

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO PARA A IMPLANTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DA SAÚDE

Thomé Rodrigues de Pontes Bomfim

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas, Especialista em Direito Constitucional pelo Centro de Estudos Superiores de Maceió. Professor do Cesmac.

RESUMO: *Este artigo trata das questões relativas ao exercício do direito social à saúde. Embora possua a natureza de direito fundamental garantido no texto constitucional, os cidadãos encontram dificuldade na sua fruição. A prestação material prévia, por parte do Estado, é absolutamente imprescindível para o exercício de tal direito. Quando necessária, sustentamos ser possível a busca de tutela jurisdicional para tal fim. Neste caso, a ação civil pública apresenta-se como o instrumento mais efetivo para a concretização, por parte do cidadão, do direito à saúde. Por ser uma ação coletiva, seus efeitos se aplicam de forma erga omnes.*

PALAVRAS-CHAVE: *direito à saúde; ação civil pública e efetividade.*

ABSTRACT: *This article deals with issues relating to the exercise of the social right to health. Although it has the nature of the fundamental right guaranteed in the constitutional text, citizens have difficulty in their enjoyment. The previous material providing, by the State, is absolutely essential to the exercise of this right. When necessary, can uphold the search for legal protection for such purpose. In this case, the public civil action presents as the most effective act for the realization, by the citizens, of the right to health. As a collective action, its effects apply erga omnes.*

KEYWORDS: *right to health, public civil action and effectiveness.*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo demonstrar a premente necessidade da garantia, ao cidadão, de uma maior efetividade, por parte da ordem jurídica e constitucional em relação ao Direito à Saúde, no intuito de garantir uma aplicação mais efetiva das normas referentes a este direito, podendo-se mesmo exigir judicialmente, se necessário, que os efeitos pretendidos por tais normas sejam concretizados, procurando adequá-las ao atual momento vivido pela hermenêutica constitucional, onde os valores e fins abarcados pelos direitos humanos fundamentais devem condicionar a interpretação da Constituição, bem como a atuação do Poder Público; e, conseqüentemente, a impossibilidade de alcançar a dignidade da pessoa humana sem a fruição efetiva do Direito à Saúde por parte do cidadão.

Daí surge a pergunta, qual o melhor modo de se promoverem os direitos sociais e a assistência social quando o Estado não os presta ou o faz inadequadamente? E, especificamente, com relação à prestação do direito à saúde, através da intervenção do Poder Judiciário, qual o instrumento mais adequado para torná-lo efetivo?

Tendo tais premissas por ponto de partida, é imperioso esclarecer, desde logo, não ser o propósito do presente trabalho exaurir o tema, ou muito menos fundar uma nova teoria sobre a eficiência¹ e eficácia² dos direitos fundamentais, mas simplesmente buscou-se contribuir com

¹Segundo Rachel Sztaján e Décio Zylbersztajn: “Eficiência significa a aptidão para obter o máximo ou o melhor resultado ou rendimento, com a menor perda ou o menor dispêndio de esforços; associa-se à noção de rendimento, de produtividade, de adequação à função”. *Direito & Economia*. Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 2005.

²A eficácia refere-se à potencialidade para produzir seus efeitos.

um acréscimo mínimo para o desenvolvimento de novos debates com a possibilidade de contar com um instrumento hábil para a concreção do direito fundamental social à saúde através da Ação Civil Pública.

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO PARA A IMPLANTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DA SAÚDE

O Constitucionalismo contemporâneo, e o brasileiro em particular, já consolidaram alguns axiomas teóricos que, gradativamente, vão se incorporando à prática jurídica. Três deles são de grande relevância para o tema em debate e podem ser enunciados da seguinte forma:

1. As disposições constitucionais, independentemente, de sua natureza de regra ou princípio, são dotadas de *normatividade*, vale dizer, se apresentam como normas jurídicas; e, como tais, pretendem produzir efeitos no mundo dos fatos e desfrutam da imperatividade própria do Direito. Mais que isso, gozam da prerrogativa da superioridade hierárquica dentro do sistema jurídico;
2. Os direitos humanos fundamentais têm um *status* diferenciado no âmbito do sistema constitucional, que se irradia por todo o ordenamento jurídico, tendo por núcleo o homem e sua dignidade. Isto implica que tanto o Estado como o Direito existem para proteger e promover a dignidade da pessoa humana, dignidade esta que apenas será alcançada através da fruição dos direitos humanos fundamentais;
3. Os poderes públicos estão submetidos à Constituição, como decorrência direta da noção de Estado Democrático de Direito, por força da qual o exercício do poder político encontra limites em normas jurídicas.

Das premissas supra mencionadas, infere-se que o controle jurídico das políticas públicas dirigidas aos direitos humanos fundamentais decorre da própria previsão, e, conseqüente, preservação das normas constitucionais.

