento médico pleiteado, com vistas a evitar a excessiva ingerência do Judiciário. Consoante acima explanado, imputa-se a todos os entes a obrigação de implementarem políticas públicas para a efetivação do direito à saúde, e, nesse sentido, pode-se falar em responsabilidade solidária.

Assinale-se que a previsão orçamentária de cada ente federativo visa à consecução dos objetivos que lhe foram estipulados pela sistemática de saúde pública, mediante prévia análise de suas condições administrativas e de seus recursos financeiros. Assim, diante da distribuição da competência entre os entes, decisões judiciais que desprezem o conteúdo das regras de atribuições estabelecidas pelo SUS acarretam o indevido deslocamento de verba de um ente, para suprir as omissões de outros gestores, comprometendo o funcionamento do sistema e até mesmo a dispensação da atenção requerida pelo doente.

Convém apontar, ainda, que é possível a participação da iniciativa privada na assistência à saúde (CF, art. 199). Todavia, neste estudo, prioriza-se a atenção para a questão da saúde pública e os meios de acesso jurisdicional, quando a parte não obtém o recurso necessário pela via normal. Assim, embora se reconheça a importância de vários outros aspectos relacionados ao tema, direciona-se a atenção para questões técnicas referentes à distribuição de competência interna no Judiciário para o trâmite e julgamento de feitos que envolvam pedidos a favor da criança ou do adolescente e à legitimidade do Ministério Público para ajuizar ações desse jaez.

3 Da competência do Juizado da Infância e Juventude

A Constituição Federal, denominada “constituição cidadã”, elencou garantias aos cidadãos, tanto em seu art. 5º, como em outros dispositivos esparsos no texto, assegurando o acesso do indivíduo a condições mínimas necessárias para instituir o “igual respeito e consideração” entre as pessoas, priorizando, inclusive, aqueles de alguma forma considerados como vulneráveis. Assim, em seu art. 227, estabelece o dever da família, da sociedade e do Estado de:

(...) assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Seguindo essa premissa de prioridade absoluta, o Estatuto da Criança e do Adolescente perfilha a ideia de proteção integral na medida em que reconhece direitos especiais e específicos à criança e ao adolescente e atribui à família, à comunidade, à sociedade em geral e ao poder público assegurar, dentre outros, a efetivação dos direitos à saúde.

O ECA, em seu art. 4º, estabelece que a família, a sociedade e o poder público devem “assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.” (BRASIL, 2016).

Quanto à doutrina da proteção integral Válder Kenji Ishida (2013, p. 2) salienta que, juntamente com o princípio do melhor interesse, compõem as “duas regras basilares do direito e da infância e da juventude que devem permear todo tipo de interpretação dos casos envolvendo crianças e adolescentes” porque são formas de admitir a *prioridade absoluta* que envolve os direitos da criança e do adolescente.

Em relação à efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, em consonância com a regra da prioridade absoluta atualizada pelo texto constitucional, Ishida explica:

A Emenda Constitucional nº 64, de 10 de outubro de 2010, alterando o art. 6º da CF, estipulou como direitos sociais, “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”, ratificando a proteção à criança e ao adolescente. Pode-se falar conforme acima aludido na existência da doutrina da proteção integral. Para assegurar a mesma, formularam-se princípios menoristas, destacando-se o da prioridade absoluta, o do melhor interesse e o da municipalização. (...) *Prioridade absoluta*. O princípio da prioridade absoluta possui o *status* constitucional, com a previsão no art. 227 da Carta Magna. A prioridade absoluta significa primazia, destaque em todas as esferas de interesse, incluindo a esfera judicial, extrajudicial ou administrativa. (ISHIDA, 2013, p. 13).

Importante observar que o ECA, ao adotar a doutrina da proteção integral, visa, ao fim e ao cabo, assegurar à criança e ao adolescente os direitos fundamentais que lhes são pertinentes, garantindo-lhes instrumentos efetivos de defesa e assistência. Esse o escopo inserido no art. 7º do Código Menorista: “a criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.” (BRASIL, 2016).

Assim, a proteção à vida e à saúde, direito fundamental garantidos à criança e ao adolescente, devem ser efetivados por meio de políticas públicas que proporcionem o acesso aos mecanismos de promoção da saúde.

Importa destacar que o atendimento integral à saúde deve ser disponibilizado por intermédio do Sistema Único de Saúde (SUS), de forma a garantir o acesso universal e igualitário às ações e serviços que contemplem a promoção, proteção e recuperação da saúde. Cabe ao poder público desenvolver políticas públicas suficientes para o atendimento às necessidades desse público específico, inclusive com a distribuição gratuita de medicamentos e demais recursos necessários para atender aquele que necessita de tratamento, principalmente quando se trata de crianças e adolescentes.

