

A atuação do Ministério Público na efetivação de políticas públicas para melhorias no serviço público de saúde e proteção do bem fundamental da vida

Eduardo José Falesi do Nascimento ¹

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo precípua apresentar estudo acerca do papel constitucional do ministério público na discussão acerca da efetivação de garantias de políticas públicas que possam proporcionar a melhoria nos serviços públicos de saúde à população, de modo a preservar o bem fundamental da vida. Analisar-se-ão aspectos relacionados à legitimidade de atuação do *Parquet*, do direito à vida como garantia constitucional e fundamental do ser humano no estado democrático brasileiro e a necessidade de salvaguarda da dignidade da pessoa humana no acesso a um sistema público de saúde de qualidade e segurança, da plena admissibilidade de judicialização de políticas públicas na área da saúde quando demonstrada a omissão por parte dos poderes públicos competentes frente aos princípios da separação dos poderes e reserva do possível, além de uma abordagem de pensamentos de filósofos sobre o tema relacional ao bem fundamental.

Palavras-chave: SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE. VIDA. PROTEÇÃO A BEM FUNDAMENTAL.

Sumário: 1. Introdução. 2. Da legitimidade de atuação do Ministério Público. 3. Do direito à vida como garantia constitucional e fundamental do ser humano no estado democrático brasileiro e a necessidade de salvaguarda da dignidade da pessoa humana no acesso a um sistema público de saúde de qualidade e segurança. 4. Da plena admissibilidade de judicialização de políticas públicas na área da saúde quando demonstrada a omissão por parte dos poderes públicos competentes frente aos princípios da separação dos poderes e reserva do possível. 5. Considerações finais. 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A saúde como meio de vida passa a ser necessidade de primeira da democracia, tornando-se indispensável a adoção de medidas que se fizerem necessárias para a garantia de sobrevivência do ser humano.

O direito à saúde constitui-se em direito indisponível e transindividual, eis que instrumento a serviço da própria vida, de modo que, através da atuação do Ministério Público, pretende-se não somente a defesa dos direitos individuais homogêneos, mas, ainda, a tutela de interesses difusos e coletivos relacionados à ausência de políticas públicas, cuja omissão estatal deixa de conferir o mínimo de dignidade à pessoa humana.

As políticas públicas de atenção à garantia de saúde ao cidadão tornam-se fundamentais a partir do momento em que se lida com interesses de vidas humanas, de modo que a atuação da administração pública, através de atos comissivos e/ou omissivos, estão cada vez mais numa liberdade vigiada, haja vista o controle exercido pelo órgão jurisdicional no que se refere à efetividade e eficiência dos instrumentos políticos empregados e seus respectivos resultados.

Daí, porque, na análise das demandas que tenham por objeto a implementação de políticas públicas afetas à garantia do direito à vida e saúde, possa estar a atividade jurisdicional atenta aos argumentos da separação de poderes e da reserva do possível com vistas, assim, a afastar teses que, na prática, não potencializam qualquer tipo de violação aos princípios acima especificados.

2. DA LEGITIMIDADE DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

¹ Graduado em Direito pela Universidade da Amazônia. Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia. Promotor de Justiça do Estado do Pará, atualmente titular da Promotoria de Justiça de Maracanã.

Sendo consideradas as ações e serviços de saúde como direitos sociais de interesses difusos, encontram-se perfeitamente sujeitas à regulamentação, fiscalização e controle pelo poder público, destacando-se, como órgão fiscalizador e de controle dos atos administrativos, a instituição ministerial.

Com a promulgação da Carta Republicana de 1988, por intermédio do art. 127, atribuiu-se ao *Parquet* total independência e autonomia funcional tendo por objetivo precípuo garantir – efetivamente – os direitos dos cidadãos acima de qualquer interesse, inclusive contra o próprio ente estatal no caso de descumprimento de seus deveres constitucionais e/ou infraconstitucionais.