Não obstante, existam diversas críticas a ingerência do Poder Judiciário no controle das políticas públicas, sob o argumento de que referido tema encontra-se reservado à deliberação política majoritária, através do controle político-social dos grupos de oposição e da população em geral e, ainda, que a atuação por parte Terceiro Poder no espaço próprio do pluralismo político produziria um grave desequilíbrio em prejuízo da democracia.

Não se olvidar que definir onumerária ser destinado, com que *finalidade, em que e como*, quando da prestação do serviço público são decisões próprias da esfera de deliberação democrática, e não do magistrado. Ora, própria Constituição reconhece tal assertiva ao dispor o regramento pertinente ao Executivo e ao Legislativo no que diz respeito à elaboração do orçamento público, bem como sua execução e controle. Certamente, a invasão de tais prerrogativas pelo Poder Judiciário poderia produzir um desequilíbrio permanente, que atravancaria o funcionamento regular e o desenvolvimento da democracia no Brasil.

Todavia, é inegável que para o regular funcionamento da democracia e, especificamente, para a existência do próprio controle social das políticas públicas, necessário se faz a participação da sociedade na escolha de seus representantes, uma vez que estes serão responsáveis pela implantação das políticas públicas. Ressalte-se que em condições de pobreza extrema, tais quais as existentes em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, como o Brasil, a ausência de níveis básicos de educação e informação, influi diretamente na autonomia do indivíduo para avaliar, refletir e participar conscientemente do processo democrático.

Igualmente, na ausência de controle social, a gestão das políticas no ambiente das deliberações majoritárias tende a ser marcada pela corrupção, pela ineficiência e pelo

clientelismo,³ o que promove a malversação da *res* pública em detrimento dos direitos mínimos assegurados pela Constituição.

Outra crítica que se faz ao controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário reside na ausência de legitimidade, posto que somente o Poder Legislativo e o Poder Executivo são escolhidos através do sufrágio universal, e pois, os únicos legitimados para gerenciar as políticas públicas; sendo tal argumento absolutamente rechaçado pelo princípio da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário nos casos de lesão ou ameaça a direito, consagrado no art. 5º, inciso XXXV da Carta Magna brasileira.

Invoca-se, ainda, como óbice à atuação judicial, na implantação e fiscalização das políticas pública, o Princípio da Separação dos Poderes consignado no art. 2º da Constituição da República de 1988. Também, não resiste tal argumento vez que nosso ordenamento jurídico prevê um sistema de freios e contrapesos (*cheks and balances*), que permite o controle de um Poder sobre o outro, como forma de garantir um equilíbrio entre eles.

Desta forma, a Administração Pública – Poder Executivo – além de sujeitar-se a controles internos, por meio da autotutela, onde pode rever seus próprios atos revogando ou anulando-os, também é suscetível a controles externos, os quais dão por órgãos alheios ao Poder Executivo, vale dizer, pelo Legislativo que compreende o controle parlamentar direto e o controle exercido pelo Tribunal de Contas (órgão auxiliar do Legislativo nesta matéria), além do controle exercido pelo Judiciário.

Sendo o controle externo jurisdicional a tópica do presente trabalho, vamos nos deter apenas nele; ao tempo em que se verifica que no Brasil vigora o sistema de Jurisdição Única, onde cabe ao Poder Judiciário decidir definitivamente, toda e qualquer contenda sobre a adequada aplicação do Direito a um caso concreto, independentemente de quem sejam os litigantes ou mesmo da índole da relação jurídica controvertida.

Portanto, cabe ao Judiciário fiscalizar as condutas ilegítimas da Administração Pública, compelindo-a àquelas que seriam obrigatórias e condenando-a a indenizar os lesados, quando for o caso, com espeque no art. 5º, XXXV da Constituição brasileira, segundo o qual, “*A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito.*”

Argumenta-se, ainda, contra a atuação do Poder Judiciário, no controle das políticas públicas para torná-la eficaz e eficiente, a ausência de recursos financeiros, os limites para vinculação do orçamento público ao atendimento de prestações públicas de saúde, invocando-se a chamada reserva do possível.

Decerto que a própria Constituição estabelece percentuais mínimos de recursos que devem ser investidos em educação e saúde pelos entes federativos (CF, arts. 198, §2º, e 212⁴), além de vincular as receitas das contribuições sociais ao custeio da seguridade social. É cediço,

³*Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*(2001, p.240): “Clientelismo:prática eleitoreira de certos políticos que consiste em privilegiar uma clientela (“conjunto de indivíduos dependentes”) em troca de votos, troca de favores entre quem detém o poder e que vota”.

