IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO E SAÚDE

JANAÍNA MACHADO STURZA

SANDRA MARA MACIEL DE LIMA

SIMONE LETÍCIA SEVERO E SOUSA DABÉS LEÃO

Copyright © 2021 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

---

D597

Direito e saúde [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Janaína Machado Sturza; Sandra Mara Maciel de Lima; Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-423-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Saúde. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO E SAÚDE

Apresentação

O IV Encontro Virtual do CONPEDI cujo tema é “Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities” contou pela primeira vez com a participação do Grupo de Trabalho - Direito e Saúde.

A saúde, a priori, configura-se como o bem mais precioso do ser humano, protegido tanto pela ONU como pela Constituição Federal de 1988 (CF/88), representando um dos maiores desafios do século. E mais,

De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), a saúde deve ser compreendida não somente quanto à ausência de doenças, mas ao completo bem-estar físico, mental e social do indivíduo.

Visando a efetivação do Direito à Saúde, as garantias foram estabelecidas e criadas, principalmente nos arts. 196 a 200 da CF/88, Lei n. 8.080 de 1990 (Lei Orgânica da Saúde) e Lei n. 9.656 de 1998 (que definiu as regras para funcionamento da saúde suplementar).

Para que haja um sistema de saúde eficaz, cabe ao Estado definir políticas públicas adequadas, principalmente no tocante ao direcionamento do orçamento destinado à saúde. Todavia, no Brasil há uma disparidade entre a realidade e o que é garantido constitucionalmente em matéria de saúde.

Sabe-se que o Direito à Saúde por vezes esbarra na escassez de recursos e na escolha de prioridades do administrador público e que, por consequência, a judicialização gera impacto no orçamento.

No atual contexto da pandemia COVID-19 não há uniformidade na política pública de enfrentamento à crise sanitária, pois Estados e Municípios têm adotado medidas mais restritivas que a própria União, fazendo-se necessária a intervenção do Judiciário, para defender o direito fundamental à saúde.

Sendo assim, em tempos de pandemia, o Poder Judiciário vem intervindo bastante na solução de demandas judiciais atinentes à saúde, para defender os direitos fundamentais dos cidadãos, em respeito ao princípio da dignidade humana.

A preocupação maior é a preservação da vida e da segurança. Nesse sentido, o interesse coletivo deve se sobrepor ao interesse individual.

A partir da leitura minuciosa dos 23 (vinte e três) artigos selecionados para o GT Direito e Saúde extraem-se questionamentos e debates de assuntos extremamente relevantes nesse atual contexto de pandemia COVID-19, destacando-se esforços do mundo inteiro para a proteção da vida.

O primeiro artigo apresentado por Ana Clara Cunha Peixoto Reis, Célio Marcos Lopes Machado e Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão discorre sobre "A contribuição da Telemedicina no Atual Contexto Brasileiro: inovações e perspectivas". Destaca a telemedicina como uma tendência irremediável, que contribui para a redução dos custos, melhoria na qualidade dos serviços e atendimentos médicos (aumento da produtividade), diminuição de filas de espera. A telemedicina figura como um complemento para o tratamento convencional, com benefícios desejáveis, e se destaca como uma inovação tecnológica em matéria de saúde no contexto da pandemia COVID-19.

O segundo artigo de autoria de Hamanda de Nazaré Freitas Matos, Raimundo Wilson Gama Raiol e Letícia Vitória Nascimento Magalhães, intitulado "O Direito das pessoas com deficiência à saúde em época de pandemia viral no Brasil: uma análise bioética", descreve os pressupostos referentes ao direito das pessoas com deficiência à saúde no Brasil no contexto da pandemia COVID-19. Analisam a tutela destes direitos no ordenamento jurídico brasileiro e as medidas que visam assegurar o direito destas pessoas consideradas vulneráveis, preocupando-se com os enormes desafios enfrentados por elas, no que tange à prevenção, tratamento ou reabilitação.

O terceiro artigo também de autoria de Hamanda de Nazaré Freitas Matos, Raimundo Wilson Gama Raiol e Letícia Vitória Nascimento Magalhães trata das "Mulheres com deficiência na busca por saúde: realidade e legislações", e retrata as experiências de mulheres com deficiência no acesso à saúde, suas dificuldades e obstáculos, diante da disparidade existente na legislação pertinente ao tema, necessitando que Poder Público adote medidas para solucionar o problema.

No quarto artigo, os/as autores/as Camila Giovana Xavier de Oliveira Frazão, Ricardo Alexandre Lopes Assunção e Thainá Penha Pádua intitulado "Ação Popular como proteção da moralidade administrativa em face dos atos lesivos praticados em tempos de pandemia", abordam a evolução da ação popular e a importância da participação do cidadão na proteção

contra os atos lesivos à moralidade administrativa, assim como, destacam o aumento de atos e decretos para conter a pandemia, que relegam tal princípio norteador da Administração Pública, sendo necessário o aperfeiçoamento da Ação Popular.

No quinto artigo, as autoras Janaina Machado Souza e Gabrielle Scola Dutra apresentam o artigo intitulado "O Direito à Saúde e as "escolhas trágicas" no cenário transpandêmico brasileiro: da crise sanitária à crise Humanitária". O objetivo do artigo é refletir sobre o Direito à Saúde diante da realidade transpandêmica brasileira em tempos de COVID-2019, uma vez que há incongruência entre a escassez de recursos públicos e o garantido pela CF/88 de garantia à saúde. Abordam a "Teoria das Escolhas Trágicas" de Guido Calabresi e Philip Bobbitte a Metateoria do Direito Fraterno de Eligio Resta e destacam o estado de emergência sanitária e humanitária do país.

Em seguida, as mesmas autoras Janaina Machado Souza e Gabrielle Scola Dutra apresentam o artigo intitulado "Saúde, gênero e inclusão social no contexto da transpandemia COVID-19: a pluralidade bibliográfica do "ser migrante" no Estado do Rio Grande do Sul". As autoras apresentam interseções entre saúde, gênero e inclusão social a partir da pluralidade dos imigrantes no Estado do Rio Grande do Sul no contexto da pandemia COVID-19. Concluem pela necessidade de políticas públicas de acolhimento do "ser migrante" de forma a garantir uma vida digna a todos/as.

O sétimo artigo de autoria de André Luís Ribeiro, Jamile Gonçalves Calissi e Renato Zanolla Montefusco apresentam o trabalho intitulado "A vacinação como medida obrigatória em tempos de pandemia: uma análise sob a perspectiva do Direito Constitucional", com o objetivo de discutir a obrigatoriedade ou não da vacinação no contexto da pandemia COVID-19. Avaliam a possibilidade de se estabelecer restrições às liberdades individuais em razão da coletividade e analisam o conflito existente entre a autonomia individual e a proteção dos direitos coletivos, com destaque para a posição do Supremo Tribunal Federal no que tange à obrigatoriedade da vacinação.

A autoras Elda Coelho de Azevedo Bussinguer e Shayene Machado Salles no oitavo artigo, apresentam o trabalho intitulado "Direito à Saúde na relação público-privado: análise das Organizações Sociais de Saúde sob a ótica do envolvimento empresarial na economia (componente do complexo econômico industrial da saúde)". Sustentam que o sistema de saúde no Brasil tornou-se uma indústria e que o envolvimento empresarial no cenário político e econômico foi decisivo para a reforma do Estado dos anos 1990 e para a implantação de novas estruturas organizacionais.