A questão do acesso à saúde tem sido amplamente debatida no Estado brasileiro porque se evidenciou a defasagem do atendimento integral previsto no SUS e a necessidade premente dos cidadãos que lotam os hospitais e redes de saúde à busca de lenitivo para doenças que lhes acometem. Tenta-se delimitar as competências para que o SUS atenda, de forma integral e racional, aos milhares de pedidos de medicamentos e tratamentos que todos os dias são requeridos na rede pública. A falta de atendimento a esses pedidos tem gerado uma avalanche de ações judiciais (judicialização da saúde) com pedidos de tutela de urgência

para determinar o atendimento prioritário e imediato do adoentado.

Sabe-se que são inúmeros os aspectos que envolvem a judicialização da saúde. Nesse estudo, considerando a necessidade de atendimento à criança e ao adolescente e, ainda, a existência de Estatuto que protege o menor, questiona-se qual o órgão judicial competente para apreciar e julgar as causas, principalmente nos lugares em que existem Varas Especializadas em assuntos ligados à Infância e Adolescência.

Galdino Augusto Coelho Bordallo, em obra dedicada aos direitos da criança e do adolescente, discorre sobre a vida em sociedade e a necessidade do Estado intervir para solucionar os conflitos de interesses, como forma de garantir a paz social e impedir que o particular empreenda esforços, nem sempre equânimes, com vistas a colocar fim às lides entre os indivíduos. O autor salienta que “a jurisdição é o poder-dever do Estado de dizer o direito ao caso concreto, substituindo a vontade das partes na composição da lide. É uma função inerte do Estado, pois só será exercida mediante provocação do interessado.” (BORDALLO, 2016, p. 790).

Assim, pode-se afirmar que a jurisdição é una e indivisível, exercida por órgãos do Poder Judiciário em todo o território nacional, de acordo com a competência atribuída a cada órgão. Bordallo esclarece:

A unicidade sem delimitações seria criadora de conflitos entre os órgãos jurisdicionais, pois vários poderiam entender que a eles caberia solucionar determinada questão ou, ao contrário, poderia haver a negativa de diversos órgãos jurisdicionais em julgar tal questão. De idêntico modo, haveria problemas para as partes, pois não teriam critérios para saber qual órgão jurisdicional seria o adequado para conhecer e solucionar seu conflito de interesses. (BORDALLO, 2016, p. 791).

A atribuição de competência específica ao órgão judicial é, portanto, uma forma de distribuir e delimitar o exercício da jurisdição, definindo-se, previamente, a qual órgão deve ser endereçada a demanda. A referida divisão gera segurança para as partes na medida em que determinado órgão estará melhor aparelhado para o enfrentamento de uma questão específica enquanto outro órgão ficará responsável por outra matéria.

Citam-se, como critérios de distribuição de competência, o objetivo, o funcional e o territorial, cujas características encontram-se bem delineadas no Código de Processo Civil e nas Leis de Organização Judiciária dos Tribunais de Justiça.

Nesse contexto, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) estabelece que haja um órgão jurisdicional competente para conhecer das questões atinentes à infância e à juventude, sem, no entanto, ser imprescindível a existência de órgão (ou Vara) especializada na justiça comum para cuidar de referidas questões. Bordallo ressalta que

O Estatuto da Criança e do Adolescente traz regras de competência absoluta e relativa, disciplinando a competência das Varas da Infância e Juventude no que concerne à matéria a ser conhecida e decidida (art. 148), bem como a competência razão do território (art. 147). (BORDALLO, 2016, p. 791).

No art. 148 do ECA, o legislador cuidou de arrolar a competência absoluta das varas da infância e juventude, não podendo ser atribuída a outro órgão jurisdicional, como é o caso, *verbi gratia*, da “competência para conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente” (inc. IV).

Retorna-se aos ensinamentos de Bordallo:

Na seara do direito da infância e da juventude, os direitos transindividuais são, sem nenhuma sombra de dúvida, direitos fundamentais da criança e do adolescente (saúde, educação, vida, entre outros), o que faz com que não possam deixar de ser atendidos (e bem) pelo Poder Público, pois não se enquadram nas normas constitucionais programáticas, mas nas garantidoras de direitos. Quando este deixa de respeitá-los, deve o Poder Judiciário, após corretamente provocado, determinar que as irregularidades sejam corrigidas. (BORDALLO, 2016, p. 996).

Extrai-se, portanto, que em razão da especialidade, o ECA privilegia a competência absoluta do Juízo da Infância e da Juventude para apreciar interesses de crianças e de adolescentes, o que, por óbvio, inclui os processos em que são pleiteados medicamentos ou tratamentos para promoção da saúde da criança ou do adolescente, porquanto expressamente previsto no art. 208 do Estatuto Menorista (inc. VII).

Por certo, o magistrado designado para atuar em Varas Especializadas encontra-se mais envolvido com a matéria a ser apreciada e, nesse sentido, detém maiores condições técnicas para analisar as questões que lhe são trazidas pelo jurisdicionado.

