

TUTELA COLETIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE PÚBLICA E A POSSIBILIDADE DE SUA IMPLEMENTAÇÃO PELA ATUAÇÃO INTEGRADORA DO PODER JUDICIÁRIO DIANTE DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL DOS ENTES FEDERADOS – UMA PROPOSTA DE CONCRETIZAÇÃO

CLÁUDIO TENÓRIO FIGUEIREDO AGUIAR*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A legitimidade ativa do Ministério Público na defesa coletiva da concretização do direito fundamental à saúde. 3. A legitimidade passiva solidária dos entes federados. 4. O direito social fundamental à saúde pública como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana. 5. As insustentáveis teses defensivas dos entes federados e a sindicabilidade do direito à saúde junto ao Poder Judiciário. 6. A solução proposta. 7. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A evolução do constitucionalismo desde a formação do Estado Liberal, passando pelo Estado Social até chegar ao Estado Democrático de Direito, significou em paralelo, respectivamente, a afirmação dos direitos humanos de primeira, segunda e terceira⁽¹⁾ dimensões.

O Brasil se mantém na periferia do mundo, porém, teimando em alçar o vôo neoliberal sem ao menos ter garantido um mínimo de dignidade à sua população, não tendo sequer realizado o componente básico do *Welfare State*, composto pela distribuição equitativa de saúde, educação, segurança, previdência social e saneamento básico. Em nosso país, há o descumprimento reiterado dos deveres impostos pelo Poder Constituinte Originário através da violação constante aos termos dispostos na Constituição da República de 1988, que inaugurou um verdadeiro Estado Democrático e Social⁽²⁾ de Direito, com a conseqüente criação de um extenso campo de batalha para a defesa dos interesses coletivos indisponíveis negados à maioria da população.

* CLÁUDIO TENÓRIO FIGUEIREDO AGUIAR é membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

⁽¹⁾ Segundo INGO WOLFGANG SARLET: "Costuma-se, nesse contexto marcado pela autêntica mutação histórica experimentada pelos direitos fundamentais, falar da existência de três gerações de direitos, havendo, inclusive, quem defenda a existência de uma quarta geração" (*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Livraria do Advogado, 3ª ed., Porto Alegre, 2003, p. 50).

⁽²⁾ LENIO LUIZ STRECK nos informa: "Ora, não parece muito difícil entender que a Constituição de 1988 abraçou a idéia de Estado Social, que está alicerçado nos dispositivos que apontam para a sua realização (através de dispositivos que estabelecem a justiça social, a dignidade da pessoa humana,

É este Brasil, real, da maioria, que tem sede e fome de acesso a uma justiça transformadora, que justifica o presente ensaio. Um país miserável para o qual só se pode permitir a autofagia modernista, através da importação crítica dos institutos mais avançados que por ventura se desenvolvam alhures, desde que adaptados à nossa própria realidade para o qual não se pode aceitar a idéia de um Estado meramente subsidiário no defasado estágio de desenvolvimento atual.

Situados o tempo, o país, há que se situar o assunto: a Saúde. Em relação a este direito fundamental, realizar-se-á uma abordagem sob o prisma da tutela coletiva, mais especificamente sobre a precária prestação do serviço médico nos hospitais públicos, eis que a tutela individual, quando necessária, vem sendo constantemente deferida sem maiores dificuldades pelo Poder Judiciário, o que já não ocorre quando são postas em juízo as ações coletivas.

Para exemplificar o que se quer dizer, basta citar o caso das decisões liminares de antecipação de tutela proferidas diariamente nas Varas de Fazenda Pública da Capital do Estado do Rio de Janeiro condenando tanto ao Estado quanto ao Município, sem maiores dificuldades, quando se trata de ação individual, à entrega de medicamento, à prestação de atendimento médico ou, mesmo, para a realização de cirurgia.

Outra, porém, é a situação, quando se trata de ações coletivas, por mais que a questão jurídica seja, em si, a mesma.

As precárias condições estruturais e o atendimento deficiente prestado às populações locais pelos hospitais públicos federais, estaduais ou municipais, têm revelado a negação da prestação do direito fundamental à saúde à população que mais carece deste serviço público inadiável.

Quem não possui condições de manter plano médico ou de ser atendido em rede particular, quando procura a rede pública, em geral acaba sendo submetido a uma brutal violação em sua dignidade.

São as horas na fila, a falta de médicos, de medicamentos, além dos equipamentos obsoletos ou sem manutenção que impedem, diuturnamente, o próprio acesso ao direito fundamental à vida.

Diante das possibilidades que se abrem com a jurisdição constitucional, em especial, pela interpretação substancial e não meramente procedimental dos valores e princípios consagrados na Constituição da República de 1988, procurar-se-á evidenciar mecanismos legítimos de contornar as constantes alegações dos Poderes Públicos a justificarem o descumprimento de seus deveres.

a erradicação da pobreza, das desigualdades regionais, etc., assim como por outros mecanismos de sustentação desses objetivos, como os dispositivos que asseguram a busca dos recursos pelo Estado e que asseguram a intervenção na economia)" (*Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2002, p. 554).

Não apenas no sentido de informar a sindicabilidade dos direitos fundamentais de segunda dimensão, pretende-se indicar um dentre vários caminhos para não aguardar mais nenhum dia para atender aos que não podem esperar pelo atendimento de saúde.

Neste cenário, cumprindo sua missão constitucional de promover a defesa dos interesses coletivos indisponíveis, cabe ao Ministério Público papel preponderante a ser exercido através principalmente da ação civil pública, quando fracassadas as tentativas de composição extrajudicial, permitindo a um só tempo celeridade, qualidade e acesso à justiça, sem a multiplicação de demandas individuais, racionalizando a função judicial e oferecendo uma opção vigorosa para quem não tem tempo de procurar, individualmente, o Poder Judiciário.

2. A LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA COLETIVA DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Por força do art. 127 da Constituição da República, é dever do Ministério Público a proteção do ordenamento jurídico, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Esta relevante missão constitucional é garantida através de uma série de prerrogativas que permitem que o Promotor de Justiça atue com independência e possa, de fato, em prol da sociedade, exercer seu papel de agente de transformação social.

Por tais razões é que não há qualquer interferência indevida na esfera de discricionariedade administrativa, quando o Ministério Público exige do Poder Público o desenvolvimento de políticas públicas minimamente capazes de implementar os direitos fundamentais trazidos pela "Constituição Cidadã", dentre os quais merece lugar de destaque o direito fundamental à Saúde, previsto no artigo 196 da Constituição da República, por razões óbvias, tratando-se de questão atinente ao bem jurídico de maior valor no ordenamento, qual seja, a vida. Este o entendimento defendido por FABIO KONDER COMPARATO, destacado a seguir:

"Ora, no Estado contemporâneo o Ministério Público exerce, de certo modo, esse poder impediante, pela atribuição constitucional que lhe foi dada de impugnar em juízo os atos dos demais Poderes, contrários à ordem jurídica e ao regime democrático. A isto se acresce, ainda, a nova atribuição de promover a realização dos objetivos fundamentais do Estado, expressos no art. 3º da Constituição, pela defesa dos interesses individuais e sociais indisponíveis, consubstanciados no conjunto dos direitos humanos.

