

Neoconstitucionalismo, Ativismo Judicial e Ministério Público na Tutela do Direito Fundamental à Saúde

Flávio Bezerra¹

A relevância do presente trabalho reside na demonstração de que o direito fundamental à saúde, por ser indissociável do direito à vida e pressuposto natural do exercício dos demais direitos fundamentais, precisa estar pautado em bases normativas e técnico-jurídicas sólidas, que somente podem ser compreendidas a partir da análise dos legados políticos e jurídicos do constitucionalismo pós-moderno. Portanto, em sentido amplo, pretende-se com este estudo compreender quais os reflexos do chamado neoconstitucionalismo na reconfiguração das funções estatais e no redimensionamento da atuação do Ministério Público, com vistas à concretização da saúde humana no mundo dos fatos. Já em um sentido estrito, busca-se: compreender os elementos estruturais de um novo constitucionalismo, especialmente nos planos histórico, filosófico e teórico; demonstrar que esses fundamentos, especialmente no que tange à supremacia e normatividade da Constituição, modificaram a tradicional teoria da separação dos poderes, permitindo que, em cumprimento aos direitos fundamentais, o Poder Judiciário intervenha legitimamente na discricionariedade dos outros poderes; compreender de que modo a reserva do financeiramente possível deve ser ponderada, no caso concreto, com um patamar mínimo de prestações de direitos fundamentais; analisar o perfil dado ao Ministério Público pela Constituição Federal de 1988 e pela legislação respectiva, que o consagraram como

¹ Membro do Ministério Público do Estado do Ceará. Especialista em Direito do Estado.

instituição independente e protagonista da defesa dos direitos fundamentais, incluindo o direito à saúde e, finalmente, compreender a normatividade dada pela Constituição e pela jurisprudência pátria ao direito fundamental à saúde, analisando os aspectos materiais e processuais que, à luz do ativismo judicial e do protagonismo do Ministério Público, são capazes de garantir, concretamente, que as correspondentes prestações materiais sejam conferidas ao cidadão, inclusive de modo coercitivo, se necessário. Como metodologia, utilizou-se a pesquisa bibliográfica e documental. Tem-se, por fim, como principais resultados do presente estudo, a ampliação do conhecimento do tema tratado, com a compreensão exata de que o neoconstitucionalismo, em seus fundamentos jurídicos, históricos e filosóficos, viabilizou o surgimento de instrumentos que visam a concretizar a saúde pública, bem como o entendimento do Ministério Público como instituição protagonista na consagração desse direito fundamental.

Palavras-chave: Direito à saúde; Ministério Público; Ativismo Judicial; Neoconstitucionalismo.

SUMÁRIO: 1 – INTRODUÇÃO. 2 – NOÇÕES DO CONSTITUCIONALISMO PÓS-MODERNO 3 – A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO REDIMENSIONANDO AS FUNÇÕES ESTATAIS E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 4 – TUTELA JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE NO ÂMBITO DO NEOCONSTITUCIONALISMO: ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. 5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 INTRODUÇÃO

A saúde humana é certamente o bem jurídico mais importante ao lado da própria vida, sendo não apenas uma condição indispensável

à sobrevivência e integridade corpóreas, mas também um fator fundamental de realização da própria dignidade humana e de exercício e gozo dos demais direitos. Todavia, assim como os demais direitos fundamentais sociais, a necessidade de sua concretização através de prestações materiais e onerosas fez com que, durante muitas décadas, o Poder Público não se preocupasse com a efetivação plena desse valor tão fundamental. Essa falta de imperatividade do direito à saúde somente passou a ser superada com as profundas modificações ocorridas no plano juspolítico ao longo do século XX, mais especificamente, com a profunda reconfiguração da relação entre Estado, Direito e sociedade, proposta pelo movimento dito constitucionalismo pós-moderno ou, simplesmente, neoconstitucionalismo.

Superando antigos dogmas do positivismo clássico, como a neutralidade das normas jurídicas, ausência de normatividade dos princípios e direitos fundamentais, rígida separação de poderes e submissão da função jurisdicional à vontade e império da lei, o neoconstitucionalismo representa o triunfo de uma Constituição suprema e imperativa, capaz de impor aos poderes constituídos e aos particulares o cumprimento coercitivo de todas as suas normas, incluindo as que veiculam os direitos sociais.

Como produto desse movimento que reaproximou Direito e Filosofia, atraindo influxos ético-morais para o âmbito jurídico, a Constituição Federal brasileira de 1988 inaugurou o Estado Democrático de Direito em nosso país, pautando-se no valor-síntese da dignidade da pessoa humana. A mesma carta concedeu ao Ministério Público a condição de instituição permanente e independente, dotada da missão de tutelar direitos difusos, coletivos e individuais indisponíveis, mesmo em face de ações ou omissões do próprio Poder Público. Nesse sentido, o “Parquet” é um dos protagonistas dessa busca progressiva por concretização dos direitos fundamentais, especialmente o que contempla a assistência integral à saúde como dever do Estado.

Para compreender como essa reformulação filosófica e jurídico-

-positiva do Estado e da Constituição criou condições para garantir o direito fundamental à saúde, buscamos nesse estudo responder aos seguintes questionamentos: Quais são os elementos fundamentais do neoconstitucionalismo? Quais de seus aspectos se relacionam com a busca do cumprimento dos direitos fundamentais? De que forma os fundamentos desse movimento modificaram o esquema de separação e harmonia dos poderes estatais? Como o neoconstitucionalismo legitima e autoriza um ativismo judicial na promoção dos direitos fundamentais? De que forma se revelam as missões institucionais do Ministério Público no âmbito do constitucionalismo pós-moderno e na Constituição Federal de 1988? Qual o perfil constitucional do direito à saúde e de que modo seu cumprimento exige intervenção direta do Poder Judiciário, protagonismo do Ministério Público e limitação da discricionariedade do Poder Executivo? Quais os instrumentos e mecanismos jurídico-positivos utilizados na tutela judicial do direito à saúde?

Nesse sentido, a justificativa desse estudo é a necessidade de reconhecer que o direito à saúde somente pode ser concretizado a partir do reconhecimento da normatividade dos direitos fundamentais e da proatividade da função jurisdicional, que pode e deve limitar o âmbito de discricionariedade do Estado-Administração, garantindo o cumprimento do dever estatal esculpido no artigo 196 da Constituição Federal.

Como objetivo geral, portanto, tem-se a pretensão de demonstrar que o constitucionalismo pós-moderno criou condições necessárias para o cumprimento, inclusive coercitivo, do direito fundamental à saúde em todos os seus aspectos. Por seu turno, os objetivos específicos são: identificar os fundamentos desse movimento constitucional que modificaram o redimensionamento dos poderes estatais e do Ministério Público; compreender de que modo o ativismo judicial pode superar a tese de escassez financeira e de separação dos poderes para concretizar o direito à saúde e, finalmente, identificar o

perfil constitucional da assistência integral à saúde, com os aspectos materiais e processuais que facilitam e garantem a sua tutela judicial.

Em relação aos aspectos metodológicos, as hipóteses são investigadas por meio de pesquisa bibliográfica. Já em relação à tipologia da pesquisa, esta é pura conforme a utilização dos resultados, propondo-se a aumentar o conhecimento, sem transformação da realidade. A abordagem é qualitativa, aprofundando-se as questões sociais abrangidas pelo tema. Por fim, temos uma pesquisa descritiva quando aos seus objetivos, eis que pretende descrever, interpretar e esclarecer o fenômeno aqui tratado.

Após a introdução, o primeiro capítulo procura compreender os elementos que constituem o chamado neoconstitucionalismo, destacando aqueles que contribuíram para a conquista de uma nova concepção de Constituição e de um novo arranjo de separação de poderes.

No segundo capítulo, busca-se entender de que modo a supremacia e imperatividade da Constituição, valores do constitucionalismo pós-moderno, deram maior assertividade ao Poder Judiciário, limitaram as ações e omissões abusivas do Estado-Administração e legitimaram o Ministério Público a atuar, judicial ou extrajudicialmente, na tutela dos direitos fundamentais, especialmente os sociais prestacionais.

Já no terceiro capítulo, aborda-se o modo como o neoconstitucionalismo materializou o perfil jurídico-positivo da saúde no Direito brasileiro, compreendendo-o como direito fundamental do cidadão e inafastável dever estatal. No ponto, busca-se analisar os aspectos materiais e processuais que permitem ao Ministério Público e ao Poder Judiciário alcançarem uma tutela efetiva da assistência integral à saúde, comportando inclusive o emprego de meios coercitivos.

Em suma, veremos que essa análise da atual configuração dos poderes estatais em um novo âmbito juspolítico traçado pela Constituição e pelos direitos fundamentais prestacionais não se resume

a mera dialética teórica, mas reflete, de fato, uma sensível transformação do direito positivo e jurisprudência pátrios, que passaram a materializar o direito à saúde como expressão intangível da dignidade da pessoa humana.

2 NOÇÕES DO CONSTITUCIONALISMO PÓS-MODERNO

2.1 Considerações iniciais

A plena compreensão da concepção contemporânea do constitucionalismo por óbvio não guarda importância apenas para o Direito Constitucional em si, mas também, e principalmente, irradia efeitos para todos os ramos da ciência e ordenamento jurídicos, representando uma renovada abordagem das instituições, dos institutos e da interpretação das normas em geral.

Veremos que essa ampla releitura do sistema político-jurídico, a partir de uma reconfiguração da Constituição e dos poderes por ela constituídos, representam, em última análise, uma garantia de maior eficácia dos direitos fundamentais, dentre os quais se destaca um dos mais caros à dignidade do ser humano: o direito à saúde.

Com o objetivo último de concretizar no mundo dos fatos esse e outros direitos fundamentais, veremos adiante que o constitucionalismo pós-moderno vem exercendo influência determinante na própria função jurisdicional, no espectro de discricionariedade do Poder Executivo e, por fim, no cumprimento pelo Ministério Público de suas missões institucionais constitucionalmente consagradas.

2.2 Evolução do constitucionalismo no mundo

É comum que estudantes e mesmo operadores do Direito identifiquem as constituições e o constitucionalismo como frutos da ordem jurídica contemporânea, associando-os à conquista da democracia e

dos direitos fundamentais. De fato, eis aí uma importante dimensão apresentada pelo constitucionalismo (GODOY, 2012, p. 31):

O constitucionalismo e a democracia são dois dos principais fundamentos do pensamento político moderno. Se, por um lado, o mote principal do constitucionalismo (liberal e moderno) é a limitação do poder do Estado em favor das liberdades individuais, a democracia (liberal e moderna) ocupa-se da participação dos cidadãos no processo de tomada das decisões políticas.

Todavia, este não é o único modo de compreender o constitucionalismo, tratado em acepções jurídica, histórica ou mesmo sociológica. Por exemplo, em sentido amplo, costuma-se identificar o constitucionalismo como um movimento que, ao longo da história das sociedades, buscou instrumentos jurídicos fundantes, capazes de disciplinar a organização política de um povo e, mais precisamente, a forma de aquisição e exercício do poder, bem como o relacionamento do Estado com seus cidadãos.

Utilizando sentido mais estrito, com ampla aceitação doutrinária, vemos que Joaquim José Gomes Canotilho (1999, p. 47) identifica o constitucionalismo como “uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos”. Conforme esse sentido, o qual que será adotado e compreendido no presente estudo, tal movimento consiste em uma busca progressiva pela limitação do poder estatal em prol dos direitos dos governados.

Cabe ressaltar que, com o passar dos séculos, esse ideal se tornou progressivamente mais complexo, a encampar também a busca por constituições que pudessem não apenas coibir o arbítrio estatal, mas também realizar positivamente os direitos fundamentais, com vistas, em última análise, à concretização da dignidade da pessoa humana.

Tal evolução correspondente à própria sucessão histórica das constituições e documentos equivalentes, sendo encontradas desde a Idade Antiga tentativas racionais de limitação do poder dos governan-

tes, como é o caso do povo hebreu, com a chamada “Lei do Senhor”.

Como forma didática de compreensão desse processo histórico, podemos compreender duas grandes fases do constitucionalismo: o antigo, em que o direito de certas classes eram garantidos por costumes ou normas escritas em face do monarca, limitando seu poder, e o moderno, consistente no movimento que, por volta do século XVIII, confronta e revoluciona, “nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político” (CANOTILHO, 1999, p.48).

Dessa forma, muito embora no constitucionalismo antigo tenhamos visto documentos relevantes, como a sempre lembrada Magna Carta inglesa de 1215, tais movimentos eram restritos e geralmente visavam à limitação arbítrio estatal mais como uma forma de acomodação do poder entre estamentos dominantes do que como revolução das estruturas de organização política da sociedade.

