

UNIVERSIDADE SANTA CECÍLIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA SAÚDE:
DIMENSÕES INDIVIDUAIS E COLETIVAS

FLÁVIO ANTONIO DE OLIVEIRA

**O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA IMPLEMENTAÇÃO DO
DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: O CONTROLE DA INÉRCIA DO
ADMINISTRADOR E A CARACTERIZAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA**

SANTOS/SP

2018

FLÁVIO ANTONIO DE OLIVEIRA

**O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA IMPLEMENTAÇÃO DO
DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: O CONTROLE DA INÉRCIA DO
ADMINISTRADOR E A CARACTERIZAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA**

Dissertação apresentada à Universidade Santa Cecília como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito da Saúde: Dimensões Individuais e Coletivas, sob orientação de: Prof. Dr. Fernando Reverendo Vidal Akaoui.

SANTOS/SP

2018

347.014 Antonio de Oliveira, Flávio
047p A Defensoria Pública como Instituição Propulsora do
 Acesso ao Direito à Saúde / Flávio
 Antonio de Oliveira. -- Santos, 2018.
 166 f.

 Orientador: Fernando R. Vidal Akaoui.
 Dissertação (Mestrado - Direito) -- Universidade de
 Santa Cecília, Programa de Pós- Graduação em Direito da
 Saúde, Santos, SP, 2018.

 1. Defensoria Pública. 2. Saúde. 3. Improbidade
 Administrativa. I. R. Vidal Akaoui, Fernando. II.
 Título.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, que me concedeu saúde e com isso propiciou o cumprimento desse desafio.

Agradeço a quem me deu tudo: minhas mães (*in memoriam*) Ivani e Maria Luiza e meu avô Eduardo (*in memoriam*), refinados exemplos de seres humanos.

Agradeço à minha esposa Ana pelo habitual apoio em todas as minhas aventuras e ao meu querido filho Raul por ser a grande inspiração de minha existência.

Agradeço à minha afilhada literata Marília, pelos contributos a mim prestados.

Agradeço ao inesquecível amigo Wagner, pelo seu apoio habitual e ao fiel escudeiro da grande jornada e companheiro dileto Aldeir, por toda a força empenhada. Ainda agradeço ao Dr. Hugo Schayer Sabino pela preciosa disponibilidade aconselhadora.

Agradeço ao brilhante Defensor Público-Geral, Dr. Luciano Montalli por todo o apoio e confiança.

Agradeço ao meu honroso professor, orientador e valioso guia, ilustre Prof. Dr. Fernando Reverendo Vidal Akaoui, o qual me estimulou e apoiou - até mesmo antes de me conhecer pessoalmente - à realização dessa empreitada.

Agradeço a todos os professores do curso de mestrado em Direito da Saúde por todos os relevantes conhecimentos transmitidos, e por representação a todos eles, agradeço e homenageio o Prof. Dr. Marcelo Lamy, que de forma nata exerce com magnitude docência ímpar e cativante, fomentadora de discípulos.

Agradeço ao DD. Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoer pela participação honrosa junto à douta Banca Examinadora, tornando-a ainda mais especial.

Agradeço aos colegas de mestrado pela valiosa experiência trocada durante o curso.

Agradeço a todas e todos que dão vida à brilhante Universidade Santa Cecília, casa de ensino acolhedora e realizadora de sonhos.

“Ninguém respeita a Constituição, mas todos acreditam no futuro da nação.” (Renato Russo)

RESUMO

A saúde é um elemento inerente à preservação da vida humana, bem como da manutenção da integridade física e psicológica dos seres humanos, caracterizando-se por essa essencialidade um direito fundamental humano, sem o qual nenhum dos outros direitos poderiam ser plenamente exercitados. O Estado chamou para si o dever de efetivação do direito à saúde em face de sua fundamentalidade, não só expressamente através dos postulados constitucionais contidos nos artigos 6º e 196 e seguintes da Constituição Federal, como também inarredavelmente por intermédio dos objetivos republicanos, que - nesse propósito - declaram o ideal nacional de promover o bem de todos com supedâneo no fundamento da dignidade da pessoa humana, visando à redução das desigualdades sociais sob a aspiração de construir uma sociedade justa e solidária. Sucede que a realização da implementação da política pública de saúde depende de vários fatores político-jurídicos que constituem óbices à sua real efetivação, e nessa seara, por vezes há omissão do Estado relegando o denominado direito a uma mera expectativa. Nessa perspectiva, o objetivo das temáticas tratadas foi o de reafirmar a possibilidade de exigência do direito fundamental à saúde do Estado sob os auspícios de uma Constituição Dirigente, bem como revelar a Defensoria Pública como uma Instituição-garantia de promoção ao acesso à saúde, enaltecendo a necessidade de ampliação da instauração do controle democrático da gestão da saúde pública por Instituições que assumam o desiderato de garantir a tutela do direito à saúde, seja extrajudicial, seja judicialmente, ainda que por resultados consequenciais decorrentes de atividade sancionatória, como a que deriva de ato de improbidade administrativa, perpassando pela análise da legitimidade da Defensoria Pública para a tutela coletiva da probidade administrativa em situação de omissão da implementação de ações de saúde pública. O método abordado na construção do texto teve concepção juspositivista, centrada em perfil dedutivo, racionalista e normativista, baseando seu discurso em postulados normativos e constitucionais, bem como em argumentos doutrinários e jurisdicionais, extraindo-se derradeiramente as inferências obtidas. O conjunto de informações que serviu de base para a pesquisa consistiu na coleta de caráter bibliográfico (doutrina) e documental (normas e decisões judiciais). Alcançadas tais informações, foram analisados os argumentos de influência ou exclusão nos respectivos resultados e conclusões. Daí porque, enquanto resultados e conclusões, desvenda-se que a Defensoria Pública assume o papel de instrumento contra-hegemônico estatal de assecuração do direito fundamental e humano de acesso à proteção da saúde, eis que o Estado de Direito lhe outorga poderes de impulsionar a que o próprio Estado concretize efetivamente o direito criado abstratamente, ainda que, por via transversa, através da persecução da improbidade administrativa por meio da Ação Civil Pública a cargo da Defensoria Pública, haja vista que para haver um Estado de Direito, exige-se mais que a existência por si só de um ordenamento jurídico para balizar sua atuação, sendo imprescindível também a criação de mecanismos para assegurar o cumprimento dessas balizas normativas pelo Estado. Logo, as implicações decorrentes dos debates contrapostos no bojo deste trabalho evidenciam que a instituição pública denominada Defensoria Pública se consubstancia em mecanismo adequado a essa função de promotora do acesso ao direito à saúde, ainda que pela perspectiva consequencial da promoção da tutela da probidade administrativa, ampliando o acesso à justiça como meio de efetivação dos direitos constitucionalmente garantidos, revelando e oferecendo respostas adequadas às hipóteses propostas.

Palavras-chave: Saúde. Defensoria Pública. Improbidade Administrativa.

ABSTRACT

The health is an inherent element to human life preservation, as well as the maintenance of the physical and psychological integrity of the human beings, characterized by this essentiality a fundamental right, without which none of other rights might be fully exercised. The State called him the duty of realization of right to health in the face of your fundamentally, not only expressly through the constitutional postulated contained in the articles 6º and 196 and subsequent of Federal Constitution, how too unswervingly by intermediate of republican objectives, that- in this purpose- they declare the national ideal of promote the common good with prop in the foundation of dignity of human person, aiming to reduction of social inequality aspiring to construction of solidarity and just society. It happens that the realization of implementation of public policy of health depends of various political- judicial factors that form obstacles to your real realization, and in this cornfield, sometimes has omission of the State relegating the called right to mere expectation. In this perspective, is feasible the expansion of the establishment of the Democratic Control of management of public health by Institutions that take the desideratum of the ensure the tutelage of right to health, be extrajudicially, be judicially, for this reason the Public Defenders assume the paper of instrument state counter- hegemonic of assurance of the human and fundamental right of protection to health, that is the Rule of law that bestowed upon him powers of give an impetus the own State concretize effectively the right created abstractly, considering that for have a rule of law, requires more that the existence in itself of a juridic planning for demarcate your atuation, being indispensable too the creation of mechanisms for ensure the compliance these normative marks by State, and the public institution Public Defenders substantiate itself in adequate mechanism to this function. The method approached in the construction of the text had a juspositivist conception, centered on a deductive, rationalist and normativist profile, basing its discourse on normative and constitutional postulates, as well as on doctrinal and jurisdictional arguments, extracting the inferences obtained. The set of information that served as the basis for the research consisted of the collection of bibliographic (doctrine) and documentary (rules and judicial decisions). Once this information was reached, the arguments of influence or exclusion in the respective results and conclusions were analyzed. Hence, as results and conclusions, it is revealed that the Public Defender's Office assumes the role of an anti-hegemonic instrument to ensure the fundamental and human right of access to health protection, since the rule of law empowers it to the State itself actually materializes the law created abstractly, although, through a transverse way, through the prosecution of administrative improbity by means of the Public Civil Action by the Public Defender, since, in order to have a State of Law, more is required than the existence by itself of a legal system to guide its action, and it is also essential to create mechanisms to ensure compliance with these normative standards by the State. Therefore, the implications of the opposing debates in the context of this study show that the public institution known as the Public Defender's Office is an appropriate mechanism for this function of promoting access to the right to health, albeit with the consequential perspective of promoting the protection of administrative probity, increasing access to justice as a means of effecting constitutionally guaranteed rights, revealing and offering adequate answers to the hypotheses proposed.

Keywords: Health. Administrative Improbity. Public Defenders.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. O Direito Fundamental à Saúde.....	15
1.1 O conceito de Saúde	15
1.2. A Saúde como Direito Humano.....	17
1.3. O Direito Fundamental Social à Saúde.....	19
1.4 A Cláusula de Prioridade Constitucional dos Direitos Fundamentais Sociais..	31
1.5 O Panorama da Saúde no Brasil.....	34
2 Nuances do Serviço Público na área da Saúde.....	47
3 Das Obrigações do Administrador em Relação à Saúde.....	58
3.1 SUS.....	67
3.2 Orçamento	69
3.3 Regionalização.....	75
3.4 Diretrizes da Omissão	77
4 Excludentes de Responsabilidade.....	80
5 A Defensoria Pública e seu Papel no Controle da Inércia Danosa ao Direito Fundamental à Saúde	85
5.1 A Defensoria Pública como “custos vulnerabilis”	87
5.2 A Defensoria Pública e a Tutela da Saúde	92
5.3 Os instrumentos de Controle à Disposição da Defensoria Pública.....	94
5.4 A Recomendação e sua Importância na Caracterização do Dolo do Administrador	101
6. Improbidade Administrativa.....	106
6.1 A Inércia do Administrador como Ato de Improbidade Administrativa.....	106
6.2 Configuração do Ato de Improbidade – Elemento Subjetivo.....	113
6.3 Ação de Improbidade	119
CONCLUSÃO.....	140
VERSÃO COMPACTADA.....	143
REFERÊNCIAS.....	147

INTRODUÇÃO

Em prol de equalizar as desigualdades humanas e seus efeitos, que em grande medida integram os principais fatores que digladiam com o ideal de bem estar comum inerente à totalidade social, a Constituição fundante do Estado Democrático e Social de Direito estipula direitos e garantias populares como predicados da cidadania social, a qual para ser exercida exige mais que o reconhecimento jurídico de mínimas garantias, necessitando de efetiva implementação dos direitos fundamentais nela consagrados para o alcance de um nível mínimo e real de dignidade humana.

Já na apresentação preambular da nossa Constituição é expressamente declarado que a instituição do próprio Estado Democrático teria a finalidade de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais e o bem-estar como valores supremos de uma sociedade fraterna. Não sem razão, denota-se que o bem-estar humano já se revela preocupação imanente à própria criação e finalidade última do Estado Democrático constituído pelos ideais populares, eis que todo o invencionismo e criação do ser humano apenas empreende algum sentido se priorizado o bem-estar humano consubstanciado inexoravelmente na saúde.

Esse é o cenário em que se situa o Direito à Saúde, porquanto, tem assento na norma jurídica¹ de status mais elevado dentro de uma República: a Constituição Federal, conquanto, empiricamente a implementação desse direito fundamental, social, e natural, possui inúmeras dificuldades em ser realmente realizado em prol de proporcionar uma vida humana digna e saudável devido a inefetividade dos poderes públicos.