A conjugação de ambas essas atribuições, a impediante e a promocional, faz do Ministério Público um órgão eminentemente ativo,

que não pode nunca recolher-se a uma posição neutra ou indiferente diante da violação de direitos fundamentais, mormente quando esta é perpetrada pelos Poderes Públicos. (...)

A própria denominação 'Ministério Público' é esclarecedora a esse respeito. Ministério significa incumbência, ofício ou função. A palavra, assim como o vocábulo cognato 'ministro', provém do étimo latino *minus*. O ministro situa-se, portanto, sempre abaixo de outrem: do maioral ou soberano. Ora, o soberano a quem o Ministério Público deve servir, como o adjetivo esclarece, é o povo, e ninguém mais. *Res publica, res populi* – diz o personagem de um diálogo de CÍCERO. Sacrificar o bem comum do povo ao interesse corporativo do órgão, ou preteri-lo, em razão do indevido compromisso de fidelidade a um governante ou a uma linha de conduta político-partidária, constitui a mais virulenta forma de criminalidade que possa ser praticada pelos integrantes do Ministério Público.

Na verdade, o bem comum do povo consubstancia-se, precipuamente, no conjunto dos direitos fundamentais. E, embora formem eles um sistema solidário e indivisível, é manifesto que num país onde se instalou, desde os primórdios da colonização, a mais funda desigualdade social, a defesa da dignidade da pessoa humana passa, em primeiro lugar, pela realização dos direitos humanos de conteúdo econômico, social e cultural, dado que eles representam, de certa forma, a condição de possibilidade para a extensão, às camadas mais pobres, das liberdades individuais clássicas.

Nessa linha de combate, o Ministério Público deve atuar não só no plano dos direitos subjetivos públicos expressamente garantidos pela Constituição – o direito de acesso ao ensino fundamental e o de percepção do benefício de assistência social de um salário mínimo, declarado no art. 203 – o que, aliás, vem fazendo com inegável zelo; mas deve também exigir judicialmente o cumprimento do dever constitucional de se implementarem políticas públicas nessa área.”⁽³⁾

A sindicabilidade judicial das políticas públicas também é encontrada em RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, pois, como assevera:

“Outro campo importante por onde se vai estendendo o objeto da ação civil pública é o do controle das chamadas políticas públicas, em que se apresenta desde logo o problema da sindicabilidade judicial dos atos de governo, das políticas governamentais, searas em princípio propícias à atividade discricionária da Administração. De modo geral, o entendimento contemporâneo é que apenas ficam poupados do contraste judicial os atos puramente discricionários ou exclusivamente políticos (que, a rigor, são raros ...)

⁽³⁾ *Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva*, Editora Malheiros, 2003, O MP na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, p. 254/255.

(...)

Hoje se entende que a grande maioria dos atos administrativos, em sentido largo, é de algum modo vinculada, seja porque seu agente está no exercício de um múnus público, seja pela própria natureza desses atos de gestão, seja pela precípua indisponibilidade do interesse público.

No ponto, escreve LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN: 'Nesse sentido, a margem de discricionariedade da administração no cumprimento da ordem constitucional social é bastante limitada, o que ocasiona a possibilidade de maior judicialização dos conflitos, pois que as políticas públicas podem ser questionadas judicialmente'. Isso implica, prossegue, em que a atuação do MP 'não é somente de atuar para corrigir os atos omissivos da administração que porventura desrespeitem os direitos constitucionais do cidadão, mas também deve atuar na correção dos atos omissivos, ou seja, para a implementação efetiva de políticas públicas visando a efetividade da ordem social prevista na Constituição Federal de 1988' - "Atuação do Ministério Público na implantação de políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal". *Jornal da Ajufesp*, set. 1998, p. 11.⁽⁴⁾

O que deve então fazer o Ministério Público quando recebe informações indicativas da falência dos hospitais públicos através de relatórios de inspeções realizadas pelas entidades médicas de classe, vigilância sanitária, além das próprias denúncias, muitas vezes anônimas, de médicos que trabalham nos referidos nosocômios, tudo a retratar a total falta de condições para a prestação do serviço de saúde pública adequado à população por conta da evidente omissão inconstitucional do Executivo?

Quedar-se inerte, jamais. Ao invés dessa postura omissiva, deve o Ministério Público, com arrimo no artigo 127 da Carta Constitucional, denunciar a política pública ineficiente, incapaz de dignamente fornecer saúde pública aos necessitados, pleiteando ao Poder Judiciário, destinatário último das esperanças de uma massa de pessoas pobres a quem foi concedida a função de dizer o direito, que determine ao Poder Executivo local a realização das prestações positivas a ele impostas pelo constituinte originário de 1988.

Por certo, em respeito ao disposto no artigo 129, III da Constituição da República, após a demonstração inequívoca da omissão relevante do Poder Executivo, só se abre a busca de uma solução judicial através da propositura da ação civil pública, sendo evidente a legitimidade do órgão de execução ministerial em sua atuação direcionada a obter a tutela do direito à Saúde, de cunho social, integrante da chamada segunda geração ou dimensão dos direitos fundamentais, cuja concretização, vincula-se em regra, às prestações positivas estatais.

⁽⁴⁾ *Ação Civil Pública em Defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores*, Editora Revista dos Tribunais, 8ª edição, 2002, p. 42.

3. A LEGITIMIDADE PASSIVA SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS

A já tradicional defesa de um ente da federação acusando ao outro serve de resposta à opinião pública, mas não se justifica mais perante o Judiciário, devendo ser entendida como litigância de má-fé.

É comum assistirmos na mídia o Município dizendo que a culpa do caos da Saúde é do Estado que, por sua vez, informa que é o Município quem não atende à população local e sobrecarrega a rede Estadual, ou, ainda, que não recebe o repasse federal.

O certo é que para o usuário do SUS, em geral doente, cansado e sem recursos para uma vida digna, pouco importa se a culpa pela deficiência no atendimento médico é do Município, do Estado ou da União.

A Constituição da República assegura a defesa do mais frágil. Há solidariedade entre os entes da Federação, que, se sentindo prejudicados, devem exercer o direito de regresso contra a outra esfera de Poder, mas jamais podem negar atendimento ao usuário do SUS. Neste sentido:

“A Constituição Federal de 1988 consagrou, no que diz respeito à saúde pública, a solidariedade das pessoas federativas, de tal modo que a competência da União não exclui a dos Estados e a dos Municípios (art. 23, inc. II). Tanto é que, em seu art. 198, previu o legislador a criação de um sistema único de saúde e, em seu § 1º, dispôs que o financiamento ocorreria com recursos do orçamento da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

(...)