No nono artigo intitulado “Estudo comparativo de normas de saúde pública quanto ao uso de máscaras e vacinas da COVID-19 sob a ótica comparada do federalismo para o Século XXI de Chemerinsky”, o autor Carlos Alberto Rohrmann ressalta que a pandemia COVID-19 demandou novas regulamentações que muito rapidamente impactaram a vida em sociedade, sendo necessária a análise da adoção de políticas públicas de incentivo ao uso de máscaras e vacinação, destacando a adoção de normas próximas das necessidades locais e os impactos negativos nacionais.

O décimo artigo “O Direito à Saúde no atendimento às pessoas vítimas de violência” de autoria de Joice Cristina de Paula e Edilene Aparecida Araújo da Silveira versa sobre o tratamento das pessoas que são vítimas de violência e seu impacto na saúde pública. Destacam a necessidade de ações que visem atendimentos específicos, inclusive com efetiva prevenção da violência.

As autoras Andrea Abrahão e Anna Carolina Miranda Bastos do Valle tratam no décimo primeiro artigo, das “Organizações Sociais e a política pública de gestão de saúde em Goiás”. O objetivo é analisar a legislação do Estado de Goiás pertinente ao tema, bem como as medidas adotadas para garantir o efetivo comprometimento das organizações sociais de saúde com transparência, ética e uso dos recursos públicos. As autoras salientando que tais organizações têm sido utilizadas como uma opção de prestação de serviços públicos de qualidade para a sociedade.

No décimo segundo artigo, os/as autores/as Claudine Freira Rodembusch e Henrique Alexander Grazzi Keske exploram “A judicialização da saúde no Brasil pelo viés do impacto federativo: a competência concorrente e comum na pandemia e o Programa Assistir-RS”. Discutem acerca de gestão estadual, municipal e hospitalar pelo Programa Assistir-RS, diante de seu potencial de judicializar questões relativas às dotações orçamentárias e prestações de serviços de saúde. O texto expõe questões sobre a judicialização da saúde no país e as ações dissonantes entre União e Estados no enfrentamento da pandemia.

Em seguida, no décimo terceiro artigo, “Necropolítica no Brasil: um olhar sobre os desastres ambientais e seus impactos na saúde humana”, a autora Emmanuelle de Araujo Malgarim reflete sobre a sociedade pós-colonial da realidade brasileira, diante da população vulnerável e por fim, conclui que a precariedade da saúde humana e os desastres ambientais podem estar relacionados a uma estratégia de “limpeza social”.

A autora Lara Ferreira Lorenzoni, no décimo quarto artigo, explora o “Estado de exceção epidemiológico e direito fundamental à saúde: entre ação e omissão nas políticas sanitárias

brasileiras de 1904 e 2020". Discute a teoria do estado de exceção de Giorgio Agamben, com base no direito à saúde, analisando os fatores que levaram à Revolta da Vacina e a crise sanitária no Brasil, ação esta que que tomou proporções alarmantes diante das inações do governo federal.

No décimo quinto artigo, os autores Daniel Jacomelli Hudler e Alexandre Lagoa Locatelli apresentam o trabalho intitulado "Direito à Saúde: desequilíbrio econômico-financeiro e o limite da negativa por parte dos planos de saúde". O objetivo do texto é averiguar a validade da negativa de cobertura sobre procedimentos e medicamentos não previstos no rol da ANS. Concluem que o sistema de saúde híbrido acaba por favorecer o lucro do setor privado, não se justificando a negativa sob argumento econômico-financeiro, pois tal negativa é abusiva.

No décimo sexto artigo, a autora Fabiane Aparecida Soares da Silva Lucena apresenta o trabalho intitulado "Judicialização da Saúde: um fenômeno legítimo e ainda necessário". O objetivo da autora é identificar as consequências que a judicialização da saúde traz para o Estado e para a sociedade. Conclui, por fim, que este socorro é legítimo e atende aos princípios constitucionais, pois a saúde é direito de todos e dever do Estado.

O autor Jarbas Paula de Souza Júnior, no décimo sétimo artigo, apresenta o trabalho intitulado "O capitalismo de vigilância e a medicina preditiva – dos benefícios dos riscos". Visa analisar a problemática da aplicação da inteligência artificial em relação a eventuais benefícios e riscos decorrentes da extração, armazenamento e processamento de dados através do Big Data. Identifica avanços em razão da capacidade de processamento de dados de saúde, dentre eles a formação de diagnósticos médicos precoces mais precisos.

No décimo oitavo artigo, as autoras Ana Maria Carvalho Castro Capucho e Viviany Yamaki apresentam o trabalho intitulado "O Direito Humano à Saúde da pessoa idosa e a pandemia de COVID-19". O objetivo é avaliar a (in)adequação do critério etário como condicionante para admissão em leitos de unidade de terapia intensiva. Nesse sentido, concluem que as normas de direitos humanos, políticas públicas e a democracia sanitária são fundamentais para combater o preconceito e a discriminação e para garantir a efetivação do direito humano à saúde da pessoa idosa, garantindo-lhe condições dignas e igualitárias.

O autor Tiago Miranda Soares, no décimo nono artigo, apresenta o trabalho intitulado "A dimensão biopolítica do poder de polícia administrativo: biopoder e vigilância sanitária em tempos de pandemia". Relaciona o poder de polícia administrativo exercido pela vigilância

sanitária com conceitos de biopoder, política médica e economia política, na busca de identificar como o Estado age perante a vida do indivíduos no contexto da pandemia COVID-19.

No vigésimo artigo, os autores Sérgio Felipe de Melo Silva e Felipe Costa Camarão apresentam o trabalho intitulado "O Ministério Público na efetivação do Direito à Saúde". Visam tratar dos limites e possibilidades de atuação do Ministério Público na defesa do direito à saúde, principalmente no que tange ao direito de exigir em face da administração Pública prestações essenciais à proteção, garantia e recuperação da saúde.

Os mesmos autores Sérgio Felipe de Melo Silva e Felipe Costa Camarão, no vigésimo primeiro artigo, apresentam o trabalho intitulado "Diagnóstico literário do direito à saúde pública no Brasil após os primeiros trinta anos do Sistema Público de Saúde". Apresentam o conteúdo do direito fundamental à saúde, para amparo teórico aos operadores do direito envolvidos com as lides atinentes ao direito à saúde, tendo o seu titular a faculdade de opor em face do estado e do particular obrigações pertinentes à preservação e recuperação do completo bem-estar físico, mental e social.

No vigésimo segundo artigo, as autoras Eliana Lima Melo Rodrigues e Sandra Mara Maciel de Lima, apresentam o trabalho intitulado "A teoria da perda de uma chance na seara médica: uma análise sob a égide do ordenamento jurídico brasileiro". O objetivo é analisar a teoria da perda de uma chance no âmbito da responsabilidade civil dos profissionais de saúde, concluindo que a oportunidade de obtenção de vantagem ou expectativa de não sofrer danos jamais poderão ser desprezadas pelo julgador, sob pena de injustiça.

E por fim, no vigésimo terceiro artigo, as autoras Edith Maria Barbosa Ramos, Laisse Lima Silva Costa e Rafaela Santos Lima apresentam o trabalho intitulado "O Sistema Único de Saúde no Brasil: trajetórias e desafios". O objetivo é analisar a criação do Sistema Único de Saúde no Brasil, a inserção do direito à saúde na Constituição Federal, sua regulamentação e os desafios para a sua efetiva concretização.