Ricardo Perlingeiro, ao tratar da tutela judicial do direito público à saúde no Brasil, ressalta ser efetiva e produtiva a especialização do magistrado responsável pela apreciação da demanda. Ressalta o autor:

Com efeito, a constante especialização dos tribunais é medida inerente à qualidade da jurisdição e, portanto, ao princípio da tutela judicial efetiva. Presume-se que os magistrados julguem mais adequadamente as questões que lhes forem submetidas reiteradamente sobre um mesmo assunto, conferindo-lhes a oportunidade de aprofundamento e, também, diminuindo a margem de erro. (PERLINGEIRO, 2011).

A mesma premissa se aplica para os casos que envolvem a saúde de crianças e adolescentes, os quais devem ser direcionadas para as Varas Especializadas da Infância e da Adolescência ou, não existindo tais Varas, para os juízos responsáveis especialmente pela matéria.

Assim, ainda que se trate de causa cujo valor seja inferior ao estabelecido para aquelas que devem tramitar perante os Juizados Especiais ou o Juizado Especial da Fazenda Pública por figurar no polo passivo pessoa de direito público, a especialidade da matéria atrai a

competência para as Varas Especializadas da Infância e Adolescência, afastando-se a competência prevista no art. 2º da Lei nº 12.153/2009 (Lei que dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios) e a limitação prevista em Resoluções referentes à citada lei.

Corroborando o entendimento defendido, convém destacar a decisão de Relatoria do Ministro Herman Benjamin, no REsp 1486219/MG, no qual se concluiu pela competência absoluta do Juízo da Vara da Infância e da Juventude para apreciar demandas referentes aos interesses individuais dos menores.

Portanto, tratando-se de pedido de fornecimento de medicamento a menor, em consonância com o princípio da proteção integral e da absoluta prioridade do melhor interesse da criança e do adolescente, a competência para apreciar a questão é da Vara da Infância e Juventude.

De outro lado, merece ênfase a questão referente à legitimidade (ou não) do Ministério Público para pleitear em juízo, em favor de outrem, direito a acesso aos meios que promovam ou garantam a saúde. Todavia, para se chegar a uma conclusão sobre a referida legitimidade, necessário abordar a relação entre os direitos fundamentais e a vida humana, que se esboçará, ainda que sucintamente, no item seguinte, com o objetivo de esclarecer o papel do *Parquet* face ao direito alheio.

4 Da relação entre direitos fundamentais e a vida humana

A Constituição Federal estabeleceu direitos e garantias fundamentais, como a inviolabilidade da vida, da liberdade da igualdade, dentre outros, caracterizando-os como “cláusulas pétreas” (art. 5º, *caput*).

A Convenção Americana de Direitos Humanos também estabelece a inviolabilidade do direito à vida e proclama, em seu Art. 4º, § 1º, que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.” (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1969).

Na APDF 54, o Ministro Marco Aurélio ressaltou que “a tendência do uso semântico do conceito de vida no Direito está relacionado com critérios voltados às ideias de dignidade.” Essa afirmação coaduna com a ideia de que para se ter uma vida digna necessário que sejam implementadas as condições que possibilitem ao indivíduo o ‘bem viver’. Assim, a promoção da saúde das pessoas e a garantia de acesso aos tratamentos ou medicamentos é dever do

Estado e contribui para a vida digna das pessoas. Por isso, imprescindível que haja diretrizes legislativas que balizem os procedimentos no que tange à questão, de forma a respeitar os direitos fundamentais das pessoas e que objetivem, com referida orientação, conferir sentido real ao “princípio da dignidade da pessoa humana e atribuir densidade concreta às proclamações constitucionais que reconhecem, como prerrogativas básicas de qualquer pessoa, o direito à vida, o direito à saúde e o direito à liberdade.” (BRASIL, 2016).

Os direitos humanos são normalmente caracterizados pela sua essencialidade, universalidade, indisponibilidade, indivisibilidade e caráter absoluto. Sobre a natureza básica ou essencial dos direitos fundamentais, explica José Adércio Leite Sampaio:

Tem-se por essa característica que a afirmação que o exercício dos direitos humanos são indispensáveis ou *conditio sine qua non* para o gozo dos demais direitos, em decorrência de seus vínculos imediatos com a dignidade da pessoa humana ou por serem eles mesmos valores de base ou fontes primeiras de conteúdos axiológicos positivados, sendo a dignidade um princípio jurídico de nível hierárquico igual ao dos demais princípios de direitos fundamentais. (SAMPAIO, 2013, p. 550).

Não se olvida que, por influência da doutrina alemã, tem-se admitido, no Brasil, certa relatividade quanto aos direitos fundamentais quando considerados como valores. Considera-se, também, que são inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis, ou seja, não são passíveis de negociação, não prescrevem e não se pode renunciar a tais direitos.