Essa questão é relevante porque o cidadão hipossuficiente tem o poder de escolha entre as esferas governamentais para acionar e ver efetivado o seu direito à saúde, não prosperando quaisquer arguições, pelo Estado e pelo Município, de ilegitimidade passiva *ad causam* ou mesmo os pedidos de chamamento ao processo dos demais entes federados. Nessa linha, já vem decidindo os Tribunais brasileiros, inclusive em razão do caráter de urgência que norteia as ações em face do Poder Público pleiteando remédios e tratamentos essenciais aos hipossuficientes.”⁽⁵⁾

⁽⁵⁾ *Revista de Direito*, vol. 55, p. 60/61. MARIA CRISTINA BARROS GUTIERREZ SLAIBI, Juíza de Direito no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

4. O DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL À SAÚDE PÚBLICA COMO COROLÁRIO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Direito à Saúde, por estar vinculado diretamente ao Direito à Vida, restou expressamente previsto na Constituição de 1988 como um direito de todos⁽⁶⁾, devendo o Estado estabelecer as formas de garantia da fruição efetiva deste direito fundamental através da concretização do acesso universal e igualitário da população às ações e serviços vinculados com a sua realização.

Esta condição de direito fundamental que à Saúde foi reconhecido na Carta da República de 1988 acabou sendo uma decorrência da ausência do Poder Público neste setor ao longo do tempo. Através desta constatação o legislador originário decidiu criar um dever para o Estado, utilizando-se não meramente de conselhos, mas de normas jurídicas capazes de serem exigidas perante o Poder Judiciário ante a ausência de seu cumprimento, sendo a Constituição Dirigente do Brasil o porto seguro da esperança de promoção da saúde de modo igualitário.

A previsão da Saúde como direito social, portanto, direito fundamental de segunda dimensão, disposto no *caput* do artigo 6º e no artigo 196 e seguintes da Constituição, enseja a participação ativa do Estado através de prestações de cunho positivo, passando pelo desenvolvimento de políticas públicas orientadas à sua promoção, não ensejando a possibilidade de abstenção do Poder Público que, em sendo reconhecida, ensejará a violação direta à própria dignidade da pessoa humana, pois, sem saúde, não há vida e sem vida, não há dignidade.

Comentando o dispositivo Constitucional antes mencionado (art. 196 CF/88), estas são as palavras da Juíza MARIA CRISTINA BARROS GUTIERREZ SLAIBI quando nos informa do dever que cabe ao Poder Público em fornecer meios idôneos para que a população tenha efetivado o acesso à saúde:

“O direito à saúde não é só um dos direitos básicos tutelados pela Constituição da República Federativa do Brasil, mas também por vários documentos jurídicos internacionais atinentes a direitos humanos, posto que o elemento saúde é essencial ao direito de viver com dignidade.

Demonstrada tal premissa maior, reservemo-nos a sintetizar as idéias que colhemos, ao longo dos capítulos deste trabalho, sobre postulação a esse bem maior junto aos entes governamentais e, na

⁽⁶⁾ Art. 196 da CF/88: “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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

sua falta, às instâncias judiciárias, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição brasileira, na busca emergencial de atendimento médico, tratamentos clínicos, medicamentos, entre outros.

Deve o Poder Público, através das diversas esferas governamentais, proporcionar à população meios idôneos e eficazes para que tenha acesso à diagnóstico e prevenção de doenças, assistência clínica e hospitalar quando necessária, além de facilitar a obtenção de medicamentos e tratamentos adequados. Para tanto, é essencial uma constante fiscalização estatal no cumprimento desses deveres pelos órgãos administrativos responsáveis.”⁽⁷⁾

No mesmo sentido do que acima se dispôs, discorreu VICENTE DE PAULO BARRETO, em trecho que merece citação por evidenciar a obrigação que cabe ao Poder Público na concretização dos direitos fundamentais, senão vejamos:

“Outra questão que necessita ser analisada é a de que no Estado Democrático de Direito contemporâneo, os direitos fundamentais básicos estão cada vez mais dependentes da prestação de determinados serviços públicos, pois os direitos fundamentais de defesa somente podem ser eficazes quando protegem as condições materiais mínimas necessárias para a sua realização. Por exemplo, se o poder estatal deixa de desenvolver esforços para atender à população mais carente, que não tem recursos para pagar um plano privado de saúde, essas pessoas acabam sendo ameaçadas diretamente no seu direito à vida e à integridade física. Os direitos sociais, no quadro jurídico-político atual, concretizam a obrigação do Estado de controlar os riscos do problema da pobreza, que não podem ser atribuídos exclusivamente aos próprios indivíduos, restituindo um *status* mínimo de satisfação das necessidades pessoais. Os direitos sociais, econômicos e culturais constituem, junto com as liberdades civis e políticas, o acesso a essa dimensão maior da liberdade.”⁽⁸⁾

Em que pese o inteiro teor das disposições constitucionais, há uma clara divisão entre aqueles que efetivamente têm acesso à saúde, pagando para tanto, e aqueles outros a quem o referido direito é negado peremptoriamente em violação expressa ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF/88), vetor interpretativo de toda a ordem jurídica, por conta das omissões inconstitucionais do Poder Público.

⁽⁷⁾ *Revista de Direito*, vol. 55, p. 60. MARIA CRISTINA BARROS GUTIERREZ SLAIBI, Juíza de Direito no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

⁽⁸⁾ *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Organizador: INGO WOLFGANG SARLET, *Reflexões sobre os direitos sociais*, VICENTE DE PAULO BARRETO, p. 130.

5. AS INSUSTENTÁVEIS TESES DEFENSIVAS DOS ENTES FEDERADOS E A SINDICABILIDADE DO DIREITO À SAÚDE JUNTO AO PODER JUDICIÁRIO

Os entes federados, cada vez mais, vêm sendo demandados em Juízo pelo Ministério Público com o objetivo de serem obrigados a realizarem as prestações positivas necessárias à implementação dos direitos fundamentais de cunho social cuja vinculação é decorrência de imposição feita pelo Poder Constituinte Originário e que, por dizerem respeito às cláusulas pétreas, estão à margem da atuação devastadora do Poder Constituinte Derivado.

Desta litigância contínua com o Estado é possível compendiar as suas mais comuns teses defensivas, que, apesar do brilhantismo dos seus Procuradores, acaba sendo um discurso vazio, incapaz de seduzir qualquer pessoa que tenha algum respeito pela dignidade das pessoas que permanecem diuturnamente sem o atendimento médico mínimo. São discursos típicos daqueles que faziam os sofistas com a devida atualização à pós-modernidade, onde são apresentados os já tradicionais óbices à concretização dos direitos fundamentais de cunho prestacional, quais sejam: Separação de Poderes; Democracia; Discricionariedade Administrativa; Reserva do Possível; Orçamento.

Primeiramente, aduzem que uma decisão condenando o Município a prestar um serviço de saúde eficiente, com o mínimo necessário ao atendimento humano da população local, seria uma afronta à Separação de Poderes, com o que estaria um Poder que não foi eleito pelo povo invadindo a esfera de competência de outro, este sim, sufragado pelo procedimento constitucional adequado consistente no exercício do direito de voto.

Também sustentam que cabe ao governante, no exercício de sua discricionariedade, determinar qual o caminho a ser trilhado na consecução do bem comum, sendo qualquer imposição judicial um atentado à própria democracia.

Por fim, apresenta-se o não menos tradicional argumento da Reserva do Possível e das Escolhas Orçamentárias Trágicas, a ensejar a impossibilidade de deslocamento de uma verba orçamentária de uma determinada rubrica para outra, sob a afirmação de que existem ações políticas em curso capazes de atender a demanda social por saúde, no entanto, sem identificá-las.