A sociedade organizada apostou na criação e manutenção do Estado suas legítimas expectativas de contraprestar serviços públicos correspondentes ao seu custeio mediante tributos, e em corroboração, o Estado se reconheceu juridicamente responsável por tal complexa tarefa. Logo, não é possível tolerar que o

¹ “Acima das leis, produzidas pelo Estado, existe uma norma jurídica fundamental, que não é feita nem alterada por ele, estabelecendo os termos essenciais do relacionamento entre as autoridades entre estas e os indivíduos: a Constituição [...]”(SUNDFELD; 2009, p. 40).

Estado se omita ou forneça atenção aos cuidados da saúde populacional aquém da qualidade mínima razoavelmente proporcional ao atendimento do postulado da dignidade humana.

A Constituição da República estatuiu como direitos sociais, além de outros, a saúde, devendo tal direito ser implementado por Políticas Públicas que garantam a efetiva dignidade da pessoa humana.

Sob o prisma da proteção constitucional reforçada², o direito à saúde é diretamente relacionado ao elementar direito à dignidade da pessoa, tendo ambos conexão direta em virtude de fundamentação ética e universal, portanto, não há campo para segregação interpretativa entre direitos fundamentais individuais e sociais, em razão de sua indivisibilidade.

Pela perspectiva da relevância e centralidade da dignidade humana como preceito fundante do nosso Estado, não se sustenta qualquer distinção topográfica entre a fundamentalidade dos direitos individuais previstos no artigo 5º e a dos direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Republicana, eis que não há distinção substancial entre ambos.

No concernente à exigibilidade dos direitos fundamentais sociais, dentre os quais se insere o direito à saúde, curial mencionar a existência de três linhas de pensamentos correspondentes: uma que restringe os direitos fundamentais aos direitos de defesa previstos no artigo 5º da Constituição Republicana; outra que concebe serem direitos fundamentais os de prestação obrigatória pelo Poder Público apenas havendo previsão constitucional expressa e com regulamentação infraconstitucional; e uma última que amplia a exigibilidade derivada da coerção da previsão normativa constitucional a todos os direitos fundamentais, com a qual alinha-se este trabalho.

²Dada a sua relevância constitucional, os direitos sociais constituem matéria protegida contra a intervenção do poder constituinte derivado, portanto, entendem-se compreendidos no artigo 60, § 4º, IV, da CF, devendo ser interpretada em sentido lato a expressão “direitos e garantias individuais”, abrangendo todos os direitos fundamentais descritos no Título II, e ao longo da Constituição Federal.

Por serem de ordem cogente as normas jurídicas atinentes aos direitos sociais, tendo por escopo o pleno desenvolvimento humano, integridade física e psíquica, são também imanentes ao poder/dever estatal. Logo, nelas estão inseridas as regras concernentes à saúde humana individual e coletiva em respeito à sua imanente dignidade, o que evidencia sua forma incondicional e sua irrenunciabilidade.

O direito à saúde integral está contemplado incondicionalmente no artigo 196 da Constituição da Nação, mas esperar que sua implementação fosse algo diverso de um desafio seria um equívoco, eis que o Brasil – em razão do longo período ditatorial que experimentou –, suporta além de extremo déficit social, também um déficit de pleno exercício democrático que contribui para as dificuldades estabelecidas em caráter prioritário de implementação de um universal acesso à saúde, já que a evolução normativa sem um controle democrático mais incisivo acaba de alguma maneira dando azo ao constante descompromisso da Administração Pública na efetivação das políticas sociais.

A Constituição da República de 1988 além de estabelecer os direitos e garantias fundamentais, determinou a existência de instituições e instrumentos processuais capazes de fomentar a concretização dos direitos fundamentais que consolidou, estatuidando a Instituição chamada Defensoria Pública como uma garantia direcionada a assegurar e promover os direitos humanos fundamentais.

Portanto, constitucionalmente há a afirmação do caráter institucional de proteção e garantia de direitos fundamentais e humanos individuais e coletivos a cargo da Defensoria Pública. Ante essa perspectiva garantista fundamental, a proposta desse arrazoado foi o estudo do papel desempenhado pela Instituição na promoção do Direito à Saúde Pública.

Este trabalho utilizou-se da linha metodológica dedutiva e teórica, racionalista e normativista, a partir da vertente jurídico-dogmática existente, lastreando-se em postulados normativos e constitucionais, além de doutrinários e jurisdicionais, cujas informações de base para a pesquisa se revestiram de coleta de caráter bibliográfico (doutrina) e documental (normas e decisões judiciais).

A partir das informações obtidas, foram analisados os argumentos de influência ou exclusão nos respectivos resultados e conclusões, cujas respostas para os problemas inerentes ao exercício da função essencial à realização do direito perpassa pela fixação de legitimidade ativa para a promoção da garantia constitucional de maneira ampla.

Daí porque, as inferências extraídas desvendaram que a Defensoria Pública assume o papel de instrumento contra-hegemônico estatal de asseguarção do direito fundamental e humano de acesso à proteção da saúde, eis que o Estado de Direito lhe outorga poderes de impulsionar a que o próprio Estado concretize efetivamente o direito criado abstratamente, ainda que, por via transversa, através da persecução da improbidade administrativa por meio da Ação Civil Pública a cargo da Defensoria Pública.

Logo, as implicações decorrentes dos debates contrapostos no bojo deste trabalho evidenciam que a instituição pública denominada Defensoria Pública se consubstancia em mecanismo adequado a essa função de promotora do acesso ao direito à saúde, ainda que pela perspectiva consequencial da promoção da tutela da probidade administrativa, ampliando o acesso à justiça como meio de efetivação dos direitos constitucionalmente garantidos, revelando e oferecendo respostas adequadas às hipóteses propostas.

Os desdobramentos da temática saúde embora suplantem a alçada exclusiva do Direito, compreendendo fatores econômicos, merecem resposta derivada do ordenamento jurídico vigente.

Face ao panorama caótico da saúde pública na atualidade, empregou-se como premissa geral a reflexão sobre as soluções jurídicas e instrumentos existentes para contenção da omissão pública na implementação do direito fundamental à saúde, desdobrando o estudo para a seara da improbidade administrativa, verdadeiro flagelo da perpétua crise cotidiana brasileira.

Neste cenário, discutiu-se o papel institucional da Defensoria Pública na ordem democrática brasileira, tida como função essencial à Justiça e promotora dos

direitos humanos fundamentais.

Sob a perspectiva de grave lesão ao direito fundamental à saúde, a improbidade administrativa, ainda que por omissão, trata-se de conduta com danos irreparáveis, pois, os serviços públicos que deixaram de ser prestados podem trazer consequências de difícil ou impossível reparação ao ser humano usuário do serviço e fim último do Estado.

Neste ínterim, evidencia-se o importante papel da Defensoria Pública para a promoção da tutela do direito fundamental à saúde, seja extrajudicial ou judicialmente, individual ou coletivamente, e nesta última seara, a Ação Civil Pública se revela como veículo adequado, quando houver necessidade, para provocar o Poder Judiciário.

1. O Direito Fundamental à Saúde

1.1 O conceito de Saúde

O ideal de autoproteção do ser humano à sua existência e ao seu desenvolvimento sadio em prol da prevalência da vida em sociedade é antiquíssimo e se dá ao longo da história da humanidade.

Raeffray (2005, p.23) assinala que

Desde os primórdios da sua existência, o Homem se preocupa com a própria saúde, seja na era primitiva, quando lambia as próprias feridas, como todos os animais ainda o fazem, seja na era atual, onde os contínuos avanços tecnológicos propiciam a cura de muitos males, os quais, no passado, levavam reiteradamente à morte.

Assim, historicamente remonta aos gregos o incipiente juízo acerca da condição que definiria como saudável ou não um humano.

Mas a acepção de saúde ficou posteriormente evidenciada que não se cingia ao estado de não ter doença como uma espontânea característica inerente ao ser humano em algum momento da vida, pois, desde a idade média, o meio ambiente, inclusive laborativo, já interferia na saúde humana. Destaca-se com evidência a partir da Revolução Industrial a forte e direta influência sobre a manutenção do estado de saúde humano estabelecida pelas condições de vida, de labor, ambientais e por estilo de vida, fatores que afetam o nível de saúde populacional.

Dallari (1995, p. 18) enaltece que a partir da Revolução Industrial sobrepairam duas correntes acerca da conceituação de saúde humana e assim professa:

De um lado, grupos marginais ao processo de produção que viviam em condições miseráveis, e enfatizavam a compreensão da saúde como diretamente dependente de variáveis relacionadas ao meio ambiente, ao trabalho, à alimentação e à moradia. Por outro lado, a descoberta dos germes causadores de doença e seu subsequente isolamento, que possibilitou o desenvolvimento de remédios específicos, falava a favor da conceituação da saúde como ausência de doenças. E fatores políticos aparentemente finalizaram tal debate.

Na evolução histórico-jurídica adveio a Organização das Nações Unidas – ONU, a qual possibilitou a criação de variados órgãos destinados à efetivação

dos direitos humanos.

Assim, em 1946, o direito à saúde foi solenemente reconhecido pela Organização Mundial da Saúde (OMS), que destacou a saúde no preâmbulo de sua Constituição como sendo o completo estado de bem-estar físico, mental e social, não se restringindo à ausência de doenças e outros agravos. Ato contínuo, em 1948, surgiu a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que reconheceu a saúde como direito fundamental do ser humano.

O conceito estabelecido pela O.M.S. sofreu críticas por sua própria carga de subjetividade. A respeito, Schwartz (2001, p. 34) menciona

O conceito da OMS, entretanto, sofre várias críticas. Em verdade, o conceito não é operacional, pois depende de várias escalas decisórias que podem não implementar suas diretrizes. Vários são os fatores que atuam negativamente nesse sentido, sendo que o principal, pode-se dizer, é que, a partir do momento em que o Estado assume papel de destaque no cenário da saúde, a vontade política é instrumento de inaplicabilidade do conceito da OMS, uma vez que as verbas públicas correm o risco de não serem suficientes para a consecução do pretendido completo bem-estar físico, social e mental.

Por isso, fica nítido que o atingimento do respectivo estado de bem-estar físico, mental e social não está à mercê da exclusividade da vontade individual de cada ser humano, dependendo sua configuração de um conjunto amplo de fatores sociais para o alcance de sua efetivação, e – numa perspectiva de dignidade humana aliada à solidariedade social – indubitavelmente mediante a intervenção do Estado, no propósito de seu fomento e implementação.

Assim, sob um olhar contemporâneo de desenvolvimento do conceito estabelecido pela OMS, a saúde restaria conceituada como estado de completo bem-estar físico, psíquico e social, em interação com o meio em que inseridos os respectivos seres humanos.

Embora esta supracitada visão, há uma perspectiva hermenêutica da saúde que sustenta a “necessidade de um conceito de saúde que não perca de vista o indivíduo e tenha sempre como referência a especificidade de cada pessoa” (REIMÃO, 2010, p.149).

Essa nuance chamada por vezes de individualidade biopatológica, ressalva que o estado de bem-estar humano deve suplantiar o ponto de vista

biológico associado às identidades próprias decorrentes de uma só espécie – a humana –, e considerar a reflexão e vivência individual de cada um sobre sua experiência subjetiva da doença, podendo corroborar no respectivo tratamento.

Magalhães (2008, p. 208), ainda na perspectiva conceitual da saúde, propõe uma reflexão de maior amplitude:

Direito à saúde não implica somente direito de acesso à medicina curativa. Quando se falar em direito à saúde, refere-se à saúde física e mental, que começa com a medicina preventiva, com o esclarecimento e a educação da população, higiene, saneamento básico, condições dignas de moradia e de trabalho, lazer, alimentação saudável na quantidade necessária, campanhas de vacinação, dentre outras coisas.

Portanto, o ideal de acesso à saúde é assaz abrangente, eis que por compreender a obtenção de um bem-estar físico, mental e social, exigiria imprescindivelmente investimento pulverizado em medidas preventivas tanto educacionais, quanto de saúde primárias, assim como atuações proativas no espaço urbano e no meio ambiente do trabalho, além de outros, a fim de que se alcançasse uma efetiva melhora nas condições de vida humana, afora, evidentemente o investimento na medicina curativa.

1.2. A Saúde como Direito Humano

Deriva de priscas eras, de estágios primitivos, a constatação da autoconsciência como um atributo intelectual próprio – e talvez exclusivo –, da espécie humana. Em vista disso, a pragmática experiência negativa de adoecimento por seus remotos ancestrais no decurso de suas existências, em algum momento fez eclodir o pensamento de desvalor agregado ao acometimento de doenças ou em decorrência do fenômeno da morte, situação que trouxe a incipiente preocupação com o cuidado individual e do semelhante acerca dos fatores de risco e agravos à saúde, que etiologicamente afetavam e afetam a vida plena ou a existência humana propriamente dita.