José Emílio Medauar Ommati se contrapõe a essas características e exemplifica situações em que os direitos tidos como fundamentais são negociados (ex. direito à imagem em *reality shows*) e situações em que há prazo processual para defesa desses referidos direitos. Especificamente quanto à renúncia o autor admite que não se possa renunciar a um direito fundamental, embora se possa “renunciar ao exercício de determinado direito fundamental” em momento específico e voltar a exercitá-lo no futuro. Em relação ao direito à vida, diz ele, “renunciar ao exercício desse direito já implica na renúncia completa do próprio direito.” Ele arremata que “o cidadão não é obrigado a viver, podendo decidir o momento de não mais viver, desde que com liberdade e responsabilidade.” (OMMATI, 2014, p. 47).

Sampaio, com espeque em Meyers (1998), salienta que os direitos humanos não podem ser transferidos, alienados cedidos ou anulados. Quanto à indisponibilidade, explica que

(...) é barreira tanto para as autoridades do Estado, que não estão autorizadas a negar ou a expropriar as pretensões protegidas pelos direitos humanos, quanto ao próprio quanto ao próprio titular que não pode deles abrir mão ou negociar sua titularidade. O primeiro aspecto nos faz lembrar que os direitos não são concessões do poder público (indisponibilidade passiva), o segundo revela uma dimensão transindividual ou objetiva dos direitos como valores compartilhados que não podem ficar à livre disposição de seus titulares (indisponibilidade ativa). (SAMPAIO, 2103, p. 553).

O constitucionalista (2013) salienta que não se pode falar em transferência de faculdades em abstrato ou do direito em si mesmo considerado, mas tão somente na transferência de faculdades em casos concretos, a exemplo do direito de imagem ou de disponibilização de informações pessoais. Sob essa perspectiva é que se admite a suspensão em determinados casos excepcionais (v. g. estado de sítio). Da mesma forma, segundo ele, a falta de exercício do direito não conduz à prescrição extintiva dos direitos e não se pode renunciar a eles, ainda que seja admissível abrir mão de exercê-los temporariamente.

Ingo Sarlet Wolfgang sustenta que a “dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção de direitos fundamentais de todas as dimensões”, ressaltando que nem todos os direitos são fundamentais. Segundo ele, não raro, surgem situações nas quais a dignidade (e os direitos humanos e fundamentais) de uma determinada pessoa é violada por parte de terceiros, trazendo à tona o questionamento – tanto teórico quanto prático –, se é possível restringir a dignidade de um com o intuito de proteger a de outrem. (SARLET, 2015).

Nesse aspecto, Sarlet comunga com a ideia de Winfried Brugger, quando, partindo da premissa constante da constituição alemã de que a “dignidade do homem é intocável (*die Menschewürde is Unantastbar*)”, toma por referência a experiência de que a dignidade é violável e, nessa condição, necessita de proteção e respeito, principalmente pelo poder, o qual embora possa figurar como ofensor, também é a “maior e mais efetiva instância de proteção da dignidade da pessoa humana”. Diz Sarlet:

Assim, diante da evidente violabilidade concreta da dignidade pessoal, e em que pese o mandamento jurídico-constitucional (implícito, no caso brasileiro) de sua inviolabilidade, permanece o questionamento do cunho absoluto da dignidade da pessoa e da possibilidade de se admitir eventuais limitações. (SARLET, 2015, p. 99).

O autor ressalta que a contraposição dos valores (e princípios) dignidade e vida tem sido objeto de amplo debate. Como exemplo, ele aborda a existência de um direito à vida com dignidade e a legitimidade de se optar pela eutanásia ou o suicídio assistido, o qual significaria a morte com dignidade. A prevalecer a prioridade da vida, como defendem muitos, no campo de uma hierarquização axiológica, restará relativizada a dignidade. Significa que os valores ‘vida’ e ‘dignidade’ apresenta situações concretas que impõem o questionamento de entendimentos, de forma que não se pode admitir, *ab initio*, que se tratem de valores absolutos.

Em relação à priorização do direito à vida como valor (bem jurídico) mais relevante, Sarlet invoca as lições de Michael Kloefper, no sentido de que

(...) a dignidade é reconhecida e objeto de proteção onde há a vida humana e esta, por sua vez, tem sido considerado a base vital da própria dignidade, argumentando que o direito à vida não pode ser mais limitável que um direito fundamental que tenha a vida (e todos, inclusive a dignidade e os direitos a ela inerentes, a têm) como pressuposto. Tal concepção, que mesmo na Alemanha – onde esbarra no entendimento contrário da maioria doutrinária e jurisprudencial – não se encontra imune a controvérsias, também entre nós merece ser objeto de questionamento, inclusive – embora não exclusivamente – considerando a posição e função expressamente outorgada pelo Constituinte de 1988 à dignidade da pessoa como princípio fundamental (e fundamento) de nosso Estado democrático de Direito. Afirmando a primazia do direito à vida. (KLOEFPER apud SARLET, 2015, p. 105).