Nesse peculiar momento histórico, no qual a humanidade enfrenta a pandemia COVID-19, percebe-se as fragilidades do sistema de público de saúde, a precariedade da colaboração entre os entes da federação em busca de soluções para evitar a propagação do vírus, assim como, que o trabalho de pesquisa dos/as autores/es acima mencionados representa o resultado das demandas sociais em matéria de direito e saúde.

Nas palavras de Assafim :

a missão do pesquisador é melhorar o mundo. Especialmente, obrigação de melhorar nosso país... Uma questão de combate à pobreza, a fome e a bem da defesa da saúde: pugna pela vida. Assim, por a pesquisa a serviço das grandes causas nacionais é uma obrigação inalienável de cada professor brasileiro.

Honradas em coordenar este primeiro GT de Direito e Saúde, na esperança de que a pandemia passe logo e possamos nos encontrar presencialmente.

Janaína Machado Sturza - UNIJUI

Sandra Mara Maciel de Lima - Centro Universitário Curitiba

Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão - Fundação Getúlio Vargas

O MINISTÉRIO PÚBLICO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE IN THE EFFECTIVENESS OF THE RIGHT TO HEALTH

Sérgio Felipe de Melo Silva [1]
Felipe Costa Camarão [2]

Resumo

O presente ensaio analítico-descritivo disserta sobre os limites e as possiblidades de atuação do Ministério Público, na defesa do direito à saúde, especificamente, no que concerne ao direito de exigir, face à Administração Pública, prestações materiais essenciais à proteção, à garantia e à recuperação da saúde. adotou-se aqui a vertente teórico-metodológica jurídico-dogmática, técnica de análise de conteúdo (na matriz de Laurence Bardi) e o raciocínio dedutivo. Constatou-se, ao fim, o conteúdo da dimensão prestacional do direito à saúde e como o Parquet pode atuar em favor da sua efetivação, a partir dos conceitos de atuação demandista e resolutiva.

Palavras-chave: Direito à saúde, Sus, Ministério público, Direitos fundamentais, Direitos sociais

Abstract/Resumen/Résumé

This analytical-descriptive essay discusses the limits and possibilities of action of the Public Prosecutor's Office, in defense of the right to health, specifically, with regard to the right to demand, vis-à-vis the Public Administration, material benefits essential to the protection, guarantee and to health recovery. here adopted the legal-dogmatic theoretical-methodological approach, content analysis technique (in the matrix of Laurence Bardi) and deductive reasoning. In the end, the content of the provision dimension of the right to health was verified and how Parquet can act in favor of its realization, based on the concepts of demanding and resolute action.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to health, Sus, Public ministry, Fundamental rights, Social rights

---

[1] Advogado, Professor, Especialista em Direito Constitucional e Direito Médico.

[2] Procurador Federal, Professor, Mestre em Direito (UFMA), Doutorando em Direito (UFRJ), Secretário de Educação do Estado do Maranhão.

INTRODUÇÃO

O constitucionalismo moderno, emoldurado pelo ideário iluminista e substanciado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, introduziu na engenheira institucional dos povos que o adotaram como marco sócio-jurídico, sobretudo àqueles usualmente classificados como subdesenvolvidos, a exemplo do Brasil, o dever de executar um denso e complexo programa de efetivação dos assim chamados direitos sociais.

No Brasil, porém, ainda que o constituinte democrático, vislumbrando o livre desenvolvimento da personalidade dos brasileiros e a substancial igualdade entre os concidadãos, tenha alçado as prerrogativas sociais simultaneamente à condição de direitos fundamentais (e, portanto, de prerrogativas invioláveis do cidadão e da coletividade) e deveres fundamentais (inarredáveis) do Estado e dos particulares, não se pode, sem falsear a verdade, afirmar que o Estado de bem-estar social desenhado nas páginas da Constituição seja, de fato, luz na "noite dos desgraçados"[1].

Portanto, em solo brasileiro, o constitucionalismo moderno não logrou êxito naquele que é, sem qualquer sombra de dúvida, seu grande desafio: abrir condições à cidadania, para que esta, confrontando o Estado, reduza-o ao seu devido tamanho e importância e, nessa direção, crescendo o valor do cidadão e diminuindo o do Estado, se realize a perfeita finalidade de uma sociedade organizada, qual seja, a cidadania – que somente pode ser concretizada mediante a confiança, ao Estado, de um poder, que é originalmente seu, para o percebimento, em contrapartida, do rol de serviços básicos para a existência digna, entre os quais se destaca o direito à saúde, precondição ao exercício de muitas das prerrogativas cidadãs.

Nesse sentido, o trato do tema Ministério Público (MP) e os desafios do constitucionalismo contemporâneo, tendo em vista os deveres constitucionalmente designados ao *Parquet*[2], é, fundamentalmente, um empreendimento voltado a demarcar

---

[1] Trecho do discurso de Ulysses Guimarães, no ato de promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), em cinco de outubro de 1988. Encontrado em: https://www.camara.leg.br/radio/programas/277285-integra-do-discurso-presidente-da-assembleia-nacional-constituinte-dr-ulysses-guimaraes-10-23/.

[2] A saber: "incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (Art. 127, da CRFB).

o papel do MP na concretização dos direitos e garantias sociais, ou ainda, no combate à erupção do – ainda tímido – Estado de bem-estar social até aqui edificado.

Por esse ângulo, mediante revisão bibliográfica e documental, apresenta-se, nas páginas que se seguem, um ensaio analítico-descritivo, que visa a responder a questão: quais as possibilidades de atuação do Ministério Público Estadual no tocante à efetivação judicial do direito prestacional à saúde, no âmbito do SUS? Ou ainda: quais as alternativas de ação do *Parquet*, em favor da concretização judicial do direito (individual e coletivo) a exigir, da Administração Pública, a execução das posições jurídico-subjetivas positivas necessárias à proteção, à garantia e à recuperação da saúde?

À consecução desse desígnio, considera-se fundamental depreender, junto à literatura especializada em teoria geral do direito à saúde, e à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o conteúdo (essencial) da dimensão prestacional (ou positiva) do direito à saúde; os limites à exigibilidade (judicial e administrativa) das prestações que integram o âmbito de proteção do direito à saúde, à luz do que a Constituição dispõe acerca da implementação das ações e serviços de saúde pelo (SUS); e as possibilidades de atuação do Ministério Público, no tocante à efetivação do direito à saúde no SUS.

Cada uma dessas definições constitui um objetivo específico da pesquisa. E os resultados das incursões empreendidas para alcançá-los, expõem-se a seguir, um a um, cada qual em capítulo próprio.

1. DIREITO À (PRESTAÇÕES POSITIVAS DO ESTADO NECESSÁRIAS À PROTEÇÃO, À GARANTIA E À RECUPERAÇÃO DA) SAÚDE.

Nos termos da Constituição brasileira de 1988, saúde é direito “de todos e dever do Estado”, devendo ser garantida “mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos” e por meio do “acesso universal e igualitário às ações e serviços”, voltados à “sua promoção, proteção e recuperação” – art. 196, CRFB.