Nesta seara, incumbe ao Ministério Público zelar pela observância das ações/programas de competência do poder público afetos aos serviços de saúde que devem ser prestados à população, através de medidas coercitivas preventivas ou mesmo curativas, as quais serão instrumentalizadas por atuação extrajudicial ou através de ação judicial específica.

Germano Schwartz na obra “*Direito à Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica*”, Ed. Livraria do Advogado, pág. 176, disserta:

“A Constituição Brasileira de 1988, ao estabelecer o Brasil como um Estado Democrático de Direito, elevou o Ministério Público a uma das mais importantes estruturas de nossa sociedade.

O órgão ministerial é instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado (art. 127, CF/88).

A partir da CF/88, o Ministério Público passou a exercer funções várias. Todavia, as mais destacadas são as de guardião da sociedade, vigilância e defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e/ou individuais e indisponíveis, garantia do respeito dos Poderes Públicos aos direitos assegurados aos cidadãos; e, ainda, facilitar o acesso da sociedade aos direitos fundamentais do homem.

Atendendo ao sentido do Estado Democrático de Direito, da mesma forma que respeitando suas funções institucionais e constitucionais, em especial a defesa do regime democrático, o Ministério Público tem o dever, portanto, de buscar a concretude do direito posto e implementá-lo na prática, com o intuito de modificar a realidade do direito e do imaginário de seus operadores, transformando-a em um ordenamento jurídico que realmente reconheça os direitos sociais, e, principalmente, a saúde.”

E, mais adiante ressalta:

“A Lei nº 8.625/93, em seu artigo 25, IV, *a*, e VII, é concordante com as determinações constitucionais relativas aos deveres do Ministério Público, tornando a proteção da saúde também uma função institucional do órgão ministerial.

Exerce, pois, o Ministério Público, papel determinante na busca pela efetivação do direito à saúde.

‘A busca da efetivação dos direitos sociais, pela via processual ou extraprocessual, deve levar o Ministério Público à realização do acesso aos direitos fundamentais às milhões de pessoas que vivem à margem do direito. O caminho do Ministério Público, como Instituição da sociedade, deve ser, também, o de efetivação da saúde pública.’ (Cláudio Barros Silva, 1995, pág. 109)

Esse corolário de princípios e normas conferem ao MP a legitimidade para propor ação civil pública e promover inquérito civil (art. 129, III, CF/88), tendentes à defesa da saúde, visto que o direito à saúde é interesse difuso e coletivo, e, também, por ser a saúde um serviço de relevância pública.” (pág. 178)

Denota-se uma plena admissibilidade de legitimação do Ministério Público a dar ensejo em demandas que tenham por escopo a defesa de direitos sociais, especificamente, por ser objeto deste estudo, acerca da atuação para implementação de políticas públicas garantidoras do bem fundamental da vida quando caracterizado o descumprimento do ente estatal a obrigações constitucionais e infraconstitucionais.

3. DO DIREITO À VIDA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL E FUNDAMENTAL DO SER HUMANO NO ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO E A NECESSIDADE DE SALVAGUARDA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO ACESSO A UM SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE DE QUALIDADE E SEGURANÇA

Sobre o dever do poder público em proporcionar a garantia à saúde da população, dispõe o art 196, da carta republicana de 1988:

“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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Inobstante tal mandamento constitucional, o artigo seguinte (197) do referido texto republicano expressamente consagra a necessidade de serem empreendidos esforços para o cumprimento de tal dever pelo Poder Público ao elevar o tema a uma relevância pública, senão vejamos:

“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 através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”

Extrai-se a necessidade de cumprimento por parte do poder público dos deveres inerentes à prestação do serviço público de saúde à população usuária, impondo-se sobremaneira a adoção de medidas coercitivas no âmbito judicial quando inexistentes políticas públicas ou mesmo, ainda que existentes, mas deficitárias que não ensejam minimamente suficiente a prestação do serviço público de saúde garantidora do direito à vida.