De modo diverso, o constitucionalismo moderno não se resume a documentos esparsos e atinentes aos direitos de uma nobreza que se via preterida pelo monarca absoluto, mas sim representou a conquista de constituições escritas e com normas sistematizadas, visando uma reforma política mais profunda, com a redefinição da origem e forma de exercício do poder estatal, tudo como reflexo de inovações culturais, filosóficas e sociais vivenciadas a partir do século XVIII.

É o caso das constituições norte-americana de 1787 e francesa de 1791, que inauguram um novo tipo de ordem política: o Estado Liberal de Direito. Nesse novo sistema, o poder resta limitado pela tripartição das funções estatais, pelo conceito de soberania popular e, especialmente, pela previsão de direitos fundamentais individuais, oponíveis verticalmente ao Estado para exigir-lhe abstenção de interferência na esfera privada, sendo os principais: direito à liberdade, à propriedade e à segurança, conhecidos por direitos fundamentais de primeira geração ou liberdades públicas negativas. É como ressalta

Pedro Lenza (2015, p.72), lembrando da influência do pensamento do liberalismo político e econômico que prevaleceu na época:

Podemos destacar, nesse primeiro momento, na concepção do constitucionalismo liberal, marcado pelo liberalismo clássico, os seguintes valores: individualismo, absenteísmo estatal, valorização da propriedade privada e proteção do indivíduo. Essa perspectiva, para se ter um exemplo, influenciou profundamente as Constituições brasileiras de 1824 e 1891.

Todavia, por não realizar condições dignas de vida aos cidadãos, provocando profunda injustiça social e posterior colapso econômico, tal modelo foi sendo paulatinamente substituído pelo chamado Estado Social de Direito ou Estado do Bem-estar Social, em que constituições como a mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919 (Alemanha) passaram a buscar a justiça social, contemplando direitos fundamentais sociais ou prestacionais, como direito à educação, direito à previdência social, direitos trabalhistas e aquele que é objeto principal de nosso estudo, o direito fundamental à saúde.

Essa é a segunda fase do chamado constitucionalismo moderno, a qual, por sua vez, também passaria por uma profunda modificação, precipitada pela Segunda Guerra Mundial e pelas atrocidades cometidas pelo nazifascismo, que se utilizou, ironicamente, de Estados de Direito para vilipendiar a vida de milhões de pessoas.

Essa tragédia humanitária e o relativo insucesso dos movimentos constitucionais anteriores impuseram uma nova concepção de Estado e de Constituição, com ênfase em um valor supremo, que agora estaria positivado: a dignidade da pessoa humana.

2.3 Advento histórico do neoconstitucionalismo

O constitucionalismo pós-moderno ou neoconstitucionalismo representa uma renovada concepção de Constituição, Direito e, con-

sequentemente, de Estado, tendo sido construída a partir da metade final do século XX e que se funda, principalmente, na força jurídico-normativa das constituições, capazes de concretizar a democracia e os direitos da pessoa humana no mundo dos fatos.

Relembremos que o objetivo desse estudo não é propriamente esgotar o tema amplo e complexo do neoconstitucionalismo, mas sim analisarmos quais de seus aspectos influenciam na função jurisdicional, na atuação do Ministério Público e na concretização do direito fundamental à saúde. Por tal motivo, a análise desse movimento constitucional contemporâneo se restringirá sobre os aspectos e fundamentos que guardem estrita relação com o objeto ora proposto.

Para compreendermos de forma panorâmica e didática o constitucionalismo pós-moderno, socorremo-nos à brilhante lição de Luis Roberto Barroso (2005, p.5), que estabelece três marcos bem definidos - histórico, jurídico e teórico -, que conduziram ao surgimento desse movimento, afirmando que:

O neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito”.

Mais do que marcos ou pontos de inflexão, consideramos tais fatores como verdadeiros elementos estruturantes do neoconstitucionalismo, sendo indispensável sua análise objetiva.

No aspecto histórico, vemos que a precipitação de uma grande

mudança no constitucionalismo mundial deu-se com a deflagração e término da Segunda Grande Guerra, em que vimos que Estados totalitários, embora submetidos a leis e constituições, cometeram atrocidades contra segmentos sociais, através da institucionalização de políticas xenófobas, racistas e genocidas. Diante disso, a comunidade internacional compreendeu que a existência de um Estado de Direito era algo que, por si só, não seria capaz de garantir a plena realização da dignidade das pessoas, eis que as próprias leis e os institutos delas decorrentes distanciavam-se, no plano material, dos ideais de democracia, solidariedade e justiça.

Como resposta aos horrores vivenciados e a falência do modelo de Estados puramente legalistas, iniciou-se no período pós-guerra um amplo movimento de redemocratização e reconstitucionalização, especialmente em países europeus. Tendo como referência a Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948 e a Lei Fundamental Alemã de 1949, as novas constituições passam a expressar novos valores e direitos fundamentais, criando mecanismos para sua efetiva concretização, tudo como forma de alcançar e universalizar o princípio supremo da dignidade da pessoa humana.

Nasce assim o Estado Democrático de Direito, contemplando em suas normas fundamentais valores como soberania popular, solidariedade, fraternidade, pluralismo político, direitos à vida, à paz, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, dentre outros, denominados direitos fundamentais de terceira geração ou dimensão. Houve, pois, notável rematerialização das constituições, que se tornaram geralmente analíticas.

Todavia, para pôr em prática o ideal de normatividade plena desses novos princípios e direitos, garantindo-os inclusive pela tutela jurisdicional, seria preciso a convergência de dois outros marcos fundamentais: o advento do pós-positivismo (marco filosófico) e a reformulação da teoria jurídico-constitucional (marco teórico), que serão melhor detalhados nos tópicos seguintes.

2.4 Marco filosófico: o pós-positivismo e normatividade dos princípios e direitos fundamentais

Veremos que a evolução histórica, por si só, não teria sido suficiente para a formação de um novo constitucionalismo, cujos ideais exigem uma base filosófica renovada e transformadora da interpretação e aplicação das normas jurídicas.

De fato, de nada adiantaria termos novos documentos constituintes, repletos de princípios e direitos fundamentais, sem que pudéssemos conferir-lhes normatividade e imperatividade, ou seja, sem que seus titulares pudessem deles usufruir no plano fático, mesmo que se utilizando da via coercitiva judicial. A essa nova teoria dos princípios, reconfigurados em sua natureza, qualidade e operabilidade, deu-se o nome de pós-positivismo.

Para compreender tal movimento, de ampla repercussão na tutela judicial dos direitos fundamentais, precisamos ressaltar inicialmente que ele se caracteriza pela reaproximação entre Direito, Moral e Filosofia, como dito outrora.

Anteriormente, na vigência do chamado positivismo clássico ou juspositivismo, símbolo do início do século XX, a ciência jurídica e seus institutos eram tidos por plenamente dissociados de fatores morais e filosóficos, como justiça, legitimidade e solidariedade. Sob essa ótica, liderada por Hans Kelsen, o Direito resumia-se às normas: mecanismos puramente objetivos e racionais de exigir o comportamento humano, ou seja, comandos de puro “dever-ser”. Assim sendo, elementos de ética, moral e filosofia não deveriam compor a constituição, a interpretação e a aplicação das normas jurídicas.

Ressaltando essa pretensa neutralidade jurídica defendida pelos juspositivistas, Miguel Reale (2000, p. 253) ensina a origem de tal pensamento:

O que é inegável, porém, é a existência na doutrina de Kant do germe do positivismo jurídico que reduziu o Direito à

Lei e tornou o Estado fonte única do Direito, contribuindo, de maneira poderosa e quase decisiva, para que se generalizasse a caracterização do Direito como regra destinada a reger as ações externas, em contraposição à Moral que só cuida dos motivos das ações, isto é, das ações internas.

É com base nesse positivismo clássico que ascenderam os ordenamentos jurídicos dos Estados totalitários em meados do século XX. Embora tais sociedades fossem formalmente submetidas ao império da lei, não se admitiam considerações de justiça e dignidade humana na operabilidade do Direito, favorecendo toda sorte de atrocidades contra segmentos sociais considerados indesejáveis para a elite política.

Na ordem juspolítica, um dos efeitos mais importantes dessa concepção rígida e estanque do Direito deu-se na própria atividade jurisdicional, através da qual juízes deveriam apenas declarar a suposta “vontade da lei”, sem qualquer investigação atinente aos seus fins sociais ou imposições de equidade e justiça.

Em contraponto a esse panorama é que se levantou o pós-positivismo, promovendo uma ampla releitura moral do Direito e da norma, que passaram a ser permeados, em sua construção, interpretação e concretização, pelos princípios e direitos considerados fundamentais. Em outras palavras, os princípios, inclusive aqueles veiculados na forma de direitos e garantias, passaram a ter normatividade, sendo dotados de exigibilidade jurídica. É exatamente esse o ponto de encontro entre pós-positivismo e o neoconstitucionalismo:

[...] a doutrina que tem enfrentado o tema faz a análise do assunto a partir da guinada do direito constitucional e da inserção dos seus princípios como diretrizes fundamentais da ordem jurídico-democrática. O pós-positivismo abraçaria todas as concepções de pensamento que procuram valorizar os princípios como mandamentos de otimização de uma ordem jurídica, democrática, pluralista e aberta de valores. As concepções mais atuais em torno do neoconstitucionalismo estão inseridas dentro do gênero pós-positivismo (ALMEIDA, 2008, p. 4)

Esse novo paradigma é fundamental para compreender a legitimidade da atuação moderna e assertiva do Poder Judiciário que, visando cumprir os comandos imperativos da Constituição, pode hoje obrigar o Poder Público a satisfazer ao cidadão um direito fundamental nela enunciado, como é o caso do tão relevante direito à saúde.

Para compreendermos a normatividade finalmente conferida aos princípios e direitos fundamentais, e sua relação com uma maior liberdade de atuação da jurisdição (ativismo judicial), é importante analisarmos a nova concepção de estrutura e operabilidade desses valores.

Grande parte do que entendemos hoje sobre a moderna teoria dos princípios deve-se ao primoroso estudo de Ronald Dworkin e Robert Alexy, a partir da década de 70. Sem pretensão de esgotar o tema, o que fugiria ao propósito deste trabalho, podemos afirmar resumidamente que, para os juristas, os princípios são verdadeiras espécies do gênero norma jurídica, ao lado de uma outra espécie, as regras. Nesse sentido, as normas-princípios e normas-regras possuem iguais juridicidade e imperatividade, sendo ambas exigíveis na via judicial, inclusive. A diferença ocorre em apenas alguns aspectos, como estrutura, interpretação e aplicação.

As normas-regras são aquelas que, pela própria natureza, visam a reger casos específicos e individuais, de modo que sua aplicação sempre afastará a aplicação de outra regra que seja com ela contraditória, utilizando-se critérios de cronologia, hierarquia ou especialidade. Tal operação consiste em mero silogismo, subsunção lógica do fato àquela única norma aplicável. Aqui, temos os chamados “comandos de definição”, submetidos à lógica do “tudo ou nada”: a regra jurídica é integralmente aplicada ou, caso contrário, acaba sendo afastada por outro comando normativo específico e individual.

Por seu turno, as normas-princípios, como é o caso dos direitos fundamentais, possuem maior generalidade e abstração, justamente por enunciarem valores fundamentais de uma sociedade. Esse for-

te conteúdo axiológico das normas-princípios faz com que todas estejam atreladas, direta ou indiretamente, à dignidade da pessoa humana, de modo que sua aplicação não pode suprimir e afastar completamente os outros princípios.

Por isso, e pela ampla generalidade, princípios são aplicados como “comandos de otimização”, ou seja, em situações concretas não há o afastamento completo de um princípio para aplicação de outros. O que ocorre é a aplicação de cada valor na medida do possível, ou seja, de forma gradual, em conjunto com outros princípios, cujo peso será definido, em cada caso, pelo intérprete. A esta operação chama-se ponderação ou balanceamento de valores, e tem como principal instrumento interpretativo o juízo de proporcionalidade.

É como bem resume o constitucionalista Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 189-190):

As normas que os consagram — denominadas “norma de direito fundamental” — são da espécie “normas-princípios”, já que expressam mandados de otimização (Optimierungsgebote), distinguindo-se das normas-regras que, menos abstratas e menos genéricas, descrevem uma hipótese fática e prevêm as consequências jurídicas de sua ocorrência.

Como é notório, essa lógica de interpretação e aplicação das normas-princípios permite maior dinamismo e liberdade ao intérprete-julgador, que não está, portanto, vinculado a declarar estritamente o que se chamava de “vontade da lei”. Na verdade, sob a égide da proporcionalidade, poderá conferir eficácia gradual de um ou mais princípios no caso concreto, realizando, em última análise, a vontade da Constituição e das normas que veiculam direitos fundamentais, em um processo criativo denominado ativismo judicial.