⁴CF/88: “Art. 198, §2º. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I – no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no §3º; II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e §3º. (...)”. Art. 212. “A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino”.

no entanto, que tais percentuais não são suficientes para acudir uma demanda cada vez maior por serviços públicos relativos ao direito à saúde, posto que é absolutamente notória a carência na prestação do serviço público de saúde no Brasil, onde a insuficiência dos recursos que o SUS põe a disposição da sociedade traduz-se, entre outros, na alta taxa de mortalidade infantil, no retorno de patologias que já haviam sido consideradas como extintas no país, tal qual a tuberculose, a poliomielite, sem falar na atual epidemia da dengue.

Logo, é possível a intervenção do Poder Judiciário, quando provocado, para exigir do Executivo a efetivação das ações políticas necessárias, inclusive com imposição de obrigações de prestação de contas ou exibição de documentos, sem prejuízo de outras sanções. Também não se mostra implausível o pedido de inclusão, no orçamento do ano seguinte, da diferença de recursos que deveria ter sido gasta em direitos fundamentais e não o foi.

Ultrapassada a tese de que o Judiciário não poderia imiscuir-se nos atos administrativos em virtude da discricionariedade que lhes é inerente, posto que a realidade fática demonstra que a oportunidade e conveniência do Poder Executivo, conhecidos como méritos do Ato Administrativo, para muitos intocáveis pelo Terceiro Poder, também, devem observância aos princípios e normas que emanam da Constituição, sendo por ela limitada, sob pena de passar pelo crivo do Poder Judiciário, quer se trate de atos vinculados ou discricionários.

A referência às espécies de atos administrativos vinculados e discricionários consiste na concessão legal de certa liberdade de escolha pela Administração em relação a determinados atos por ela praticados quanto ao conteúdo, destinatário, conveniência, oportunidade e modo de realização.

Todavia, a delimitação da liberdade de decisão do administrador encontra limites na própria norma e pode estar inserida tanto no seu fato-tipo, através de texto com conceitos indeterminados, tais quais, *interesse público*, *conduta ilibada*, *notório saber jurídico*, quanto no mandamento em si, caracterizado quase sempre pelas expressões o administrador *poderá...*, *deverá...*, que são termos com densidades diversas: o primeiro faculta enquanto o último impõe.

Donde se depreende que a discricionariedade do administrador não está isenta de controle pelo Judiciário, sem prejuízo da avaliação dos elementos que compõem os atos administrativos.

E, como bem discorre Mello (2005, p. 883), dentre as medidas judiciais intentáveis para correção da conduta administrativa, afora as comuns, como por exemplo, as de defesa ou reintegração de posse ou as ações ordinárias de indenização e as cautelares em geral, existem algumas específicas para enfrentar atos ou omissões de “autoridade pública”: os chamados remédios constitucionais, garantidores dos direitos subjetivos explícitos e implícitos na Carta Magna.

Dentre os vários instrumentos previstos no texto constitucional, para controle dos atos da Administração, através da jurisdição⁵ encontra-se o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data*, o mandado de injunção, a ação popular a ação de inconstitucionalidade e a ação civil pública.

O *habeas corpus*, previsto no art. 5º da Constituição brasileira, é cabível sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de

⁵A jurisdição é uma das funções exercidas pelo Estado o qual, segundo a clássica teoria da separação de Poderes, possui ainda as funções administrativa e legislativa. A nota característica do exercício da função jurisdicional é o fato de ser monopólio do Estado, afastando com isso, qualquer atividade não-estatal tendente a aplicar as normas jurídicas e a fazer valer em situação conflituosa.

locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, sendo regulado infraconstitucionalmente pelos artigos 647 a 667 do Código de Processo Civil.

O Mandado de Segurança, previsto no mesmo artigo 5º, LXIX e LXX, da Constituição, respectivamente, consagradores das modalidades individual e coletivo, e regulado pela Lei 1533/51, é cabível para a proteção de direito líquido e certo não amparável por *habeas data* ou *habeas corpus*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder seja autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições.

O *habeas data*, contemplado no art. 5º LXXII e regulado pela Lei 9.507/97 presta-se para assegurar o conhecimento ou a retificação de informações relativas à vida do impetrante constante de registros de bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público.

O Mandado de Injunção – art. 5º, LXXI, CF/88, é medida hábil para que o postulante obtenha, em um caso específico concreto (e estritamente para ele), mediante suprimento judicial, a disciplina necessária indispensável ao exercício dos direitos de liberdades constitucionais ou de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, frustrados pela ausência de norma regulamentadora, cuja falta esteja a inviabilizar-lhe o exercício.