Primeiramente, convém frisar: tanto o Supremo Tribunal Federal, quanto sólida maioria dos doutrinadores constitucionais assevera, de modo a afastar qualquer sombra de dúvida, o caráter fundamental do direito à saúde. Isto porque, além de integrar, textualmente, o elenco dos direitos sociais escoimado no art. 6º da CRFB (fundamentalidade formal), seu conteúdo (tipicamente social) se cinge aos fundamentos

da República, e aos objetivos do Estado brasileiro, todos consagrados na CRFB/88 (fundamentalidade material). Porquanto, o plexo de condutas acobertadas pelo âmbito de proteção do direito à saúde é fundamental à diluição das desigualdades fáticas da sociedade, à garantia e fruição das liberdades individuais, ao livre desenvolvimento da personalidade e ao exercício de uma série de direitos (fundamentais ou não, como, por exemplo, o direito à vida – digna, e, portanto, saudável), cingindo-se, portanto, à cidadania e à dignidade da pessoa humana, dois dos fundamentos da República Federativa do Brasil (RFB), notadamente imprescindíveis à concretização dos objetivos RFB, quais sejam "construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos" (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 129-130).

Nesse sentido, o direito à saúde é, a um só tempo, elemento objetivo da comunidade que vincula o agir do Poder Público (especialmente o Poder Executivo dos entes da federação) à tutela da saúde (dimensão objetiva) e prerrogativa subjetiva oponível em desfavor de quem (a depender do caso concreto) a Constituição outorga o dever de efetivá-lo (dimensão subjetiva) (SARLET e FIGUEREDO, 2008, p. 188-189).

Resta superada, portanto, a interpretação segundo a qual a norma constitucional que consagra a saúde como direito de todos e dever do Estado – art. 196 da CRB seria, meramente, programática e, bem assim, desprovida de aplicabilidade imediata. Ou seja, "com o objetivo de, apenas, orientar o Estado, mas sem criar para este a obrigação de garantir acesso a bens e a serviços de saúde de forma concreta a toda a população" (VIEIRA, 2020, p. 26).

Destarte, no tocante à eficácia e à exigibilidade, reconhece-se o "direito à saúde como direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação obrigacional (...), impondo aos entes federados um dever de prestação positiva" (MENDES e BRANCO, 2014, p. 643).

À vista disso, pode-se afirmar, "o direito à saúde no Brasil não é mais visto como direito a programas genéricos implementados pelo Estado, mas como direito público subjetivo a prestações materiais" (VIEIRA, 2020, p. 07).

No tocante à titularidade, "à semelhança de outros direitos socioambientais, o direito à saúde apresenta uma titularidade simultaneamente individual e transindividual (coletiva, e, até mesmo, difusa)" (SARLET e FIGUEREDO, 2014, p. 119). Enquanto "bem individual, na acepção mais singular da expressão", direito à saúde traduz-se no

direito que o ser humano tem "de ver protegida sua saúde de forma plena". Enquanto bem transindividual, universalizando-se a perspectiva singular, o direito à saúde associa-se às noções coletivas de proteção, segurança, paz, meio-ambiente (nos termos da CRFB/88), e permanente desenvolvimento (científico, estrutural e econômico) dos mecanismos que servem à tutela da saúde, em suma, cinge-se à noção de estado de completo bem-estar físico, mental e social da comunidade (RODRIGUEIRO e MOREIRA, 2016, p. 150-151).

Então, na condição de direito público subjetivo, o direito à saúde "assume dupla dimensão individual e coletiva (transindividual), cabível, portanto, a tutela jurisdicional individual e coletiva" (SARLET, 2015, p. 342).

Quanto ao conteúdo das prestações que substanciam o direito à saúde, a inteligência doutrinária, sob a qual se amparam os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal, em matéria de saúde, o define a partir da noção de saúde assinada pela Organização Mundial da Saúde, para quem saúde é um conceito que transcende a noção de ausência de doença ou enfermidade, sendo, então, o estado de completo bem-estar físico, mental e social (REISSINGER, 2008, p. 26 e ss.).

À luz desse referencial, o direito à saúde, "ademais de uma noção eminentemente curativa, compreende as dimensões preventiva e promocional, na tutela jusfundamental". Tratando-se, assim, de direito à proteção, à promoção e à recuperação da saúde, tanto em perspectiva presente quanto futura – "'imagem-horizonte' a ser perseguida" (SARLET e FIGUEREDO, 2008, p. 132).

Nessa direção, âmbito de proteção do direito abrange a garantia de acesso dos seus titulares "aos meios que lhes possam trazer, senão a cura da doença, pelo menos uma sensível melhora" (dimensão curativa), às "medidas que tenham por escopo evitar o surgimento de doença ou dano à saúde, individual ou pública, inclusive pelo contágio" (dimensão preventiva), e às ações "que objetivem melhorar as condições de vida e de saúde das pessoas" (dimensão promocional) (SARLET, 2013, p. 1933).

Nessa esteira, então, direito à saúde abrange posições jurídicas relacionadas ao bem-estar da comunidade, como, por exemplo, as relacionadas ao "direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida[3]". Assim como, na qualidade de "bem individual, na acepção mais

[3] Art. 225, da CRFB.

singular do termo", materializa-se por meio de prestações que servem à plena proteção da saúde do indivíduo (RODRIGUES e MOREIRA, 2016, p. 151).

O direito à saúde, então, à semelhança das demais prerrogativas sociais, encerra um "complexo de posições jurídico-subjetivas diversas quanto ao seu objeto, podendo ser reconduzido às noções de direito de defesa e de direito a prestações" (SARLET e FIGUEREDO, 2008, p. 132).

Enquanto direito prestacional (ou positivo), "pode-se classificar o direito à saúde como um direito que exige do Estado prestações positivas no sentido de sua garantia e efetividade" (SCHWARTZ e BORTOLOTTO, 2008, p. 259). Em sentido amplo, "impõem deveres de proteção da saúde pessoal e pública, assim como deveres de cunho organizatório e procedimental". Por exemplo: a "organização dos serviços de assistência à saúde, das formas de acesso ao sistema, da distribuição dos recursos financeiros e sanitários". Em sentido estrito, estabelece a promoção de prestações materiais, tais como: consultas, tratamentos, medicamentos, órteses, próteses, medicamentos e afins (SARLET e FIGUEREDO, 2008, p. 139-140).

Há, portanto, um direito público subjetivo, individual e coletivo, "a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde", correlato "ao dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados e Municípios)" que se cinge à execução de "políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde" (MENDES e BRANCO, 2014, p. 643).

Para tanto, o constituinte instituiu o Sistema Único de Saúde, o popular SUS, braço administrativo do Estado brasileiro, responsável por efetivar o direito à saúde, nos termos acima sublinhados.

Numa visão geral, tanto da literatura, quanto da atual jurisprudência do Supremo, o SUS é um sistema regionalizado, hierarquizado e descentralizado, "formado por uma rede de ações e serviços públicos de saúde, dotado de uma organização interna", responsável, dentre outras coisas, por promover o acesso universal e gratuito à assistência integral à saúde (CASTRO, 2012, p. 142), orientado, precipuamente, pelos seguintes princípios: unicidade; descentralização, hierarquização e regionalização político-administrativa; acesso universal; assistência integral; participação da comunidade (CARLINE, 2014, p. 54).

À luz desse entendimento, "todos os serviços e as ações de saúde, públicos e privados, devem pautar-se e desenvolver-se sob as mesmas políticas, diretrizes e comandos. Trata-se de um só sistema, que abrange e sujeita a uma direção única e,

portanto, a um só planejamento", que se divide em três níveis (federal, estadual e municipal) – princípio da unicidade (SARLET, 2013, p. 1939).