Bem assim, nasce a preocupação do homem em cuidar de si e de sua prole, e o exercício desse cuidado, pressupõe que sua saúde seja o elemento principal a ser considerado. Portanto, inicia paulitanamente o reconhecimento

cultural de um valor fundamental inerente à possibilidade de ser e continuar sendo na dimensão que integra, e esse valor de autopreservação e de preservação da espécie humana percebido pelo homem é identificado como pré-condição de sua existência plena, qual seja, a saúde.

Neste ínterim, elucidativo o raciocínio “O homem é o único ser vivo que direciona a sua vida em razão de preferências valorativas”, o qual foi estabelecido por Alves e Cardoso (2016, p. 09).

Consoante Comparato (2013, p.21), adveio do período axial, situado no período de 800 a.C a 200 a.C, a evolução das diretrizes e princípios fundamentais de vida vigentes até a atualidade. A respeito, consigna que o filósofo Karl Jaspers menciona que no período axial surgiram correntes de pensamento em três regiões do mundo, de maneira semelhante, quais sejam: China, Índia e Ocidente, nas quais o homem ampliou a consciência pessoal e própria das consequências do seu viver e de suas limitações, compartilhando a ideia de que a salvação do homem apenas seria passível de ocorrer mediante reflexão.

Asseveram Alves e Cardoso (2016,p. 07) que na Grécia, já no ano V a.C., a filosofia dava seus ares de questionamento e entusiasmo para a suplantação da vigente mitologia religiosa pela razão, sendo que no período medieval noticia-se que pela primeira vez foi mencionada a expressão “pessoa”, cuja menção atribui-se a Santo Agostinho.

A conformação da saúde como direito humano percorre todo o processo de afirmação história dos direitos humanos, que tem seu ápice no período posterior ao término da Segunda Guerra Mundial como resposta às atrocidades humanas perpetradas nesse cenário, evidenciando a expressão pessoa como o centro das atenções sociais na perspectiva da dignidade. Assim, a única interpretação possível de cogitação do valor saúde em respeito aos Direitos Humanos consiste na perspectiva de sua saudável existência, porquanto, não haveria dignidade humana em um ambiente de omissão e inexistência de promoção de saúde humana.

Portanto, a Declaração dos Direitos do Homem, no fim do século XVIII, coroou a diretriz que concebeu a existência digna da pessoa como um valor fundamental. A perspectiva caracterizadora do reconhecimento jurídico da saúde

como direito humano representa a consolidação de graduais lutas históricas perpetradas em prol da dignidade humana.

Aliás, Nohara, Ferreira e Manso (2017, p. 14) vislumbram que o direito à saúde contém Legitimidade Autogenerativa, significando sua inerência ao ser humano.

Em realidade, a saúde constitui um elemento natural e básico ínsito a todo ser vivo, pois, sem ela fica confrontada a própria existência plena de tal ser. Contudo, justamente considerando que a racionalidade é um atributo que diferencia o ser humano dos demais seres vivos, e que o direito é fruto do pensamento e da razão, não é difícil de se aceitar que a saúde exatamente por viabilizar a vida digna, em última instância, é o que dá sentido às demais pretensões.

Assim, por reflexão, a humanidade se visualizou como prioritária e concluiu que em a saúde tendo significado de mola propulsora da existência ou no mínimo da sua plenitude – enquanto houver existência – imprescindível seria proteger o ser humano mediante o reconhecimento de um direito básico concernente à saúde e isso – até por inferência lógica e ante as experiências negativas colhidas durante a história mundial – se tornou o caminho natural em defesa da integração e manutenção do tecido social.

1.3. O Direito Fundamental Social à Saúde

Primordialmente, faz-se mister situar juridicamente a significação da expressão Valores em sua acepção técnica.

Ao representar a sociedade, o Poder Legislativo tem por missão selecionar os valores predominantes em determinado contexto social promovendo regulação normativa de direitos e deveres.

Neste passo, a Constituição da República de 1988 – fruto da vontade da sociedade que o Parlamento representa – ao estatuir, com a acepção de fundamentais, certos direitos e garantias, está a considerar valores reconhecidamente dominantes e almejados amplamente pela sociedade. Contudo,

mais do que servir de inspiração informativa para a criação do preceito normativo, os valores constituem o âmago concernente à implementação da máxima efetividade da Constituição na realidade social.

Nesse sentido, Costa (1991, p. 64) salienta a Constituição como forma de positivação de valores, dispondo:

Por ser o ordenamento jurídico supremo, a Constituição é a sede normativa dos valores dominantes num dado contexto cultural e que dela recebem a sua positivação. Convém, antes de tudo, ressaltar que o sentido da Constituição como forma de positivação de valores é de reservar-se aos regimes políticos de conteúdo democrático, aqueles em que se busca realizar a idéia democrática, o chamado Estado Democrático de Direito. E não podia caber senão a esses regimes, a tarefa de ordenar valores, com vista a seu desenvolvimento, porque só nos regimes abertos se geram e florescem valores.

Costa (1991, p. 64) aproxima juridicamente os valores constitucionais dos direitos fundamentais, admitindo sua exigibilidade jurídica, ao conceber a Constituição como fonte primacial do ordenamento jurídico:

Os valores incorporados pela Constituição a seu contexto têm, é evidente, a natureza de valores políticos, político na sua proveniência e que se objetivando em normas passaram a ser jurídicos e como tal exigíveis, pois trazem as propriedades de validez e eficácia inerentes a estas. A circunstância de se situarem no plano constitucional – o plano mais elevado do ordenamento jurídico –, que é a sua sede logicamente adequada, impõe a consequência da exigibilidade imediata. Não há, por isso, possibilidade lógico-jurídico de fazer depender os seus efeitos de normas de integração, como se sustenta às vezes, ora na doutrina, ora no campo da jurisprudência dos Tribunais.

Delineando ainda:

[...] Em estreita conexão com os valores estão os direitos fundamentais, que a Constituição proclama. Tais direitos, aliás, projetam-se dos valores normatizados constitucionalmente, são expressões deles, de maneira que se pode generalizar a afirmação de Enrique Alonso Garcia, dizendo, como ele disse a respeito da Constituição da Espanha, que todos os preceitos nela inseridos representam valores. É a enunciação dos direitos na Lei Magna que resulta dos valores predominantes e é também a efetividade de tais direitos que se deve fazer em atenção aos valores. Mais ainda do que na formulação do preceito, é na sua efetividade que os valores podem evidenciar a importância que lhes é conatural na existência do quotidiano.

Esclarece supracitada doutrina que o valor por consistir na dimensão do dever ser, torna inquestionável a externalização de sua substância coercitivamente perante o mundo jurídico, eis que sem coercibilidade a inserção dos valores no complexo normativo constitucional consubstanciaria-se em uma falácia, porquanto

não seria possível conceber normas significantes de dever ser não dotadas de poder para incidir na realidade com a finalidade de transmudá-la, razão pela qual os valores possuiriam força de incidência nas relações sociais.

Almeida Jr (2013, p.5) ressalta que a atual Constituição vigente filiou-se à tendência do constitucionalismo contemporâneo de dispensar um privilegiado tratamento aos direitos humanos, inclinação esta decorrente de uma escala valores em cujo ápice se encontra a pessoa humana.

Por essas razões, a linha argumentativa empreendida ao longo do presente trabalho aceita a perspectiva normativa do Valor enquanto elemento capaz de promover uma ótica otimizadora dos mandamentos constitucionais visando permitir escolhas decisivas em prol da finalidade social do Estado.

Em que pesem as nuances de aproximação e distinção conceitual dos valores em relação aos princípios, é realidade hermenêutica deflagrada pelo Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo inaugural, que o processo civil imperativamente será ordenado, disciplinado e interpretado nos conformes dos valores fundamentais constitucionais, além das demais normas fundamentais. Portanto, o artigo 1º do atual Código de Processo Civil equipara os valores fundamentais constitucionais às normas, vale dizer, regras e princípios.

Barros (2006, p. 53), ressalta que no pós-positivismo, a lei não deve mais ser tomada em seu aspecto puramente formal, pois, ele já não mais basta, é necessário visualizar os valores finalísticos de efetivação material da justiça perseguidos pela lei. Observe-se:

As consequências negativas produzidas pelo positivismo formalista, fruto do Estado liberal, no qual desvinculou-se a idéia de direito da justiça, acabaram por provocar reações no plano jurídico-constitucional, protestando-se justamente pelo retorno da vinculação da lei aos ideais de justiça. O conceito de lei tomado pelo seu aspecto formal já não bastava, visto que as leis deveriam expressar igualmente os valores que se perseguem para a implementação de efetiva justiça material.

Assim sendo, na perspectiva da obtenção do acesso à saúde em âmbito processual, ou seja, já instaurada a judicialização, é dever cogente do Poder Judiciário ordenar e interpretar a demanda tendo também os valores constitucionais

como fontes do direito.

Portanto, enquanto a presente Constituição da República for vigente, a aplicação do direito pelo Judiciário – inclusive observando o artigo 8º do CPC – deve ser guiada pelos valores fundamentais do bem-estar humano e da dignidade humana, ampliando aos valores fundamentais constitucionais um *status* de normatividade, eis que não se está a tratar de quaisquer espécies de valores, mas sim do supremo valor do bem-estar como superlativo da existência do próprio ser humano, razão de ser do próprio Estado.

Não obstante, necessário se faz ainda estabelecer um norte de compreensão da expressão Direito relativamente ao que se almejará atingir na seara da saúde.

A expressão significativa da designação de um direito poderia ser condensada como um conjunto de interesses humanos cujas possibilidades de realização foram reconhecidas pela comunidade a que integram, e que, face a esse consenso mínimo, em razão de sua importância, são certos bens jurídicos protegidos e selecionados como promessa de materialização pela sociedade organizada através do Estado, que passa a figurar como instituição representativa máxima dessa expressão social.

Apesar de serem muitos os propósitos humanos, a sociedade ao se organizar concebe por intermédio do Direito, atualmente numa acepção de além lei – juridicidade – os interesses vitais genuínos que merecem respeito e atendimento por toda a sociedade. Portanto, o direito através de seu caráter impositivo visa conferir uma garantia de possibilidade concreta de exercício de um poder de exigir uma ação ou abstenção por quem detém uma pretensão à satisfação de um interesse.

Pois bem, o episódio social negativo, derivado do período que sucedeu a Segunda Guerra Mundial, deflagrou extrema preocupação com a preservação da humanidade e, por conseguinte, mediante um compromisso internacional com a proteção do ser humano – como o bem jurídico de maior grandeza existente – alcançou-se juridicamente a produção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual, ao ser promulgada em 10/12/1948, estabelece a saúde e assistência médica como serviços sociais imprescindíveis, estabelecendo que toda

pessoa teria direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar pessoalmente e à sua família a saúde e o bem-estar correspondentes.

No Brasil, somente foi reconhecido o Direito à Saúde em status constitucional a partir da Constituição da República de 1988, porquanto anteriormente, o Estado previa a atenção à saúde predominantemente de forma preventiva. Nesse sentido Martins (2008, p. 75):

No Brasil, a proteção constitucional do direito à saúde, como direito fundamental, ocorreu apenas em 1988, tendo em vista que os diplomas anteriores não deram a esse importante direito um grande destaque. As Constituições do Império (1824) e da República (1891) restaram silentes sobre a responsabilidade do Estado em relação ao direito fundamental à saúde. No texto da Constituição de 1934 havia, ainda que tímida, uma preocupação com a saúde do trabalhador (art. 121, § 1º, “h”) e também uma atenção sobre a mortalidade infantil e a higiene social e mental (art. 138, “f” e “g”). Em 1937, estabeleceu-se a proteção da saúde da criança (art. 16, XXVII) e o texto de 1946 determinava que a competência para legislar sobre a defesa e proteção da saúde seria da União (art. 5º, XV, b”). As normas constitucionais durante o regime militar também não avançaram e se preocuparam com a fixação de competência legislativa, determinando que as leis federais seriam responsáveis pelo cuidado com a saúde.