José Afonso da Silva, in “*Curso de Direito Constitucional Positivo*”, 13ª ed., Ed. Malheiros, págs. 761 e 762, afirma:

“A *saúde* é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. O direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperem. As ações e serviços de saúde são de relevância pública, por isso ficam inteiramente sujeitos à *regulamentação, fiscalização e controle* do Poder Público, nos termos da lei, a que cabe executá-los diretamente ou por terceiros, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. Se a Constituição atribui ao Poder Público o *controle* das ações e serviços de saúde, significa que sobre tais ações e serviços tem ele integral poder de

dominação, que é o sentido do termo controle, mormente quando aparece ao lado da palavra fiscalização.”

Em assim sendo, como é que se pode admitir ser incumbido ao poder público exercer o controle e fiscalização sobre os serviços relacionados à saúde da população se os mesmos entes públicos, não somente pela deficiência, mas, o que é mais grave, pela ausência de políticas públicas, colocam em risco a vida da própria população que procura atendimento de ações, programas e/ou serviços públicos de saúde? Em resposta, permitir-se-ia dissertar sobre diversas causas neste trabalho. Mas, certamente, há uma que pode ser considerada como gênero: a falta de compromisso com as normas constitucionais e infraconstitucionais por parte dos agentes públicos (in)competentes, que investidos na função pública para bem e fielmente levarem qualidade na prestação do serviço público de saúde aos usuários, acabam, na verdade, ao tomarem conta dos cargos – como se fossem seus feudos – por deixar a margem uma imensidão de pessoas que cada vez mais têm seus direitos e garantias sociais e fundamentais relegados à própria sorte.

Em estudo denominado “*Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988*”, in Revista de Direito do Consumidor, nº 67, julho/setembro 2008, Ed. RT, pág. 139, os professores Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchiner Figueiredo se pronunciaram:

“Relativamente aos seus destinatários, o direito à saúde tem como sujeito passivo principal o Estado, como ocorre, aliás, com a generalidade dos direitos fundamentais sociais. Cabe precipuamente ao Estado a realização de medidas voltadas à proteção da saúde das pessoas, efetivando o direito em sua dimensão negativa (notadamente no sentido de não interferência na saúde dos indivíduos) e positiva (v.g., organizando instituições e procedimentos direcionados à tutela individual e coletiva da saúde, tomando providências para o atendimento dos deveres de proteção, fornecendo diretamente materiais necessários à prestação da assistência à saúde).”

Na verdade, demonstra-se que, além do descumprimento aos deveres constitucionalmente estabelecidos ao poder público na assistência social, aí incluída a saúde, houve por bem a carta republicana assegurar o direito inviolável à vida (art. 5º), além de elevar o direito à saúde como um direito social (art. 6º) e, portanto, a constituir-se em direito fundamental do ser humano.

A carta magna de 1988, em seu art. 6º “*caput*”, fez mais do que simplesmente atribuir ao poder público o dever pela promoção da saúde à população, vindo a elevar esse direito social a uma categoria de direito fundamental, justamente, para que, justamente, possam ser empreendidos esforços e adotadas políticas públicas para garantia da saúde daqueles que necessitarem da prestação do específico serviço público essencial.

Entretanto, não bastasse o texto normativo – de eficácia plena – que serve como fonte de orientação para a efetivação das garantias fundamentais, o legislador infraconstitucional estabeleceu no art. 2º, § 1º, da Lei Federal nº 8.080/09 (Lei do SUS) diretrizes que devem nortear os atos do poder público à saúde.

O legislador constituinte originário e o infraconstitucional procuraram salvaguardar o direito do cidadão ao acesso à saúde de forma digna e condizente com os valores insculpidos como fundamentais, impondo aos entes federativos o dever de bem e fielmente cumprir com as políticas públicas sociais colocadas à disposição da população de forma ampla e eficiente.

Quando se está diante da correta prestação do serviço público essencial da saúde não há como olvidar-se que, assim, garantir-se-á de forma efetiva a vida do ser humano e, por conseguinte, conferindo observância ao fundamento republicano democrático da dignidade da pessoa humana.