No mais, embora único, a organização político-administrativa da rede de ações e serviços que constitui o SUS é descentralizada, regionalizada e hierarquizada. Isto é, estão sob a responsabilidade (solidária) da Administração Pública de cada um dos entes federais; devem se adaptar às singularidades (culturais, econômicas e epidemiológicas) locais; são divididas em níveis de complexidade (SARLET, 2013, p. 1939). Nesse sentido, "os serviços devem ser organizados não apenas de forma descentralizada, mas é necessário que haja cooperação entre os diversos entes federativos de um determinado território para a definição racional de atribuições", ou seja, "para que cada ente federativo exerça sua autonomia de forma integrada e coordenada com os demais, mediante processo de regionalização" (CASTRO, 2012, p. 133).

Ademais, "vigente (...) o princípio da universalidade, no sentido de que o direito à saúde é reconhecido a todos pelo fato de serem pessoas" (SARLET e FIGUEREDO, 2008, 133), "tais serviços devem ser prestados sem discriminação de qualquer natureza e gratuitamente, para que o acesso seja realmente universal" (CASTRO, 2012, p. 133).

Por fim, quanto à assistência integral à saúde, importa sublinhar: "a Lei Orgânica do SUS, em seu art. 7º, refere-se à integralidade de assistência como um conjunto articulado e continuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema". Assim, a Lei Geral do Sistema Único de Saúde estabelece, ao SUS, o dever de promover, ao usuário, prestações materiais, em todos os níveis de complexidade assistencial. (CASTRO, 2012, p. 248). Além disso, o princípio da integralidade também significa que "as ações e os serviços de saúde devem ser tomados como um todo, harmônico e contínuo, de modo que sejam simultaneamente articulados e integrados em todos os aspectos (individual e coletivo; preventivo, curativo e promocional; local, regional e nacional)" (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 138).

Em suma, à luz da literatura do Direito, e da atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o chamado direito fundamental à saúde, na condição de direito positivo (ou a prestações), "deve ser compreendido como posição jurídica objetiva, ou seja, um direito à proteção da saúde como correlativo" da obrigação" dos entes federais "de impedir condutas de outros (pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas) aptas a prejudicarem a saúde dos seus titulares", mas também "na perspectiva de que os

governos (...) devem atuar no sentido de implementar as diretrizes traçadas" na Constituição, em matéria de saúde (RAMOS, 2014, p. 124). O mesmo é dizer, o direito fundamental à saúde é um direito subjetivo público, de titularidade individual e transindividual, que se presta à proteção, à garantia e à recuperação da saúde, outorgando a seu titular o direito de usufruir de posições jurídicas essenciais à tutela preventiva, protetiva e curativa do estado de completo bem estar físico, mental e social, opondo à Administração Pública e aos particulares o dever de efetivar tais posições jurídicas (SARLET e FIGUEIREDO, 2013, p. 133-134). Cabendo, então, à administração pública dos entes federados (União, Estados e Municípios), por meio de uma rede (regionalizada, hierarquizada e descentralizada) de políticas públicas voltadas à prevenção de doenças, à proteção do bem-estar e à cura, promover assistência integral à saúde (CASTRO, 2012, p. 142).

Portando, enquanto direito positivo, o direito à saúde traduz-se em direito às prestações estatais positivas necessárias à proteção, à garantia e à recuperação do estado de completo bem-estar físico, mental e social.

2. Limites e parâmetros à exigibilidade judicial do direito individual à (opor face à administração pública prestações positivas essenciais à tutela preventiva, protetiva e restauradora da) saúde.

Notadamente, o âmbito de proteção da dimensão positiva do direito à saúde engloba uma infinidade de prestações dotadas de relevante expressão econômica, enquanto que, por outro lado, os recursos necessários à concretização dessas prestações, são – bastante – limitados. O que, na prática, significa que a integral efetivação do direito à saúde, tal como plasmado no texto constitucional, é uma tarefa irrealizável.

À vista disso, tanto à tutela administrativa quanto à tutela judicial da saúde, é necessário empreender meditações voltadas a delinear o conteúdo essencial do direito fundamental à saúde, isto é, insta traçar um limite às restrições à eficácia da norma cujo objeto de proteção é o estado de completo bem-estar físico, mental e social. Nesse sentido, quando em pauta o direito do indivíduo a prestação positiva do Estado, em favor de sua saúde, compete à gestão do SUS, ou à Justiça, à luz do caso concreto, demarcar limites à exigibilidade individual da norma fundamental que tutela a saúde, ou ainda, delimitar o dever do Estado diante da saúde do – pretenso – usuário do sistema público de saúde.

No tocante à efetivação do direito à saúde, em sede de tutela jurisdicional, o Supremo Tribunal Federal, em linha à sólida maioria da literatura constitucional pátria, entende que o direito à saúde, à semelhança dos demais direitos sociais, "encontra-se sempre, e de algum modo, afetado pela assim designada reserva do possível, em suas diversas manifestações, seja pela disponibilidade de recursos existentes (que abrange também a própria estrutura organizacional e a disponibilidade de tecnologias eficientes) e pela capacidade jurídica (e técnica) de deles se dispor". Mas que, embora se reconheça que tais limitações factuais (reserva do possível) restrinjam a efetividade do direito à saúde, "a garantia (implícita) de um direito fundamental ao mínimo existencial opera como parâmetro mínimo de efetividade, impedindo tanto omissões quanto medidas de proteção e promoção insuficientes, por parte dos atores estatais[4]" (SARLET e FIGUEREDO, 2007, p. 201). Portanto, "efetivação do direito à saúde liga-se à garantia de proteção ao mínimo existencial, devendo-se interpretar, com 'reservas', a alegação, por parte do Estado, de violação à reserva do possível" (SARLET e FIGUEREDO, 2008, p. 146).

Nesta direção, "o acesso universal e igualitário aos cuidados de saúde" cinge-se à "perspectiva substancial do princípio da isonomia (que determina o tratamento desigual entre os desiguais e não significa direito a idênticas prestações para todas as pessoas irrestritamente)", incorporado "à noção de equidade (no acesso e na distribuição dos recursos de saúde), assim como ao princípio da proporcionalidade (permitindo a ponderação concreta dos bens jurídicos em causa)" (SARLET e FIGUEIREDO, 2013, p. 140). Além disso, a assistência integral é regrada "pelos princípios da precaução e prevenção, por sua vez, ligados às noções de eficácia e segurança", assim como é balizada, também, pelos princípios da razoabilidade e da eficiência (não, porém, sob uma ótica economicista e utilitarista) (SARLET e FIGUEREDO, 2008, p. 201).

Em suma, "a universalidade dos serviços de saúde não traz, como corolário inexorável, a gratuidade das prestações materiais para toda e qualquer pessoa, assim como a integralidade do atendimento não significa que qualquer pretensão tenha de ser satisfeita, em termos ideais" (SARLET e FIGUEREDO, 207, p. 203). Isto é, "não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário à proteção, promoção ou

[4] "Não fazendo nada para proteger os direitos fundamentais ou fazendo de menos. É o que se chama de proibição de proteção insuficiente, que, depois da aplicação prática, dá certa dor de cabeça. De qualquer sorte, é um princípio que aqui também se aplicaria" (SARLET, 2008, p. 198).

recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que a concretize" (MENDES e BRANCO, 2014, p. 643).

Portanto, o direito subjetivo às prestações positivas do Poder Público em defesa da saúde "não abrange – em face dos limites já referidos – toda e qualquer prestação possível e imaginável, restringindo-se, onde não houver previsão legal, às prestações elementares e básicas", ou seja, àquelas imprescindíveis à garantia das condições mínimas à vida saudável (SARLET, 2007, p. 13).