E é assim, pois, que a renovada teoria dos princípios confere a técnica jurídica necessária para que o Estado-Juiz realize sua ampla e legítima função de concretizar os direitos fundamentais, especialmente em face do Poder Público.

O estudo desse ativismo, com base na nova hermenêutica constitucional, será realizado em capítulo próprio, em que se traçará uma linha comparativa com as demais funções estatais e com o novo papel do Ministério Público, tudo à luz do neoconstitucionalismo.

2.5 A força normativa da Constituição

Compreendido o marco filosófico que favoreceu a construção do neoconstitucionalismo, chegamos ao marco mais expressivo desse novo movimento, qual seja, o reconhecimento de que a Constituição e os direitos fundamentais que a compõem são dotados de plena normatividade, sendo assim capazes de conformar o comportamento de todos os cidadãos e do próprio Poder Público aos seus ditames.

De fato, de nada adiantaria o advento de constituições rematerializadas com um amplo espectro de direitos fundamentais, se suas normas não fossem dotadas de exigibilidade e coercibilidade.

Apesar de atualmente vermos a força normativa como elemento indissociável dos documentos fundantes do Estado e da sociedade, a verdade é que nem sempre as constituições tiveram a necessária imperatividade. Isso porque, até o início do século XX, a Constituição era geralmente vista como conjunto de meras exortações ao legislador e administrador, sendo raro o poder vinculante de suas ações.

O panorama veio a se modificar com os ensinamentos de Hans Kelsen, que, embora adotasse a visão juspositivista de neutralidade do Direito em relação à Moral e Filosofia, já conferia importância ímpar aos documentos constitucionais, considerando-os o ápice de uma pirâmide escalonada, fundamento de validade de todas as normas inferiores em hierarquia.

De modo ainda mais incisivo, temos em Konrad Hesse o primeiro grande estudo relativo à força normativa das constituições, superando a visão de Ferdinand Lassale, que as concebia como simples “folhas de papel”, meras recomendações aos governantes e governados.

Sobre a visão de Hesse, ensina Leo Van Holthe (2007, p.33) que “como toda norma jurídica, a constituição tem força ativa para mudar a realidade”, acrescentando que “para Hesse, a força normativa de uma constituição depende da chamada ‘vontade de constituição’, que vem a ser a disposição dos indivíduos de orientar a própria conduta segundo a ordem estabelecida na Lei Maior”.

Na verdade, a força normativa e a supremacia da Constituição já vinham sendo delineadas desde a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, ainda em 1803, quando o então juiz John Marshall consagrou o chamado “judicial review of legislation”, que consiste na possibilidade, hoje de aceitação óbvia, de que o magistrado afaste, no caso concreto, normas legais que afrontem o texto constitucional, considerado supremo e normativo.

Entretanto, foi com o neoconstitucionalismo e o pós-positivismo, que a Constituição normativa e suprema passa a contemplar seu objetivo último: a concretização dos direitos fundamentais e do princípio-síntese da dignidade da pessoa humana. E um fator indissociável desse ideal seria possibilidade de exigir judicialmente que a atuação dos poderes constituídos respeitem os comandos constitucionais, seja invalidando seus atos, seja obrigando-os a entregar as prestações que a Lei Maior determina. É como bem ensina a doutrina especializada (BARROSO, 2005, p.4):

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.

Nesse sentido, o Poder Judiciário, em estrita e inarredável obediência à supremacia da Constituição e aos direitos fundamentais, tem o poder-dever de obrigar os demais poderes a cumprirem um comando constitucional, condenando-os às prestações contidas especialmente nos direitos fundamentais sociais, como é o caso do direito à saúde.

3 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO REDIMENSIONANDO AS FUNÇÕES ESTATAIS E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

No capítulo anterior, pudemos compreender que se vivencia hoje no mundo um novo constitucionalismo, que surgiu, historicamente, como uma reação a atrocidades cometidas por Estados totalitários contra a dignidade humana e que, no campo filosófico, representou a reaproximação entre o Direito e a Moral, conferindo juridicidade aos princípios e aos direitos fundamentais.

Superados tais pontos, passemos a analisar um dos fundamentos mais marcantes do neoconstitucionalismo, quais seja, os reflexos da supremacia e normatividade constitucional no arranjo político das funções estatais e em uma das instituições mais importantes do Estado Democrático, o Ministério Público.

É a partir dessa compreensão que se entenderá, ao fim desse estudo, os fundamentos metodológico-formais e a amplitude axiológica do ativismo judicial na tutela do direito à saúde.

3.1 O neoconstitucionalismo na reformulação da teoria da separação dos poderes

Como vimos no início desse estudo, o ideal de limitação do poder estatal, embora menos rebuscado enquanto movimento juspolítico, tem início ainda na antiguidade. Para tal finalidade, com o passar dos séculos, consagraram-se não apenas direitos individuais em face

do Estado, mas técnicas de poder que fossem capazes de conter o arbítrio. Uma das mais importantes técnicas, certamente, foi a teoria da separação e tripartição dos poderes.

Embora já citada por Aristóteles, é em Monstequieu que a divisão de funções estatais ganha destaque fundamental na organização das novas sociedades, tendo sido um dos fundamentos mais expressivos das constituições modernas, como a norte-americana de 1787 e a francesa de 1791. Característica notória dos primeiros Estados Liberais de Direito, a separação dos poderes passou a identificar-se com o próprio conceito de constituição moderna, como se extrai da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, divulgada na França Revolucionária, e cujo artigo 16 afirma que um Estado que não garanta a separação dos poderes e não assegure os direitos individuais não possui uma constituição.

Todavia, assim como ocorreu com a consagração de direitos fundamentais individuais, a separação dos poderes foi idealizada por Estados absenteístas, pautados no liberalismo econômico, sem objetivar a realização da igualdade material e de direitos prestacionais que levassem à justiça social. A teoria foi concebida como obra de seu tempo e, portanto, como um mero instrumento de limitação dos arbítrios do governante em favor da liberdade, propriedade e segurança da burguesia emergente, o que é predominantemente defendido pela doutrina:

As exigências do ideário liberal-burguês foram delineadas na Declaração de Direitos, documento jurídico que representava ao mesmo tempo um manifesto contra a sociedade hierárquica e os privilégios da nobreza, muito embora estivesse longe de poder ser considerado um libelo em prol de uma sociedade democrática e igualitária. O ideal era a formação de um Estado secular, que assegurasse as liberdades civis e as garantias para a empresa privada, e de um governo de contribuintes e proprietários, elevando-se a propriedade privada à condição de direito natural, sagrado, inalienável e inviolável. (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2015, p. 49)

Esse contexto exigia uma separação de poderes praticamente absoluta e rígida, com funções muito bem definidas e um grau de independência que tornava praticamente impossível a interferência de um poder em outro. Afinal, o seu fim último era dividir e enfraquecer o poder do Estado, favorecendo as liberdades individuais. Somando-se isso à predominância do positivismo clássico e do império da lei, em que cabia ao Judiciário apenas declarar a vontade do legislador, resta óbvio que a função jurisdicional tinha papel secundário, não possuindo o ativismo necessário para realizar valores de justiça e dignidade, considerados à época elementos estranhos ao Direito.

Todavia, essa concepção estática da tripartição dos poderes sofreria, década mais tarde, uma profunda releitura com o advento do neoconstitucionalismo e de seu mais importante legado: as constituições normativas, supremas e centrais.

Já analisados os fundamentos históricos e filosóficos desse movimento, podemos dizer que são seus elementos teóricos os que realmente possibilitaram a conquista de constituições que, efetivamente, vinculassem o próprio Estado e seus poderes à realização dos direitos fundamentais. No ponto, não há como deixar de citar a brilhante lição de Ana Paula de Barcellos (2005, p. 2), enunciando que normatividade, superioridade e centralidade representam o fundamento teórico desse constitucionalismo pós-moderno:

Do ponto de vista metodológico-formal, o constitucionalismo atual opera sobre três premissas fundamentais, das quais depende em boa parte a compreensão dos sistemas jurídicos ocidentais contemporâneos. São elas: (i) a normatividade da Constituição, isto é, o reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas, dotadas, como as demais, de imperatividade; (ii) a superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica (cuida-se aqui de Constituições rígidas, portanto); e (iii) a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos, por força do fato de que os demais ramos do Direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a Constituição.

Nesse sentido, viu-se a antiga supremacia material (axiológica) somar-se à supremacia jurídico-formal de Hans Kelsen, de modo que as constituições tornaram-se o ápice jurídico-valorativo de um sistema jurídico. A conquista da força normativa decorreu justamente dessa superioridade no escalonamento de normas e, como vimos, também da juridicidade dos princípios e direitos fundamentais. Por fim, a centralidade da Lei Maior coloca-a definitivamente no cerne do sistema, tornando-a referência interpretativa de todos os ramos do Direito.

Por serem o coração de uma constituição pós-moderna, também os direitos fundamentais gozam da mesma supremacia e imperatividade das demais normas constitucionais, o que, somado ao seu elevado teor axiológico, torna-os capazes de vincular os próprios poderes estatais ao seu efetivo cumprimento, sob pena de ruptura de todo o sistema jurídico.

Nesse sentido, vemos que o neoconstitucionalismo, em seu marco teórico, tornou os poderes Executivo e Legislativo obrigatoriamente vinculados à realização dos direitos fundamentais. E para tal fim, legitimou-se o Poder Judiciário para garantir o cumprimento não da mera vontade da lei, mas da integridade normativa da própria Constituição, podendo conformar os demais poderes à imperatividade da Lei Maior.

Tudo isso se dá com o protagonismo fiscalizatório, indutor, resolutivo e demandista do Ministério Público, instituição que recebeu das constituições democráticas a missão de exigir o cumprimento dos direitos fundamentais relativos aos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Nos tópicos a seguir, compreenderemos melhor essa nova dinâmica dos poderes e funções estatais, crucial para a eficaz tutela jurisdicional de qualquer direito fundamental.

3.2 A vinculação do Executivo e Legislativo à normatividade dos direitos fundamentais prestacionais

Vimos que, com a eclosão das constituições e Estados sociais, no início do século XX, o constitucionalismo passou a buscar a consagração dos chamados direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão, como direito à saúde, à educação, à previdência social e direitos trabalhistas. Tais direitos tinham como fundamento a busca por justiça social e igualdade material, fatores que foram simplesmente ignorados pelos primeiros Estados liberais de Direito, idealizados para não interferirem nas relações privadas.

Portanto, situações sociais drásticas levaram a uma necessidade de se elencarem direitos fundamentais voltados ao bem-estar das pessoas, representando prestações materiais a que o Estado estaria obrigado diante de seus cidadãos, como a assistência médica e farmacêutica, benefícios sociais, moradia, etc. São chamados, por isso, de direitos fundamentais a uma prestação.

Vê-se que o cumprimento desses direitos não depende de mera abstenção do Poder Público, como ocorre em relação aos direitos de primeira geração, mas sim exige que Executivo e Legislativo criem e executem prestações fáticas-normativas destinadas a concretizá-los materialmente no plano dos fatos.

Surgem então dois dos questionamentos mais essenciais deste trabalho: o Estado estaria obrigado a tais prestações materiais? Se estiver, como o Poder Judiciário poderia obrigar o Poder Executivo a concretizá-las, eis que esse poder é independente?

A resposta ao primeiro questionamento nos remete ao marco teórico fundamental do neoconstitucionalismo, aqui já estudado: a normatividade e supremacia da constituição e dos direitos fundamentais vinculam todos os poderes do Estado. Ora, é preciso ressaltar que a grande revolução dogmática do constitucionalismo pós-moderno foi considerar os princípios e os direitos fundamentais que o veiculam

como normas jurídicas, dotadas de plena imperatividade. Assim, os direitos fundamentais sociais não mais seriam meros conselhos ou exortações ao Estado, mas sim comandos obrigatórios de constituições supremas.

Portanto, atualmente é pacífica a conclusão de que o administrador é estritamente obrigado ao cumprimento todas as normas constitucionais, nelas incluídas os direitos sociais prestacionais, como o direito fundamental à saúde. No ponto, citamos a precisa lição de Nagibe de Melo Jorge Neto (2009, p. 47):

De tudo isso podemos concluir que os direitos de segunda e terceira dimensões são exigíveis quando se apresentarem como direitos subjetivos. Além disso, podemos também afirmar que eles possuem uma dimensão objetiva que impõe ao Estado condutas e o atingimento de certos fins.