Por sinal, atente-se ao disposto na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo XXV, cujo texto assinado pelo Brasil, teve o escopo de possibilitar o reconhecimento por todos os países signatários dos direitos que os seus povos possuem, encontrando-se redigido nos seguintes termos:

“Artigo XXV.

1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, 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 em circunstâncias fora de seu controle.

2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social.”

Mariana Filchtiner Figueiredo in “Direito Fundamental à Saúde – Parâmetros para sua Eficácia e Efetividade”, Ed. Livraria do Advogado, pág. 56, ao concluir uma análise sobre as características e definição do princípio da dignidade da pessoa humana, enfatiza:

“Feitas essas considerações, pode-se compreender que a dignidade da pessoa humana abrange a qualidade inerente a todo ser humano, no sentido de que não possa ser tratado como objeto, disso resultando o reconhecimento de direitos, a que correspondem deveres do Estado e da sociedade, que de cunho defensivo, visando à proteção da dignidade contra atos de violação; quer por meio de prestações positivas, que viabilizem os meios e implementem as medidas de proteção e concretização da dignidade de todas as pessoas, visando ao desenvolvimento de cada uma. Tanto a garantia de níveis mínimos de existência digna, quanto os direitos referidos à participação do homem nas decisões da comunidade tornam real a dignidade tutelada pela ordem constitucional. ‘Em tal sentido, a garantia de liberdade do homem da *Grundgesetz* é um início aberto, mas paradoxalmente ao mesmo tempo também um fim, um epílogo e uma exclusão, por meio da qual é constituída uma comunidade jurídica específica, separada da outra’, nas palavras de Hofmann, válidas para a Constituição brasileira, no que concerne à compreensão da dignidade da pessoa humana como fundamento e fim do Estado.”

E mais adiante ao abordar sobre o regime jurídico específico do direito à saúde no Brasil, afirma:

“No direito constitucional brasileiro, o direito social à saúde é previsto no art. 6º, *caput*, e, em mais detalhes, nos artigos 196 e seguintes da Constituição Federal de 1988, como direito fundamental material e formalmente. Assevera Sarlet que a fundamentalidade do direito à saúde resulta (a) da superior hierarquia axiológico-normativa de que goza, enquanto norma constitucional; (b) da previsão entre os limites materiais e formais à reforma constitucional; e (c) da aplicabilidade imediata e vinculatividade imposta aos Poderes Públicos pela norma contida no art. 5º, § 1º, do texto constitucional. Já a fundamentalidade material encontra-se na relevância da saúde como bem jurídico tutelado pela norma constitucional, diretamente relacionado a outros direitos fundamentais e valores constitucionais, como o direito à vida e a dignidade da pessoa humana.” (ob. cit., pág.85/86) (grifo nosso)

O que se quer dizer diante dessas exposições doutrinárias, é que há a necessidade dos poderes públicos competentes conferirem à sua respectiva sociedade um mínimo de dignidade na prestação do serviço público de saúde cuja efetivação por intermédio de políticas públicas permitir-se-á a garantia do direito à vida.

Há de se garantir um atendimento eficiente e, sobretudo, suficientemente eficaz, no tocante às ações/programas assistenciais de saúde pública, a fim de que as metas constitucionais possam ser alcançadas e, conseqüentemente, a sociedade como um todo venha a sentir-se verdadeiramente segura que seus direitos fundamentais não serão violados.

4. A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DA SAÚDE QUANDO DEMONSTRADA A OMISSÃO OU INEFETIVIDADE DOS PODERES PÚBLICOS COMPETENTES FRENTE AOS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E RESERVA DO POSSÍVEL

Muito se tem ventilado pelos defensores do “*realismo jurídico*” sobre eventual impossibilidade de se conferir viabilidade ao Poder Judiciário para interferir em questões que *a priori* poderiam refletir como questão eminentemente administrativa, quando, na verdade, torna flagrante o descaso por parte dos entes públicos competentes nos seus deveres legais na área da saúde.