Sendo assim, convém acentuar os principais parâmetros sublinhados pela inteligência jurídica à limitação do direito individual à assistência integral de saúde junto ao SUS, dada a importância desses dados à compreensão dos limites e possibilidades da atuação do Ministério Público em matéria de saúde pública.

A literatura posiciona-se em favor da racionalização do controle judicial das políticas públicas de saúde, mediante o emprego de certos critérios éticos, econômicos e científicos, considerados imprescindíveis para afastar a – intolerável – proteção insuficiente e a – problemática – intervenção judicial exacerbada (VIEIRA, 2020, p. 48 e ss.).

Barral (2015, p. 50-51), destaca que a adoção de regras claras e previsíveis faz-se necessária por três razões: a) evitar que haja duas categorias de cidadãos, "aqueles que conhecem os limites e a flexibilidade das regras, e aqueles que se sujeitam a sua faceta mais autoritária"; b) "um sistema jurídico instável e facilmente modificável tem implicações negativas para investimentos, e para a criação de riqueza"; c) "a falta de previsibilidade afeta as garantias de liberdade e de confiança na estrutura social".

Prova disso nos é dada em Vieira (2020, p. 56), onde é possível observar, a luz dos dados da judicialização da saúde pública organizados pelo Conselho Nacional de Justiça, que "o excesso de decisões favoráveis ao autor, baseadas em solicitações individuais, e concedidas sem consideração das políticas públicas formuladas pelo Poder Executivo", isto é, "desconsiderando aspectos éticos, econômicos e técnicos relacionados às garantias devidas pelo Estado, e sobre sua capacidade de atuação", estabelece à gestão do SUS embaraços administrativos que dificultam a operação do sistema de saúde e, consequentemente, prejudicam sobremaneira a concretização da dimensão prestacional do direito (individual e coletivo) à saúde.

Essa também foi a conclusão alcançada por Wang et. al. (2014, p. 1204), em ensaio dedicado à análise do controle judicial das políticas públicas de saúde no estado de São Paulo. Segundo os autores do estudo, o controle judicial irracional prejudica o

planejamento e a execução das políticas públicas de saúde, especialmente, em razão da imprevisibilidade de gastos imposta pelo Poder Judiciário à Administração Pública.

Nessa toada, Luís Roberto Barroso (2007, p. 101), com a precisão técnica que lhe é peculiar, acentua que a proliferação de decisões extravagantes ou emocionais, (e, portanto, irracionais e apartadas de critérios éticos, econômicos e científicos), a exemplo das "que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas", desorganizam a gestão do Sistema Único de Saúde e inviabilizam o emprego preciso e acertado dos recursos públicos, o que, no limite, "pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas". Destarte, a atuação do controle judicial "deve guardar parcimônia e, sobretudo, deve procurar respeitar o conjunto de opções legislativas e administrativas formuladas acerca da matéria pelos órgãos institucionais competentes".

Seguindo essa linha, o Supremo Tribunal Federal firmou alguns parâmetros à atuação do judiciário em sede de controle judicial de políticas públicas do SUS. A saber: 1) caso a prestação pretendida esteja prevista em lei, compete à Justiça assegurar sua efetivação; 2) o Poder Judiciário deve prestigiar a prestação ordinariamente ofertada pelo SUS sob qualquer outra extraordinária (alternativa) pretendida pelo usuário, salvo em caso de comprovada ineficácia da prestação ofertada pela Administração Pública; 3) o Estado não pode ser condenado a efetivar prestações de caráter experimental, ou seja, é defeso à Justiça compelir o SUS a promover insumo ou serviço sem eficácia cientificamente comprovada; 4) caso a pretensão do usuário cinja-se à prestação cuja eficácia já fora consagrada na ciência médica, mas que, por outro lado, ainda não foi incorporado pelo SUS, o Supremo, partindo do princípio de que "a inexistência de protocolo clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada", assevera a necessidade uma instrução processual robusta lastreada em critérios econômico-administrativos e evidências científicas (STF, STA n. 175, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 30.04.2010); 5) em caso de "colisão entre o direito à vida e à saúde, e interesses secundários do Estado, o juízo de ponderação impõe que a solução do conflito seja no sentido da preservação do direito à saúde" (STF, RE n. 801.676/PE, Min. Rel. Luís Roberto Barroso, julgado em 19.08.2014); 6) acautelar adequadamente a saúde do

cidadão é dever do Estado, portanto, é uma responsabilidade solidária dos entes federais. Destarte, no tocante às demandas judiciais relacionadas à assistência pública à saúde, qualquer um deles (União, estados e municípios), isoladamente ou conjuntamente, poderá figurar no polo passivo (STF, RE n. 855.178, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 05.03.2015).

A seu turno, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação n. 31/10, estabelecendo diretrizes à atuação de juízes e tribunais, em sede de judicialização da saúde pública: 1) como regra, deve-se indeferir o fornecimento de medicamentos experimentais ou sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA); 2) sempre que possível, preferencialmente pela via eletrônica, proceda-se a oitiva Administração Pública antes de apreciar pleitos de natureza emergencial; 3) que se verifique "junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP), se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento"; 4) que os processos judiciais, o tanto quanto possível, sejam instruídos com "relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata".

Assim, no tocante à tutela jurisdicional do direito individual à saúde, são esses os limites e parâmetros à exigibilidade do direito individual a opor, face à Administração Pública, prestações positivas essenciais à tutela preventiva, protetiva e restauradora da saúde. São essas, portanto, as diretrizes que nos servem de base à definição dos limites e das possibilidades de atuação do Ministério Público, em sede de tutela jurisdicional do direito à saúde.

3. Possibilidades de atuação do Ministério Público dos estados em defesa da concretização do direito fundamental à saúde.

Nos termos da Constituição, "o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (Art. 127, CRFB).

Nessa acepção, o Ministério Público é um órgão de Estado destinado à promoção da justiça, em suas múltiplas dimensões, a quem cumpre o dever de "zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos, e dos serviços de relevância pública aos

direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia" (Art. 129, II, da CRFB).

No tocante à justiça social, seara em que se insere a tutela da saúde, cabe ao *Parquet* promover a defesa da "gama de posições, situações ou qualidades jurídico-políticas que interessam à sociedade como um todo, ou à parcela representativa dela, com destaque (...) para a proteção de direitos massificados, de titularidade difusa e coletiva" (interesses coletivos); assim como a tutela dos bens indisponíveis, "seja pela especial necessidade de tutela que requerem (como os incapazes), seja por se apresentarem como grupos ou classes de relevância social ou comunitária, que se vinculam pela convergência de origem ou causa" – interesses individuais homogêneos, "seja ainda porque possuem objeto indisponível", a exemplo dos direitos fundamentais (interesses individuais indisponíveis) (LEITE, 2013, p. 520-521).

Para tanto, "a Constituição confiou, também ao Ministério Público, ampla competência para atuar na defesa, em âmbito cível, de interesses sociais e individuais indisponíveis" (MENDES e BRANCO, 2014, p. 1017).

A literatura registra dois modelos de atuação do Ministério Público: demandista e resolutivo.

"O Ministério Público demandista é o mais conhecido, o tradicional, aquele que atua perante o Poder Judiciário, transferindo a este a resolução dos problemas sociais que chegam ao seu conhecimento" (COELHO e KOZICKI, 2013, p. 385). Ou seja, "o membro do MP prestigia a atuação perante o Poder Judiciário, e trabalha como agente processual" (OLIVEIRA, ANDRADE e MILAGRES, 2015, p. 149-150). Sob tal enfoque, portanto, a "atuação preponderante seria a de ajuizar ações, deixando a cargo do juiz uma demanda que chegou ao Ministério Público e, por não ter sido resolvida administrativamente, foi levada ao âmbito judicial". Dentro dessa lógica, "o representante ministerial pode atuar, ainda, como fiscal do ordenamento jurídico, ao emitir pareceres em processos não ajuizados pelo MP" (VASCONCELOS, 2019, p. 52).