A Ação Popular, inserida no inciso LXXIII do art. 5º da Constituição Federal, é o instrumento deferido a qualquer cidadão para anular atos lesivos ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, ou à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, sendo regulada pela Lei 4.717/65.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade encontra-se prevista nos artigos 102, I, “a” e 103 da Constituição Federal, regulada pela Lei 9.868/99, e visa o reconhecimento judicial de inconstitucionalidades por ação ou omissão do Poder Público.

Enquanto a Ação Civil Pública, com previsão constitucional no art. 129, II da Carta da República, é um instrumento utilizável, cautelarmente, para evitar danos ao meio ambiente, estético, histórico, turístico ou paisagístico, além de outros interesses difusos da sociedade, ou como meio ressarcir o erário, no caso de existência de dano encontra-se regulamentada pela Lei 7.347, de 24.7.1985.

Assim, mesmo em face da principal característica dos direitos sociais, qual seja a não titularidade por um único indivíduo, independentemente de se tratar de direito individual homogêneo ou simples, é indubitável que se está diante de um direito indisponível, razão pela qual, o meio processual mais adequado para a sua proteção seria uma ação coletiva, posto que seus efeitos são suscetíveis de resvalar sobre todas as pessoas que se encontrem na mesma situação fática.

Logo, a ação coletiva enseja a consideração dos efeitos da decisão para toda uma coletividade. Nestemister, vários interesses em jogo poderiam ser ponderados com a participação de diversos entes políticos e sociais como se daria por meio do instituto do *amico curiae* (ou seja, terceiro interessados na lide poderiam participar do feito, trazendo dados, cálculos, argumento).

Considerando que as ações coletivas, a exemplo do mandado de segurança são restritas com relação à matéria e a legitimação, resta-nos a Ação Civil Pública para tutelar os direitos à saúde, de forma eficiente e eficaz, quando a Administração não os presta adequadamente, em virtude da larga abrangência de seu objeto.

Da mesma forma, não se pode olvidar que a Constituição Federal brasileira atribuiu ao Ministério Público a prerrogativa da defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e individuais disponíveis (art. 127, *caput*) além da função institucional para a

tutela de pretensões de massa, sob a rubrica de interesses difusos e coletivos (art. 129, III), por intermédio de dois instrumentos nascidos com a Lei 7.345/85: o inquérito civil e a ação civil pública.

Todavia, a legitimidade para propor Ação Civil Pública não é exclusiva do Ministério Público, à luz do art. 5º, da Lei 7.347/85, também estão legitimados a intentá-la, os entes políticos, com personalidade jurídica de direito público interno – União, Estados e Municípios, além de autarquias, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que: I esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil; II – inclua em suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Curiosamente, o referido dispositivo não incluiu entre os legitimados a propor Ação Civil Pública, o Distrito Federal. Isto, não afasta a possibilidade de o Distrito Federal ser parte em Ação Civil Pública, na condição de Litisconsorte de qualquer das partes, com força no §2º do art. 5º da lei nº 7.347/85⁶.

Ressalte-se que a Lei 11.448, de 15 de janeiro de 2007, alterou o art. 5º da Lei da Ação Civil Pública para aumentar os rol dos legitimados para sua interposição, ali incluindo a Defensoria Pública.

A legislação da Ação Civil Pública abriu um canal para a população agrupada ter acesso ao Judiciário no intuito de garantir o exercício de direitos difusos. Opera-se assim uma mutação na jurisdição, que “transmuda seu tradicional *modus operandi*, de singela subsunção do fato à norma de regência, para entrar em ponderações outras, de cunho sociológico, cultural, político e econômico[...]” (MANCUSO, 2001, p. 68).

A legislação infraconstitucional da espécie deu os contornos à legitimação das pessoas a que se refere o art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, para promover a defesa dos mais variados direitos metaindividuais, por meio de ações coletivas, de que são exemplos os diplomas editados à tutela do meio ambiente (Lei nº 6.938/81, art. 14, §1º), à tutela do consumidor (Lei 8.078/90, art. 82), da probidade administrativa (Lei 8.429/92, art. 17); do patrimônio público e da moralidade administrativa (Lei 8.625/93, art. 25, IV, “b” – LONMP); dos direitos da criança e do adolescente (Lei 8069/90, art.210); dos deficientes físicos (Lei 7.853/89, arts. 3º e 7º), do mercado financeiro (Lei 6024/74, art. 46); da ordem econômica (8.884/94, art. 88), e, do patrimônio genético (Lei 8.974/95, art. 13, § 6º) entre outras.

Mas os interesses plurindividuais não se exaurem num rol taxativo. Não se compreendem numa latitude estreita, normatizados tão somente em leis específicas, pois a lei da Ação Civil Pública, secundando a Carta Magna (ar. 129, III) expressamente alargou o campo de interesses transindividuais que, igualmente, estão aptos a merecer tutela por parte das ações coletivas (art. 1º, IV, da Lei 7.347/85). (MAZZILLI, 2002, p.100-101).