Curial consignar a evidência da necessidade de ações e tratamentos de saúde à época, pois, como salienta Spaolozzi (2017, p. 341) desde a subcomissão constituinte, o povo clamou pela universalidade do Direito à Saúde e pelo dever estatal de zelo pela sua garantia, tendo atuado nesse sentido o Constituinte Carlos Masconi³

Portanto, através da Constituição Cidadã a saúde galgou um perfil de direito de caráter fundamental e universal, passando a ser compreendida como um direito fundamental social do indivíduo.

Mas qual a significação da expressão social para o direito à saúde?

Ordacgy (2010, p.35) resume a compreensão da essência social como traço fundamental do direito à saúde, atrelando-o umbilicalmente ao direito à vida. Observe-se:

³O SR. CONSTITUINTE CARLOS MASCONI: [...] Peço permissão a V. Ex^a para apresentar a proposta aprovada pela Comissão Nacional da Reforma Sanitária em reunião de 30 e 31 de março de 1987 que é a seguinte: “Art. 1º. A saúde é um direito assegurado pelo Estado a todos os habitantes de todo o Território nacional sem qualquer distinção.” (BRASIL. Senado Federal. Assembleia Nacional Constituinte. Atas das Comissões, 1987-1988. p. 6. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp>.).

O direito à saúde insere-se numa dimensão social, fruto da evolução dos direitos humanos fundamentais e do conceito de cidadania plena. O direito à saúde pode ser considerado o direito humano e social mais importante, de caráter universal, essencial e inafastável, porque umbilicalmente ligado ao direito à vida, o que se percebe por seus antecedentes históricos e pelo alto nível de normatização da matéria no âmbito dos direitos interno e internacional. Embora, os direitos humanos fundamentais preexistem à normatização estatal, de modo que a sua positivação no ordenamento jurídico não os cria; apenas os reconhece.

Séguin (2010, p. 12), em complementação, empresta o conceito de direito social, promanando:

Direitos Sociais são previsões essenciais, indispensáveis à consolidação do Estado Social e Democrático de Direito e acesso à vida digna, e fundamentais para promoção da dignidade da pessoa humana, dentro de um patamar mínimo. Caminha-se para aceitação e reconhecimento da existência dos “direitos fundamentais sociais”, a serem densificados através de Políticas Públicas e Privadas.

Indubitavelmente, a opção constituinte em elencar a saúde como um direito social teve em mira o protagonismo deste valor supremo e fundamental dentre uma série de outros de menor envergadura.

São considerados fundamentais os direitos indispensáveis à pessoa humana, aqueles imprescindíveis a todos para a asseguuração de uma existência digna. Portanto, não é suficiente que o Estado apenas os reconheça formalmente, eis que eles inexistiriam sem o essencial: sua cotidiana implementação concreta.

A propósito, Sundfeld (2009, p. 56) claramente admite o direito de exigência do dever estatal de atingimento dos objetivos sociais, visualize-se:

Para definir juridicamente o Estado brasileiro de hoje – não só ele: a maioria dos Estados civilizados – basta construir a noção de Estado Social e Democrático de Direito, agregando-se aos elementos ainda há pouco indicados, a imposição, ao Estado, do dever de atingir objetivos sociais, e a atribuição, aos indivíduos do correlato direito de exigí-los.

Jesus (2012, p. 102) afirma não ser bastante simplesmente ter direitos elencados em uma Constituição; eles devem estar presentes na vida das pessoas.

Outrossim, Moraes (2000, p. 21) ressalta que a constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não signifca mera enunciação formal de princípios, mas a sua positivação plena de tais direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo

poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário, em razão de a proteção judicial ser absolutamente indispensável para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico em geral, elementos imprescindíveis para a concretização da democracia.

Com efeito, o desenvolvimento deste trabalho compreendeu o direito fundamental e social à saúde pela concepção de sua supremacia sobre os demais direitos, inclusive fundamentais.

Mendes Neto (2013, p. 42), a respeito, enaltece o alcance da importância significativa do termo “fundamental” associado à expressão direito fundamental, dando a eles precedência em relação a outros:

A adjetivação “fundamental” deve ser entendida como algo de grande importância para existência humana, algo tão inerente ao homem que o garante a condição de pessoa. Em associação, os direitos fundamentais devem ser entendidos como direitos que possuem uma prevalência dos valores e interesses por eles defendidos em relação a outros valores e interesses que não se fundam em direitos de elementar importância.

O Estado brasileiro adotou como seu fundamento a dignidade da pessoa humana. Portanto, a saúde – como valor indissociável da existência da pessoa, e do caráter palatável do ser – também se compreende extensivamente como fundamento do Estado, já que pensar distintamente seria aceitar a existência da pessoa com indignidade, e isso está proscrito pelo ordenamento jurídico.

Em corroboração, Vieira (2006, p. 37), esclarece:

Os direitos da pessoa humana constituem uma ideia reguladora, ou seja, algo que estabelecemos como um parâmetro ou ideal a ser buscado por nossas sociedades. Uma sociedade que respeite os direitos da pessoa humana poderia ser considerada, se não uma sociedade justa, ao menos muito próxima do ideal de justiça.

Com efeito, o paradigma valorativo constitucional foi transformado em 1988, eis que nas Constituições anteriores a saúde era tutelada preponderantemente por normas infraconstitucionais esparsas mais precisamente acerca da competência legislativa e executiva de sua distribuição e à proteção preventiva relativa ao trabalho, sendo que a previsão de acesso universal e igualitário foi inovação da Constituição Federal vigente. Neste sentido Spaolonzi (2017, p. 344):

A constitucionalização da saúde como direito fundamental é uma das inovações introduzidas pela Constituição Federal de 1988. As referências eventualmente encontradas em textos constitucionais anteriores, quando existentes, limitavam-se às regras sobre distribuição de competências executivas e legislativas ou à salvaguarda específica de algum direito dos trabalhadores.

Consoante Canotilho (2002, p. 371) os direitos fundamentais não poderiam ter localização melhor para sua previsão que na própria Constituição Federal:

A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados naturais e inalienáveis do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhe a dimensão dos direitos fundamentais colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem esta positivação jurídica, os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideais, impulso, ou até por vezes pura retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direitos constitucionais.

Aliás, o próprio Sistema de Saúde previsto constitucionalmente já poderia ser concebido como uma garantia institucional fundamental, já que o SUS poderia ser a ferramenta de concretização do direito à saúde para todos, como decorrência de um direito de cidadania.

Nossa Constituição da República – diversamente das Constituições de outras Nações – revestiu os direitos sociais da mesma fundamentalidade reconhecida aos direitos e garantias individuais e coletivos. Portanto, para nós, o direito à saúde se caracteriza indubitavelmente como um direito fundamental!

Acerca da fundamentalidade formal, tem-se que em termos de positivação, a Constituição Federal ao expressar em seu Título II o rótulo “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” já compreenderia os direitos sociais pelo fato de estarem incorporados nesse título. Além dessa constatação, o Parágrafo 2º do artigo 5º incluído nesse título II enaltece uma cláusula de abertura que estende o caráter de fundamentalidade através da proteção constitucional a outros direitos de igual magnitude, ainda que não estejam expressamente previstos no seu texto.

Assim, não há como dissentir da verificação de que a saúde se concebe como direito fundamental, porquanto há previsão desse direito no artigo 6º contido no título II que trata justamente dos Direitos e Garantias Fundamentais, e ainda que não houvesse ali sua previsão expressa, estaria abarcada na cláusula ampla do

Parágrafo 2º do artigo 5º.

Na mesma linha de raciocínio se encontra a limitação material constitucional prevista no art. 60, Parágrafo 4º, chamada de cláusula pétrea, eis que sob uma interpretação formalmente literal, equivocadamente poderia se pensar que como o inciso IV desse dispositivo relata que “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais”, e que, portanto os direitos e garantias individuais por figurarem no capítulo I do Título II que trata dos direitos fundamentais, não abrangeriam o artigo 6º que trata da saúde, por este figurar no capítulo II que trata dos direitos sociais, não teriam estes a idêntica compreensão de cláusula pétrea.

Contudo, por consabidamente a interpretação literal não ser a mais reveladora do quilate jurídico dos direitos, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu seu respectivo caráter, sendo inegável que há direitos e garantias individuais e coletivos e também fundamentais topograficamente em outros pontos da Constituição.

No que concerne à fundamentalidade material, esta se revela independentemente da previsão topológica do artigo 6º da Constituição Federal, eis que o objetivo da Constituição da nossa Nação é exatamente o de constituir uma sociedade justa e solitária, ultimando a promoção do bem de todos e a dignidade da pessoa, situação que já declaradamente empresta um caráter de fundamentalidade ao direito à saúde.

Figueredo (2015, pg. 36), a respeito baliza que materialmente a fundamentalidade do direito à saúde encontra-se na relevância da condição essencial da saúde para a perpetuação da vida, enquanto que a fundamentalidade formal deriva do regime jurídico de proteção reforçada contida na força normativa da Constituição:

A fundamentalidade material do direito à saúde está calcada na relevância da saúde como condição essencial para a manutenção da vida humana, bem como para a fruição de todos os demais direitos pelo indivíduo, fundamentais ou não. Como lembra Ariza, ‘as condições materiais de existência condicionam em grande medida o uso e fruição dos direitos’, e a saúde, notadamente quando assimilada à ideia de qualidade de vida (digna), certamente não foge a essa constatação. Se a fundamentalidade material denota a legitimação extranormativa dos direitos fundamentais, decorrente de uma espécie de acordo social sobre a importância em se

protegerem determinados bens e valores, e mesmo o reconhecimento de uma certa concepção de justiça, não resta dúvida, no caso do texto constitucional brasileiro, sobre a existência de um consenso a respeito da necessidade de que a saúde (individual e pública) seja protegida e promovida – mesmo que pendam uma série de discussões quanto aos limites e à forma pelos quais isso deve ser realizado. De sua vez, a fundamentalidade formal do direito à saúde decorre do regime jurídico de proteção reforçada que lhe foi outorgado pelo texto constitucional, abrangendo: a) a superior hierarquia axiológica de que gozam os direitos fundamentais, entre os quais está a saúde, uma vez que refletem a opção constitucional por uma determinada ordem de valores, imantando todo o ordenamento jurídico; b) a especial proteção do direito à saúde na hipótese de reforma constitucional, que se dá pela exigência de um procedimento legislativo agravado e complexo para a modificação dos dispositivos constitucionais que o consagram (limites formais), assim como pela salvaguarda do conteúdo dessas normas (limites materiais); c) a aplicabilidade direta e imediata das normas constitucionais que consagram e densificam o direito à saúde numa interpretação conjugada das cláusulas insertas nos Parágrafos 1º e 2º do art. 5º da Constituição Federal.

Em idêntido sentido, Ferraz (2006, p.139) afirma que os direitos fundamentais ostentam um grau mais elevado, porquanto integram o núcleo imutável da Constituição (artigo 60, § 4º, IV), razão pela qual tal dispositivo denomina-se princípio da intangibilidade ou proteção jurídica reforçada dos direitos fundamentais.

Coelho (2014, p. 264), sobre caracterizarem-se os direitos fundamentais cláusulas pétreas, arremata que a normatividade dos direitos fundamentais transcendem o próprio direito positivo, pois albergam características éticas e jusnaturalistas:

Quanto aos direitos fundamentais, a possibilidade de restringi-los escapa à atuação do próprio poder constituinte, pois não se poderia conceber qualquer cerceamento deles pelo poder reformador. Além do caráter ético e jusnaturalístico de que se reveste a normatividade dos direitos fundamentais, eles hoje transcendem o próprio direito positivo, pois deles se apropriou o direito internacional, e constituem horizonte intransponível a qualquer reforma. Nas sociedades atuais são praticamente supra-estatais, situam-se na competência do direito internacional, ao menos no plano de teoria jurídica, ainda que não no domínio dos fatos.

Magalhães (2008, p. 213), acerca do direito à saúde e sua fundamentalidade, critica países que não se preocupam com sua proteção tendo como conseqüência a insegurança e menor dignidade da sua população, explanando que:

O texto constitucional norte-americano, como exemplo de texto liberal, embora a Constituição não seja mais liberal, não contém dispositivos sobre direitos sociais. Como já dito acima, hoje, cerca de 50 milhões de

estadunidenses não tem acesso a qualquer forma de assistência à saúde, o que mostra o caráter de grave retrocesso que o sistema privado, e que as privatizações tem causado no mundo. Mais tecnologia e consumo, menos dignidade e segurança para parcelas expressivas da população.