Esta argumentação, por demais evasiva e totalmente abstrata, não tem sido capaz de realizar a justiça, tampouco distribuí-la, como deve fazer o Poder Judiciário neste e em outros casos concretos similares.

A Separação dos Poderes deve realizar-se através dos mecanismos de freios e contrapesos, sendo legítima a interferência do Poder Judiciário sempre que a Constituição da República esteja sendo desrespeitada. Neste sentido, indo inclusive além, veja-se a lição de LENIO LUIZ STRECK:

“Em razão do que foi exposto, não há dúvidas em afirmar que o Poder Judiciário não pode continuar a assumir uma postura passiva diante da sociedade. Nessa perspectiva aqui sustentada, entendo que o Poder Judiciário (*lato sensu*, entendido aqui como justiça constitucional) deve ter uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de *checks and balances*, mediante uma atuação que leve em conta a perspectiva de que os valores constitucionais têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias parlamentares (que, a toda evidência, devem obediência à Constituição).”⁽⁹⁾

Quanto ao suposto atentado à democracia diante da interferência do Poder Judiciário na condução das políticas públicas, há que se ter em mente que a realização dos direitos fundamentais é pressuposto da verdadeira democracia, cabendo ao Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito, a proteção do mínimo existencial, onde se insere o acesso à saúde básica.

Onde não estiver garantida à sociedade a concretização do mínimo existencial, jamais existirá a liberdade, e, conseqüentemente, a democracia. CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO, tecendo comentários sobre a forma de conciliar democracia e direitos fundamentais, nos informa:

“os direitos fundamentais são condições procedimentais da democracia e devem, por isso, ser mantidos dentro de uma esfera de intangibilidade, a ser protegida pelo judiciário contra os arroubos das maiorias eventuais. Ainda que limitando o princípio majoritário, em favor de direitos fundamentais, o Judiciário estará, assim, exercendo a função de guardião da democracia e se atendo ao campo da neutralidade política, que se situa o consenso procedimental.”⁽¹⁰⁾

De igual modo manifestou-se DIRLEY DA CUNHA JUNIOR, Juiz Federal da Seção Judiciária da Bahia, em sua recente obra, como se vê a seguir:

“A positivação dos direitos fundamentais pela Constituição é uma das características do Estado Democrático de Direito, devendo estes direitos ser considerados, nesse sentido, como condição de existência e vigência do Estado Constitucional Democrático de Direito, uma vez que, com propriedade, já se averbou que ‘o progresso da democracia mede-se precisamente pela expansão dos direitos e pela sua afirmação em juízo’. Desse modo, os direitos fundamentais integram

⁽⁹⁾ *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Editora Renovar, 2003, *O papel da Jurisdição Constitucional na realização dos direitos sociais fundamentais*, p. 201.

⁽¹⁰⁾ *Teoria da Constituição – Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*. Editora Lumen Juris, 2003, p. 42.

a essência do Estado constitucional, conquanto funcionam como base da Constituição. E uma Constituição sem uma declaração de direitos fundamentais não é digna desse nome.”⁽¹¹⁾

Nesta seara, não há que se falar em discricionariedade administrativa, mas, ao revés, de atuação vinculada do Poder Público, cuja ausência de atuação deverá ser suprida pelo Poder Judiciário.

Sobre a dramaticidade da situação atual da Saúde no Brasil, CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO, fazendo menção ao Censo 2000, divulgado pelo IBGE em maio de 2002, nos informa em sua abrangente obra:

“No que concerne ao setor da saúde, a desarmonia entre a norma constitucional e os dados reais não é menos dramática. Se, de um lado, preceitua a Constituição, no artigo 196, inciso II, e parágrafo único, que – a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo 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, acrescentando, no artigo 198, que – as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado, dentre outras diretrizes, para o atendimento integral ... – verifica-se no citado relatório governamental que a expectativa de vida entre nós é de 65,49 anos, contra, por exemplo, 70 anos, no Suriname, um dos países mais pobres da América do Sul; além disso, morrem no Brasil, por causa da desnutrição e desassistência médica, 56,1 crianças de cada mil que nascem, enquanto que na Espanha, país com economia do mesmo porte, morrem apenas 6 (...).

Percebe-se assim, com facilidade, que o Estado e a sociedade brasileira estão falhando quanto à garantia das condições mínimas de existência humana digna, sem o que inviabiliza-se a fruição dos direitos fundamentais do homem. Sem o mínimo existencial, que a doutrina alemã designa de *existenzminimum*, frustra-se o sistema supralegal de proteções essenciais, aprofundando-se o fosso do nominalismo e do semantismo constitucional, ou seja, frustra-se a efetividade da maioria das normas constitucionais. Melhor pensando, cinde-se a eficácia social da Constituição, que passa a operar seletivamente: efetiva-se para uma minoria em condições de desfrutar em plenitude os direitos básicos à dignidade humana, mas esmorece para aqueles destituídos de meios para viver no cotidiano o padrão existencial idealizado pela Lei Maior. É como se os fatos e as diferenças sociais discriminassem a Constituição, debilitando sua força normativa, para utilizar a expressão de KONRAD HESSE, ao expor: ‘A norma constitucional

⁽¹¹⁾ *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*, Editora Saraiva, 2004, p. 218.

não tem existência autônoma em face da realidade. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. A pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização. Graças a pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela. Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a vontade de poder mas também a vontade de Constituição.”⁽¹²⁾

Quanto à reserva do possível, não pode esta ser oposta à concretização dos direitos fundamentais em seu núcleo mínimo. Em uma eventual colisão de princípios ou regras constitucionais como os que conferem a imutabilidade ao orçamento e a concretização do direito social à saúde básica, há que se flexibilizar a destinação da verba orçamentária para o atendimento do mínimo existencial através de uma ponderação de valores em conflito.

DANIEL SARMENTO aborda justamente esta questão em sua mais recente obra, conforme trecho que se transcreve a seguir:

“Diante disso, afirma-se que os direitos sociais estão sujeitos à reserva do possível, pois sua efetivação encontra obstáculo em limites fáticos muitas vezes insuperáveis.

(...)

Em razão destas dificuldades, durante boa parte do século XX, a doutrina dominante negava a possibilidade de tutela judicial dos direitos sociais e econômicos consagrados nas constituições, rotulando as normas que os positivavam como de caráter meramente programático. Tal posição encontra-se teoricamente ultrapassada, pois mesmo a doutrina ideologicamente mais próxima do liberalismo tem reconhecido alguma eficácia jurídica aos direitos sociais, pelo menos no que se relaciona à proteção do mínimo existencial, vale dizer, à garantia daquelas prestações materiais indispensáveis para a vida humana, sem as quais, sequer o desfrute das liberdades faz-se possível.”⁽¹³⁾

¹²⁾ *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*, Editora Forense, 2003, pp. 276, 281 e 282.

¹³⁾ *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Editora Lumen Juris, 2004, pp. 37/38.