Aqui, diga-se, não tratar de substituir o administrador no exercício de suas atribuições e competências. Mas, tão somente, tornar efetiva a observância às normas impositivas que determinam o cumprimento de um dever, ainda mais, quando refletido por um componente do direito social, suficientemente capaz de atingir a dignidade da pessoa humana.

Não é de forma aleatória que são determinadas medidas coercitivas no âmbito do Poder Judiciário em relação aos entes públicos responsáveis pelo dever de prestar a assistência de saúde à população. Na verdade, acabam por serem impostas diante de situações concretas em que perfeitamente caracterizada omissão na implementação de garantias de bens fundamentais como da vida ou, ainda, quando perfeitamente demonstrada a ineficiência do serviço público.

Ao fazer um estudo desse papel, também, afeto ao Poder Judiciário, Germano Schwartz, na obra “*Direito à Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica*”, Ed. Livraria do Advogado, pág. 51, afirma:

“Outra colocação necessária é a de que o direito à saúde é um direito fundamental do homem (Silva, 1995), forte na Declaração Universal dos Direitos do Homem e com base na sistemática adotada pela Constituição Brasileira e em um constitucionalismo ‘comunitário’ brasileiro (Cittadino, 1999), em que, utilizando-se de uma validade derivada de todos os atores que influem no processo de concretização de uma constituição – quaisquer que sejam eles (comunidade, política, direito, ...) – e tendo como norte a ideia de uma constituição aberta, os direitos fundamentais positivados são legitimados justamente por esse grupo de intérpretes, visto que tais direitos ‘fazem parte da consciência ético-jurídica de uma determinada comunidade histórica’ (Cittaino, 1999, p. 18).

Para Sueli Dallari (1988), o fato de a saúde ser direito fundamental do homem é indiscutível, pois ‘ninguém tem dúvida de que o artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas, assinada pelo Brasil, quando enumera uma das condições necessárias à vida digna, está reconhecendo o direito humano fundamental à saúde’. (p. 57)

Por ser o direito fundamental do homem à saúde um direito auto-aplicável) vide art. 5º, § 1º, CF/88), essa compreensão passa a ser um dos pilares da efetivação de tal direito, como se demonstrará, destacando, assim, ao Poder Judiciário um papel decisivo nesse sentido.”

E mais adiante, com notável conhecimento da questão doravante posta, prossegue:

“Porém, adiantando o que se exporá neste ponto, pode-se afirmar que o corolário de princípios, regras, normas e leis referentes ao sistema sanitário brasileiro corroboram a idéia de que a saúde é *direito fundamental do homem*, tornando a norma do art. 196 da CF/88 auto-aplicável e de eficácia imediata. Que as políticas públicas de saúde são o meio primeiro de efetivação deste direito (conforme a locução do texto constitucional expressa em seu artigo 196), e que a atuação do Poder Judiciário ocorrem em momento posterior, onde se constata a não-ação ou inércia estatal na proteção do direito à saúde.” (ob. cit., pág. 57)

Defere-se, dessa forma, ao órgão jurisdicional a admissibilidade jurídica de efetivar a garantia de prestação do serviço público minimamente digna aos anseios da população e que possam de fato efetivar as políticas públicas quando ausentes ou deficitárias.

Não se pode conceber que em caso de constatação clara e evidente da inércia do poder público competente no cumprimento e observâncias dos deveres impostos pela legislação, incumbirá ao Poder Judiciário – instituição de refúgio para garantia dos direitos da população afrontados – tornar efetiva a concretização de medidas que poderiam, ou melhor, deveriam ter sido adotadas pelo ente público, mas que não foram por descaso e/ou improbidade administrativa.