Portanto, o direito humano e social à saúde não deve ser concebido como mera recomendação ou exortação, haja vista que a ausência dele não se compraz com a fruição de direitos políticos e civis, porquanto a saúde se consubstancia em um estado de vida que deve ser garantido pelo Estado aos seus cidadãos em prol da maior aproximação do reconhecimento de um viver permeado de dignidade.

Tratando do direito à saúde e seus consectários Araújo (2006. p. 53-54), leciona:

Como consequência primeira do direito à saúde (direito de estar são), deve-se agregar o direito à prevenção de doenças (direito de permanecer são). Assim, o Estado é responsável, tanto por manter o indivíduo são, desenvolvendo políticas de saúde, como para evitar que ele se torne doente. O direito à prevenção de doenças é, consequentemente, parte do direito à saúde. O direito à saúde não significa, apenas, o direito de ser são e de se manter são. Não significa apenas o direito a tratamento de saúde para manter-se bem. O direito à saúde engloba o direito à habitação e à reabilitação, devendo-se entender saúde como o estado físico e mental que possibilita ao indivíduo ter uma vida normal, integrada socialmente.

Apesar de ser antiga a reivindicação do direito à saúde, a incorporação de sua proteção no rol dos direitos humanos é consideravelmente atual, haja vista que reuniu maior força a partir do advento do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Neste sentido, afirma Tsutiya (2008, p. 25) ser pertinente analisar aludido direito em âmbito mundial, mas é preciso considerar que em âmbito local, trata-se de um direito subjetivo público de todos assegurado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual impõe ao Estado o dever de prestá-lo, independente de contribuição, no propósito de assegurar a dignidade humana, portanto, reputando-se como um dos mais relevantes serviços públicos.

Logo, considerando que o Brasil subscreveu tratados internacionais que reconhecem a titularidade do direito à saúde a todos e ante o disposto no artigo 5º, § 2º, da Constituição da República que concede força normativa aos Tratados de Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (PIDESC) – de cuja elaboração participou o Estado brasileiro, pelo direito

interno incorporado só em 12/12/1991, mediante o Decreto 591, de 06/07/1992 – proclama em seu artigo 12 o dever de respeito à saúde em sentido estrito, consignando que “Os Estados Signatários do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais alto nível possível de saúde física e mental”.

A respeito, Torronteguy (2010, p.88) discute a existência de três leituras acerca da expressão *possível* dentro do conteúdo do artigo 12 do Pacto Internacional sobre os Direitos Sociais Econômicos e Culturais que reconhece o direito de toda pessoa ao desfrute do mais alto nível possível de saúde.

Refere que a expressão “possível” contida na norma internacional poderia sugerir equivocadamente uma reserva do possível, por estar o direito à saúde inserto na compreensão de um direito de dimensão social, que exige uma postura ativa de natureza prestacional do Estado, quando então a possibilidade deveria ter em consideração eventuais limitações econômicas estatais como óbice para a efetivação plena do direito à saúde. Porém, ressalva que essa primeira interpretação não se coaduna com o entendimento atual acerca da exigibilidade dos direitos sociais, mormente no que atine à concepção mais adequada para a defesa do direito humano à saúde, eis que incongruente com a própria finalidade do Pacto, e porque não, do próprio Estado que é criado em função de promover bem-estar ao ser humano e assegurar os direitos sociais, conforme assentado no preâmbulo constitucional.

Aliás, Torronteguy (2010, p.89) ainda menciona que o próprio Pacto em seu artigo 2º, Parágrafo 1º impõe o dever próprio do Estado de adoção de medidas de assistência à saúde, especialmente econômicas e técnicas, *até o máximo* de recursos de que disponha, no afã do atingimento da plena efetividade dos direitos.

Pontua o supracitado autor que uma segunda leitura do termo “possível” se inclina para o sentido de que os Estados possuem o dever de possibilitar aos seus cidadãos o acesso à saúde, quando eles não forem pessoalmente capazes de fazê-lo, logo, o direito à saúde pública decorreria do dever dos Estados de cooperar e tornar possível a efetivação do direito humano à saúde.

Afinando-se com esta segunda proposição, a terceira leitura da

terminologia “possível” contida na norma internacional teria a significação de possibilidade de cunho científico e tecnológico. Vale dizer, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ao reconhecer o direito ao mais elevado nível possível de saúde, por conseguinte, estaria a reconhecer o direito ao acesso à tecnologia mais recentemente disponível relativa ao conhecimento científico existente.

Neste ínterim, Torronteguy (2010, p. 89) delinea que a melhor interpretação da norma internacional se compraz com a existência de um dever estatal de possibilitar em grau máximo o acesso à saúde dentro das possibilidades do conhecimento científico até então concebidos, o que nomina de pleno acesso ao melhor estado da arte disponível.

Portanto, perfeitamente em sintonia a Constituição Federal e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no que pertine ao direito à saúde.

1.4 A Cláusula de Prioridade Constitucional dos Direitos Fundamentais Sociais

Tomando por referência à doutrina de Luigi Ferrajoli, a qual assenta o pensamento de que o elemento substancial à garantia do conteúdo das normas constantes do ordenamento jurídico se encontra na utilidade dos direitos consagrados na Constituição, porquanto as normas positivadas tão-somente possuem razão de existir para servir de garantia dos interesses e necessidades vitais humanas, Lopes e Santana (2017,p.17) extraem desse paradigma neopositivista de constitucionalismo – cujo mérito da concretização dos direitos fundamentais sociais se encontra justamente na implementação dos direitos descritos constitucionalmente – que o modelo constitucional brasileiro reconhece uma norma constitucional implícita a que chamam de *cláusula de prioridade constitucional dos direitos fundamentais sociais*, passível de condicionar a interpretação e eficácia das demais normas constitucionais e de toda a legislação infraconstitucional às finalidades desejosas de alcance para a realização dos direitos fundamentais.

Denotam os autores referenciados supra que a carta-coringa de conteúdo especial que pode estar subjacente ao texto normativo consiste na finalidade pública inerente e correspondente ao direito constitucional fundamental que se deseja alcançar prioritariamente.

Neste ponto, ressaltam que o alcance da finalidade pública inerente ao conteúdo axiológico constitucional exige uma interpretação teleológica, haja vista que a busca da legalidade material às vezes necessita romper com a legalidade formal, numa concepção de juridicidade finalística do direito.

Exemplificam para tanto que houve a propositura de uma Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público contra a Vice-Prefeita do Município de Foz do Iguaçu-PR, a qual enquanto Prefeita em exercício, sem prévia autorização legislativa – em uma situação de urgência premente evidenciada na área da saúde – remanejou parte de um saldo superavitário da conta da iluminação pública para impedir a paralização do atendimento do Hospital Municipal, o qual incluía o serviço de hemodiálise, em razão da inexistência de saldo suficiente na conta correspondente à saúde (LOPES; SANTANA, 2017, p. 13).

A respeito da casuística supra, os autores testilhados sufragam que malgrado tenha havido a propositura de Ação Civil Pública fulcrada na suposta violação aos princípios de regência da Administração Pública, mormente o da legalidade, todo o ordenamento jurídico pátrio deve se voltar, prioritariamente, ao atendimento das finalidades por ele estabelecidas, submetendo até o princípio da legalidade ao finalismo normativo fundamental.

Cambi (2011, p. 429) já defendia que o Poder Judiciário pode determinar ao Executivo que proceda a remanejamento de dinheiro público, compelindo este a efetuar obrigação de fazer em caso de não haver dotação orçamentária para satisfação de direito fundamental, mesmo que tal providência subverta o princípio da legalidade estrita.

Enunciam Lopes e Santana (2017, p. 28) que:

A ideia de interpretação teleológica da Constituição, que tende ao aperfeiçoamento do sistema democrático e à concretização dos direitos fundamentais, coaduna-se com o entendimento de que os direitos fundamentais não só condicionam a interpretação da legislação infraconstitucional, como também do próprio texto constitucional. Tudo isso nos leva a concluir que, no caso concreto, o ato praticado pela vice-prefeita, embora em desconformidade formal com várias regras constitucionais e infraconstitucionais, na verdade não feriu a dimensão substancial da legalidade administrativa insculpida no artigo 37 da Constituição Federal, porque a interpretação dessa regra não pode conduzir à aniquilação de direitos fundamentais tão caros às pessoas que vivem naquela cidade, como a saúde e a própria vida. Isso expõe o equívoco de considerar que a Administração Pública sempre terá de atuar segundo a lei, pois há situações em que seguir a literalidade da lei, até mesmo da lei constitucional, pode causar uma grave violação a direitos fundamentais. Obviamente, tais situações são excepcionais, e a medida que descumprir a lei deve ser justificada por um juízo de proporcionalidade em que se supere tanto o princípio que justifica a regra, como também o princípio formal que estabelece que as regras que foram criadas por autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas.

Corroborando o raciocínio estabelecido supra, Costa (2011, p. 196) reitera que a reserva de competência orçamentária não se trata de um princípio absoluto, pois, sob certas condições, plenamente justificáveis, pode se conferir mais relevância e força aos direitos fundamentais em detrimento de puras razões de ordem político-financeira, exemplificando a respeito a situação de falta de vagas em UTI's para os usuários do SUS, que obviamente pela própria natureza da necessidade e relevância do serviço de terapia intensiva vinculada à proteção e preservação da vida, denota ineficiência da administração pública na prestação de um serviço público de caráter essencial.

Importante verificar-se que o artigo 34, inciso VII, alínea “b” da Constituição da República trata os direitos da pessoa humana como princípios constitucionais sensíveis, e almejando a ampliação da tutela da dignidade humana e da efetividade dos direitos fundamentais – com vistas ao estabelecimento de uma garantia de proteção reforçada desses direitos – admite a possibilidade de intervenção federal.

De modo que tal previsão constitucional, de per si, torna forçoso concluir que o direito fundamental à saúde tratando-se de direito imanente à pessoa humana estatui-se como um princípio constitucional sensível, e por essa razão tem *status* superior dentre os demais direitos fundamentais constitucionais.

1.5 O Panorama da Saúde no Brasil

O direito à saúde pública no Brasil é passível de realização mediante Políticas Públicas, as quais são concebidas em conjunto através de programas, ações e atividades a serem desenvolvidas pelo Estado, diretamente pela participação dos entes públicos detentores de tal função, ou indiretamente, por entes privados, em parceria com os poderes públicos.

No atual cenário brasileiro, o contexto geral de realização das políticas públicas de saúde, amplamente considerado, é catastrófico, o que inclusive é refletido na alta incidência de judicialização da saúde, isto é, na reivindicação populacional da concretização da política executiva ineficiente de saúde através do caráter coercitivo do Poder Judiciário.

A grande questão antidemocrática vivenciada pelo Brasil na área de saúde está na ausência de prioridade de investimento governamental na implementação desse direito fundamental social. E isto consiste numa incomensurável contradição, haja vista que se a saúde é o elemento fundamental que permite exatamente a existência digna da população, portanto, não priorizar recursos públicos no investimento da perpetuação desse valor proeminente, perfaz nitidamente um imenso antagonismo.

Com efeito, tem sido bastante frequente a constatação desse antagonismo ao longo do tempo na desmesurada Administração Pública brasileira. A propósito, Mendes *apud* Falavinha e Marchetto (2017, p. 121) menciona que não faltam exemplos negativos evidenciando essa realidade, propalando exemplificativamente que o Governo já suprimiu recursos da ordem de R\$55 bilhões do orçamento da saúde destinados ao pagamento da dívida pública, tendo sido ainda confirmado pela Auditoria Cidadã que a União, no passado, gastou quase metade de sua receita total para o pagamento de dívida pública, ou seja, aproximadamente R\$753 bilhões, antagonicamente destinando apenas 4,17% para o orçamento da saúde.

Atualmente, foi amplamente noticiado pela imprensa nacional, tornando fato notório que o orçamento da saúde de 2018 contido do Fundo Nacional de Saúde (FNS) perderia verbas da ordem de R\$70,3 milhões de reais ao Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), criado para custear campanhas eleitorais com dinheiro público.

Alves e Cardoso (2016, p. 40) pronunciam que a efetivação e a efetividade da prestação da saúde depende de escolhas do Poder Público que tracem políticas públicas voltadas a concretizar esse direito, sendo que escolhas trágicas podem aniquilar o direito à saúde, ferindo frontalmente os preceitos constitucionais, razão pela qual as demais Instituições Públicas devem desempenhar papel relevante no processo de controle da implementação da saúde. Afirmam que o que se vê na atualidade é uma enxurrada de escolhas trágicas relacionadas à prestação da saúde, que aliada à burocracia, engessa a Administração Pública, tornando-a ineficiente.