Não se pode negar que existe um campo bem definido de plena liberdade de atuação e discricionariedade de atuação dos poderes Legislativo e Executivo. O que se deve deixar claro, por outro lado, é que, pela própria natureza, consistem eles em poderes constituídos, ou seja, são produtos do poder constituinte originário e, como tal, devem absoluta obediência à Constituição e aos direitos fundamentais nela normatizados, inclusive os que demandam prestações materiais. É como ensina Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 233):

De feito, cabem ao Legislativo e Executivo, a princípio, a deliberação acerca da destinação e aplicação dos recursos orçamentários. Todavia, essa competência não é absoluta, pois se encontra adstrita às normas constitucionais, notadamente àquelas definidoras de direitos fundamentais sociais que exigem prioridade na distribuição desses recursos, considerados indispensáveis para a realização das prestações materiais que constituem o objeto desses direitos.

De tal modo, meras alegações de dificuldades financeiro-orçamentárias ou violação da independência dos poderes jamais podem

significar descumprimento e violação dos direitos fundamentais, hoje normativos, supremos e centrais.

A resposta ao segundo questionamento é crucial ao objeto desse estudo, relacionando-se à forma como se desenvolve a intervenção do Poder Judiciário, que deve buscar concretização dos direitos fundamentais sem desarranjar o esquema de tripartição de poderes. O tema será desenvolvido nos tópicos a seguir, em que se mostrará que o ativismo na tutela judicial do direito à saúde está plenamente em consonância com a releitura dada pelo neoconstitucionalismo ao Ministério Público e à própria função jurisdicional.

3.3 O ativismo judicial como instrumento de concretização do constitucionalismo pós-moderno

Compreendido que, em razão da moderna concepção de uma constituição suprema e normativa, os poderes constituídos devem máxima observância aos direitos fundamentais positivados, sejam eles individuais ou sociais prestacionais, surge de logo a necessidade de perquirir como se dá o seu cumprimento. Em outras palavras, a imperatividade dos direitos fundamentais deve representar a possibilidade de seu cumprimento coercitivo, o que naturalmente se opera através da função jurisdicional do Estado.

Esse novo perfil de atividade jurisdicional, que adota como parâmetros de atuação as constituições rematerializadas pela dignidade humana e que analisa influxos ético-morais na interpretação das normas, em muito se difere, como vimos, da concepção estática e submissa do julgador no âmbito do positivismo clássico, operador de um puro silogismo lógico entre fato e norma, e fiel reproduzidor da suposta vontade da lei.

Não queremos afirmar que esse novo perfil do Estado-juiz, mais livre e assertivo para concretizar a Constituição Social, colmatar lacunas e obrigar os demais poderes constituídos ao cumprimento

da Lei Maior seja um ideal unanimemente aceito nem muito menos que deva ser uma atividade irrestrita e universal. De fato, ao longo da história e da progressiva superação do juspositivismo, muitas críticas foram feitas a essa possibilidade de o Poder Judiciário atuar positivamente, para sanar vácuos normativos e omissões públicas.

O que se deve considerar é que, como se revelaram extremamente necessárias no enfrentamento de uma histórica negação e violação dos direitos fundamentais, tais técnicas foram progressivamente adotadas nos ordenamentos modernos, o que vem sendo corroborado pela jurisprudência das supremas cortes no mundo, intérpretes maiores de cada constituição.

Citando o ativismo judicial como resposta necessária às omissões do Poder Público em concretizar direitos fundamentais, assim leciona o douto Ministro Celso de Melo (2012):

Quando se registram omissões inconstitucionais do Estado, sempre tão ilegítimas quão profundamente lesivas a direitos e liberdades fundamentais das pessoas, das instituições e da própria coletividade, torna-se justificável a intervenção do Judiciário, notadamente a desta Corte Suprema, para suprir incompreensíveis situações de inércia reveladas pelas instâncias de poder em que se pluraliza o aparelho estatal brasileiro. (...) Em uma palavra, Senhor Presidente: práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.

Esse protagonismo do Judiciário em realizar a Constituição obviamente deve se submeter a parâmetros de razoabilidade e constitucionalidade, sob pena de cometer-se violação à mesma Lei Maior que se objetiva proteger.

É por isso que, no âmbito do constitucionalismo contemporâneo,

a atividade jurisdicional retira ao mesmo tempo seus fundamentos e limites de uma renovada hermenêutica constitucional, que constitui um dos caminhos seguros na atividade de concretizar os princípios e direitos fundamentais.

De forma resumida, com base na lição de Luis Roberto Barroso (2005, p.6), podemos apontar que os princípios dessa nova hermenêutica são: “supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade”. Tratar-se-á aqui apenas daqueles que fundamentam o ativismo judicial hodiernamente verificado.

A supremacia constitucional foi aqui estudada como decorrência da pirâmide normativa de Hans Kelsen, que coloca a Carta Magna como ápice do sistema escalonado, fundamento de validade de todas as demais normas do ordenamento jurídico. Isso faz com que o operador, especialmente o magistrado, utilize sempre a norma constitucional como parâmetro para aferir a validade de leis e atos administrativos, e não o contrário. Vê-se que essa interpretação conforme a Constituição acaba por garantir que o descumprimento à dimensão objetiva direitos fundamentais leve à declaração de inconstitucionalidade, e, portanto nulidade, de normas e outros atos que os desrespeitem.

Já o princípio da efetividade dispensa maiores contrários, justamente por representar o grande ideal, já tantas vezes referido, do constitucionalismo pós-moderno. Reconhecer e buscar a efetividade dos direitos fundamentais e especialmente da Constituição Social é uma missão institucional do Poder Judiciário e, ao mesmo tempo, um princípio hermenêutico inarredável ao magistrado intérprete.

Por fim, ressaltemos a importância do princípio da razoabilidade, que se revela principalmente na atividade de ponderação de interesses aqui também já estudado. Por manejar princípios e outras normas gerais e abstratas, que, pela alta carga valorativa, não se

submetem à lógica do “tudo ou nada” própria das normas-regras, o magistrado terá que proceder a uma concordância prática, ou seja, a um sopesamento dos valores conflitantes, chegando a uma conclusão que razoavelmente faça preponderar um valor, sem que se exclua inteiramente os demais.

O uso da razoabilidade é fundamental para que o julgador possa obrigar os poderes constituídos a cumprir os direitos fundamentais prestacionais sem que se vilipendie o princípio da separação dos poderes. Tal pode ser realizado, por exemplo, através da modulação no tempo e na forma de seu cumprimento.

Assim, pautados em princípios inovadores, mas tecnicamente seguros, torna-se ainda mais legítimo que o julgador, seja na interpretação de conceitos gerais, seja sopesando valores no caso concreto, tenha hoje uma inédita liberdade de produzir decisões que garantam a maior eficácia possível dos preceitos constitucionais, mesmo que para isso tenha de restringir o âmbito de discricionariedade dos poderes Executivo e Legislativo.

Além desses princípios de hermenêutica, alguns caminhos são propostos pela doutrina como forma de se realizar um controle judicial que seja eficaz e que, por outro lado, não provoque situações injustas, arbitrárias ou antidemocráticas. Nesse sentido, pautados na lição de Ana Paula de Barcellos (2005, p. 11), podemos dizer que a construção dogmática do ativismo judicial na defesa dos direitos fundamentais deve passar, dentre outros fatores, pela identificação dos parâmetros de controle e definição dos instrumentos dessa atuação.

Quanto ao primeiro fator, vemos que os parâmetros da atividade jurisdicional podem consistir em normas puramente objetivas, casos em que eventual violação pelo Poder Público é facilmente aferida. É o exemplo do artigo 212 da Constituição Federal (CRFB) de 1988, que estipula percentuais mínimos de aplicação de verbas públicas na educação pelos entes políticos (BARCELLOS, 2005, p. 12). Tais casos são os menos polêmicos, eis que permitem fácil verificação

do cumprimento do comando constitucional pelo Poder Executivo.

O outro tipo de parâmetro ocasiona um controle complexo, eis que são normas que não impõem quantidade e forma de cumprimento, mas sim objetivos que o Estado social busca alcançar através da Constituição. Pela própria natureza, exigem maior esforço hermenêutico e sopesamento de valores em sua concretização, eis que afetam de modo mais direto a discricionariedade dos Poderes Executivo e Legislativo. É o caso do direito fundamental à saúde, tal como consagrado no artigo 196 da Constituição Federal Brasileira (CRFB), e objeto do presente trabalho.

Em outras áreas, como saúde e assistência social, por exemplo, a definição de metas concretas que decorrem da Constituição e são exigíveis do Poder Público envolvem complexidades maiores e, por isso mesmo, tais temas devem ser enfrentados de forma específica. Que espécie de prestação de saúde deve ser obrigatoriamente oferecida pelo Estado à população como um todo? Não será possível afirmar, evidentemente, que todas as prestações existentes estão nesse rol, sob pena de esvaziar totalmente o espaço de escolha política na matéria e conduzir os recursos públicos a uma possível exaustão, considerando a progressiva sofisticação e o incremento do custo dos serviços de saúde. Isso não significa, de outra parte, que não haja um conjunto de prestações mínimas que deva ser oferecido pelo Estado independentemente do grupo político no poder. (BARCELLOS, 2005, p. 15)

Vê-se que, em tais casos, a discricionariedade inerente ao Estado-Administração e sua limitação em termos de recursos orçamentários, torna mais árdua a tarefa de aferir o que deve ser considerado como violação da norma constitucional. Por outro lado, veremos no capítulo posterior que considerações de ordem orçamentária sucumbem diante do reconhecimento de um patamar mínimo de prestações materiais à dignidade humana, sendo este o critério decisivo para se considerar uma inércia estatal como abusiva e, portanto, impugnável judicialmente. Assim sendo, existirá certamente um patamar de

inércia dos Poderes Legislativo e Executivo que atrai a intervenção obrigatória do Poder Judiciário para fazer cumprir a Constituição, conforme leciona Dirley da Cunha Júnior:

Todavia — e é isso que aqui defendemos — quando os Poderes Legislativo e Executivo mostram-se incapazes ou totalmente omissos em garantir o cumprimento adequado dos direitos fundamentais sociais, em violação evidente de seus deveres constitucionais, cabe inevitavelmente a intervenção do Judiciário, como o terceiro gigante no controle das omissões do poder público. Noutras palavras, quando os órgãos de direção política (Legislativo e Executivo) falham ou se omitem na implementação de políticas públicas destinadas à efetivação dos direitos sociais, cumpre ao Poder Judiciário — co-responsável no processo de construção da sociedade do bem-estar — adotar uma posição ativa e dinâmica na realização das finalidades do Estado Social, desenvolvendo e efetivando diretamente os preceitos constitucionais definidores desses direitos sociais. (CUNHA JUNIOR, 2008, p. 365)

Nesse ponto, a interpretação conforme, a supremacia constitucional e a máxima eficácia dos direitos fundamentais passam a ser princípios a serem confrontados com a discricionariedade dos poderes e a limitação financeira, fazendo com que a balança axiológica possa, nos casos concretos de notória gravidade, pender para a obrigatoriedade de se conceder ao cidadão, por exemplo, um tratamento médico ou assistência farmacêutica até então negados pela Administração.

Por fim, quanto aos instrumentos desse ativismo judicial, é certo que não existem normas específicas para regular com exatidão a forma pela qual se deva dar proceder ao controle judicial de políticas públicas e direitos fundamentais. O que temos são propostas doutrinárias, com respaldo jurisprudencial, de soluções encontradas a partir de mecanismos jurídicos já positivados.

Assim sendo, temos que, pautados no princípio da inafastabilidade do controle judicial de atos lesivos a quaisquer direitos (artigo 5º,

XXV, CRFB), ações diversas podem ser ajuizadas em face do Poder Público contra violações de direitos fundamentais. Instrumentos como mandado de segurança, ação popular e ações ordinárias em geral visam a garantir o direito pretendido, seja anulando o ato lesivo, seja punindo o agente ou, por fim, obrigando o Estado à entrega coercitiva da prestação material referente àquele direito negado ao cidadão, conforme nos lembra Ana Paula de Barcellos (2005, p.19).

Um relevantíssimo instrumento que contempla, a um só tempo, essa gama de tutelas judiciais (mandamental, cominatória, punitiva, etc.) e é capaz de veicular a proteção ampla dos direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões é certamente a ação civil pública, que talvez seja o principal meio conformação coercitiva do Poder Público ao cumprimento dos interesses difusos e coletivos.

E nesse ponto, exsurge a necessidade de compreender o legitimado por excelência para tais ações: o Ministério Público. De fato, chega a ser impensável a construção de um novo constitucionalismo, que pretenda concretizar os direitos fundamentais e realizar a dignidade humana, sem que se consagre uma instituição independente que fiscalize a atuação dos demais poderes, ao mesmo tempo em que substitua a coletividade em juízo, a fim de garantir o inafastável cumprimento dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

3.4 O novo perfil do Ministério Público no neoconstitucionalismo

Certo é que o Ministério Público não apresenta um perfil uniforme de natureza, organização e funções ao longo da história e entre os mais variados países. Em alguns países, a instituição ainda carece da necessária independência frente aos poderes estatais, chegando até mesmo a integrar formalmente o Poder Judiciário, como na Itália, ou exercer a defesa dos interesses do Estado, como em Portugal, o que sem dúvida dificulta a efetiva tutela dos interesses sociais em

face do próprio Poder Público.