Em relação à atuação demandista do Ministério Público, em matéria de saúde, o Supremo Tribunal Federal, partindo da premissa de que "o texto constitucional qualifica as ações e serviços de saúde como prestações de relevância pública" (art. 197, da CRFB), entende ser legitima "a atuação do Ministério Público (...), nas hipóteses em que os órgãos estatais não respeitem o preceito constitucional, frustrando-lhe a eficácia" (STF, AI n. 452312/RS, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 31.05.2004). O mesmo é dizer, "constitucionalmente qualificada como direito fundamental de dupla face (direito

social e individual indisponível), a saúde é tema que se insere no âmbito de legitimação do Ministério Público para a propositura de ação em sua defesa" (STF, AC n. 2.836, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 27.03.2012).

Nesse sentido, os Tribunais Superiores asseveram que "o Ministério Público é parte legítima para ingressar em juízo com ação civil pública visando a compelir o Estado a fornecer medicamento indispensável à saúde de pessoa individualizada" (STF, RE n. 407.902, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 26.05.2009)[5]. Ou seja, "é parte legítima para pleitear tratamento médico ou entrega de medicamentos nas demandas de saúde propostas contra os entes federativos, mesmo quando se tratar de feitos contendo beneficiários individualizados, porque se refere a direitos individuais indisponíveis" (STJ, REsp n. 1.682.836/SP, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 25.04.2018).

Sendo assim, tendo em vista que o art. 127 da CRFB "confere, expressamente, ao MP, poderes para agir em defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis, como no caso de garantir o fornecimento de medicamentos a hipossuficientes, não há que se falar em usurpação de competência da defensoria pública ou da advocacia privada" (STF, RE n. 554088/SC, Relator Min. Eros Grau, julgado em 03.06.2008).

Portanto, em sede de tutela jurisdicional da dimensão prestacional do direito à saúde, resta consagrada a legitimidade ativa do Ministério Público para impelir os entes da federação a promover prestações sanitárias em defesa do direito individual ou coletivo ao estado de completo bem-estar físico, mental e social.

No mais, para além da atuação demandista, há ainda, a atuação resolutiva do Ministério Público, a partir da qual o MP "atua fora da jurisdição, no plano extrajudicial, tentando resolver as contendas sociais com instrumentos próprios, previstos legalmente, tais como o termo de ajuste de conduta (...), trabalhando de modo paralelo ao poder jurisdicional do Estado" (COELHO e KOZICKI, 2013, p. 385). Nessa perspectiva, no exercício de suas atribuições, em especial à de promotora dos direitos e garantias fundamentais, o Ministério Público opera "como propulsor do processo de aplicação das normas existentes, fazendo com que as leis saiam do papel e passem a

[5] Nesse sentido, Cf. também: STF, AgR no RE n. 648.410, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 14.02.2012; STF, RE n. 605533/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 15.08.2018.

organizar o cotidiano das relações sociais" (GOULART, 1998, p. 44), isto é, buscando a efetivação dos direitos fundamentais de forma direta, independentemente do Poder Judiciário (OLIVEIRA, ANDRADE e MILAGRES, 2015, p. 149-150). Assim, o "Ministério Público resolutivo seria aquele que atua no âmbito extrajudicial ou sociomediador, conduzindo sua atuação de forma a solucionar conflitos existentes na sociedade sem recorrer ao Poder Judiciário" (VASCONCELOS, 2019, p. 58). Em outras palavras, o Ministério Público resolutivo "é aquele que busca a solução direta das questões referentes aos interesses sociais e coletivos, (...) investindo nas possibilidades políticas e administrativas que dispõe" para tanto, assim, "uma postura ativa, caracterizando-se pela iniciativa e provocação diante das situações de violação de direito, com consciência do seu papel institucional de mudar a realidade" (GOULART, 1998, p. 97).

À luz dessa visão resolutiva, o MP age tanto "na fase de pré-formulação de políticas públicas inexistentes e que precisam ser criadas" quanto na fase de execução "de políticas públicas existentes" reunindo-se com "agentes sociais e representantes do Poder Legislativo e do Poder Executivos, para que as falhas nas políticas públicas existentes sejam amenizadas ou eliminadas, atuando, nesse sentido, como agente intermediador, ao lado dos movimentos sociais", mediante instrumentos legais aptos à consecução desse mister, quais sejam: o Inquérito Civil Público, as Audiências Públicas, os Termos de Ajustamento de Conduta e as Recomendações (VASCONCELOS, 2019, p. 58).

Portanto, "legitimado por sua função de zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública", como o são as ações e serviços de saúde, conforme propugna o art. 197 da CRFB, o Ministério Público tem à disposição instrumentos judiciais e extrajudiciais para garantir, junto à Administração Pública, ou à Justiça, a concretização do direito à saúde, individual e coletivo (GOULART, 1998, p. 62).

CONCLUSÕES

Mediante revisão bibliográfica e documental, empreendida com objetivo de dissertar sobre as possibilidades de atuação do Ministério Público no tangente à concretização da dimensão prestacional do direito à saúde, no âmbito do SUS, constatou-se, primeiramente, que o direito à saúde, tal como fora positivado no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, é, em termos formais e materiais, um legítimo direito fundamental social.

Nessa direção, para além das singularidades comuns a todas as normas constitucionais de direitos e garantias fundamentais[6], observou-se que o direito positivo à saúde traduz-se em direito público subjetivo, do(s) indivíduo(s) e da coletividade, à assistência integral à saúde, oponível face à Administração Pública dos entes federados, e às instituições privadas integrantes do SUS, às quais incumbe executar o complexo de posições jurídico-subjetivas necessárias à proteção, à garantia e à recuperação da saúde, bem como promover o acesso universal, igualitário e gratuito a essa rede de ações e serviços públicos de saúde; tratando-se, portanto, de direito-dever a prestações em sentido amplo (que se subdividem em prestações protetivas e de organização e procedimento) e em sentido estrito[7].

Ademais, no tocante à efetivação do direito fundamental à saúde, constatou-se que há substancial consenso (literário e jurisprudencial) em torno da ideia de que, não obstante a plena eficácia e imediata aplicabilidade outorgadas pelo constituinte à norma constitucional que consagra a tutela jurídica do completo bem-estar (físico, mental e social; do(s) indivíduo(s) e da coletividade), sua eficácia social encontra-se circunscrita ao que se convencionou chamar de cláusula da reserva do possível, que, por outro lado, tem na noção de mínimo existencial seu limiar de legitimidade. Em outras palavras, embora irremediavelmente subordinada aos elementos fáticos e jurídicos que obstam sua integral realização no plano prático, a efetivação do direito à saúde é inviolável naquilo que, à luz do caso concreto, cinge-se ao núcleo essencial desta prerrogativa fundamental.