Pontua Mendes *apud* Falavinha e Marchetto (2017, p. 121) que o orçamento da saúde está sendo engolido por uma política econômica do governo brasileiro descomprometida com os naturais investimentos públicos necessários à implementação da saúde pública, fato que tem causado um aumento do gasto privado, eis que em 2009 se gastou com saúde privada 52% de todos os gastos com saúde perpetrados pela sociedade brasileira.

Constata-se que a despeito da ausência de prioridade da Gestão Governamental nos investimentos necessários à promoção da realização de saúde, a opção Governamental por privilegiar outros setores bem menos prioritários se evidencia contraditória, e, ainda, verificam-se inúmeras ações governamentais de alocação de recursos públicos completamente incongruentes e prejudiciais aos direitos sociais.

Essas opções políticas nefastas além de não estarem privilegiando as necessidades fundamentais da sociedade, o que por si só já seria bastante para revelar uma grandiosa inconstitucionalidade, ainda causam estarrecimento ao numericamente demonstrarem insensibilidade em cotejo com altos investimentos

realizados ou programados para áreas fúteis, evidentemente sem nenhuma prioridade.

Neste sentido, Falavinha e Marchetto (2017, p. 124) evidenciam que apesar desses desmandos crônicos e desproporcionais em investimentos insuficientes naquilo que seria prioritário em detrimento de fartura orçamentária para supérfluos, a sociedade faz críticas incisivas na atuação do Poder Judiciário em relação a uma possível excessiva e prejudicial judicialização da saúde, sem contemplar as causas extrínsecas apontadas. Fazendo-se mister refletir e correlacionar tais críticas com outras reflexões e perspectivas, como exemplificativamente a má alocação de recursos, a corrupção e as influências do âmbito privado (planos de saúde, indústrias farmacêuticas, etc.) as quais interferem perniciosamente no processo de judicialização da saúde.

Outrossim, noticiam que em 2009 o Supremo Tribunal Federal iniciou a promoção de Audiências Públicas sobre a judicialização da saúde, e o fez tomando em conta pronunciamentos de representantes da área da saúde, tendo verificado sobramos reclamações ao Governo brasileiro, indicando a ausência de políticas públicas específicas, orçamento baixo, má alocação de recursos e ainda precarização dos serviços públicos, havendo neste evento a revelação de posição unânime acerca da ineficiência governamental apresentada pelos representantes da área de saúde, evidenciando que o descaso do governo brasileiro com a saúde pública é um ponto grandemente influente no processo de judicialização em decorrência de políticas ineficazes ou inexistentes.

Denotam também serem inúmeros os episódios de escolhas irresponsáveis em detrimento do acesso ao direito à saúde promovidos pelos legítimos representantes sociais, tornando ineficiente a função constitucional democrática das Instituições Públicas dirigidas por eles no que concerne à realização material do direito à saúde, dando azo à judicialização como última esperança na função de controle da democracia.

Portanto, infere-se que a saúde não pode ser enfrentada em clima de improviso, assemelhando as correspondentes decisões governamentais a atos

sequenciais intuitivos de um espetáculo, sem mensuração de todas as possíveis consequências para os mais afetados, vislumbrando ser imprescindível o tratamento da saúde como uma política de Estado. Vale conferir:

O que é realmente necessário é a criação de política de Estado para a saúde. Por mais que existam iniciativas governamentais e o SUS seja uma conquista louvável, ele é assistencial puro e, com muitas falhas, como nós sabemos, a realidade expressa panorama bem sofrido. Até porque a oferta de serviços do SUS é resultado da compra de percentual significativo de serviços privados, agravado também pela transferência de gestão, como Organizações Sociais (OSs) e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscips)(CARVALHAES; 2013, p. 01).

Enfim, além da falta de dinheiro público para implantação das ações e serviços que visam à garantia do direito à saúde, a má gestão dos recursos disponíveis pela atuação dos administradores públicos ou de quem lhe faça às vezes em desacordo com os ditames jurídicos, por vezes desrespeita os princípios previstos na Constituição, com o que a não prestação adequada dos serviços de saúde pelo Estado ou seus delegatários, atinge a todos de maneira indistinta e ininterrupta, situação potencialmente configuradora de desrespeito aos princípios constitucionais.

Torronteguy (2010, p. 30) afirma que o atual Direito vigente foi constituído sob a perspectiva funcionalista que teve em mira a ampliação do constitucionalismo do Estado de Direito e a internacionalização dos direitos humanos, sintetizados na necessidade democrática de positivação constitucionalmente dos direitos e garantias, no propósito de ampliar globalmente os deveres do Estado em matéria de direitos sociais, dentre os quais o direito à saúde, o qual seria traduzido mediante a obtenção de serviços promovidos pelo poder público, passando a saúde a significar um dever do Estado Social. Porém, pontua que a saúde tem sido cozida nos países chamados de em desenvolvimento, eis que é vítima da iniquidade dos poderes públicos que a servem como um prato indigesto em razão de sua baixa qualidade. Assim enunciando:

Normalmente o povo engole esse prato indigesto, não sem franzir a testa, pela simples razão de que é impossível rejeitá-lo. Afinal, por pior que sejam os serviços de saúde em determinado país, o povo não terá como prescindir deles, exceto se puder pagar por algo melhor, o que poderá implicar deslocar-se para outro país – realidade que seguramente não prestigia a imensa maioria dos seres humanos. Então, uma vez que se pare para

refletir sobre isso tudo, à reflexão sucede ou o conformismo (que é conservador, pois não altera o *status quo*) ou a indignação – que traz em germe a mudança.

No mais das vezes, as reivindicações pelos direitos humanos, em âmbito brasileiro, não se refere à necessidade de ampliação de normas positivas sobre situações novas, mas sim acerca da efetivação do direito que já se encontra em vigência, conclui Lopes (2006, p. 46). Segundo ele, a garantia de implementação dos direitos fundamentais não se encontra na norma, mas na maneira como a mesma se aplica, eis que a relevância da observância da intenção do legislador importa mais pela maneira como se tomam decisões.

Segundo Torronteguy (2010, p. 32) a constatação das consequências da inefetividade contumaz do Direito já vigente é verificada através das amplas iniquidades sócio-econômicas, justificação do grande desafio da consagração de dignidade à população mais carente.

Enfim, posta esta realidade, não há como se inferir que haja evolução social sem se enxergar a existência dos direitos fundamentais como uma consequência reflexiva positiva da civilização humana materializada em um guia a ser seguido com prioritário respeito pelo Estado, pois, a idealização de tais direitos fundamentais adveio para propor o alcance de um bem-comum que evidenciasse progresso humanitário e permitesse a construção de uma justiça social, porquanto os objetivos fundamentais republicanos possuem nítida proposta de transformação social evolutiva a ser perseguida cotidianamente.

Em busca do alcance do ideal democrático propugnado pelo Estado de Direito, Schwartz (2001, p. 50), promana que “o Brasil está obrigado a realizar mudanças na procura de que a saúde seja efetivamente aplicada e de que seja ela (saúde) um real instrumento de justiça social”.

Portanto, sem a eleição prioritária da vida e saúde humanas como investimentos primordiais dignos de uma política de Estado, dificilmente a sociedade alcançará um equilíbrio humanístico suficiente que lhe permita evoluir como modelo de civilização ética e solidária, e o ser humano deixará de ser o fim para o qual o

Estado foi criado, passando este a se revelar um fim em si mesmo, ante a distorção dos valores supremos sobrelevados no preâmbulo da Constituição, enunciativa de um Estado com o papel de garantir o bem-estar de nossa sociedade.

Com efeito, o direito à saúde da população não pode ser visto simplesmente como a vestimenta enquanto que o orçamento público correspondente se consubstanciaria no corpo a vesti-la, em que o Estado agiria como o alfaiate que moldaria o tamanho do tecido de acordo com o tamanho do corpo. Ora, se a dignidade humana e o bem-estar humano são valores supremos sociais, o ponto de partida deveria seguir a orientação do ordenamento jurídico constitucional como fundamento em seu sentido substancial republicano, porquanto, se o direito fundamental à saúde tivesse de seguir a conformação planejada financeiramente e a comodidade econômica, moldadas por escolhas políticas absolutamente discricionárias e, por vezes irresponsáveis, o ordenamento jurídico não serviria mais de fundamento, e sim passaria a significar mera consequência, não havendo parâmetro a ser seguido.

No Brasil, igualmente tanto a doutrina majoritária como a jurisprudência torrencial têm realçado a relevância da necessidade de observação da proibição de proteção insuficiente ou deficiente enquanto critério balizador da intervenção judicial no plano da efetividade dos direitos sociais, o que torna facilmente dedutível que a tese da "reserva do possível" não pode ser reduzida a um limite posto pelo orçamento, pois, do contrário, os direitos sociais ficariam à mercê da "reserva dos cofres cheios" – situação sem plausibilidade no cenário nacional –, e que afastaria qualquer vinculação jurídica à promoção do bem jurídico saúde (GRAU, *apud* SARLET, 2009, p. 342-372).

Derbli (2007, p. 202) adverte que a proibição ao retrocesso não tem a mera significação de *reputio* à involução, mas deve se compreender a estagnação também como um retrocesso, haja vista que o crescimento da sociedade exige evolução permanente e ampliação dos direitos humanos e fundamentais:

A particularidade do princípio da proibição de retrocesso social está, pois, na prevalência do caráter negativo de sua finalidade. Dizemos prevalência porque existe, ainda que em menor escala, um elemento positivo na

finalidade do princípio em tela: é dever do legislador manter-se no propósito de ampliar, progressivamente e de acordo com as condições fáticas e jurídicas (incluindo-se as orçamentárias), o grau de concretização dos direitos fundamentais sociais, através da garantia de proteção dessa concretização à medida que nela se evolui. Vale dizer, proibição de retrocesso social não se traduz em mera manutenção do status quo, antes significando também a obrigação de avanço social.

Portanto, o direito à saúde – compreendido como um dos mais fundamentais dentre os direitos humanos – possuía progressividade como característica inerente à gradual conquista do nível mais elevado de promoção de saúde mediante o máximo de recursos disponíveis, até porque a plena observância dos direitos humanos demanda construção diuturna e diferida ao longo do tempo para sua consecução. Portanto, é preciso vislumbrar a necessidade de priorização das escolhas públicas orçamentárias para a área da saúde.

Partindo do pressuposto de que a Constituição tenha sido confeccionada para ser cumprida, seria natural enxergar-se que o Estado é que deveria se acomodar aos comandos da Constituição e não o contrário.

Porquanto, se a sociedade desejosa de transformações sociais convoca uma Assembleia Nacional com poder de constituir uma nova ordem jurídica que promova a espécie humana e respeite suas mínimas garantias, está claro que o Estado que será constituído por esta nova ordem jurídica se sujeita a esta ordem, e não o contrário.

Assim, em relação à Constituição Republicana de 1988 e à noção de Constituição Dirigente, é considerado reacionário o argumento de que a necessidade de disponibilização orçamentária para a efetivação das diretivas constitucionais de caráter social possam impedir o atendimento imediato e de pronto das necessidades sociais, haja vista o alto custo dos direitos sociais.

Neste pertinente, Tojal (2003, p. 23), diz “Sobre a Constituição de 1988, o que se pode afirmar desde logo a propósito de sua natureza é tratar-se ela, indubitavelmente, de uma Constituição dirigente”. Menciona ainda que sob o viés dirigente da Constituição Federal, está o Estado juridicamente obrigado a exercer as ações e serviços de saúde no propósito de construir uma nova ordem social, cujos

objetivos consistem no bem-estar e na justiça social, eis que a Constituição lhe dirige impositivamente essas tarefas.

Exatamente, a cômoda argumentação de inexistência de recursos para pretensamente justificar a ineficiência e desassistência relativa ao acesso à saúde pública se contrapõem à própria lógica revolucionária cunhada na decisão política fundamental que culminou com o Poder Constituinte Originário inaugurante da Constituição Federal de 1988, haja vista que o propósito de sua instituição era fazer com que os governantes se amoldassem ao seu espírito social e buscassem solucionar com os recursos obtidos os anseios plasmados na norma diretiva fundamental.

A propósito, Grau (2003, p.37) evidencia que não é a Constituição que deve se adaptar aos Poderes Executivos, são eles que devem se adaptar às normas da Constituição.