De toda forma, consideramos para o objeto de nosso estudo o perfil do Ministério Público Brasileiro consagrado na Constituição Federal de 1988. E como veremos, o nosso atual modelo de instituição está em plena consonância com as propostas do constitucionalismo pós-moderno, que provoca um redimensionamento no esquema organizatório dos poderes e funções estatais, a fim de garantir a supremacia e efetividade dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Sendo a Constituição Brasileira de 1988 um perfeito exemplar do movimento neoconstitucionalista, o documento tratou de dar ao Ministério Público um protagonismo inédito na busca de realização de justiça social e realização da dignidade humana. Para isso, conferiu-lhe definitiva independência frente aos demais poderes, consagrou garantias aos seus membros e, especialmente, atribui-lhe extenso e valoroso rol de funções, tudo a partir da norma-síntese contida no artigo 127 da Lei Maior:

Art. 127. 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.

§ 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Dentre as missões institucionais, talvez a que mais represente a importância do Ministério Público na busca por concretização dos direitos fundamentais seja aquela plasmada no artigo 129, II da nossa Carta Magna, ao atribuir ao “Parquet” a função 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”, o que, em grande parte, é viabilizado a partir de dois instrumentos técnico-jurídicos bastante eficazes e postos à sua disposição, quais sejam, o inquérito civil e a ação civil pública, destinados à proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Essa função de garantir o respeito às leis e à própria Constituição coloca o Ministério Público como fiscal de ações e omissões não apenas das condutas particulares, mas principalmente da atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, sempre que verificados abusos violadores dos direitos fundamentais. É como leciona Emerson Garcia (2014, p. 113):

O Ministério Público, por força da Lei n. 8.625/1993, que repete a regra do artigo 127, *caput*, da Constituição da República, tem o dever funcional de defender a ordem jurídica, o que pressupõe a aferição de todos os atos praticados pelos órgãos do Estado, podendo ajuizar as medidas necessárias à coibição de abusos ou ilegalidades, sempre buscando mantê-los adstritos aos limites da Constituição e do Direito.- Ordem jurídica não guarda similitude com a lei, mas, sim, com o Direito, sendo noção eminentemente mais ampla.

Ora, a previsão de uma instituição independente, alçada como defensora da ordem jurídica, interesses sociais e individuais indisponíveis, e capaz de postular a anulação de atos lesivos, a punição de agentes públicos por desvios de condutas e mesmo a entrega coercitiva da prestação veiculada em norma de direito fundamental é, por óbvio, uma condição essencial para a sobrevivência do neo-constitucionalismo e de seus fins. Daí porque não há como abordar o ativismo judicial na tutela dos direitos fundamentais sem considerar o Ministério Público como um dos protagonistas na provocação desse controle.

Esse reposicionamento político-normativo dado ao Órgão Minis-

terial representou uma ruptura do antigo paradigma de atuação da instituição, que no Brasil já fora tida por subordinada ao Poder Executivo, como na Carta de 1969, e integrante do Poder Judiciário, como na Constituição de 1967, ou ainda, esteve desprovido de qualquer previsão constitucional, como na Carta de 1937 (GARCIA, 2014, p. 97).

Desse modo, quando a Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu artigo 3º, incisos I, III e IV, que a República tem como objetivo construir uma sociedade justa, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos, ao mesmo tempo em que preceitua o Ministério Público como uma instituição autônoma e permanente para defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis, está consagrando o órgão como legítimo defensor dos direitos fundamentais de segunda e terceira gerações diante de qualquer violação, especialmente as cometidas por ação ou omissão do Poder Público.

Nessa toada, pode-se dizer que, com a “Constituição Cidadã”, o Ministério Público adquire um perfil de grande defensor da própria cidadania, tendo ainda por missão defender a ordem jurídica e a democracia, a fim de realizar a dignidade humana subjacente às normas de direitos fundamentais. É como explica Gregório Assagra de Almeida (2008, p. 12):

Assim, entendemos que, das concepções sobre a natureza institucional do Ministério Público, a que melhor explica a sua postura institucional é a que o desloca da sociedade política, como órgão repressivo do Estado, para a sociedade civil, como legítimo e autêntico defensor da sociedade. Esse deslocamento se justificaria por três razões fundamentais. A primeira seria a social, que originou com a vocação do Ministério Público para a defesa da sociedade: ele assumiu paulatinamente um compromisso com a sociedade no transcorrer de sua evolução histórica. A segunda seria a política, que foi surgindo com a vocação da instituição para a defesa da democracia e das instituições democráticas. A terceira seria a jurídica, que se efetivou com a Constituição de 1988, que lhe concedeu autogestão administrativa, orçamentária e funcional e lhe conferiu várias atribuições para a defesa dos interesses primaciais da sociedade.

Em decorrência desse novo paradigma constitucional acerca da natureza, organização e função do Ministério Público, o legislador passou a disciplinar meios e instrumentos de atuação judicial e extrajudicial da instituição, comprovando que, no âmbito de um novo constitucionalismo, a Lei Maior irradia suas escolhas valorativas para todo o sistema jurídico. É o caso da Lei Orgânica do Ministério Público (Lei 8.625/93), Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03), dentre outras, todas estas estabelecendo fundamentos materiais e processuais da atuação do Ministério Público em defesa dos direitos fundamentais, no âmbito coletivo ou mesmo individual.

Ressalte-se que a referida lei consumerista, adotando notável rigor científico, tem em seu título terceiro um conjunto de normas gerais e fundamentais ao que a doutrina passou a denominar “microsistema processual coletivo”. Em outras palavras, embora inicialmente direcionado à tutela dos consumidores, o referido título, ao atrair para o tema a disciplina da ação civil pública (artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor), provocou não apenas um intercâmbio de normas entre os diplomas, mas fez criar um sistema normativo próprio e harmônico, destinado a tutelar especificamente os direitos difusos e coletivos.

Assim, os diversos diplomas que tratam da tutela coletiva encontram nesse sistema próprio, capitaneado pela Lei de Ação Civil Pública e pelo Título III do CDC, toda e qualquer solução jurídica para as aparentes lacunas, de modo que o novel Código de Processo Civil de 2015 tem aplicação meramente residual “assim, considerado um microsistema processual coletivo, o título III do CDC deve ser aplicado, no que for compatível, à ação popular, à ação de improbidade administrativa, à ação civil pública e ao mandado de segurança coletivo. (ZANETI JUNIOR e GARCIA, 2011, p. 14)

No âmbito desse microsistema da tutela coletiva, pode-se dizer que seu principal instrumento processual é certamente a ação civil

pública, disciplinada pela Lei 7.347/85. Vigente ainda sob a égide da constituição anterior e contemplando em sua redação original apenas um rol taxativo de direitos a serem tutelados, referido diploma sofreu relevantíssimo redimensionamento material com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 129, inciso III, dispôs ser função do Ministério Público a promoção da ação civil pública para a tutela de “outros interesses difusos e coletivos”, universalizando o rol de interesses transindividuais a serem defendidos. Reproduzindo o dispositivo constitucional, a Lei 8.078/90 fez inserir o inciso IV no artigo 1º da Lei 7.347/85, também generalizando o objeto da ação.

Para além dos objetos tutelados pela ação civil pública, ganha destaque a legitimidade para sua propositura. Apesar de sua redação atual, em combinação com o artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), elencar um considerável número de legitimados, é certo que a legitimidade do Ministério Público é a de maior amplitude, eis que os entes políticos legitimados somente poderão defender direitos que afetem à respectiva administração pública, a Defensoria Pública somente atuará em defesa dos interesses de pessoas hipossuficientes e as associações agem apenas na tutela da finalidade consagrada em seus estatutos (artigo 5, V, “b” da Lei 7347/85).

Por seu turno, o Ministério Público, por expresse comando constitucional (artigo 129, III, CRFB), pode e deve promover a ação civil pública em face de violação dos direitos fundamentais de natureza difusa e coletiva, e também daqueles individuais que sejam indisponíveis. É nessa concepção que poderá sempre o “Parquet” tutelar o meio ambiente, a saúde pública, o patrimônio público, o direito das crianças, adolescentes e idosos, dentre outros valores correlatos, conforme se extrai do artigo 25, inciso IV, alínea “a”, da Lei 8.625/93.

Diga-se, inclusive, que esta lei, confirmando a normatividade e centralidade da Carta Magna no neoconstitucionalismo, estabeleceu um amplo espectro de instrumentos técnicos e jurídicos para que o Ministério Público atue na defesa desses interesses e direitos fun-

damentais. Com base nesse regime, vemos que a atuação do órgão ministerial deve se dar ainda extrajudicialmente, através do inquérito civil público e de seus poderes de requisição e inspeção frente a outros órgãos públicos ou privados (artigo 26 da mesma lei).

Ainda na esfera extrajudicial, um importante perfil de atuação do “Parquet” é o dito resolutivo, ou seja, o modo de atuação que visa a tutelar os direitos através de soluções que evitem a judicialização do conflito e o desperdício de tempo e recursos que lhe é peculiar. Assim, na busca por meios menos dispendiosos e de certo caráter conciliatório, pode o membro ministerial encontrar, no caso concreto, uma forma de modular a forma e o tempo de atendimento ao direito fundamental violado, desde que isso não inviabilize o próprio objeto da tutela. Para alcançar tal mister, fundamentais são a realização de audiências públicas, expedição de recomendações e celebração dos compromissos de ajustamento de conduta, este último consagrado pelo artigo 5º parágrafo 6º da Lei 7.347/85. É como também leciona a doutrina especializada:

O Ministério Público resolutivo é o que atua no plano extrajudicial, como um grande intermediador e pacificador da conflituosidade social. Marcelo Goulart ainda ressalta que é imprescindível que se efetive o Ministério Público resolutivo, levando-se às últimas consequências o princípio da autonomia funcional com a atuação efetiva na tutela dos interesses ou direitos massificados. Para tanto, é imprescindível que o órgão de execução do Ministério Público tenha consciência dos instrumentos de atuação que estão à sua disposição, tais como o inquérito civil, o termo de ajustamento de conduta, as recomendações, audiências públicas, de sorte a fazer o seu uso efetivo e legítimo. Portanto, nesse contexto, a atuação extrajudicial da Instituição é fundamental para a proteção e efetivação dos direitos ou interesses sociais. A transferência para o Poder Judiciário, por intermédio das ações coletivas previstas, da solução dos conflitos coletivos não tem sido tão eficaz, pois, em muitos casos, o Poder Judiciário não tem atuado na forma e rigor esperados pela sociedade. (ALMEIDA, 2008, p. 13)

Se na fase extrajudicial reside um amplo poder instrutório e resolutivo do Ministério Público, é na seara judicial que sua atuação será mais relevante e crítica, eis que tem legitimidade para perseguir uma tutela de certeza e definitividade, dotada inclusive de coercibilidade em face do demandado, particular ou ente público.

Chega-se aqui ao cerne do presente estudo, em que os fundamentos do constitucionalismo pós-moderno convergem para legitimar uma atuação jurisdicional ativa e assertiva, um Ministério Público protagonista na tutela coletiva de direitos fundamentais e a existência de uma Constituição suprema e normativa, capaz de conformar as ações e omissões do Estado de volta ao respeito aos direitos prestacionais.

Esses elementos de caráter político, técnico e jurídico estão intimamente entrelaçados e se revelam com maior vigor na tutela do direito fundamental à saúde, restando manifesta a tensão existente entre o ideal de concretização da Constituição e a discricionariedade dos Poderes Constituídos. É, pois, da tutela judicial da assistência integral à saúde, promovida pelo Ministério Público, que passaremos a tratar adiante.

4 TUTELA JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE NO ÂMBITO DO NEOCONSTITUCIONALISMO: ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Como já exposto inicialmente, o presente estudo não visa a aprofundar e esgotar o regime jurídico a que está submetido o direito à saúde no ordenamento brasileiro. Objetivamos aqui demonstrar como o constitucionalismo pós-moderno veio a contribuir com a tutela de um direito tão fundamental à realização da dignidade humana, através do redimensionamento das funções do Ministério Público e da construção jusfilosófica de uma atividade jurisdicional mais assertiva e realizadora do bem-estar social posto como um dos fins do Estado brasileiro.