Vencida essa primeira etapa da pesquisa, passou-se a estudar o Ministério Público Estadual, enquanto instituição da República vocacionada à defesa das

[6] Como, por exemplo, a eficácia vinculante de caráter dirigente, irradiante e horizontal, decorrente à dimensão objetiva dos direitos fundamentais em geral. Sobre o tema, Cf. Sarlet (2015, p. 148-157).
[7] Sobre direitos prestações em sentido amplo e em sentido estrito, Cf. Sarlet (2015, p.197-2012).

prerrogativas cidadãs (formais e materiais), a partir do olhar de alguns estudiosos, devidamente registrados em estudos de notória relevância acadêmica; mas também, por meio da observação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Ao fim desta investigação, resta evidente que o Ministério Público é um órgão de Estado (e não de governo); a quem compete, em defesa dos interesses coletivos e individuais homogêneos, "zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados" na Constituição, "promovendo as medidas necessárias a sua garantia" (Art. 129, II, da CRFB). Nesse sentido, para além de essencial à função jurisdicional do Estado, é fundamental à promoção da justiça social sob o viés da efetivação dos direitos e garantias fundamentais (em especial, as de natureza social, tal como é o direito à saúde) e, portando, imprescindível à materialização do Estado de bem-estar social ainda preso às páginas da CRFB, e às promessas políticas.

No tocante à consecução desse mister, identificou-se que a literatura consagra duas diferentes perspectivas sobre o agir-funcional do *Parquet*: demandista e resolutivo. Sob o prisma demandista, o órgão ministerial é, fundamentalmente, ator processual (ora como parte, ora como "fiscal" da lei) das ações (judiciais ou administrativas) relacionadas à defesa das instituições democráticas e dos direitos e garantias fundamentais (individuais e coletivas). Enquanto que, à luz do viés resolutivo, o MP, para além de agente processual e, portanto, transcendendo a esfera jurídico-processual, exerce seu mister constitucional mediante atividades extrajudiciais, lançando mão, por exemplo, de instrumentos como: o Termo de Ajustamento de Conduta, e o Inquérito Civil Público

Nessa toada, a participação do Ministério Público na – perene e inadiável – tarefa de elevar a um patamar satisfatório o nível de efetivação da dimensão prestacional do direito fundamental à saúde, por meio do SUS, é tanto demandista quanto resolutiva, atuando como curador do estado do completo bem estar físico, mental e social, do indivíduo ou da coletividade.

Portanto, o Ministério Público, nessa seara, pode atuar judicialmente como parte processual, como curador da ordem legal, ou como tutor dos interesses de saúde dos considerados vulneráveis. Mas também, extrajudicialmente, na seara político-administrativa, por meio de Inquérito Civil Público, Termo de Ajustamento de Conduta, Audiências Públicas e Recomendações; bem como na condição de aparato estatal, dedicado a conciliar os legítimos interesses de saúde do cidadão e da cidadania às reais

possibilidades prestacionais do SUS.

Como óbices a tal mister constatou-se os jurídico-institucionais, ou seja, os limites normativos à atuação do MP traçados na legislação ordinária e na Constituição; as restrições materiais que decorrem da escassez de recursos financeiros e humanos indispensáveis ao pleno desempenho das atividades necessárias à concretização do direito à saúde; e os limites fáticos e jurídicos relacionados à efetivação do direito à saúde, propriamente dito (a reserva do possível).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**.2.ed. – São Paulo: Malheiros editores, 2015.

BARRAL, Welber. Direito e desenvolvimento: um modelo de análise. In:. (Org.). **Direito e desenvolvimento:** análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Singular, p. 31- 60, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: **direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** In Revista da Procuradoria Geral do Estado/Procuradoria do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, v. 31, n. 66, p 89 – 114, jul/dez, 2007.

CANOTILHO, J.J.G.; MENDES, G.F.; SARLET, I.W.; STRECK, L.L.. Direito à Saúde. *In*: SARLET, I.W. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 1933.

CANOTILHO, J.J.G.; MENDES, G.F.; SARLET, I.W.; STRECK, L.L.. Ministério Público. *In*: SAMPAIO, J.A.L. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 1933.

CARLINI, Angélica. **Judicialização da Saúde Pública e Privada.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

CASTRO, Ione Maria Domingues de. **DIREITO À SAÚDE NO ÂMBITO DO SUS: um direito ao mínimo existencial garantido pelo judiciário?** 2012. 497 f. Tese. Doutorado em Direito, USP, São Paulo, 2012.

COELHO, S.R.; KOZICKI, K. O Ministério Público e as Políticas Públicas: definindo a agenda ou implementando as soluções?. **Revista da AJURIS**, v. 40, n. 130, p. 373-394, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo G. Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9.ed.- São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, L.M de; ANDRANDE, E.I.G de; MILAGRES, M. de O. Ministério Público e políticas de saúde: implicações de sua atuação resolutiva e demandista. **Revista de Direito de Sanitário**, v. 15, n. 3, p.142-161, 2014.

RAMOS, E.; DINIZ, I. O DIREITO À SAÚDE E A IDEIA DE PROTEÇÃO SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: NOTAS INICIAIS. **Revista Direito em Debate**, v. 26, n. 48, p. 159-184, 28 dez. 2017.

RAMOS, Edith Maria Barbosa. **Universalidade do Direito à Saúde**. – São Luís: EDUFMA, 2014.

REISSINGER, Simone. **Aspectos controvertidos do Direito à saúde na Constituição brasileira de 1988**. 2008.118f. Dissertação. Mestrado em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2008.

RODRIGUEIRO, Daniela Aparecida; MOREIRA, José Cláudio Domingues. O direito social à saúde na perspectiva da constituição de 1988: um direito individual, coletivo e em construção. **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v.50, n.66, p.143-159, jul./dez, 2016.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. **O direito fundamental à proteção e promoção da saúde no Brasil: principais aspectos e problemas**. In: RÉ, Aluisio Iunes Monti Ruggeri.. (Org.). Temas Aprofundados da Defensoria Pública.1.ed.Salvador: Editora JusPodivm, v. 1, p. 111-146, 2013.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M.F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. **Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça,** Porto Alegre, v.1 n. 1, p. 171-213, 2007.

SARLET, I.W; ZOCKUN, C.Z. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v.3 n. 2, p. 115-141, maio/agosto, 2016.

SARLET, I.W. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 12.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARLET, I. W. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. 20 Anos de Constitucionalismo Democrático** – E Agora? Porto Alegre/Belo Horizonte, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e o direito à saúde: algumas aproximações. **Revista da Defensoria Pública**, n. 67, p. 125-162, 2007.

SARLET. I.W. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, setembro/novembro, 2007.

SCHULZE, C. J. **Novos parâmetros para a judicialização da saúde: critérios para a teoria da decisão judicial**. 2019. 226f. Tese. Doutorado em Direito, UNIVALI, 2019.

SCHWARTZ, G.; BORTOLOTTO, F.W. A dimensão prestacional do direito à saúde e o controle judicial de políticas públicas sanitárias. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 45, n. 177, p. 257-264, jan/mar, 2008.

VASCONCELOS, R.S. **O Ministério Público na atuação sociomediadora do direito à saúde: participação no processo de políticas públicas**. 2019. 142f. Dissertação. Mestrado em Direito, UFMA, 2019.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Direito à Saúde no Brasil: seus contornos, judicialização e a necessidade da macrojustiça**. Texto para discussão, IPEA, 2020.

WANG, D.W.L; VASCONCELOS, N.P. de; OLIVEIRA, V.E. de; TERRAZAS, F.V. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e

organização federativa. **Revista de Administração Pública**, v. 48, n. 5, Rio de Janeiro, p. 1991-1206, set/out, 2014.

GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e democracia: teoria e práxis**. São Paulo: LED, 1998.