Daí ter o legislador empregado a expressão “outros interesses difusos e coletivos”, ou assemelhada, nos textos legais da espécie, inclusive no art. 25, IV, “a”, da Lei 8.625/93 (Lei Orgânica do Ministério Público), indicando um conceito jurídico intencionalmente vago para colher as mutações históricas dos fatos e valores, conforme a visão Moreira (1988, p. 65).

Indeterminado, também, revela-se o termo *interesses superindividuais*, quer o essencial e ontologicamente coletivos (difusos e coletivo), quer o essencial e acidentalmente coletivos (individuais homogêneos – art. 81, III, Lei 8.078/90).

⁶§2º. Fica Facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes.

Os interesses difusos, que apresentam um maior grau de coletivização, com efeitos que se espriam pela coletividade, são caracterizados por basicamente três elementos: indeterminação dos sujeitos, indivisibilidade do objeto e intensa litigiosidade.

Fala-se em *indeterminação dos sujeitos* porque esta categoria de interesses plurissubjetivos se reporta a situações de fato, tendo em vista que “inexiste vínculo jurídico que agregue os sujeitos afetados por esses interesses”, por que eles “estão aglutinados ocasionalmente, em virtude de certas contingências, como o fato de habitarem uma certa região [...] ou de consumirem certo produto, ou por pertencerem a certa etnia ou minoria social [...]” (MANCUSO, 2002, p.49).

Nessa espécie, *a indivisibilidade do objeto* significa que os interesses são insuscetíveis de repartição ou de atribuição a pessoas ou grupos (a ar que respiramos/ a preservação da mata atlântica, a conservação de uma estrada).

Já *a intensa litigiosidade* revela a ocorrência de conflitos entre situações de massa, quando se contrapõem interesses igualmente tutelados, a exemplo do exercício do direito de manifestação através da interdição de estradas pelos integrantes dos movimentos dos sem-terra, em detrimento do direito de locomoção dos motoristas.

Nos interesses transindividuais coletivos, por sua vez, os sujeitos, estando ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (art. 81, III, Lei 8.079/90) “já comportam certa visualização ao interior de certos segmentos da sociedade civil, ou seja, em grupos, categorias ou classes, na dicção legal.” (MANCUSO, 2002, p. 70).

Os interesses individuais homogêneos, conquanto sejam direitos individuais que decorrem de uma origem comum, “recebem tratamento processual coletivo pelo modo uniformizado como se exteriorizam.” (MANCUSO, 2002, p. 70). Embora expressem, num primeiro momento, tratar-se de direitos subjetivos disponíveis, constituem valores jurídicos comunitários privilegiados, de transcendente importância social. Seu significado é maior do que a simples soma das posições individuais, exprimindo casos em que “a soma é algo mais do que simplesmente um conjunto das parcelas, exatamente porque o fenômeno assume, no contexto social, um impacto de massa.” (MOREIRA, 1988). Leve-se em conta, ainda, que mesmo disponível, o interesse individual homogêneo comporta defesa nas ações coletivas, “mas desde que tenha suficiente abrangência ou repercussão social.” (MAZZILLI, 2002, p. 51). Nesse sentido, já se manifestou o Conselho Superior do Ministério Público de Maceió, ao editar a Súmula nº 7⁷.

Além de exigir expressão social para proteção desses direitos, a doutrina contribui para lhes imprimir uma coloração de patrimônio social, cuja definição se extrai da Carta Magna, como “o conjunto de bens jurídicos, concebidos em face dos valores adotados pelo texto constitucional.” (FIGUEIREDO, 1996, p. 24).

No mesmo sentido, afirmando o caráter social de tais interesses, a jurisprudência pátria vem reconhecendo alguns direitos plurindividuais defensáveis por ações coletivas relacionadas, por exemplo, à *segurança do trabalhador*, ou na *cobrança indevida de mensalidades escolares*.

Sem dúvida, a instrumentalidade da Ação Civil Pública como meio de obtenção de medidas protetivas e concretizadoras do direito à saúde, sobrepõe-se às demais ações garantidoras de direitos, previstas na Constituição Federal pelo fato de que o Ministério Público

⁷ “O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, como: a) os que digam respeito à saúde ou a segurança das pessoas ou o acesso das crianças e adolescentes à educação; b) aqueles em que haja extraordinária dispersão dos lesados; c) quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico.”

poderá tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, para a efetiva implantação de determinada política pública, mediante fixação de prazos e eventuais adequações orçamentárias⁸.