Considerando a inequívoca relação “íntima e aparentemente indissociável” existente entre a vida e a dignidade da pessoa, Sarlet questiona a possibilidade de se estabelecer, abstrata e previamente, hierarquia axiológica entre os referidos valores, ressaltando que Kloepfer sustenta “além da vinculação umbilical entre vida e dignidade, pois ambas formam uma unidade indissolúvel, a impossibilidade de se afirmar uma prioridade *a priori* da dignidade” (SARLET, 2015, p. 106).

O autor destaca que não se pode firmar posições absolutas, principalmente diante da dinâmica da vida e evolução do conhecimento que levam ao desenvolvimento do Direito e a sua constante reconstrução em razão da alteração de realidades. Ele afirma que a “dignidade não perde em significação para o Direito”, ela precisa de reafirmação e legitimação para que possa prevalecer nas situações de conflito com outros valores também constitucionalmente assegurados. Destaca, ainda:

Assim, o “absoluto” (se é que é possível usar adequadamente no contexto o termo) e o “relativo” de algum modo se articulam e retroalimentam produtivamente e mesmo garantem que a própria dignidade humana não se converta em princípio de caráter meramente formal, que, a despeito de poder então aspirar ao absoluto, acabaria por se revelar incapaz de fazer frente a diversidade das situações da vida que o Direito (e a dignidade na condição de norma jurídica) devem regular, proteger e promover. (SARLET, 2015, p. 121).

Daniel Sarmento, a seu turno, aponta a polêmica existente quanto à possibilidade do princípio da dignidade da pessoa humana ser utilizado para “*negar fundamentalidade* a direitos inseridos no catálogo constitucional de direitos e garantias fundamentais, mas que não tenham relação direta consigo”. O autor ressalta que Ingo Sarlet rejeita peremptoriamente tal possibilidade por entender que “(...) sua admissão exporia a grave risco os direitos fundamentais, em razão da diversidade de filosofias constitucionais existentes, o que acabaria tornando o reconhecimento da fundamentalidade dependente da ideologia do juiz”, ou seja, um magistrado de ideologia libertária poderia interpretar excluindo a fundamentalidade dos direitos sociais, enquanto um juiz marxista poderia excluir as liberdades civis tradicionais. Assim, segundo o Sarmento, Sarlet defende que “seria preferível tratar a todos os direitos inseridos no catálogo constitucional como fundamentais, independentemente de qualquer

juízo acerca do seu conteúdo.” (SARMENTO, 2016, p. 85).

Para Sarmento (2016), no entanto, a força definitiva do dispositivo não depende de sua localização no corpo da Constituição e, quanto à diversidade de ideologias adotadas pelos magistrados e a abertura da cláusula, mostra-se possível “extrair um conceito de dignidade humana vinculante para o Judiciário, que impeça tanto o suposto magistrado libertário como o seu colega marxista de reescreverem a constituição ao seu gosto.” Conclui o autor que a topologia constitucional é relevante quando se pretende caracterizar a “fundamentalidade do direito, pois dela decorre a distribuição do ônus argumentativo sobre a questão.” Assim, assevera o autor, que

Se o direito estiver inserido no catálogo, deve-se presumir que se trata de direito fundamental, e o ônus argumentativo caberá àquele que sustentar o contrário. Já se ele estiver fora do catálogo, deve-se presumir que não é fundamental, competindo a quem sustenta a sua fundamentalidade o ônus de demonstrar que se trata de concretização importante do princípio da dignidade da pessoa humana. (SARMENTO, 2016, p. 86).

Nesse sentido, a função legitimante dos direitos é indiscutível, como afirma Sampaio, de forma a atrair “a primazia do princípio hermenêutico ‘na dúvida, a favor dos direitos fundamentais’ e da prevalência da norma de direitos fundamentais mais favorável.” Assim, as questões não se isolam no sistema constitucional e, diante de justificações plausíveis, podem ceder em face de situações de conflito, naquilo que se denomina “juízos de adequação, concordância prática, ponderação” ou no critério norte-americano de “suspeição das leis ou medidas restritivas.” Destarte, segundo o constitucionalista, o que se verifica é “uma *presunção relativa* de primazia que impõe jusfundamentação mais rigorosa um *strict scrutiny*, para deixar-se de aplicar em sua inteireza um direito, havendo de prevalecer, em caso de dúvida sobre a necessidade de restrição.” (SAMPAIO, 2013, p. 550-551).

Frise-se que o direito à vida é garantia inviolável com assento no *caput* do art. 5º da CF/88, tratando-se de cláusula pétreia que apresenta, na qualidade de direito fundamental, conteúdo (núcleo essencial). A saúde, como condição que permite a vida, é direito subjetivo e fundamental que pode ser exigido em juízo, não se tratando de enunciado de cunho programático.

Importa destacar que na seara da saúde, como direito fundamental e social que é, verificam-se as controvérsias mais agudas quanto à exigibilidade dos direitos sociais e sua dimensão objetiva e subjetiva, da qual decorrem inúmeros efeitos jurídicos, principalmente considerando-se a natureza do direito e a imprescindibilidade para a manutenção da vida.