Compreendendo como o direito à saúde pode ser eficazmente tutelado na via jurisdicional e quais são os obstáculos que para isso devem ser superados, poderemos assimilar que a centralidade e imperatividade desse direito fundamental sobrepõe-se às alegações comumente levantadas pelo Poder Público em juízo, como a separação dos poderes, as limitações orçamentárias e a suposta falta de normatividade dos princípios. Enfim, através do direito à saúde, compreenderemos que todos os direitos fundamentais, no âmbito do neoconstitucionalismo, passaram de meras exortações morais para normas vinculantes de todo o poder estatal, em favor da dignidade humana.

4.1 Assistência integral à saúde como direito fundamental dos cidadãos e dever fundamental do Estado

Vimos que o marco teórico do constitucionalismo contemporâneo corresponde ao fim da Segunda Guerra Mundial, em que a humanidade restou perplexa com as atrocidades cometidas por Estados que, embora submetidos ao império da lei, desprezavam quaisquer influxos de justiça, solidariedade e dignidade na formação de seus ordenamentos.

Como expressão juspolítica desse momento de reflorescimento da dignidade da pessoa humana, lançou-se em 1948 a aclamada Declaração Universal dos Direitos Humanos, oriunda da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU). No documento, consagrou-se a fundamentalidade e universalidade dos direitos fundamentais, sobretudo os sociais, que veiculam prestações materiais a serem outorgadas pelo Estado para a plena realização do indivíduo e da Justiça Social.

Tal documento solenemente consagra o direito à saúde, revelando sua essencialidade para a construção da nova realidade, almejada no alvorecer das democracias e constituições do pós-guerra:

Artigo XXV.1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.²

No plano conceitual, temos que a saúde humana foi definida pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como sendo um estado de completo bem-estar físico, mental e social, não consistindo apenas na ausência de doença ou de enfermidade.

Vê-se, pois, que a saúde é, ontologicamente, condição “*sine qua non*” do exercício de todos os demais bens da vida, aí incluídos os demais bens jurídicos. Sem a garantia, defesa e promoção de sua saúde, o indivíduo não pode gozar plenamente dos direitos à educação, ao trabalho, ao lazer, à assistência social, enfim, dos demais direitos sociais, conforme leciona Karyna Rocha Mendes (2013, p. 42):

A saúde é o “primeiro” e o primordial direito social. Sem saúde não há vida digna, não há trabalho, há apenas resquício de vida. É uma premissa do exercício da cidadania. [...] O direito à saúde está interligado a vários outros direitos, como o do saneamento, o da moradia, o da educacional, o do bem-estar social, o da seguridade social, o da assistencial social, o de acesso aos serviços médicos e o de saúde fímósica e psicomáquica.

Diante da indiscutível importância da saúde humana, não haveria razão para a Constituição Federal Brasileira de 1988, nascida no seio do neoconstitucionalismo, e criadora de um Estado de bem-estar social, deixar de contemplá-la como um direito fundamental dos cidadãos e, ao mesmo tempo, um dever fundamental do Poder Público. A própria literalidade dos artigos 196 e 197 da CRFB já revela essas duas faces do bem jurídico:

2 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (1948). Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Como todo direito fundamental, o direito à saúde pode ser compreendido em uma dimensão objetiva e outra de natureza subjetiva. A primeira dimensão, dentre outros aspectos, refere-se às normas de direitos fundamentais como produtoras de eficácia normativa em todo o ordenamento, tanto na limitação e norteamto do poder estatal, como na eficácia entre os próprios particulares, correspondendo a um “dever geral de proteção” (MENDES, COELHO e BRANCO, 2010, p. 344). Nessa concepção objetiva, o direito à saúde é resguardado, por exemplo, por normas penais e administrativas que sancionam condutas lesivas no âmbito da vigilância sanitária.

Ainda no âmbito objetivo, os direitos fundamentais podem significar a proteção de garantias institucionais fundamentais, impondo ao legislador que preserve a essência da instituição e a proteja de vicissitudes políticas e econômicas (CANOTILHO, 2003, p. 475 apud FIGUEIREDO, 2015, p. 55). É o caso do Sistema Único de Saúde brasileiro, verdadeira garantia institucional criada e estruturada pela própria Constituição Federal de 1988 em seu artigo 198, visando ao atendimento integral nas ações e serviços públicos de saúde.

Já a dimensão subjetiva do direito fundamental à saúde é a que mais interessa ao presente trabalho, porquanto consiste na lição de Mariana Filchtiner Figueiredo (2015, p. 49-50), em um plexo de posições jurídico-subjetivas titularizadas pelo indivíduo para, dentre outros aspectos, exigir prestações materiais relativas à assistência integral à saúde, como fornecimento de medicamentos, exames,

cirurgias e insumos diversos.

Se para o cidadão a saúde é, pois, um direito subjetivo público, a própria relação obrigacional aí existente conduz à existência de um correlato dever do Estado em prestar tal assistência. O artigo 197 da CRFB é taxativo nesse sentido, dispondo que o Estado é obrigado, especialmente, a garantir acesso universal aos serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde. Em termos históricos e jusfilosóficos, a positivação constitucional desse dever estatal representa o triunfo do pós-positivismo na ordem jurídica contemporânea, especialmente na brasileira.

Torna-se, assim, indiscutível a imperatividade dos princípios e dos direitos fundamentais que os expressam, de modo que o Judiciário fica plenamente legitimado a tutelar a saúde em face do Estado-Administração, inclusive através de meios coercitivos, se necessário. É como leciona Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 262):

Ressaltamos, entretanto, que o fato de o objeto desses direitos sociais consistir em prestações materiais ou fáticas, não significa que não reclamem, por vezes, atuação legislativa. Em geral, percebemos que as prestações materiais necessárias ao desfrute dos direitos sociais são implementadas pelo legislador. Isso não significa, por outro lado, que é o legislador que criará o direito. Este já foi criado e conferido pela Constituição, com conteúdo suficiente para ser desde logo usufruído, de modo que, se inexistir o atuar legislativo, pode o Judiciário garantir o seu exercício, no desempenho de sua função de controle das omissões do poder público [...].

O principal objeto dessa relação obrigacional entre Estado e os particulares refere-se a prestações materiais que devem identificadas a partir do princípio da assistência integral. No ponto, cite-se a lei 8.080/90, que regulamentou os dispositivos constitucionais acima explanados, dispondo justamente sobre as “condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes”. Em seu artigo 7, in-

ciso II, o diploma estabeleceu como princípios das ações e serviços de saúde a “integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema”.

O princípio da assistência integral é, portanto, o vetor interpretativo que reforça a obrigação do Estado em prestar, a qualquer indivíduo que necessitar, medicamentos, insumos, procedimentos, equipamentos, enfim, qualquer ação ou serviço que vise à promoção, proteção e recuperação da saúde.

Estando, pois, bem compreendidos a possibilidade jurídica de se exigir do Estado prestações atinentes à assistência integral à saúde, é essencial vislumbrar outros aspectos processuais e materiais que envolvem a exigibilidade judicial desse direito, especialmente no que se refere à busca por assistência terapêutica, que consiste na disponibilização de medicamentos e procedimentos (artigo 19-M da Lei 8.080/90)

É importante assim analisarmos de que modo se desenvolve a tutela da saúde através de um de seus principais instrumentos, a ação civil pública, que, como vimos, a partir dos reflexos do neo-constitucionalismo na Carta Magna de 1988, passou a ser utilizada pelo Ministério Público para tutela de quaisquer interesses difusos e coletivos, e mesmo individuais indisponíveis, entre eles o direito fundamental à saúde.

4.2 A Ação Civil Pública e a legitimidade ativa do Ministério Público na tutela individual do direito à saúde

Vimos anteriormente que, a partir da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público ganhou uma dimensão inédita no constitucionalismo brasileiro, adquirindo a feição de instituição plenamente autônoma e defensora não mais dos interesses do Estado, mas sim

dos direitos fundamentais que afetem à sociedade de forma coletiva ou individual.

Para execução dessa missão institucional, a própria Carta Magna (artigo 129, III) conferiu ao “Parquet” os instrumentos fundamentais do inquérito civil público e da ação civil pública, destinados à tutela extrajudicial ou judicial dos direitos difusos e coletivos. Reafirmando a constitucionalização do direito positivo, movimento típico do neoconstitucionalismo, a Lei Federal 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e Lei 8.625/93 (Lei Orgânica dos Ministérios Públicos Estaduais) passaram a expressar a mesma amplitude no rol de direitos a serem tutelados pelo Ministério Público em juízo, neles incluindo-se o direito à saúde.

Se a instituição pode buscar a tutela da saúde de forma coletiva, também o pode perquiri-la no plano individual, o que, de fato, representa grande e relevantíssima parcela das ações por ela ajuizadas. Ora, quando a Constituição, em seu artigo 127, outorgou ao Ministério Público a tutela também de interesses individuais indisponíveis, acabou por consagrar uma verdadeira garantia fundamental aos cidadãos, que não estaria mais sozinho na busca pelo seu direito, podendo-se socorrer da expertise e da força institucional do Órgão Ministerial. Nesse sentido, a doutrina especializada arremata (FIGUEIREDO, 2015, p. 90):

A relevância pública das ações e dos serviços de saúde demonstra o caráter indisponível do direito à saúde, uma vez que se encontra estreitamente vinculado com o direito à vida e a proteção da dignidade da pessoa humana – o que também reforça o argumento em favor de sua materialidade fundamental. É com respaldo na indisponibilidade do direito à saúde, tanto como direito de titularidade individual, quanto na condição de direito coletivo ou difuso, que a jurisprudencial tem aceitado de forma praticamente unânime a legitimidade ativa do Ministério Público, para atuar não apenas como fiscal da lei (custos legis), mas como autor de ações civis públicas, mesmo que em benefício de uma única pessoa.

Essa possibilidade de o Ministério Público tutelar o direito à assistência integral à saúde no plano individual, mesmo que para uma única pessoa, foi pacificado tanto no Superior Tribunal de Justiça (STJ) como no Supremo Tribunal Federal (STF), representando importante êxito na concretização da Constituição social e dos direitos fundamentais:

LEGITIMIDADE - MINISTÉRIO PÚBLICO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - FORNECIMENTO DE REMÉDIO PELO ESTADO. 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.³

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PROTEÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER CONSTITUCIONAL. 1. O Ministério Público Federal tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública a fim de garantir direitos indisponíveis tais como a saúde e a vida. Precedentes. 2. Não havendo, nos autos, recurso extraordinário com o intuito de rever o entendimento de que a legitimidade do Ministério Público estaria respaldada no artigo 127 da Carta da República, cabe a aplicação da Súmula 126/STJ. 3. Agravo regimental não provido.⁴

Essa atuação ministerial se dá por meio da chamada substituição processual, em que, agindo em nome próprio, o Ministério Público defende o direito à saúde pertencente a terceira pessoa. Como espécie de legitimidade extraordinária, tal possibilidade decorre direta e expressamente do ordenamento positivo, tanto da própria Constituição Federal e como da lei de regência da ação civil pública.

Todo esse arcabouço normativo garantidor da cidadania, confirmado pela jurisprudência, somente foi possível com o advento do

3 STF. RE 407902, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 26/05/2009, DJe-162 DIVULG 27-08-2009 PUBLIC 28-08-2009 EMENT VOL-02371-04 PP-00816 RF v. 105, n. 405, 2009, p. 409-411;

4 STJ. AgRg no REsp 1196516/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/09/2010, DJe 04/10/2010.

neoconstitucionalismo, que favoreceu a rematerialização da Constituição Brasileira, conferindo fundamentalidade do direito à saúde e instituindo um órgão independente e permanente para tutelá-lo dentro ou fora da jurisdição, de forma coletiva ou individual.

4.3 Solidariedade obrigacional entre União, Estado e Município na prestação de assistência integral à saúde

Vimos que o direito subjetivo público à saúde corresponde ao dever do Estado de prestar os serviços necessários à sua promoção, proteção e recuperação, conforme o artigo 196 da CRFB e a principiologia da assistência integral, extraída do artigo 7, inciso II da Lei 8.080/90.

Cabe agora ressaltar que tal obrigação é de natureza solidária entre todos os entes políticos, conforme se infere do sistema normativo fundamental da saúde pública. Nesse sentido, o artigo 23, inciso II da Constituição Federal, firma que “é da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II – cuidar da saúde e assistência pública [...]”. Na mesma linha, a Lei nº 8.080/90, em seu artigo 4º, determina que o Sistema Único de Saúde (SUS) é constituído pelo “conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público”.