Mormente tal prerrogativa conferida e utilizada pelo Ministério Público, tendo a realidade fática demonstrado, em especial, no Estado de Alagoas, o não cumprimento dos referidos Termos de Condução, esbarrando a pretensão das Ações Cíveis Públicas, nos mesmos entraves que os demais instrumentos hábeis a cobrar uma atuação do Poder Público, na prestação do serviço público à saúde, sob o argumento de necessidade de licitação pública para a obtenção de fármacos, a indisponibilidade de fundos, etc.

Para combater, especificamente, estes entraves, o Poder Judiciário já tem promovido, inclusive, o bloqueio de verbas públicas vez que a imediata prestação se faz necessária, sob o risco de se tornar inócua e não haver outro meio de se garantir a sobrevivência do titular do direito pleiteado, por cuidar da tutela do direito à vida, um interesse que se sobrepõe ao princípio de indisponibilidade dos bens públicos e sua impenhorabilidade.

Outro ponto que demonstra ser a Ação Civil Pública para fazer a Administração cumprir as promessas da realização da função social do Estado um instrumento mais adequado que as demais ações consistem no efeito da decisão, a qual faz coisa julgada “*erga omnes*”, ou seja, intentada Ação Civil Pública por determinado legitimado, todos os demais que se encontrem na mesma situação fática colocam-se sob os efeitos da sentença, quer esta dê pela procedência do pedido, quer pela improcedência.

O que não quer dizer que a eficácia geral da coisa julgada iniba a propositura de outras ações em defesa de interesses individuais, mesmo que assentadas nos fatos que ensejaram a propositura da Ação Civil Pública, nestes termos Lima (1997, p. 75) explica: “É que a eficácia *erga omnes* da coisa julgada nas ações cíveis públicas implica a supressão do requisito da “identidade das partes”, por ocasião de sua alegação, mas não dispensa os da “identidade de pedido” e “identidade de causa de pedir.”

O reconhecimento do direito à saúde como um direito fundamental, titula o indivíduo em diferentes posições subjetivas, conformadas às distintas dimensões que funcionalmente pode assumir. Como direito de defesa, por exemplo, o direito à saúde veda ingerências na saúde da pessoa, quer sejam praticadas pelo Estado, quer decorram de atos de particulares, e nesse sentido é plenamente tutelável pelo Judiciário. Como direito à prestação, o direito à saúde desdobra-se nas dimensões protetiva e prestacional *stricto sensu*.

No primeiro caso, demanda a organização de instituições, procedimentos, políticas públicas voltadas à respectiva realização, individual e coletiva, tais como a edição de normas penais punindo condutas contrárias à saúde humana, a regulamentação das atividades e órgãos do Sistema Único de Saúde – SUS -, a execução de políticas de vigilâncias sanitária, bem como a consecução de tantas outras medidas voltadas à proteção à saúde. Em sentido prestacional estrito, o direito à saúde estabelece o fornecimento de prestações materiais pelo Estado, como remédios, tratamentos médicos, vacinas, internação hospitalar, etc.

⁸Tais prerrogativas, também haviam sido estendidas aos demais legitimados para interpor a Ação Civil Pública com a inclusão dos parágrafos 5º e 6º na Lei 7.347/85, pelo art. 113 do Código de Defesa do Consumidor. Porém como adverte Theotônio Negrão, in *Código de Processo Civil e Legislação em Vigor*. 33. ed. Saraiva, São Paulo: 2202, p. 998 e 999 “Acontece, porém, que ao vetar o art. 92, § ún., do CDC, o Presidente da República também vetou expressamente os §§ 5º e 6º. (v. DOU 12.9.90, supl. p.11). Provavelmente, como esse veto foi feito “*incidenter tantum*”, no meio das considerações relativas ao art. 92, § Ún., não se prestou atenção ao fato de que aí também se vetavam os §§ 5º e 6º da Lei 7.347. Assim, por engano, a publicação oficial do Código de Defesa do Consumidor os deu como sancionados, quando em realidade, foram vetados.

Em termos protetivos, a tutela do direito à saúde dificilmente resulta em pretensões originárias passíveis de exigibilidade judicial, pois a atividade legiferante conformadora e regulamentadora é objeto de instrumentos de controle de omissões inconstitucionais (Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção), cuja eficácia foi muito reduzida pela práxis do Supremo Tribunal Federal.

Quanto às prestações materiais decorrentes do direito à saúde, observa-se uma clara tendência, na doutrina e na jurisprudência pátrias, quanto à admissão de pretensões plenamente exigíveis em juízo, em especial quando a prestação requerida venha acrescida da urgência de proteção da vida humana. Nesse aspecto, então, pode-se asseverar a existência de uma presunção em favor do reconhecimento de posições subjetivas, suscetíveis de serem tuteladas judicialmente com arrimo exclusivo nas normas constitucionais, notadamente nas hipóteses em que demonstrada a urgência da tutela postulada.