Também são paradigmáticas as seguintes fundamentações em decisões judiciais sobre o direito à saúde e sua prevalência em relação às regras orçamentárias:

"O Estado deve assumir as funções que lhe são próprias, sendo certo, ainda, que problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente (Min. Marco Aurélio)".⁽¹⁴⁾

"A falta de previsão orçamentária não deve preocupar o Juiz que lhe incumbe a administração da justiça, mas apenas o administrador que deve atender equilibradamente as necessidades de seus súditos, principalmente os mais necessitados e doentes (Min. Celso de Mello)".⁽¹⁵⁾

Assim, em respeito aos milhares de pessoas que vivem na exclusão social, há que se ter uma visão substancialista da Constituição, realizadora dos direitos materiais⁽¹⁶⁾ previstos pelo constituinte originário e que sintetizam uma obrigação aos Poderes Constituídos, que devem conformar a sua atuação pautando-a pelo cumprimento prioritário dos direitos fundamentais em seu núcleo essencial, para os quais não cabe o exercício de uma suposta discricionariedade administrativa.

Sobre o posicionamento substancialista, LENIO LUIZ STRECK nos informa:

"Em síntese, a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente. Coloca, pois, em cheque, o princípio da maioria, em favor da maioria fundante e constituinte da comunidade política.
(...)

Conseqüentemente, é inexorável que, com a positivação dos direitos sociais-fundamentais, o Poder Judiciário (e em especial, a jus-

⁽¹⁴⁾ RE 195.192-3/RS 2ª T. STF, unânime; 22.02.2000.

⁽¹⁵⁾ RE 273.834-RS.

⁽¹⁶⁾ Segundo PAULO BONAVIDES: "Os elementos materiais que fazem, por sua vez, a legitimidade da Constituição nessa nova idade do constitucionalismo não são menos importantes que os formais. Pela sua maleabilidade, concretude e variedade não se exaurem em um *numerus clausus*. (...) São perante a realidade brasileira, na caminhada rumo ao Estado Social pleno, entre outros: (...), a saúde pública, (...) A crise constitucional da legitimidade se instaura exatamente quando ocorre uma perda ou déficit de capacidade do Estado para responder às demandas e expectativas econômicas, políticas e sociais dos governados e para promover reformas profundas na Sociedade, ou seja, quando o Estado corre o risco de descumprir o mandato que recebeu do povo para fazer e acelerar a evolução social" (*Teoria do Estado*, Editora Malheiros, 4ª ed., 2003, p. 283/284).

tiça constitucional) passe a ter um papel de absoluta relevância, mormente no que pertine à jurisdição constitucional.”⁽¹⁷⁾

A abalizada lição do magistrado INGO WOLFGANG SARLET, reconhecidamente um grande jurista, especialmente em relação à doutrina dos Direitos Fundamentais, afasta o dogma da impossibilidade da intervenção judicial para obrigar o Poder Executivo ao cumprimento de sua missão constitucional. Neste sentido:

“Por mais que os Poderes Públicos, como destinatários precípuos de um direito à saúde, venham a opor (...) os habituais argumentos da ausência de recursos e da incompetência dos órgãos judiciários para decidirem sobre a alocação e destinação de recursos públicos, não nos parece que esta solução possa prevalecer, ainda mais nas hipóteses em que está em jogo a preservação do bem maior da vida humana. (...) O que se pretende realçar (...) é que, principalmente, no caso do direito à saúde, o reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais (ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana), diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável de qualquer Estado (social ou não) que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a justiça”⁽¹⁸⁾

Consideração que segue a mesma linha nos é fornecida pelo já citado Juiz Federal da Seção Judiciária da Bahia, DIRLEY DA CUNHA JUNIOR, em outra passagem de sua obra, qual seja:

“O Poder Judiciário, como última trincheira de defesa dos direitos fundamentais, também está, evidentemente, vinculado à observância das posições jurídicas que esses direitos consagram. A vinculação do Judiciário aos direitos fundamentais manifesta-se de forma especial, haja vista que ela não só impõe o respeito deste Poder aos direitos fundamentais, como dele exige uma atividade efetiva e ativa de controle da atuação abusiva dos outros Poderes que afetam os direitos fundamentais, contrariando-os ou não os realizando total ou parcialmente. O Judiciário, portanto, tem o dever de conferir aos direitos fundamentais a máxima eficácia possível. É neste contexto que se defende a postura ativa do Judiciário na defesa dos direitos fundamentais, notadamente na defesa daquele direito fundamental à efetivação da Constituição, que o legitima, até mesmo, a substituir provi-

⁽¹⁷⁾ *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica, Uma Nova Crítica do Direito*, Livraria do Advogado, 2002, fl. 141.

⁽¹⁸⁾ INGO WOLFGANG SARLET. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2ª edição ver. atual., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, pp. 302/303.

soriamente os demais Poderes, no exercício da jurisdição constitucional, sob pena de perder a justificativa histórica que lhe confere a condição de Poder mediador dos conflitos e do controle da efetividade constitucional.”⁽¹⁹⁾

No campo da filosofia contemporânea, é possível encontrar no pensamento de JOHN RAWLS⁽²⁰⁾ outra fonte de fundamentação para a concretização dos direitos fundamentais. Baseando-se nos princípios da garantia de liberdade e da distribuição igual para todos, procurou nas Instituições Coletivas legitimadas pelo moderno contrato social, e não nas ações éticas, morais e reiteradas dos indivíduos, a possibilidade da convivência harmônica em sociedade. Por esta visão coletiva que atribui ao corpo social a função primordial de providenciar liberdade com igualdade é que foi possível exigir ações afirmativas, modalidade de prestações positivas, do Estado.

Comentadas as já tradicionais teses defensivas estatais e as razões dogmáticas de não serem sustentáveis aos olhos de quem se sensibilize com o valor da Justiça, não há como negar que o quadro retratado é especialmente sério, reclamando a pronta e serena intervenção do Poder Judiciário. Nas demandas individuais, as decisões judiciais se encontram em quantidade⁽²¹⁾
(22) (23) (24).

⁽¹⁹⁾ *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. Editora Saraiva, 2004, p. 221.

⁽²⁰⁾ “Seguindo uma visão contratualista na esteira de HOBBS e ROUSSEAU, JOHN RAWLS desenvolveu a sua teoria da justiça a partir de um acordo entre todos os membros da sociedade em igualdade de condições. Tal acordo seria obtido em uma posição inicial, hipotética, abstraída de qualquer contexto histórico determinado, em que as pessoas racionais interessadas na promoção de seus interesses, sem conhecer sua posição na sociedade, optariam pela opção da justiça como equidade” (RICARDO LODI RIBEIRO, *Justiça, Interpretação e Elisão Tributária*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2003, p. 15)

⁽²¹⁾ “Nesse contexto, incide sobre o Poder Público a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas - preventivas e de recuperação - que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República. (...) Entendo não assistir razão ao Estado do Rio Grande do Sul, pois o eventual acolhimento de sua pretensão recursal certamente conduziria a um resultado trágico. É que esta postulação (...) impediria, se aceita, que os pacientes, pessoas destituídas de qualquer capacidade financeira, merecessem o tratamento inadiável a que têm direito e que se revela essencial à preservação de sua própria vida” (RE 267.612-RS, relator Min. Celso de Mello).

⁽²²⁾ “[O] Estado deve assumir as funções que lhe são próprias, sendo certo, ainda, que problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente” (RE n.º 195.192-3-RS, Min. Marco Aurélio).