A Constituição do Brasil, de 1988, define, como resultará demonstrado ao final desta minha exposição, um modelo econômico de bem-estar. Esse modelo, desenhado desde o disposto nos seus arts. 1º e 3º, até o quanto enunciado no seu art. 170, não pode ser ignorado pelo Poder Executivo, cuja vinculação pelas definições constitucionais de caráter conformador e impositivo é óbvia. Assim, os programas de governo deste e daquele Presidentes da República é que devem ser adaptados à Constituição, e não o inverso, como se tem pretendido. A incompatibilidade entre qualquer deles e o modelo econômico por ela defendido consubstancia situação de inconstitucionalidade, institucional e/ou normativa.

Soares Jr (2017, p.58) salienta que, de modo extraordinário, o Poder Judiciário vem exercendo função contramajoritária de Poder direcionada a fazer prevalecer a vontade atemporal e transgeracional disposta no bojo da Constituição, devendo prevalecer tal manifestação de vontade mesmo em oposição aos demais Poderes – em princípio legitimados para a formulação e execução de políticas públicas, quais sejam: Legislativo e Judiciário – afirmando que não haveria nenhuma incongruência na atuação judicial dirigida à concretização das normas de cunho programático da Constituição dirigente, principalmente na situação desta atuação ser promovida ao atendimento do núcleo essencial necessário à concretização de direitos fundamentais sociais, pois, o próprio texto constitucional consagrou que as necessidades vitais básicas não comportam desatendimento.

Enuncia supracitado autor o equívoco crítico em relação ao

reconhecimento da normatividade das Constituições Dirigentes, sob o raciocínio infundado de que a aplicação direta das chamadas normas programáticas suprimiria a função política do legitimado para a Administração do Estado.

Bercovicci (1999, p. 40) aduz que a premissa material dos atos governamentais devem ter fundamento na Constituição, portanto, ela consagra e perfaz uma exigência de atuação estatal. Senão vejamos:

A Constituição dirigente não substitui a política, mas se torna a sua premissa material. O poder estatal é um poder com fundamento na Constituição, e seus atos devem ser considerados constitucionalmente determinados. Inclusive, ao não regular inúmeras questões (afinal, nenhuma constituição pode-se pretender completa ou perfeita), cabe à discussão política solucioná-las. A função da Constituição dirigente é a de fornecer uma direção permanente e consagrar uma exigência de atuação estatal.

Após fazer uma digressão entre a racionalidade do utilitarismo econômico e a justiciabilidade protetiva social garantista, concebendo que a aplicação do Direito não pode significar apenas o resultado de um consequencialismo pragmático dos reflexos da situação econômica, enuncia Soares Jr (2017, p. 91):

A realização dos direitos de proteção social não pode ignorar a questão da escassez de recursos públicos para a satisfação das necessidades; contudo, a abordagem utilitarista e economista do Direito – na linha defendida pelos adeptos da AED⁴ – subverte a lógica da ordem social, priorizando o fator econômico em detrimento do humano, introduzindo uma lógica de mercado que, em última análise, retira a dignidade da pessoa humana do epicentro do ordenamento jurídico que passa a gravitar em torno das condicionantes econômicas de aplicação do Direito.

Adverte ainda Soares Jr (2017, p. 93) que a promulgação recente da Emenda Constitucional 95/2016, instituidora do denominado “novo regime fiscal no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União” – com a intenção de vigência pelos próximos vinte exercícios financeiros – concerne apenas e tão-somente aos gastos das despesas primárias, vale dizer, às relativas aos investimentos em saúde, educação, previdência, assistência social, cultura, defesa social, dentre outras; restando incólumes e sem contingências os gastos com juros e amortização da dívida pública. Menciona ainda que a restrição dos direitos de

⁴ AED é a abreviação da expressão “Análise Econômica do Direito”.

proteção social é que surtirão a instabilidade social como efeito colateral do subinvestimento em gastos sociais.

Aludido autor declina que a similitude do discurso da necessidade da restrição dos deveres estatais de proteção social, e do consequente sacrifício notadamente dos direitos fundamentais relativos às áreas da educação, saúde, assistência e previdência social, em prol da evitação de um suposto colapso financeiro é similar ao discurso utilitarista, já que a contenção dos gastos permitiria a maximização da utilização das riquezas por um número maior de pessoas. Para ele, tal raciocínio concebe uma sustentabilidade monodimensional, eis que privilegia o aspecto econômico, segregado da noção de sustentabilidade multidimensional, que abrange os aspectos: social, econômico e ambiental. Sufraga que a se pensar assim, sempre os direitos fundamentais poderão ser vistos como um óbice intransponível em relação à eficiência econômica dirigida pelo superávit e equilíbrio orçamentário.

Destas premissas, é possível inferir que administrar não tem a rasa significação de atender à simples operação de fechamento ou coalisão de contas. Administrar seguindo o norte diretivo da Constituição significa priorizar investimentos no mínimo existencial humano, e o direito à saúde é notadamente o ponto nevrálgico da questão, pois, é ele que dá sustentação à existência humana.

Soares Jr (2017, p. 94) refere que a partir da década de 90 a implementação de políticas públicas de proteção social passou a se pautar não só em função das disponibilidades financeiras reais, mas também em face das pressões sofridas pela interferência das comunidades supranacionais e pelas chamadas “agências de cooperação internacional”, como o FMI e o Banco Mundial que passaram a exigir os ajustes necessários ao alcance das metas estabelecidas. Tal autor solidifica seu ponto de vista pela citação do testemunho de Joseph Stiglitz, o qual manifestou indignação ao ter percebido – na condição de economista-chefe do Banco Mundial – que o próprio FMI e o Tesouro Americano impingiam ao exterior posições precisamente opostas àquilo que os nacionais americanos defendiam no plano interno, eis que exemplificativamente enquanto no plano interno se lutava contra a privatização da Seguridade Social, a mesma era recomendada ao exterior;

e, enquanto, no plano interno, se lutava contra a emenda de orçamento equilibrado – porquanto tal medida restringiria a capacidade de utilização de uma política fiscal expansionista na eventualidade de uma retração da atividade econômica – no plano externo, havia a imposição de políticas fiscais contracionistas em países rumo a recessão.

A propósito, no sítio eletrônico⁵ das Nações Unidas, consignou-se que o próprio Relator da ONU, Alfred de Zayas, asseverou sinteticamente que as políticas de empréstimos concedidas pelo Fundo Monetário Internacional (FMI), ao promoverem políticas “fracassadas” de privatização e austeridade, estão prejudicando algumas prioridades atinentes aos direitos humanos e ao desenvolvimento das Nações Unidas, haja vista que as condições impostas pelo FMI têm desencorajado os gastos sociais e impedido o cumprimento de obrigações relativas aos direitos humanos pelos Estados, culminando com o aumento do desemprego e com a redução dos padrões de trabalho, saúde e meio ambiente, dentre outros.

Referida manifestação atribuída ao Relator da ONU ainda ponderou que o Banco Mundial e o FMI necessitam estabelecer trabalho sistemático conjunto, incluindo as agências especializadas, fundos e programas da ONU, tais como a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) e a Organização Internacional do Trabalho (OIT), solicitando ao FMI o abandono de suas investidas em prol de privatizações estilo “Velho Oeste” e no concernente à desregulamentação do mercado e a austeridade nos serviços sociais, eis que tais práticas não oferecem garantia à estabilidade econômica, estimulando violações de direitos humanos, tendo ele enunciado que:

Nenhuma instituição financeira internacional, corporação transnacional ou acordo comercial está acima do direito internacional. Todos devem respeitar o regime internacional abrangente dos tratados de direitos humanos. Essas instituições também devem abordar as preocupações da sociedade civil e as recomendações pragmáticas dos relatores especiais da ONU e de outros especialistas independentes em direitos humanos. Implementar essas

⁵<https://nacoesunidas.org/politicas-do-fmi-impedem-que-paises-cumpram-obrigacoes-de-direitos-humanos-diz-relator-da-onu/>

recomendações beneficiará toda a família humana. Somente através dos esforços conjuntos do FMI e do Banco Mundial, juntamente com as Nações Unidas, surgirá uma ordem internacional mais democrática e equitativa. (Nações Unidas/Envolverde)

Obtempera Soares Jr (2017, p. 94) que tal postura desprestigiadora da priorização dos direitos humanos evidentemente se torna possível pela substituição do modelo de governo centrado na autoridade estatal de um poder hierárquico, pela “governância”, que mais se atrela à gestão horizontal do poder, se assemelhando muito à governância de empresas privadas, quando então a reputada política da boa governança defende um menor poder de regulação do Estado, transferindo as técnicas de administração próprias de empresas privadas, baseadas na satisfação dos acionistas e maximização dos lucros, para o setor público. Mas, salienta que nesse cenário as agências de cooperação como o FMI e o Banco Mundial passaram a atuar equiparadamente a acionistas das empresas geridas pelo modelo *corporate governance*, tendo grande poder de interferência perante os Estados, impondo a eles a adoção de reformas internas correspondentes à garantia de maximização dos lucros e circulação de riquezas.

Dufour, *apud* Soares Jr (2017, p. 99), faz análise percuciente do assunto ao questionar a legitimidade do desmantelamento do Estado provisional pela desvirtuação do interesse geral, por interesses privados, porquanto:

Se o governo e, com ele, o político fundado sobre esse pacto desaparecem, então a cidadania também desaparece, já que esta só pode existir em acordo com a coisa pública, nascida desse pacto. Só existe então uma sociedade civil, construída do conjunto conflituoso dos interesses particulares. A humanidade não teria então mais interesses comuns a defender; ela estaria reduzida a uma coleção de indivíduos calculadores movidos apenas por seus interesses racionais, em concorrência selvagem uns com outros – o utilitarismo de Adam Smith teria prevalecido sobre a injunção moral e a política das Luzes. A governância teria assim criado um novo espaço societal, completamente depurado, prosaico, trivial, niilista, marcado por um novo e poderoso darwinismo social em que cada um defende com unhas e dentes seus interesses e no qual o valor (não o valor simbólico, mas o valor mercantil) só pode servir para criar mais valor: os “mais adaptados” podem legitimamente tirar proveito de todas as situações, enquanto que os “menos adaptados” são simplesmente abandonados ou tratados pela caridade.

Questiona ainda Soares Jr (2017, p. 102-103) a proposta subversiva aos valores constitucionais consistentes na adoção de um Estado sob o viés neoliberal

como pretendo promotor da justiça social sob o argumento de que um Estado reduzido supostamente seria mais eficiente e ofereceria mais condições aos indivíduos mais preparados, e pelo revés, culminaria na eliminação dos menos preparados. Para ele, a perspectiva de Darwinismo social não encontra legitimidade na Constituição da República que claramente teve por escopo instituir um Estado cuja finalidade precípua é promover bem-estar ao ser humano, assegurando sua dignidade e os direitos sociais, enaltecendo-os como valores supremos de aspiração máxima, ponderando que o Estado não foi pensado para angariar lucro. Senão vejamos:

O Estado não foi feito para dar lucro, mas sim para criar as condições que possibilitem o desenvolvimento do projeto de vida que seus integrantes entendam valiosos, reduzindo, para tal, as barreiras que impossibilitam o exercício da liberdade real.

[...] De tal arte, a eficiência, se entendida como prática administrativa que busque a otimização da utilização das receitas públicas e a redução das despesas supérfluas ou desnecessárias, é uma medida que vai ao encontro de uma melhor proteção social. Por outro lado, a eficiência, vista pela lente da teoria utilitarista, na qual o cálculo moral de custo-benefício banaliza o sofrimento do ser humano, não parece ser a melhor postura para um Estado que pretenda eliminar a exclusão social e implantar uma rede de proteção social. Esta leitura do princípio da eficiência como sinônimo de economia de dinheiro parece gozar de mais prestígio em uma conjuntura de crise financeira permanente e de apelos – especialmente das classes mais privilegiadas da sociedade – por uma austeridade nos gastos públicos e pelo desmantelamento do *welfarestate*. A Administração Pública, responsável pela implementação de políticas públicas que visam à proteção social, não pode ser alheia ao sofrimento do ser humano. Há que se manter o foco na missão do sistema de proteção social do Estado brasileiro [...].

Por fim, percebe-se que fatores políticos inclusive internacionais conferem posturas econômicas que influem negativamente na situação da saúde brasileira, em razão da revelação de ausência de prioridade no trato da questão.

2 Nuances do Serviço Público na área da Saúde

Derivada de um contexto histórico de origem francesa, a concepção conceitual de serviço público se verifica ampla por equiparar-se a toda atividade estatal, haja vista que a doutrina dos serviços públicos tem em mira o amplo bem estar da coletividade.