Por sinal, a Corte Suprema no AI 664.053, tendo sido relator o Ministro Ricardo Lewandowski, ao analisar uma situação que tinha como debate jurídico o tema ora exposto, admitiu “*a possibilidade de atuação do Poder Judiciário para proteger direito fundamental não observado pela administração pública.*”

Assim, não trata-se tão somente de uma faculdade do julgador a adoção de medidas coercitivas para implementação de obrigações de natureza positiva e até mesmo negativa em face dos entes estatais quando estes forem desidiosos nos seus deveres legais, mas, sim, num “*poder-dever*” conferido ao magistrado para que, diante da situação calamitosa de omissão estatal, possa efetivar um pronunciamento judicial que afetará substancialmente a um número indeterminado de pessoas com a concretização da respectiva política pública.

Essa atuação supletiva por parte do órgão jurisdicional, quando cabalmente demonstrada uma situação concreta relacionada à saúde pública, onde se tem uma nítida exposição a risco da vida de pessoas e, por conseguinte, violação direta ao fundamento republicano da dignidade da pessoa humana, não poderá ser afastada sob o argumento de ofensa aos princípios da separação de poderes e da reserva do possível.

Lenio Luiz Streck na obra “*Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direitos Constitucional, Internacional e Comparado*”, Ed. Renovar, pág. 201, com brilhantismo salienta:

“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 procedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias parlamentares (que, a toda evidência, devem obediência à Constituição).”

A concretização de direitos fundamentais é pressuposto da democracia e, portanto, incumbe ao Poder Judiciário – intérprete e aplicador da lei – a crucial observância à proteção mínima existencial da garantia à vida e saúde do jurisdicionado.

Observa-se uma atuação de verdadeiro guardião dos direitos constitucionais e fundamentais do ser humano, onde são deixados de lado conceitos doutrinários arcaicos, buscando-se, justamente, ir ao encontro dos anseios sociais reproduzidos na carta republicana de 1988.

E, assim, como agente transformador e sob os olhos voltados, ainda, para a justiça social na efetivação de garantia à saúde, a interferência supletiva em assuntos da administração pública – e não intromissão injustificável – pelo órgão jurisdicional deve ser visto sob o prisma da implementação do exercício da cidadania.

Quanto à denominada reserva do possível, em tratando-se de bem fundamental à vida, o direito à saúde não pode deixar de ser concretizado sob a alegação de que a realização de despesa ficaria dentro da esfera da estrita conveniência do administrador público, ao contrário, posto que há de ser imposta uma advertência de que as alegações de negativa de efetivação de um direito social com base no argumento da reserva do possível devem sempre ser analisadas com desconfiança.

João Agnaldo Donizeti Gandini, Samantha Ferreira Barione e André Evangelista de Souza em artigo jurídico constante na Revista IOB de Direito Administrativo, nº 28 – abril/2008, deixam claro a seriedade com que o tema deva ser debatido quando demandado nos tribunais, senão vejamos:

“Além da criatividade, precisa-se de coragem para enfrentar os relevantes problemas sócio-políticos que, tradicionalmente, não diziam respeito ao Judiciário. Aquela postura de antigamente, em que o Judiciário ‘varria para debaixo do tapete’ a solução de problemas fundamentais, através de expedientes citados neste trabalho, como, por exemplo, a discricionariedade absoluta do administrador e do legislador, a vedação de atuação do juiz como legislador positivo, a inexistência de previsão orçamentária, não pode ser mais tolerada.

Diante de normas dotadas de *fundamentalidade*, como direito à saúde, exige-se uma postura menos passiva, atuando o Judiciário como um *catalisador* da vontade constitucional, através de imposições de deveres aos Poderes Públicos, mesmo que isso resulte em ônus financeiro, em supressão de vazios legislativos ou em implementação de políticas públicas.”

O que se quer dizer é que não basta simplesmente alegar que não há possibilidade financeira de se cumprir a ordem judicial, é preciso demonstrá-la. O que não se pode é deixar que a evocação da reserva do possível converta-se em verdadeira razão de um Estado puramente econômico, que, possa, na verdade, ensejar uma anti-Constituição, contra tudo o que a *lex fundametalis* consagra em matéria de direitos sociais.