Disso se extrai que, excluídas situações excepcionais em que se permite a

relativização da regra e a disponibilidade do direito com a devida e imprescindível argumentação da parte¹, a vida é o bem maior a ser preservado. Configura direito fundamental indisponível que deve ser garantido a fim de que o ser humano tenha uma vida digna.

Nesse contexto, por óbvio, cabe à parte interessada e juridicamente capaz a postulação em juízo, em nome próprio, representada legalmente, seja por advogado particular, dativo, pelos núcleos de atendimento jurídico aos necessitados ou pelas Defensorias Públicas, a quem compete exercer orientação jurídica, promoção dos direitos humanos e defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, em todos os graus, de forma integral e gratuita (CPC, art. 185).

Todavia, tratando-se de direito fundamental, o acesso à via judicial deve ser facilitado, cabendo, então, falar-se em legitimidade do Ministério Público.

5 Da legitimidade do Ministério Público para propor ações referentes à saúde

Como foi afirmado no item anterior, cabe ao particular, titular de direito público subjetivo, exigir ou não a prestação da atividade estatal, no caso a assistência à saúde. Sobre essa titularidade esclarece Sarlet:

(...) Titular de direito, notadamente na perspectiva da dimensão subjetiva dos direitos e garantias fundamentais, é quem figura como sujeito ativo da relação jurídico-subjetiva, ao passo que destinatário é a pessoa (física, jurídica ou mesmo ente despersonalizado) em face da qual o titular pode exigir o respeito, proteção ou promoção do seu direito. (SARLET, 2012, p. 209).

A Constituição Federal confere ao Ministério Público a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, por meio de ação civil pública, incumbindo-lhe, ainda, “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (CF, art. 127 e 128). (BRASIL, 2106).

Acompanhando o escopo constitucional, o Código de Processo Civil estabelece que o Ministério Público atuará na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos **interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis**, e exercerá o direito de ação em conformidade com suas atribuições constitucionais (CPC, art. 176 e 177). (BRASIL, 2016).

Daniel Amorim Assumpção Neves assim comenta os dispositivos processuais:

Sem correspondência no CPC/1973, o art. 176 do Novo CPC prevê que o Ministério Público atuará na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e

¹ Exemplo de relativização pode ser a questão de cunho religioso, como se dá com os “Testemunhas de Jeová” que não aceitam a transfusão de sangue, ainda que seja a única forma de preservação da vida. Todavia, o limitado espaço e os objetivos específicos deste artigo não permite discorrer sobre o tema com profundidade.

direitos sociais e individuais indisponíveis. O art. 177 do Novo CPC aprimora o art. 81 do CPC/1973 ao prever que o Ministério Público exercerá o direito de ação em conformidade com suas atribuições constitucionais. (NEVES, 2015, p. 218).

A par disso, o questionamento da legitimidade do Ministério Público quando comparece em juízo para pleitear instrumentos que visem à promoção/manutenção da saúde, passa pela análise dos contornos da indisponibilidade do bem jurídico individualmente pretendido, no caso, instrumentos que viabilizem ‘vida digna’ e o acesso aos meios que salvaguardam a saúde.

Da leitura dos dispositivos constitucionais e processuais acima citados, extrai-se claramente que o Ministério Público detém legitimidade para pleitear interesse individual subjetivo indisponível. Ressalte-se que a visão contemporânea do direito fundamental à vida exerce um importante papel no Estado democrático de direito, que expõe a igualdade no topo dos direitos. Assim, quando a parte pretende um medicamento e solicita ao Ministério Público que faça o requerimento em juízo, não se pode, por excesso de rigor, afastar a legitimidade do *Parquet*. Reconhece-se que esta iniciativa se coaduna mais com as prerrogativas da Defensoria Pública ou com a advocacia. No entanto, não há impedimento legal para a atuação do Ministério Público, principalmente em se considerando a falta de esclarecimento da população quanto à questão técnica que envolve a divisão de competência na defesa desses direitos.

Significa que não se pode advogar que haja uma competência absoluta nesta seara específica que fosse capaz de impedir a atuação ministerial para pleitear medicamentos/tratamentos em hipótese de legitimação extraordinária. Saliente-se que a nova ordem constitucional estabelece que o acesso à justiça há de ser facilitado e que o processo será efetivo se sua duração for razoável, ou seja, desde que não perca sua finalidade em razão do transcurso do tempo.

Sabe-se que ainda há discussão a respeito da referida legitimidade. Contudo, convém destacar que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1088282, sob relatoria do Ministro Herman Benjamin, reconheceu a legitimidade do Ministério Público para propor ações individuais de acesso à saúde, entendendo que o direito à saúde é um direito indisponível. (BRASIL, STJ, 2011). Por sua vez, em decisão de Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski (RE 820910 AgR/CE), o Supremo Tribunal Federal, partiu da premissa que a saúde é um direito individual indisponível e reconheceu a legitimação do Ministério Público para propor medidas judiciais de proteção ao bem jurídico, com fundamento no art. 127, da Constituição Federal. (BRASIL, STF, 2014).