Todavia, dos instrumentos constitucionais postos à disposição do jurisdicionado, o mandado de segurança, que já foi largamente utilizado para tais fins, se mostra inoperante para obter assistência material à saúde, pela ausência de liquidez e certeza do direito pleiteado e, especialmente, pela ausência de ilegalidade ou abuso de poder da autoridade responsável pela implantação das políticas públicas em seu âmbito de atuação.

O *habeas corpus* e o *habeas data*, como já visto, referem-se a matérias específicas – direito de locomoção e direito à informação, sendo, pois, incabível para pleitear medidas concretas relativas às prestações do direito à saúde.

Desta forma, pela ampliação do objeto da Ação Civil Pública, em consonância com a nova hermenêutica constitucional, onde há prevalência dos direitos humanos fundamentais, com base na dignidade da pessoa humana, resta possível a cobrança de prestações materiais, relativas à saúde, através deste instrumento processual para que o Poder Judiciário garanta a salvaguarda do mínimo existencial ou mínimo vital, a uma coletividade, ou mesmo a um só indivíduo, por tratar-se de direito indisponível.

Na análise de casos concretos, no primeiro grau de jurisdição da Justiça Estadual de Alagoas, sem prejuízo das ações cominatórias a que se refere o Código de Processo Civil, como instrumento hábil para a tutela das obrigações de fazer, a Ação Civil Pública tem sido largamente utilizada, e com acerto, para impor ao Estado a obrigação de fornecer condições de tratamento médico à população, quando tal necessidade configura direito coletivo ou direito individual homogêneo.

Tais direitos traduzidos, concretamente, nas necessidades da coletividade, a exemplo dos portadores de doenças renais, dos idosos, dos portadores de hemofilia, bem como para promover tratamentos médicos específicos, à criança portadora de nanismo, inclusive, com imposição de pena pecuniária e bloqueio de verbas públicas.

Nestes termos são exemplos práticos as Ações Cíveis Públicas, interpostas pelo Ministério Público, Processo nº 001.07.001552-0, ou pela Defensoria Pública – Processo nº 001.07.058273-5 e Processo 001.07.075.452-8, perante a Justiça Comum Estadual de Alagoas, cujos objetos referem-se ao fornecimento de medicamentos para os portadores de doenças renais; à contratação, por tempo determinado, de médicos para suprir a ausência dos servidores públicos em virtude da greve deflagrada pela classe destes profissionais em maio de 2007 e à contratação de leito na UTI de Hospital da rede privada, como medida urgente para tratamento específico, respectivamente.

Os pleitos acima referidos foram concedidos pelos Magistrados competentes, seguindo a interpretação do Supremo tribunal Federal acerca dos arts. 127 e 129 da Constituição Federal de 1988, no sentido de que “A Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de

promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições prescritas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF, artigos 127 e 129). (RE 248.869/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 12.3.204, p.773).

Partindo destas sumárias colocações se estabelece a identidade dos interesses metaindividuais com o direito subjetivo à saúde, em nosso ordenamento jurídico, passível de ser tutelado via Ação Civil Pública, por ser esta a via processual indicada para a defesa de um direito individual indisponível, indissociável do direito à vida.

CONCLUSÃO

A pesquisa versa sobre a implantação de políticas públicas, através da Ação Civil Pública, com relação aos direitos sociais e dentre estes, o direito à saúde, enquanto garantia constitucional, passível de exigibilidade judicial originária.

Longe de pretender impor alguma decisão definitiva e apriorística para a proteção dos referidos direitos, intentou-se colher da evolução histórica do direito à saúde às diversas discussões, normalmente travadas pela doutrina e pela jurisprudência pátrias em torno do tema, os fundamentos para concluir que, não obstante subsistam previsões, inclusive a nível constitucional do direito à saúde, cada vez mais se colocam intrincadas questões à efetividade dos direitos fundamentais sociais, cuja resolução cabe ao Estado.

Considerando o contexto brasileiro, como país em desenvolvimento, não havendo prestação de um mínimo dos direitos sociais fundamentais, faz-se legítima a intervenção do Poder Judiciário, desde que convocado, para impor medidas coativas com a finalidade de tornar concreta tais pretensões; especialmente, quando a Administração alega a impossibilidade de prestação das políticas públicas em face da reserva do possível, ou da estrita legalidade a que estão atrelados os atos administrativos.

Mormente o Direito Administrativo pautar-se na estrita legalidade, que em caso de prestação à saúde, em virtude do Sistema único de Saúde implantado, obedece a uma hierarquia verticalizada com competências definidas entre os entes da federação e à taxatividade dos Protocolos do Ministério da Saúde, não se pode desprezar o fato de que também a Administração Pública encontra-se habilitada a proceder uma ponderação de valores e mitigar esta restrição por caracterizar tal direito, um direito fundamental, indissociável do direito à vida e da dignidade da pessoa humana.