Restando clarividente a solidariedade entre os entes federativos na prestação da saúde, cabe ressaltar que a estrutura descentralizada, hierarquizada e regionalizada do SUS (artigo 7, inciso IX da Lei 8080/90), distribuindo competências em vários níveis, de forma alguma ilide a responsabilidade solidária, mas apenas visa a garantir maior eficiência do sistema e acesso dos cidadãos aos serviços de que necessitam. É como pensa a respeitada doutrina (MENDES, COELHO e BRANCO, 2010, p. 833):

A competência comum dos entes da federação para cuidar da saúde consta do artigo 23, inciso II, da Constituição. União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde tanto do indivíduo quanto da coletividade e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas cuja a causa de pedir é a negativa, pelo SUS (seja pelo gestor municipal, estadual ou federal) de prestações na área de saúde. O fato de o Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da federação, com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária entre eles.

Cabe ressaltar que, se por um lado, existe a responsabilidade solidária entre os entes políticos pela assistência integral à saúde, por outro não há, em tais demandas, o chamado litisconsórcio passivo necessário. Dessa forma, o promovente, seja a pessoa física, seja o Ministério Público agindo em sua substituição daquela, poderá livremente escolher contra quais dos entes ajuizará a ação devida. Tal entendimento já resta consagrado no STF, no que é seguido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará:

EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL. SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 10.10.2012. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido da responsabilidade solidária dos entes federativos quanto ao fornecimento de medicamentos pelo Estado, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um deles, União, Estados, Distrito Federal ou Municípios. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. Agravo regimental conhecido e não provido.⁵

PROCESSO CIVIL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DO EQUIPAMENTO MÉDICO DENOMINADO LANCETAS PELO MUNICÍPIO DE JUAZEIRO DO NORTE. RESPONSABILIDADE DA UNIÃO, ESTADO E MUNICÍPIO. RESERVA DO POSSÍVEL. INADMISSIBILIDADE. ARTS. 196 E 198 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. GARANTIA DO DIREITO À VIDA E À SAÚDE.

5 STF - ARE: 799978 RS, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 21/10/2014, Primeira Turma, Datada Publicação: DJe-219 DIVULG 06-11-2014 PUBLIC 07-11-2014

RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. O Município de Juazeiro do Norte/CE alega a responsabilidade da União ou do Estado do Ceará para o fornecimento e custeio de materiais de alto custo. 2. A União, Estados e Municípios possuem responsabilidade solidária para fornecer o acesso universal, igualitário e gratuito à saúde, de modo que qualquer um dos entes possui legitimidade para figurar no polo passivo da demanda que intenta a promoção e o acesso à saúde, direito fundamental do ser humano. 3. Ao agravante, compete ingressar com a ação, à sua escolha, em desfavor de todos ou de qualquer um deles isoladamente, por se tratar de litisconsórcio facultativo. 4. Insurge-se, ainda, o Município de Juazeiro do Norte em face do custeio do referido equipamento médico, fato que acarretaria sérios gravames aos cofres públicos. Arguiu, in casu, a aplicabilidade da “reserva do possível”, devendo-se obedecer aos postulados da razoabilidade e proporcionalidade, de modo a restringir o pleito singular do apelado, o qual poderá acarretar prejuízo à coletividade. 5. Conclui-se, portanto, que o direito à saúde, garantia máxima do cidadão, corolário do direito à vida e à dignidade da pessoa humana, sobreleva-se a outros direitos. A reserva do possível não pode ser arguida, pois diante da colisão dos valores em jogo releva-se o direito ao atendimento à saúde. 6. Agravo de instrumento conhecido e improvido. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, conhecer do recurso, mas para negar-lhe provimento, nos termos do voto do relator. Fortaleza, 11 de novembro de 2015 FRANCISCO BARBOSA FILHO Presidente do Órgão Julgador DESEMBARGADOR CARLOS ALBERTO MENDES FORTE Relator.⁶

Por fim, garantindo ainda mais o acesso à assistência à saúde pela via judicial, temos que foi sedimentada no STF⁷ a impossibilidade de o ente demandado postular pelo chamamento ao processo de outro ente que porventura não tenha sido incluído na petição exordial. Tal proibição evita manobras indevidas da defesa e, como ensina Mariana Filchtiner Figueiredo (2015, p. 62), prestigia não apenas a tutela da saúde, mas o acesso à justiça e a razoável duração do processo.

6 TJ-CE - AI: 06261839220158060000 CE 0626183-92.2015.8.06.0000, Relator: CARLOS ALBERTO MENDES FORTE, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: 11/11/2015.

7 STF - AgR-RE n. 607.381/SC, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, unânime, Dje n. 116 de 16-06-2011.

Estabelecido, pois, que a saúde representa um direito subjetivo do cidadão e um correspondente dever estatal, de natureza solidária entre os entes, é preciso ressaltar que a tutela desse bem pretendido, apesar de fundada em fundamentos jurídicos sólidos, costuma ser resistida pelos entes demandados, geralmente a partir de alegações da reserva do financeiramente possível e da separação dos poderes.

Como veremos adiante, cabível é um ativismo judicial que, utilizando-se da proporcionalidade, sopesse esses valores conflitantes e, ao final, garanta um inafastável patamar mínimo de prestações que materializem a saúde plena do indivíduo.

4.4 Concretização do direito fundamental à saúde diante da separação dos poderes e da reserva do financeiramente possível

Ao analisarmos o neoconstitucionalismo, vimos que um de seus principais fundamentos foi o redimensionamento da tradicional teoria da separação dos poderes, que fora consagrada no constitucionalismo norte-americano e francês do século XVIII com o único fim de limitar o poder estatal em favor dos direitos individuais titularizados pela burguesia em ascensão. Nesse contexto, existiu uma supervelocização do Poder Legislativo e das leis, tida como obras perfeitas da razão, de modo que cabia ao Poder Judiciário a submissa função de tão somente declarar a vontade nela contida, para aplicá-la ao caso concreto através de puro silogismo lógico, sem qualquer investigação axiológica.

Com o advento dos direitos fundamentais prestacionais a partir do início do século XX e a consagração da dignidade humana como valor fundamental dos ordenamentos jurídicos do pós-guerra, esse modelo rígido de tripartição dos poderes passou a não se coadunar com a necessidade de se implementar, no mundo dos fatos, os comandos de um novo perfil de Constituição, agora suprema e imperativa.

É nesse contexto que o direito fundamental à assistência integral à saúde, além de ter induzido a criação de um suporte normativo infraconstitucional para sua realização na via judicial, passou a exigir um redimensionamento da separação dos poderes para seu efetivo cumprimento. Nesse novo arranjo, o Judiciário hoje está legitimado e encarregado de entregar aos cidadãos as prestações materiais no âmbito da saúde de que ele necessitar, intervindo diretamente na discricionariedade dos demais poderes.

Por isso, a liberdade de manejar recursos e gerir as políticas públicas de modo algum deve ser tida por irrestrita e absoluta, eis que jamais poderá contemplar a negação ou violação de um dever público fundamental imposto pela Constituição, como é o caso da saúde. É como leciona Ana Paula de Barcellos (2005, p.10), estendendo o alcance do ativismo judicial para o controle e garantia de quaisquer políticas públicas:

Se a Constituição contém normas nas quais estabeleceu fins públicos prioritários e se tais disposições são normas jurídicas dotadas de superioridade hierárquica e de centralidade no sistema, não haveria sentido em concluir que a atividade de definição das políticas públicas - que irá, ou não, realizar esses fins - deve estar totalmente infensa ao controle jurídico. Em suma: não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo.

Arrematando a questão, temos que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nosso intérprete maior da Constituição e, assim, do próprio neoconstitucionalismo, já pacificou a legitimidade e necessidade de que o Poder Judiciário intervenha de forma assertiva para concretizar o direito à saúde que esteja sendo negado pelo Poder Executivo, sem que isso obviamente represente violação à separação dos poderes:

EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. DEVER

DO ESTADO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. 1. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas concretas, assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso da saúde, dever do Estado, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes. 2. Agravo regimental não provido.⁸

Por outro lado, não apenas a separação dos poderes é comumente levantada como questão de defesa para afastar a concretização do direito prestacional à saúde. Existe a questão também legítima, embora igualmente não absoluta, da limitação financeira do Estado para entregar as prestações fáticas que compõem a assistência à saúde e outros direitos fundamentais sociais.

Sabe-se que a promoção dos direitos fundamentais sociais, como o é o direito à saúde, depende necessariamente de recursos financeiros, eis que consistem em prestações fáticas objetivamente destinadas ao indivíduo e à coletividade. Assim, como exemplo, temos que a assistência terapêutica ou médico-hospitalar é naturalmente dispendiosa ao Poder Público, admitindo certo espaço de discricionariedade na gestão e aplicação dos recursos necessários.

Essa realidade acabou por ser reconhecida pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão que, julgando o célebre caso de vagas em universidades públicas, aplicou a chamada Teoria da reserva do financeiramente possível ("*Vorbehalt des Möglichen*"), admitindo que o dever daquele Estado em prestar a educação superior pública estaria limitado pelas suas reais condições financeiro-orçamentárias (CUNHA JÚNIOR, 2008, p.21). De fato, tal julgado contemplou uma realidade comumente verificada, consistindo assim em importante parâmetro a ser utilizado na aplicação das normas sobre direitos fundamentais prestacionais, de modo que, evidentemente, não po-

8 STF - RE: 762242 RJ, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 19/11/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-248 DIVULG 13-12-2013 PUBLIC 16-12-2013

derá o magistrado impor ao Estado-Administração a execução de prestações financeiramente impossíveis ou irrazoáveis.

Contudo, o que se observa na experiência administrativa, especialmente na brasileira, é que o Estado dispende vultosa soma de recursos em áreas bem menos importantes do que a efetivação dos direitos tidos como fundamentais pela própria Carta Magna. Desse modo, especialmente no que se refere ao direito à saúde, a alegação de limitações financeira não pode servir de subterfúgio para descumprimento da Constituição normativa, com uma frontal violação da dignidade da pessoa humana.

É por isso que a doutrina mais abalizada defende que, na ponderação entre a discricionariedade orçamentária do Poder Público e a necessidade de entregar uma prestação essencial à dignidade do homem, deve prevalecer a solução que atenda a um patamar mínimo de direitos fundamentais ou, simplesmente, ao “mínimo existencial”. É o que ensina o grande J. J. Gomes Canotilho:

Das várias normas sociais, econômicas e culturais é possível deduzir-se um princípio jurídico estruturante de toda a ordem económico-social portuguesa: todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais (Minimum core of economic and social rights), na ausência do qual o estado português se deve considerar infractor das obrigações jurídico-sociais constitucional e internacionalmente impostas. Nesta perspectiva, o rendimento mínimo garantido, as prestações de assistência social básica, o subsídio de desemprego são verdadeiros direitos sociais originariamente derivados da constituição sempre que eles constituam o standard mínimo de existência indispensável à fruição de qualquer direito. (CANOTILHO, 1999, p.482)

Na tutela do direito à saúde, essa opção valorativa a ser adotada pelo julgador se manifesta de modo mais evidente, eis que se busca a tutela da própria vida humana. Justamente por isso, a Constituição Federal de 1988 positivou solenemente o dever do Estado de promover e recuperar a saúde do indivíduo, em suas mais diversas

formas. Nesses termos, o próprio legislador constituinte estabeleceu o parâmetro interpretativo ao operador jurídico, legitimando que o Poder Judiciário intervenha para suprir a injustificável omissão estatal na concretização do direito à assistência integral à saúde.

Portanto, com o presente estudo, quer-se deixar claro que, a partir de um novo constitucionalismo, o direito fundamental à saúde foi dotado de centralidade e imperatividade suficientes para limitar a discricionariedade dos Poderes Executivo e Legislativo em sua realização, bem como para legitimar um ativismo judicial que declare uma omissão pública inconstitucional e entregue, inclusive coercitivamente, a prestação material contida na norma. É nesse sentido que a mera alegativa de separação de poderes e limitação orçamentária são inoponíveis à busca pela tutela do núcleo essencial do direito à saúde.

Nesse sentido, em célebre decisão proferida em 2004, na Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45, o Supremo Tribunal Federal finalmente consagrou essa possibilidade de intervenção judicial na omissão indevida do Poder Público em realizar os direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais. E o “leading case” referiu-se justamente a demandas por assistência terapêutica pelo Sistema Único de Saúde, tendo a decisão monocrática do Ministro Celso de Mello se transformado em uma das mais precisas e reproduzidas fontes de compreensão do ativismo judicial na concretização dos direitos fundamentais prestacionais (grifamos):

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas [...], pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a

eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. [...] a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. **Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.**

Com a declaração da própria Corte Suprema, intérprete maior da Constituição Feral, em admitir uma postura assertiva do magistrado em conformar a atuação dos demais poderes ao respeito absoluto do direito fundamental a saúde, tem-se consagrado definitivamente, nesse ponto, um dos principais escopos do neoconstitucionalismo, que é a realização imperativa da dignidade humana nas sociedades contemporâneas.