Também foi reconhecida a legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação no Juizado Especial, na qualidade de substituto processual, para requerer medicamento em prol de idoso: “Não há óbice para que os Juizados Especiais procedam ao julgamento de ação que visa o fornecimento de medicamentos/tratamento médico, quando o Ministério Público atua como substituto processual de cidadão idoso enfermo.” (STJ, REsp 1.409.706/MG). Com a mesma premissa, foi reconhecida a legitimidade do Parquet quando pleiteia em nome de determinada pessoa, não apenas incapaz, desde que na condição de substituto (STJ, REsp 1354068/RS). Portanto, doutrina e jurisprudência são consonantes quanto à legitimidade do *Parquet* quando atua no propósito de pleitear recursos para a saúde de outrem.

Cabe esclarecer, por outro lado, que, ao reconhecer a legitimidade do Ministério Público para, em substituição processual, requerer bem jurídico em prol de pessoas capazes, com muito mais razão se admite que pleiteie em favor de menores e incapazes. Nesse sentido, esclarece Hugo Nigro Mazzili:

É muito estreita a ligação do Ministério Público com as normas de proteção à criança e ao adolescente, pois que está ele naturalmente votado à defesa de interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis.

Analisando os principais direitos e interesses ligados à proteção da infância e da juventude, como foram referidos pelo art. 227, caput, da Constituição da República, vemos que a indisponibilidade é sua nota predominante. (...) Como os direitos e interesses ligados à proteção da criança e do adolescente sempre têm caráter social ou indisponível, conseqüentemente não se pode excluir a iniciativa ou a intervenção ministerial em qualquer feito judicial em que se discutam esses interesses. Assim, tanto interesses sociais ou interesses individuais indisponíveis ligados à proteção da criança e do adolescente merecem tutela pelo Ministério Público; o mesmo se diga dos interesses individuais homogêneos, coletivos ou difusos ligados à infância e à juventude. (MAZZILI, 2016, p. 1-2).

Conforme visto no item anterior, o direito à vida é indisponível, salvo as situações excepcionais em que se pode relativizar a regra, razão pela qual é cabível a intervenção do Ministério Público para pleitear, em substituição processual, o bem jurídico pretendido.

Ademais, tratando-se de direito fundamental, cumpre ao Estado desenvolver políticas públicas que atendam às necessidades dos indivíduos e cabe ao Judiciário, sempre que provocado, intervir para que a obrigação seja satisfeita, conforme expõe Schulze:

O acesso à Justiça é cláusula pétrea, cabendo ao Judiciário o controle equilibrado e sem excessos da atuação dos entes públicos e das operadoras de planos de saúde. Deve-se fomentar, assim: (a) a racionalização da judicialização da saúde; (b) a adoção dos meios alternativos de resolução de litígios, como a mediação e a conciliação; (c) a atuação cooperativa dos atores e das instituições do sistema de Justiça e do sistema de Saúde. (SCHULZE, 2016, sp).

Por fim, tratando do tema vida, cumpre lembrar Martin Heidegger que, ao tratar do homem como “*ser-para-a-morte*” (**sein zum Tod**), é categórico ao relembrar que “*a morte desentranha-se como a possibilidade mais própria, irremissível e insuperável.*”

(HEIDEGGER, 2004, parte II, p. 32, grifos no original).

Portanto, tendo como certeza de que a existência de cada um findará ao decorrer de determinado lapso temporal, cabe buscar, enquanto há vida, as melhores condições para desfrutar desses momentos, recorrendo aos medicamentos, tratamentos e demais tecnologias que proporcionem um nível razoável de saúde. Não basta ter vida; tem de ser uma vida digna. Ao Ministério Público, como órgão protetor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses individuais indisponíveis, cabe postular em juízo o medicamento necessário para salvaguardar a saúde e a vida do indivíduo.

6 Considerações finais

A saúde é o bem maior do indivíduo e sua manutenção merece a atenção do Poder Público, ao qual compete desenvolver políticas públicas que visem promover o desenvolvimento políticas públicas que atendam às necessidades da população, porquanto se trata de direito de todos e dever do Estado, constitucionalmente prevista.

Atualmente, o Brasil figura entre os países onde mais se estuda os aspectos judiciais que envolvem o acesso à saúde, o que tem contribuído para o progressivo desenvolvimento de atuação do operador do direito e do julgador. Os limites da integralidade, da universalidade, da solidariedade, entre outros princípios que orientam o núcleo essencial do direito fundamental à saúde, por exemplo, têm sido delimitados por meio de estudos que buscam a efetividade da prestação estatal.