O Direito à saúde, espécie de direito social, de aplicabilidade imediata, à luz do § 1º, art. 5º da Constituição Federal Brasileira, é regulado no art. 196 da referida Carta e exige, para sua efetividade, a adoção de políticas que estão condicionadas por circunstâncias econômicas, as quais não podem constituir empecilho insolúvel para limitar-lhes a própria capacidade de realização prática.

Neste sentido o “ativismo” judicial tem se intensificado, no Brasil, para proteger o direito à saúde, voltado para a população mais carente, em virtude da má distribuição de renda, para que seja concretizado um direito que embora sua implantação não configure responsabilidade dos juízes, por ser uma atribuição política, a omissão ou má prestação pela Administração Pública permite a intervenção do Poder Judiciário na seara administrativa, sem que isto venha a configurar uma invasão de competência, à luz dos princípios da divisão funcional dos Poderes.

No que se refere ao fornecimento de fármacos ou à prestação de tratamento em saúde, a elaboração de protocolos terapêuticos não é o suficiente para atender ao princípio da universalidade de atendimento e a criação de mecanismos de controle das prestações oferecidas

pelo Estado, por meio da Ação Popular ou do Mandado de Segurança não bastam para concretizar as necessidades inadiáveis dos que buscam a tutela judicial, neste sentido.

Conclui-se, então, que dentre os diversos instrumentos que podem ser utilizados para a obtenção da tutela judicial, relativamente aos direitos à saúde, pela abrangência de seu objeto e pelos efeitos que produz, ser a Ação Civil Pública a via mais adequada para se buscar tais prestações, enquanto não se consumam os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, idealizado pelo Constituinte de 1988, abrigado no art. 3º, da Carta Magna Brasileira.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor & COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004.

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

BARCELLOS Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. São Paulo: Campus, 1992.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999.

BOMFIM, Thiago Rodrigues de Pontes. Os princípios constitucionais e o condicionamento da interpretação da Constituição. *Revista do Mestrado em Direito da UFAL*, Maceió: Nossa Livraria, n. 2, 1º semestre 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASI. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor*. Organização, seleção e notas NEGRAO, Theotônio com a colaboração de GOUVÊA, José Roberto Ferreira. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL - RE217286 AgR/RS, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJ de 24.11.2000. Disponível em < <http://www.stf.gov.br> >

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45/DF. Arguinte: Partido da Social democracia Brasileira – PSDB. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 29 de abril de 2004. Decisão pendente de publicação. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>

CASANOVA, J.A. Gonzales. *Teoria Del Estado y Derecho Constitucional*. Tercera reimpressão. España: Vicens-Vives, 1989.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DOERDERLEIN, Germano André. *Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Ação Civil Pública, Ação Popular. A Defesa dos Interesses Difusos e Coletivos. Posição do Ministério Público. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 16, p. 24, 1996.

FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado.”* Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Contribuição à teoria da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, n. 144, out./dez., 1999.

LUHMANN, Niklas. *O Paradoxo dos Direitos Humanos e Três Formas de seu Desdobramento*. Traduzido por Ricardo Henrique Arruda de Paula e Paulo Antônio de Menezes Albuquerque. Fortaleza: Thêmis, 2000.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Ação Civil Pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In/ MILARÉ, Edis (coord). *Ação Civil Pública/ Lei 7.347 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. O município enquanto co- legitimado para a tutela dos interesses difusos. *Revista de Processo*, v. 8 e 48, 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo- meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano de existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo I. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

_____. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondant, baron de La Brède et de. *O espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Regras de experiências e conceitos juridicamente indeterminados*. Temas de Direito Processual. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
ROYO, Javier Pérez. *Curso de derecho Constitucional*. 5. ed. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *O princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. A Saúde na Constituição Federal de 1988: direito e dever fundamental. In: LINDNER, Liandro; PIMENTEL, Maria Cristina (Orgs.). *AIDS, Direito e Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, George. Pontes de Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais. *Revista do Mestrado em Direito da UFAL*, Maceió: Nossa Livraria, n. 1, jan./dez. 2005.

_____. *Improbidade administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 2002.

SCLIAR, Moacir. *Do Mágico ao Social- a trajetória da saúde pública*. Porto Alegre: L&PM, 1987.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SORTO, Fredys Orlando. Montesquieu: o espírito geral das leis e o mito da separação dos poderes. *Verba Juris: Anuário da Pós-Graduação em Direito, João Pessoa*, ano 1, n. 1, jan./dez. 2004.

SZTAJAN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Décio. *Direito & Economia*. Rio de Janeiro: Campus, 2005.