⁽²³⁾ “A falta de previsão orçamentária não deve preocupar ao juiz que lhe incumbe a administração da justiça, mas apenas ao administrador, que deve atender equilibradamente as necessidades de seus súditos, principalmente os mais necessitados e doentes (...) entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde (...) ou fazer prevalecer contra essa prerrogativa fundamental um interesse financeiro e secundário do Estado, (...) razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção (...)” (Min. Celso de Mello, RE 273.834-RS).

⁽²⁴⁾ “Penso que os argumentos articulados pelo Estado do Paraná, além de serem juridicamente inconsistentes, revelam o total desprezo por parte das autoridades públicas encarregadas da saúde no País. O Estado recorrido preocupa-se, nitidamente, em contrapor-se à situação delineada nos

Diversa, porém, é a situação das ações coletivas, onde as demandas formuladas pelo Ministério Público, substituto processual, no interesse de um indeterminado número de pessoas cujo direito à vida e à saúde vem sendo sistematicamente negado pelos entes federados em virtude de suas omissões, não têm encontrado decisões favoráveis, inexplicavelmente.

6. A SOLUÇÃO PROPOSTA

As ações civis públicas propostas pelo Ministério Público em face dos entes federados, na defesa dos interesses sociais indisponíveis dos cidadãos, quando em voga o assunto saúde, ou dizem respeito ao fornecimento de medicamentos gratuitos, ou ao atendimento em hospitais da rede pública.

Tratando mais especificamente do segundo tema, qual seja, as condições de atendimento dos hospitais públicos, os pedidos contidos nas mencionadas ações coletivas, em geral, buscam obter a condenação dos entes federados, inclusive em sede liminar, para a antecipação dos efeitos da tutela, para que supram: *a)* o déficit de profissionais; *b)* a falta de medicamentos; *c)* a falta de estrutura física; *d)* a manutenção dos equipamentos médicos.

Este tipo de pedido tem enfrentado resistência por parte do Poder Judiciário, ainda que haja provas cabais do estado de penúria de determinado nosocômio, por conta do chamado efeito interventivo de um Poder em outro, assunto já enfrentado acima. Além dos óbices mencionados anteriormente, há dificuldade em realização imediata de concurso público, de aquisição de maquinário, entre outras.

Assim, não sendo possível buscar uma solução antecipatória neste sentido, há que se trilhar outro caminho, pois não se pode deixar o usuário do SUS que vá procurar atendimento médico junto à rede pública, sem receber o que a Constituição da República lhe garante, ou seja, acesso gratuito ao direito fundamental social à prestação da saúde pública.

Portanto, em sede de antecipação dos efeitos da tutela judicial, o caminho passa a ser o do atendimento médico daquele usuário que não tenha sido atendido pela rede pública, através da iniciativa privada, custeando-o, o Poder Executivo.

autos com teses jurídicas de custosa credibilidade (desestabilização do Estado de Direito, quebra orçamentária, anarquia dos poderes, falência institucional) para negar à ora recorrente o sagrado direito de sobrevivência.

A existência, a validade, a eficácia e a efetividade da Democracia está na prática dos atos administrativos do Estado voltados para o homem. Na medida em que a autoridade se omite de tomar uma decisão ou de oferecer algum encaminhamento para a questão, dúvida não remanesce de que, sob tal prisma, está violando direito líquido e certo do impetrante.

A doutrina, de modo eloquente, vem defendendo a prioridade do respeito à dignidade da pessoa humana na interpretação das disposições constitucionais atinentes aos preceitos maiores" (ROMS 11.183-PR, relator Min. José Delgado).

Neste sentido, merece destaque o vigoroso texto de DIRLEY DA CUNHA JUNIOR, Juiz Federal da Seção Judiciária da Bahia, anteriormente citado:

“O direito social à saúde é tão fundamental, por estar mais diretamente ligado ao direito à vida, que nem precisava de reconhecimento explícito. Nada obstante, a Constituição Brasileira dispôs que a Saúde é um 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. 196). Aqui fica até mais fácil defender a imediata aplicabilidade desse direito social, com a possibilidade de sua efetivação judicial, uma vez que está em jogo a preservação do bem maior: a vida humana. Assim, constitui exigência inseparável de qualquer Estado que se preocupa com o valor ‘vida’, o reconhecimento de um direito subjetivo público à saúde, uma vez que denegá-lo significaria o mesmo que admitir a aplicação da pena de morte, que é, como se sabe, vedada constitucionalmente (salvo em caso de guerra declarada) e, o que é pior, sem crime e sem qualquer processo.

O direito à saúde compreende também o direito à prevenção de doenças, de tal sorte que o Estado é responsável tanto por manter o indivíduo são, como para evitar que ele se torne doente. (...)

A efetivação do direito social à saúde depende obviamente da existência de hospitais públicos ou postos públicos de saúde, da disponibilidade de vagas e leitos nos hospitais e postos já existentes, do fornecimento gratuito de remédios e existência de profissionais suficientes ao desenvolvimento e manutenção das ações e serviços públicos de saúde. Na ausência ou insuficiência dessas prestações, cabe indiscutivelmente a efetivação judicial desse direito originário à prestação. Assim, assiste ao titular do direito exigir judicialmente do Estado uma dessas providências fáticas necessárias ao desfrute da prestação que lhe constitui o objeto.

Ademais, deve e pode o Ministério Público, através de ação civil pública, provocar a atuação do Judiciário no controle da omissão total ou parcialmente inconstitucional do poder público na implementação das ações e serviços de saúde, caso verifique, por exemplo, que o Município não está concretizando o seu dever constitucional de assegurar o direito em questão, em face da inexistência ou deficiente prestação dos serviços públicos de saúde para a comunidade local, forçando que os municípios se desloquem para outros Municípios ou outros Estados à procura de atendimento médico-hospitalar. A providência judicial não se distingue da acima apontada para a efetivação do direito à educação. Assim, na falta de um posto médico ou unidade hospitalar necessária para assistência da comunidade local, a decisão poderá consistir na condenação do ente estatal a construí-la e fazê-la funcionar regularmente ou a cobrir os custos de um serviço prestado pela iniciativa privada. Se não adotada nenhuma dessas providências, resta,

lamentavelmente, a indenização dos parentes pela perda irreparável da vida humana, em consequência da falta do serviço público de saúde”⁽²⁵⁾ (destaques nossos).