No âmbito do Judiciário, em que aportam milhares de ações, busca-se delimitar o correto direcionamento dos processos, visando a atender o jurisdicionado em menor tempo possível. Nesse aspecto, pode-se concluir, com base no estudo realizado, que o Estatuto da Infância e da Juventude privilegia a competência absoluta do Juízo da Infância e da Juventude para apreciar interesses de crianças e de adolescentes, justamente em razão da especialidade que permite ao magistrado estar tecnicamente preparado para analisar as questões que envolvem menores, incluindo os processos nos quais são pleiteados medicamentos ou tratamentos para promoção infanto-juvenil. Desse modo, contempla-se a jurisdição das Varas da Infância e da Juventude ou do Juízo Especializado para essas questões, afastando-se a competência do Juizado da Fazenda Pública.

Para se definir quanto à legitimidade do Ministério Público, analisou-se sobre a disponibilidade da vida, apurando-se, com base na doutrina pátria e estrangeira, que trata-se de bem indisponível e a dignidade da pessoa humana deve ser protegida por todos os meios

disponíveis. A saúde, como condição que permite a vida, é direito subjetivo e fundamental que pode e deve ser exigido, inclusive por meio de atuação judicial.

Tratando-se de bem indisponível, resta claro que o Ministério Público está constitucionalmente legitimado para, na condição de substituto processual, pleitear judicialmente medicamentos e/ou tratamentos necessários para preservação, manutenção ou restabelecimento da saúde dos indivíduos, seja no âmbito da Justiça comum, seja junto aos Juizados Especiais, seja perante as Varas Especializadas de Infância e Juventude.

Portanto, conclui-se que a vida, bem indisponível que é, deve ser defendida de todas as formas e, no Estado Democrático de Direito, deve-se desenvolver meios que facilitem e possibilitem a garantia desse direito fundamental.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>> Acesso em: 15 set. 2016.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Ação civil pública. *In Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos.* Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (Coordenação). 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, pag. 965-1019.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 16 set. 2016.

BRASIL, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm. Acesso em 16 set. 2016.

BRASIL, Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009. **Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm>. Acesso em 16 set. 2016.

BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2010. **Código de Processo Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 19 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1088282/RS. Relator: Herman Benjamin. Segunda Turma. **Diário de Justiça Eletrônico.** Brasília, 27 abr. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4807957&num_registro=200802044963&data=20110427&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 19 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. 1486219/MG. Relator: Rel. Herman Benjamin. Segunda Turma. **Diário de Justiça Eletrônico.** Brasília, 04 dez. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402573348&dt_publicacao=04/12/2014>. Acesso em 18 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Relator Min. Marco Aurélio. Plenário. **Diário de Justiça Eletrônico.** Brasília, 12 abr. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em 19 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 820.910 AgR/CE. Relator Ricardo Lewandowski. Segunda Turma. **Diário de Justiça Eletrônico.** Brasília, 04 set. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6644180>>. Acesso em 19 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 855.178/RS. Relator Luiz Fux. Tribunal Pleno. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 16 mar. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8015671>>. Acesso em 05 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 831385 AgR/RS. Relator Roberto Barroso. Primeira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 31 mar. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8143345>>. Acesso em 19 set. 2016.

Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 24 set. 2016.

DWORKIN, Ronald. **A verdade soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HEIDEGGER Martin. **Ser e tempo**. Trad. de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 11ª ed. Petrópolis: Ed. Vozes, 2004.

ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente – doutrina e jurisprudência**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MAZZILI, Hugo Nigro. **O Ministério Público e o Estatuto da Criança e do Adolescente**. RT, 671/233.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A ação civil pública no estatuto da criança e do adolescente**. Disponível em <<http://www.mazzilli.com.br/>>. Acesso em 19 set. 2016.

MAZZILI, Hugo Nigro. **O Ministério Público no estatuto da criança e do adolescente**. Disponível em <<http://mazzilli.com.br/pages/artigos/mpnoeca.pdf>>. Acesso em 19 set. 2016.

OLIVEIRA, Elson Gonçalves de. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. Campinas: Servanda editora, 2011.

PERLINGEIRO, Ricardo. **A tutela do direito público à saúde no Brasil**. Disponível em <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/9artigo41.pdf>>. Acesso em 21 set. 2016.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da constituição de dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana: notas em torno da discussão sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional. In **Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo inclusivo – em comemoração ao 70º aniversário de Robert Alexy**. Org: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez e Rogério Luiz Nery da Silva. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 91-121.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

SCHULZE, Clênio Jair. **Carta de Vitória é importante instrumento para a concretização do direito à saúde**. Disponível em <<http://emporiododireito.com.br/carta-de-vitoria-e-importante-instrumento-para-a-concretizacao-do-direito-a-saude-por-clenio-jair-schulze/>>. Acesso em 05 set. 2016.

SCHULZE, Clênio Jair. **Novas súmulas sobre a judicialização da saúde**. Disponível em <<http://emporiododireito.com.br/tag/clenio-jair-schulze/>>. Acesso em 05 set. 2016.