O argumento da reserva do possível somente deve ser acolhido se o poder público demonstrar satisfatoriamente que a decisão causará mais danos do que vantagens à efetivação de direitos fundamentais, o que, em última análise, implica numa ponderação dos interesses em jogo.

Ademais, perfilhando sob essa visão hermenêutica do sistema político-jurídico brasileiro quando se vem a lume garantir judicialmente bens fundamentais, *in casu* a vida, as políticas públicas, que devem garantir ao cidadão o direito à saúde, são originadas por normas cogentes, impositivas e, portanto, tendo como destinatário o gestor público.

Desse modo, deve-se ter muita cautela ao examinar determinada questão e não pretender que se exija que o cidadão adapte as suas moléstias às políticas estabelecidas pelo administrador, quando o sentido legal e legítimo é, justamente, o contrário: o gestor, através da efetiva implementação de políticas públicas, é que deve garantir serviços de saúde à população por intermédio de regramentos normativos que viabilizem formalmente este processo de garantia do bem fundamental da vida.

Ademais, ainda que alguns ainda tenham em mente que tal instituto da reserva do possível não possa ser afastado por completo nestas situações, não pode-se deixar de olvidar a incidência dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, tendo-se, contudo, sempre em mente que a prioridade é a saúde e, assim sendo, a dotação orçamentária tem que se adaptar às necessidades da população, a justificar a assertiva de que jamais se poderá em falar na reserva do possível com relação às políticas públicas de saúde que o próprio Estado, previamente, se dispôs a cumprir.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, uma vez violado o direito fundamental à saúde e, por conseguinte, estiverem ameaçados a preservação da vida e a dignidade da pessoa humana, não restará outra solução senão a pronta intervenção judicial, para que o Estado-Juiz, por intermédio da autoridade competente, possa estabelecer as condições indispensáveis para a prestação mínima do serviço público essencial de saúde, notadamente ao caso apresentado.

A lei maior, no que concerne aos direitos fundamentais, deixa de ser mero repositório de promessas, carta de intenções ou recomendações, mas, sim, conferência de direitos subjetivos ao cidadão e à coletividade, que se veem amparados juridicamente a obter a sua efetividade, a realização em concreto da prescrição constitucional.

O princípio da aplicabilidade imediata e da plena eficácia dos direitos fundamentais está encartado no § 1º, do art. 5º, da CF/88: as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Muito se polemizou, e ainda se debate, sem que se tenha ocorrida a pacificação de posições acerca do significado e alcance exato da indigitada norma constitucional

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.

Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da ‘reserva do possível’ –ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

7. BIBLIOGRAFIA

SCHWARTZ, Germano. Direito à Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 51 e 176.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional. 13 ed. São Paulo: Malheiros, p. 761-762.

SARLET, Ivo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, v. 67, julho/setembro 2008, p. 139.

LEAL, Rogério Gesta. Coleção *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 9, outubro/dezembro 2007, p. 91-92.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: Parâmetros para sua Eficácia e Efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 56.

SCHWARTZ, Germano. *Direito à Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 176.

AGUIAR, Cláudio Tenório Figueiredo. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, v. 26, julho/dezembro 2007, p. 57.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*. 2 ed. São Paulo: RT, p. 790-791.

STRECK, José Luiz. *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 201.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. *Revista IOB de Direito Administrativo*, v. 28, abril 2008.

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

APPIO, Eduardo Fernando. *Controle judicial de políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetivação de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, v. 737, ano 86, mar. 1997.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: Em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Método, 2007.

FONSECA PIRES, Luis Manuel. *Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa*. São Paulo: Campus Jurídico, 2008.

FREITAS CAMPOS, Sergio Pompeu de. *Separação dos Poderes na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

SARLET, Ivo Wolfgang; BENETTI TIMM, Luciano. (Orgs.) *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ivo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.