Também é possível constatar a possibilidade de realizar a obrigação originariamente a cargo do Poder Executivo através de terceiros, nas lições de RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, abaixo transcritas:

“Pode-se dizer que a ação civil pública, de natureza condenatória, tem por objeto uma pretensão visando cominar ao infrator uma obrigação de fazer ou de não fazer, que recomponha *in specie* a lesão ao interesse metaindividual violado, sob pena de execução por terceiro, às suas expensas, ou de cominação de multa diária pelo retardamento no cumprimento do julgado.”⁽²⁶⁾

Não é diferente o entendimento de ANA PAULA BARCELLOS, na forma que se segue:

“É bem de ver que o Ministério Público e os demais legitimados para a ação civil pública poderão agir em duas frentes. Na defesa de interesses coletivos, poderão pleitear o custeio pelo Poder Público do ensino fundamental em escolas privadas para um conjunto representativo de indivíduos, como, *e.g.*, de todas as crianças de determinada cidade em que não há escola pública.”⁽²⁷⁾

A referida modalidade de afastamento dos obstáculos à concretização dos direitos fundamentais também está presente na obra de MARCOS MASELLI GOUVEA, nos seguintes termos:

“A primeira espécie de execução a ser analisada diz respeito à tutela de remoção do ilícito através da atuação de terceiros, como ocorre, por exemplo, na hipótese de o juiz condenar o Estado a arcar com os custos da prestação, por particulares, do ensino diferenciado a que faz jus criança especial. Conforme assinala MARINONI, neste caso não há que se falar na execução como um procedimento autônomo; a sentença já possui, por si só, eficácia executiva, bastando que a parte simplesmente a exerça. Cuida-se, mais propriamente, de uma concretização da sentença, e não de sua execução.”⁽²⁸⁾

⁽²⁵⁾ *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. DIRLEY DA CUNHA JUNIOR, Editora Saraiva, 2004, pp. 304/306.

⁽²⁶⁾ *Ação Civil Pública em Defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores*, Editora Revista dos Tribunais, 8ª edição, 2002, p. 37.

⁽²⁷⁾ *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Renovar, 2002, p. 269.

⁽²⁸⁾ *O Controle Judicial das Omissões Administrativas, Novas Perspectivas de Implementação dos Direitos Prestacionais*, Editora Saraiva, 2003, p. 292.

Por outro lado, esta solução antecipatória⁽²⁹⁾ não pode perdurar indefinidamente, mas, tão-somente, enquanto que os hospitais públicos não estejam em condições de atender à demanda local com eficiência e qualidade, razão pela qual outros devem ser os pedidos principais⁽³⁰⁾ de condenação, submetidos à apreciação judicial, sendo certo que dizem respeito às necessidades que devem ser supridas pelo Poder Executivo de forma a permitir que o serviço público de saúde seja prestado regularmente em seus hospitais.

⁽²⁹⁾ Exemplo de tutela antecipada pleiteada recentemente em Ação Civil Pública de nossa lavra proposta contra o Hospital Municipal Cardoso Fontes na cidade do Rio de Janeiro, com indicação da tutela específica pretendida em caso de descumprimento:

“1) que o Município do Rio de Janeiro seja condenado a custear, no prazo máximo de 24h, através do procedimento abaixo descrito ou outro com eficácia semelhante de acordo com a discricionariedade da Administração, o atendimento médico prestado pela iniciativa privada ao usuário do SUS que tenha procurado o HMCF, mas que não tenha sido atendido naquele hospital, seja por déficit de pessoal, ou por deficiência de equipamentos, ou por falta de suprimentos médicos, ou por falta de condições na instalação física, ou ainda, por demora demasiada;

1.1) O HMCF deve fornecer um documento a cada usuário que não puder ser atendido indicando a razão e a Instituição Privada de encaminhamento, assinado pelo médico responsável com controle tais que permitam evitar possíveis fraudes;

1.2) Haverá rodízio no encaminhamento dos usuários às Instituições Privadas a serem cadastradas junto ao Poder Judiciário e ao HMCF após a iniciativa do Poder Executivo Municipal voltada a esta finalidade;

1.3) o usuário será atendido pela Instituição Privada que buscará junto ao Poder Executivo Municipal o ressarcimento através da apresentação do documento originariamente preenchido pelo HMCF e assinado pelo usuário, que deverá ser pago em até 24h;

1.4) o pagamento deve ser feito através da tabela de valores do SUS;

1.5) todos os pagamentos efetuados pelas Instituições Privadas devem formar processos para aferição da legalidade no órgão pagador do Poder Executivo Municipal;

2) caso não seja atendido pelo Município do Rio de Janeiro o pedido acima formulado, na sua totalidade, requer o Ministério Público, com base no princípio da efetividade da jurisdição insculpido no art. 461 do CPC, que seja determinada por V.Ex.a., consoante o seu prudente arbítrio e consoante a resposta ofertada pelo demandado, que estará sujeito à aferição de prática de ato de improbidade administrativa por omissão relevante, a adoção de providências que assegurem resultado prático equivalente ao do adimplemento através da execução específica que pode ser obtida, por exemplo, através de algumas das seguintes medidas:

2.1) bloqueio judicial da verba orçamentária municipal destinada às políticas públicas sob o ponto de vista constitucional não prioritárias, especialmente, àquelas afetas aos Jogos Pan-Americanos de 2007, à realização de shows na orla litorânea, ao patrocínio de clubes de futebol e à publicidade;

2.2) empenho imediato da quantia necessária ao pagamento do particular pelo próprio Judiciário utilizando-se da própria rubrica destinada às ações de saúde, ou ainda, daquela que consta do item b1) *supra*, com a liberação imediata do valor à Instituição Privada;

2.3) não submissão ao regime de precatórios por se tratar de hipótese abrangida pela exceção do art. 100, § 1º-A da CF/88.”

⁽³⁰⁾ Exemplo de pedido principal: “1) seja o réu condenado nas seguintes obrigações de fazer:

1.1) contratação da quantidade de profissionais constatada após a instrução probatória como sendo necessária para que seja prestado um serviço de saúde básica que realize o mínimo existencial, com qualidade e respeito à dignidade da pessoa humana, sem solução de continuidade;

1.2) colocação em perfeito estado de uso dos equipamentos que guarnecem o hospital e que tenham sido identificados como defeituosos ao cabo da instrução probatória;

1.3) realização das obras que tenham sido identificadas como necessárias ao final da instrução probatória;

1.4) fornecimento periódico e contínuo dos medicamentos identificados ao término da instrução probatória como existentes em quantidades insuficientes para a demanda;”

A solução aventada nesta sede inclui a participação de Instituições Privadas de modo voluntário, que deverão atender aos usuários do SUS que não tenham conseguido atendimento junto aos Hospitais Públicos, e, posteriormente, buscar junto ao Poder Público o valor correspondente.

O que não se poderia aceitar seria a exigência de que os usuários do SUS, normalmente pessoas sem recursos, pagassem o atendimento junto à rede privada e depois apresentassem o valor para ressarcimento perante o Poder Público ou em Juízo.

Desta forma, o Poder Executivo deverá buscar o acordo junto às Instituições Privadas para que venham a participar desta solução, cadastrando-as para encaminhamento dos usuários do SUS.

De qualquer forma, não havendo concordância por parte das Instituições Privadas, há a possibilidade de ingresso em Juízo, com base no princípio da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, para pleitear a condenação das referidas Instituições para que aceitem atender sob a tabela de preços do SUS e mediante pronto pagamento aos usuários que não tenham sido atendidos pela rede pública, por conta do princípio da solidariedade social.