Após compreendidos exhaustivamente os aspectos normativo-constitucionais que legitimam, sustentam e viabilizam a tutela judicial da assistência integral à saúde, convém analisarmos um último fator relevante, qual seja, a utilização de meios coercitivos para efetivação da tutela eventualmente concedida, o que também recebe importantes influxos do perfil constitucional dado à saúde.

4.5 Legitimidade e legalidade dos meios coercitivos de cumprimento da tutela judicial

Como vimos, o constitucionalismo pós-moderno vem finalmente alcançando o ideal de constitucionalização e normatização dos princípios e direitos fundamentais. Ao buscar-se a juridicidade desses valores, não se deixa de também almejar a sua coercibilidade, porquanto são características indissociáveis. Portanto, a afirmação da supremacia e imperatividade das normas consagradoras dos direitos fundamentais induz a necessidade de utilização de meios jurídicos coercitivos para sua realização no mundo dos fatos.

Nessa busca pela promoção de um direito fundamental, a atuação do Ministério Público revela-se imprescindível, mormente na fase extrajudicial. Munido do Inquérito Civil Público (artigo 129, inciso III da CRFB), o “Parquet” deve adotar, sempre que possível, uma postura resolutiva, na qual a proteção do bem jurídico pode admitir, a depender do caso concreto, modulação da forma e do tempo de seu cumprimento. Dessa forma, estar-se-á privilegiando a eficácia da solução consensual, ao mesmo tempo em que evita o caminho moroso, dispendioso, e por vezes ineficaz, da ação judicial. Temos assim como principais instrumentos de resolutividade as recomendações ministeriais e os compromissos de ajustamento de conduta, estes previstos no artigo 5º, parágrafo 6º da Lei 7.347/85.

Todavia, especialmente no campo do direito à saúde, comumente a violação da norma se mostra patente, exigindo pronta e imediata reparação. Tais situações, somadas àquelas em que o Estado simplesmente se recusa a prestar o serviço devido, evidentemente não se coadunam com um cumprimento temporalmente diferido e negociado com o Poder Público, inadimplente em seu dever constitucional. Nesses casos, a via judicial é o único meio capaz de sanar a violação, sendo necessária a aplicação de medidas coercitivas para garantir a efetividade da tutela do direito fundamental.

Concedida judicialmente a tutela do direito à saúde, seja através de uma sentença de procedência, seja através de tutelas de urgência satisfativas ou cautelares, espera-se inicialmente o cumprimento voluntário do ente demandado, o que, se não ocorrer, induz a adoção de meios coercitivos indiretos ou diretos.

Como principal instrumento de coerção indireta, temos a aplicação da multa diária por descumprimento da tutela, as chamadas “astreintes”, hoje tipificadas no artigo 536 do Novo Código de Processo Civil e de larga utilização nas ações civis públicas de saúde:

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

A possibilidade de aplicação de multa diária contra a Fazenda Pública, a fim de que esta forneça medicamentos ou serviços médico-hospitalares é cristalina também na jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. É permitido ao Juízo da execução aplicar multa cominatória ao devedor pelo atraso no cumprimento da obrigação de fazer, ainda que se trate da Fazenda Pública. 2. Agravo Regimental do Estado do Rio Grande do Sul desprovido.⁹

9 (STJ - AgRg no Ag: 995721 RS 2007/0300259-1, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 20/05/2014, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: Dje 27/05/2014)

Em virtude da fundamentalidade do direito à saúde, e da situação de risco presente em grande parte das demandas judiciais a este relacionadas, meios coercitivos ainda mais incisivos e típicos da tutela executiva, têm sido plenamente aceitos pelos tribunais superiores, o que demonstra o protagonismo do ativismo judicial no novo constitucionalismo. É o caso do bloqueio de verbas públicas do ente político que se recusa a entregar prestações materiais essenciais à promoção e recuperação da saúde, exigindo a jurisprudência, todavia, que a situação de risco e a inércia estatal estejam patentemente comprovadas. Nesses casos, o magistrado estará optando, na ponderação de princípios, pelos valores da vida e da dignidade humana, mitigando o princípio da impenhorabilidade dos bens públicos.

ADMINISTRATIVO RECURSO ESPECIAL – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS BLOQUEIO DE CONTAS DO ESTADO – POSSIBILIDADE. 1. Tem prevalecido no STJ o entendimento de que é possível, com amparo no art. 461, § 5º, do CPC, o bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos pelo Estado. 2. Embora venha o STF adotando a “Teoria da Reserva do Possível” em algumas hipóteses, em matéria de preservação dos direitos à vida e à saúde, aquela Corte não aplica tal entendimento, por considerar que ambos são bens máximos e impossíveis de ter sua proteção postergada. 3. Recurso especial provido.¹⁰

Vê-se, portanto, que a jurisprudência pátria admite a plena interferência do Poder Judiciário em situações que, embora sob a aparência de legítima discricionariedade do Poder Executivo, representam na verdade uma inaceitável violação do dever fundamental de prestar assistência integral à saúde do cidadão. A imposição de meios coercitivos, como o caso do bloqueio de verbas públicas, representam a consagração final da imperatividade dos princípios e da Constituição, algo que, até meados do século XX, era completamente estranho ao ordenamento jurídico-positivo.

10 (STJ - REsp: 959422 RS 2007/0131038-7, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 06/03/2008, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 24.03.2008 p. 1)

Vislumbrando assim que o direito fundamental à saúde pública está sendo efetiva e progressivamente garantido por um Poder Judiciário mais assertivo, bem como tutelado por um Ministério Público independente, seja em seu viés resolutivo ou mesmo demandista, é possível concluir que de fato o histórico ideal de normatividade da Constituição e dos direitos sociais têm se tornado realidade, o que faz o novo constitucionalismo gradualmente cumprir sua promessa de promoção de justiça social e defesa da dignidade humana.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do presente estudo, foi possível constatar que a concretização do direito fundamental à saúde, especialmente na ordem jurídica brasileira, está hoje pautada em fundamentos políticos e jurídico-positivos sólidos e harmonicamente sistematizados, todos originados de um novo constitucionalismo e de seus marcos histórico, filosófico e teórico.

Ao lado de outros direitos fundamentais, viu-se que a saúde humana passou a ser consagrada mundialmente como bem jurídico a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a qual fixou a dignidade da pessoa humana e os direitos desta decorrentes como valores a serem perseguidos prioritariamente pelos novos Estados Democráticos de Direito e suas constituições, em resposta especialmente às atrocidades cometidas por regimes totalitários durante a Segunda Guerra Mundial. Seguindo essa tendência histórica de rematerialização dos textos constitucionais, também a Constituição Brasileira de 1988 elevou a saúde ao patamar de direito fundamental do cidadão e correspondente dever público fundamental.

Por outro lado, a simples menção à saúde e demais direitos fundamentais sociais na carta constitucional por óbvio não seria suficiente para que o cidadão usufruísse das prestações neles encerradas. Estudaram-se então a necessidade e importância da re-

novação filosófica dos princípios e do próprio Direito, contexto em que o pós-positivismo representou sua reaproximação com questões morais, como justiça, legitimidade e solidariedade. Tais princípios estariam agora traduzidos em verdadeiras normas jurídicas, dotadas de imperatividade e coercibilidade.

Pautado assim em paulatina evolução histórica e em uma renovada teoria dos princípios, tem-se finalmente o advento de constituições supremas e imperativas, em que todos os seus comandos, especialmente os direitos fundamentais, vinculam não apenas a sociedade, mas todos os poderes constituídos. Tal normatividade dos direitos fundamentais, conformando toda a organização política da sociedade, provocou um amplo redimensionamento da teoria tradicional da separação dos poderes e das funções institucionais

do Ministério Público, agora protagonista na defesa dos direitos fundamentais de natureza difusa, coletiva e individual indisponível. É essa profunda reconfiguração entre o Direito e Poder que influenciou decisivamente a tutela jurídica da saúde humana nas últimas décadas.

Plasmada na Constituição Federal de 1988 como direito fundamental do cidadão e, ao mesmo tempo, dever do Estado, viu-se a que a assistência à saúde somente passou a ser concretizada em nosso ordenamento com as transformações geradas pelo neoconstitucionalismo. De fato, foi pautado nos comandos de uma Constituição imperativa que o Poder Judiciário recebeu o poder-dever de garantir e concretizar o direito à saúde e as prestações materiais correlatas, obrigação inafastável do Poder Público.

Nesse sentido, compreendeu-se no presente estudo que, especialmente no que se refere ao fornecimento de medicamentos, tratamentos médico-hospitalares e insumos, por serem meios de salvaguarda da própria sobrevivência humana, o Poder Executivo não pode se recusar a cumprir seu estrito dever constitucional, mesmo que alegue observância da separação dos poderes ou limitação financeiro-orçamentária do ente político. Viu-se que tais teses,

embora legítimas, devem sucumbir, na ponderação de valores, à imperatividade do dever estatal de promoção e recuperação da saúde humana, componente inafastável e intangível de um patamar mínimo existencial de cada pessoa.

É assim que o Poder Judiciário ganha definitiva legitimidade para intervir na discricionariedade do Poder Executivo e garantir coercitivamente a assistência integral à saúde quando tal liberdade de atuação do ente está a representar, na verdade, uma abusiva omissão pública inconstitucional no plano concreto. Para a realização desse escopo, destaca-se o instrumento jurídico da Ação Civil Pública e seu principal legitimado, o Ministério Público.

Como reflexo direto do constitucionalismo pós-moderno, a qualificação da saúde como direito fundamental e imperativo proporcionou a positivação jurídica de importantes institutos e técnicas para sua concretização. No ponto, destaca-se: a ampla legitimidade processual conferida ao Ministério Público, para agir como substituto processual da sociedade e de cada indivíduo; o reconhecimento da solidariedade obrigacional dos entes políticos na prestação da saúde pública, reservando-se ao autor da ação civil pública a escolha de quaisquer um para figurar no polo passivo, e, finalmente, a consagração de relevantes meios coercitivos de cumprimento da tutela judicial, incluindo o bloqueio de verbas públicas.

Todos esses mecanismos foram reconhecidos e acatados pela jurisprudência brasileira, especialmente pelo STJ e STF, garantindo-se a plena tutela da saúde humana no plano jurídico-positivo e tornando-a eficazmente fruível no mundo dos fatos.

Dessa forma, podemos concluir que o neoconstitucionalismo não apenas provocou profunda revisão jusfilosófica acerca do Estado, Poder e Direito, mas, efetivamente, gerou progressiva e eficaz positivação de mecanismos específicos aptos a reconfigurar atividade do Poder Judiciário, as funções do Ministério Público e, especialmente, a própria liberdade de atuação do Poder Executivo, tudo por força da

supremacia e imperatividade Constituição, a exigir prestações fáticas e normativas atinentes a todos os direitos fundamentais sociais.

Portanto, à luz do constitucionalismo pós-moderno, a positivação da saúde como “direito de todos e dever do Estado” (artigo 196, CRFB) não mais se identifica com as meras exortações morais típicas do positivismo clássico, mas sim, e definitivamente, deve ser compreendido como um inafastável comando normativo direcionado a todos os poderes constituídos, ao Ministério Público e à sociedade, passível inclusive de ser garantido pela via judicial coercitiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed., Coimbra, Almedina. 1999.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. 2. ed., São Paulo, Saraiva. 2008.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito à Saúde**. Salvador, JusPodivm. 2015.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 4. ed. rev. ampl. e atual., São Paulo, Saraiva. 2014.

GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella**. 1. ed., São Paulo: Saraiva. 2012.

HOLTHE, Leo Van. **Direito Constitucional**. 3. ed., Brasília: JusPodivm. 2007.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: Concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais**. Salvador, Juspodivm. 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 19. ed., São Paulo:

Saraiva. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed., São Paulo, Saraiva. 2010.

MENDES, Karyna Rocha. **Curso de direito da saúde**. 1. ed., São Paulo: Saraiva. 2013.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do estado**. 5. ed., São Paulo: Saraiva. 2000.

SARLET, Ingo, MARINONI, Luis Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 4. ed., São Paulo: Saraiva. 2015.

Periódicos:

ALMEIDA, G. A. de. O Ministério Público No Neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. Disponível em: <<http://www.unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revista-juridicafafibe/sumário/5/14042010170607.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2016.

BARCELLOS, A. P. de. (2005), “Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas”. **Direito Administrativo**. 240, 123: 83-103.

BARROSO, L. R. B. (2005), “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil”, Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>.

MELLO FILHO, J. C. de. Discurso proferido [...], em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do ministro Carlos Ayres Britto na presidência da Suprema Corte do Brasil, em 19/04/2012. **Notícias STF**, 19 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?iDConteudo=205426&caixaBusca=N>>. Acesso em: 4 abr. 2016. STF.