Havendo negativa por parte do ente público federado em custear o atendimento na rede privada, por conta de suposta falta de verba pública, incumbiria ao Poder Judiciário, com base no princípio da efetividade da jurisdição, através da tutela específica da obrigação de fazer prevista no art. 461 do CPC, estender a necessária proteção ao direito ao qual se pretende garantir. Insta observar que o pagamento da multa diária não seria capaz de dar a solução que o usuário do SUS sem atendimento médico necessita. Em casos como tais é que se deve buscar a execução do próprio dever estatal por este ou através de terceiros. Neste sentido, mais uma vez o ensinamento de RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO:

“Por outro lado, deve o operador do Direito estar atento para o fato de que, dependendo das peculiaridades da espécie, a imposição de multa diária pode não se revelar eficaz, como lembrado por CARLOS ALBERTO DE SALLES: ‘É o que só ocorrer nas obrigações de entes públicos. Aí, o dispêndio provocado pelo descumprimento não afetará diretamente os agentes responsáveis, nos casos de urgência ou nos quais a sanção pecuniária tenha pouco significado para o obrigado. Nessas hipóteses o juízo poderá lançar mão daquelas medidas necessárias do parágrafo 5º do mencionado artigo 461.’”⁽³¹⁾

Esta tutela específica poderia ser obtida, por exemplo, através do bloqueio judicial de verba orçamentária destinada às políticas públicas sob o ponto de

⁽³¹⁾ *Ação Civil Pública em Defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores*. Editora Revista dos Tribunais, 8ª edição, 2002, fls. 266/267.

vista constitucional não prioritárias, especialmente, àquelas afetas à publicidade, à realização de shows, dentre outras, ou ainda, mediante empenho imediato da quantia necessária ao pagamento do particular pelo próprio Judiciário, utilizando-se da própria rubrica destinada às ações de saúde, com a liberação imediata do valor à Instituição Privada.

Quanto ao pronto pagamento, não há o óbice dos precatórios, eis que a disposição do art. 100, § 1º-A da CF/88 é expresso neste sentido, por tratar-se em última análise, de crédito de natureza alimentícia⁽³²⁾ que estaria sendo recebido pelo Hospital Particular em nome do paciente do SUS.

7. CONCLUSÃO

1. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 fundou um Estado Democrático e Social de Direito;

2. A consagração de extenso rol de direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensões na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a sua não concretização na realidade evidenciam a necessidade de atuação do Poder Estatal através, principalmente, de prestações positivas, de modo a cumpri-las com o mínimo de dignidade sem a qual não há verdadeira liberdade;

3. Dentre os direitos fundamentais negados diuturnamente à maioria da população brasileira, encontra-se o acesso à Saúde, através da constatação de que a rede pública de atendimento médico encontra-se sucateada;

4. O fornecimento de saúde pública encerra um dever solidário de todos os entes da federação, até porque o que normalmente está em jogo é o bem de maior valor no ordenamento jurídico, qual seja, a vida;

5. Em que pese existir pronta resposta do Poder Judiciário quando instado a garantir o acesso aos medicamentos e ao atendimento médico em demandas individuais através da condena-

⁽³²⁾ "A exegese do que seja 'créditos de natureza alimentícia' deve ser ampliativa, precisamente para abarcar todos os bens imprescindíveis à sobrevivência física do ser humano, tais como moradia, instrução, saúde, vestimenta, lazer, etc. Por isso, devem ser pagos de uma só vez, independente de ordem cronológica, os créditos relativos a vencimentos de agentes públicos, aposentadorias, pensões, benefícios acidentários e previdenciários" (RT, 665:83).

ção do Estado, o mesmo não se verifica quando são postas em Juízo demandas coletivas, principalmente àquelas voltadas a garantir a melhoria nas condições de atendimento por parte dos hospitais da rede pública;

6. Nas demandas coletivas, cumpre importante papel ao Ministério Público na defesa dos interesses coletivos indisponíveis relacionados com a saúde;

7. A visão substancialista da Constituição, consagradora de valores e princípios com normatividade, é capaz de superar os óbices naturalmente opostos pelos entes federados para justificarem as suas omissões inconstitucionais, dentre os quais se incluem a limitação orçamentária, a reserva do possível, a separação de poderes e a discricionariedade administrativa;

8. A urgência que envolve as demandas coletivas que buscam a condenação dos entes federados à prestação do serviço público de saúde não pode aguardar o desfecho normal do processo, carecendo de uma solução antecipatória que não negue o acesso ao próprio direito fundamental à vida;

9. O atendimento imediato ao cidadão que não tenha sido atendido na rede pública, através da rede privada, mediante imediato pagamento do ente público responsável pelo descumprimento, é uma medida de urgência prevista no ordenamento jurídico que poderá salvar muitas vidas;

10. O pagamento deve ser feito com base na tabela de preços do SUS, não sendo possível que a Instituição Privada se negue a prestar o atendimento tomando por base a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e o princípio da solidariedade social;

11. O pronto pagamento é possível diante da existência de prestação de natureza alimentar não sujeita ao regime de precatórios, a ser suprida pela Instituição Privada, por dizer respeito à salvaguarda da própria vida do cidadão;

12. A tutela específica adequada para garantir o atendimento do cidadão na rede privada, em caso de não pagamento por parte do ente federado, está relacionada com a possibilidade de deslocamento de verbas orçamentárias não prioritárias para cumprir tal finalidade, ou, ainda, a utilização de verbas que já constem nas rubricas destinadas à Saúde;

13. O pedido principal nas ações civis públicas que visam a condenar os entes federados a que prestem um serviço público de saúde com qualidade em seus hospitais envolve obrigações de fazer, tais como contratação de pessoal, realização de obras de infra-estrutura, manutenção e aquisição de equipamentos médicos, além da aquisição e entrega de medicamentos;

14. O pedido principal acima mencionado, em sede de Ação Civil Pública, reitere-se, pode ser suprido pela atuação do Poder Judiciário em um Estado Democrático e Social de Direito, através de uma interpretação transformadora e substancialista dos valores e princípios estampados na Carta da República.

8. BIBLIOGRAFIA

- BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.
- BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira – Legitimidade Democrática e Instrumento de Realização*. Editora Renovar. Rio de Janeiro–São Paulo, 2001.
- BONAVIDES, Paulo, *Teoria do Estado*. São Paulo: Editora Malheiros, 4ª edição, 2003.
- BULOS, Uadi Lâmega. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Editora Saraiva. 2ª ed., 2001.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2ª ed., 2000.
- FILHO, José dos Santos Carvalho. *Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 3ª ed., Rio de Janeiro, 2001.
- GOUVEA, Marcos Maselli. *O Controle Judicial das Omissões Administrativas – Novas Perspectivas de Implementação dos Direitos Prestacionais*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Malheiros, 6ª edição, 2001.
- GRAU, Eros Roberto e CUNHA, Sérgio Sérvulo da (coordenadores), *Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

- JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública em Defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 8ª edição, 2002.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2002.
- MORAES, Guilherme Peña de. *Direito Constitucional - Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.
- NETO, Cláudio Pereira de Souza; BERCOVICI, Gilberto; FILHO, José Filomeno de Moraes; LIMA, Martonio Mont'Alverne B. *Teoria da Constituição - Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.
- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Justiça, Interpretação e Elisão Tributária*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 3ª edição. Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003.
- _____. *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro-São Paulo: Editora Renovar, 2003.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.
- SLAIBI, Maria Cristina Barros. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Vol. 55. Editora Espaço Jurídico.
- STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica - Uma Nova Crítica do Direito*, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2002.