Entretanto, compreende-se como serviço público em sentido estrito toda atividade concernente ao oferecimento de utilidade ou comodidade material, que embora seja destinada à coletividade em geral, seja singularmente fruível pelos administrados – cuja assunção se dê pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes – sob um regime de Direito Público (MELLO, 2008, p. 659).

O fundamento regulador das atividades estatais concernentes aos serviços públicos encontra-se no artigo 175 da Constituição Federal, que impõe a incumbência da prestação dos serviços públicos ao Poder Público, na forma da lei.

Conforme delineia Aragão (2006,p.28-29), essa disposição normativa constitucional torna claro o caráter não absenteísta do Estado face às necessidades de desenvolvimento econômico e social da coletividade, já que o Poder Público deve garantir determinadas prestações compatíveis com as necessidades populacionais, visando o atingimento dos objetivos republicanos de bem-estar e desenvolvimento social, sobretudo a redução das desigualdades sociais.

Apesar dessa previsão constitucional, a doutrina se encarrega de estabelecer distintos conceitos de serviço público, cujo conhecimento é necessário para se moldar um conceito mais adequado da abrangência do serviço público na atualidade.

Meirelles (2009, p. 332) define serviço público sendo “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”.

Carvalho Filho (2017, p. 337), delinea serviço público enquanto “toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade”.

Sundfeld (2009, p. 82) conceitua serviços públicos como “aqueles que importam a criação de utilidades ou comodidades fruíveis direta e individualmente pelos particulares em setores de titularidade estatal”.

Mello (2004, p. 629), conceitua serviço público como sendo:

Toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de Direito Público, portanto consagrador de prerrogativas especiais, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

É praticamente consenso conceitual doutrinário clássico do serviço público seu papel de satisfação das necessidades da coletividade, contudo, normativamente – seja constitucionalmente, seja legalmente – não há tal atribuição expressamente específica a eles, consoante preleciona Braga (2017, p. 22).

Por outro lado, o constituinte de 1988, definiu serem as ações e serviços de saúde de relevância pública nos termos do artigo 197 da Constituição Federal. Logo, impende investigar no que consistiria a terminologia relevância pública associada ao conceito de serviços públicos.

Weichert (2004, p. 127-128), afirma que a acepção de relevância pública pode ser atribuída tanto a serviços públicos, quanto privados, ressaltando que nem todos os serviços públicos são de relevância pública.

Afirma ainda Weichert (2004, p. 135) que a designação de um certo serviço como de relevância pública implica em sua reputação como fundamental à sociedade, tornando o Poder Público obrigado a favorecê-lo nas hipóteses de

colisão com outros direitos.

Santin (2004, p. 54) dispõe que a definição de serviço de relevância pública está conformada pela consideração de um serviço essencial especial, elencando principalmente os direitos sociais.

Desta ponderação, infere-se que quando se tratar de serviço público relevante que se encontre em confronto com outro que não possua tal qualificação, caberia ao administrador público priorizar o serviço relevante, o que poderia ser cogitado já na destinação de recursos.

Logo, o serviço de relevância pública por ter como objetivo atender as pretensões sociais dos indivíduos deve respeitar os ditames constitucionais sociais, dada a direta correlação entre a adequada prestação dos serviços de relevância pública e o respeito ao interesse social no fornecimento dos serviços de relevância pública (WEICHERT, 2004, p. 134).

Portanto, Weichert (2004, p. 129) reputa que há vedação de uma inversão de prioridades com base em critérios supostamente discricionários pela própria Constituição Federal, eis que o serviço de relevância pública deve ser privilegiado no conjunto da atuação do Poder Público.

Braga (2017, p. 18) enuncia que há várias classificações do serviço prestacional, tais como: i) aqueles de prestação obrigatória e exclusiva do Estado; ii) serviços que o Estado tem a obrigação de prestar e a obrigação de conceder; iii) serviços que o Estado tem a obrigação de prestar, mas sem exclusividade (educação e saúde); iv) serviços que o Estado não é obrigado a prestar, mas, não os prestando, terá de agenciar sua execução, mediante concessão ou permissão. Havendo ainda outras formas de classificação dos serviços públicos categorizadas em serviços sociais e econômicos, albergando novas formas de prestação de serviços públicos, mediante regimes de parceria entre o poder público e os particulares executores de atividades benéficas à coletividade.

Neste sentido, Fernandes *apud* Braga (2017, p. 2) reputa os serviços de saúde sob quatro situações que influem ou não na sua caracterização como serviços públicos.

Primeiro, atribui aos serviços de saúde a configuração de serviços públicos, quando prestados pelo Estado, sob regime de direito público, ressaltando não ser exclusiva a titularidade estatal, consoante previsto na Constituição Federal, admitida que é sua exploração pela iniciativa privada, sob regime próprio, embora sob regulação estatal mais vigorosa em razão dos bens jurídicos protegidos, em comparação com outras áreas de atuação não exclusivas.

Segundo, configuram-se como serviços públicos os serviços de saúde prestados por entes privados, sustentados com recursos públicos, “patrimonializados” com os bens públicos e ativação através de servidores públicos cedidos de quadros formados pela extinção de entidades públicas, criados na forma prevista pelas normas jurídicas de direito privado, sem intuito lucrativo, embora sujeitos à interferência estatal – a qual não se encontra jungida à mera imposição de regulação exigida para todos os prestadores privados de serviços dessa natureza – eis que há vinculação às normas do regime jurídico de direito público.

Terceiro, atribui que os serviços de saúde quando prestados pela iniciativa privada com intuito lucrativo, sob o regime de direito privado, ainda que sob intensa regulação, não podem ser configurados como serviços públicos, embora contenham relevância pública apontada pela norma constitucional.

Quarto, são ainda descaracterizados como serviços públicos os serviços de saúde prestados pela iniciativa privada, sob o regime de direito privado sem intuito lucrativo, sob intensa regulação.

Portanto, o Estado pode delegar o exercício de certas atividades estatais a entes da sociedade civil para o desempenho de função pública, contudo, a inativação ou abandono do serviço pelo particular delegado, sob o regime de direito público, sem intuito lucrativo, não elide a responsabilidade do Estado pela

continuidade do serviço, que também responde pelos danos causados perante o usuário, em razão de continuar sendo o titular da atividade.

Assim o é o serviço público de saúde, que pode ser prestado por particulares, desde que regrado pelo regime jurídico de direito público, haja vista que é permitida a possibilidade de estabelecimento de convênio com entes de natureza privada para o exercício da prestação do serviço de forma gratuita, dado o caráter de não exclusividade.

Finger (2003, p. 80-81), enxerga o serviço público como um instrumento para a concretização de direitos fundamentais, sustentando a possibilidade de exigência da prestação do serviço público através de ações judiciais, senão vejamos:

[...] o serviço público exerce uma função instrumental em relação aos direitos fundamentais. Em verdade, revela-se um instrumento que possibilita a efetiva concretização dos direitos fundamentais e, em última medida, a concretização do valor máximo do sistema jurídico brasileiro: a dignidade da pessoa humana. Diante do contido no artigo 175, inciso IV, da Constituição Federal, a doutrina administrativa tem se encaminhado no sentido de reconhecer o direito ao serviço adequado, como direito de exigir do Estado a realização de prestações positivas, para a satisfação de necessidades reputadas essenciais para o indivíduo ou para a coletividade. Nesse sentido, evidenciado o serviço público como um direito do cidadão que se assenta no correspectivo dever do Estado prestá-lo para a satisfação de um direito fundamental, fica aquele investido de um poder jurídico de exigir prontamente a sua prestação, via Poder Judiciário, sempre que verificada a omissão estatal ou mesmo a sua ineficiência. A exigibilidade da conduta do Poder Público não está no enunciado da norma legal, mas sim no programa governamental por ela estabelecido, o que significa que é impositiva a busca dos meios idôneos a implementar os objetivos nela definidos. A ineficiência na realização desse mister sujeita o Poder Público à sindicabilidade de seus atos e omissões e à responsabilização de seus agentes.

Contudo, a contumaz deficiência retratada nos serviços públicos, mormente de saúde, fez com que o Estado aceitasse estabelecer parcerias para se desincumbir de seu mister.

O fundamento constitucional para a não exclusividade da prestação dos serviços de saúde se encontra no artigo 199 da Constituição da República que admite ser a assistência à saúde livre à iniciativa privada.

Gomes (2013, p. 7), refere que a ampliação da saúde suplementar

constatada nos idos de 1990, fomentando a proliferação dos planos de saúde privados, deflagrou uma percepção invertida em relação ao caráter de complementaridade previsto na Constituição no que concerne ao Sistema Único de Saúde, já que a iniciativa privada anteriormente complementar, agora, progressivamente, vem predominando no âmbito do SUS.

Com efeito, refere ainda que a nova legislação editada ao final da década de 90 modificou substancialmente a gestão do SUS ao reduzir a prestação direta pelo Estado dos serviços de saúde e simultaneamente incentivar a atuação da iniciativa privada na área (GOMES, 2013, p. 7).

É consabido que em 1998, adveio ao mundo jurídico a Lei 9.637 tratando da qualificação das organizações sociais no propósito de prestarem serviços nas áreas de saúde, educação, cultura, esportes, ciência e tecnologia, instrumento normativo este que permitiu às entidades privadas receberem recursos orçamentários, bens, equipamentos e servidores mediante contrato de gestão.

Portanto, Gomes (2013, p. 7) afirma que foi desfigurada a ideia de complementariedade antes prevista no § 1º do art.199 da Constituição Federal, norma regulamentada pelo art. 24 da Lei 8.080/1990, tornando-se progressivamente predominante o SUS e a assistência estatal em caráter complementar à iniciativa privada (GOMES, 2013, p. 7).

Ressalte-se que a ainda vigente Lei do SUS, mais precisamente em seu artigo 24, parágrafo único, dispõe que a participação complementar é possível, desde que observadas as normas de direito público pertinentes.

Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde-SUS poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.

Atualmente, como principais figuras de prestação de serviço público pela iniciativa privada, nosso ordenamento jurídico concebe a Parceria Público-Privada

(PPP) que implica na concessão administrativa e a Parceria concernente à execução dos serviços por entidade sem fins lucrativos que implica seja na celebração do contrato de gestão com Organizações Sociais, seja nos convênios com entidades sem fins lucrativos, seja também na parceria com Organizações Sociais de Interesse Público.

Nohara, Ferreira e Manso (2017, p. 20) relatam que as PPP's inserem-se no cenário brasileiro como uma alternativa diante da defasagem existente na prestação de serviços no setor da saúde, em que há uma demanda crescente por melhorias em infraestrutura.

Tal doutrina delinea ainda que é permitido ao parceiro privado realizar serviços de obras e reformas em Hospitais, bem como fornecer equipamentos, bens dos quais a Administração Pública seria usuária direta, sendo, contudo, vedado ao parceiro privado celebrar contrato de parceria público-privada sob o escopo único de fornecer mão-de-obra ou fornecer e instalar equipamentos ou execução de obra pública.

Mânica (2014, p.31) afirma que na modalidade de ajuste concernente à Parceria Público-Privada, o parceiro privado compromete-se a construir e/ou equipar uma unidade de saúde pública, assim como prestar o serviço a todos que dele necessitarem, de modo gratuito.

Distingue ele os serviços passíveis de serem prestados através das Parcerias Público Privadas de duas maneiras, quais sejam: i) ou através de serviços de apoio, atinentes à segurança, nutrição, lavanderia ou serviços clínicos de assistência à saúde; ii) ou ainda como serviços profissionais especializados, como os serviços médicos, fisioterapeutas e enfermeiros (MÂNICA, 2017, p. 17).

Não obstante, há a possibilidade da Administração Pública ainda contar com o denominado Terceiro Setor, vale dizer, um seguimento privado da sociedade que não visa finalidade lucrativa. Sendo assim, é possível o estabelecimento de parceria entre a Administração Pública e uma Organização Social consistente em

uma Pessoa Jurídica de Direito Privado, sem fins lucrativos para através de um contrato de gestão executar serviços públicos.

Di Pietro (2015, p. 618) aduz que as Organizações Sociais não prestam atividade privada de interesse público, mas verdadeiro serviço público social de titularidade do Estado transferido por delegação, através de contrato de gestão, aproximando-o das concessões administrativas.

Nohara, Ferreira e Manso (2017, p. 24) asseveram que o assento constitucional do contrato de gestão está no Parágrafo 8º do artigo 37 da Constituição Federal, contudo, que a autonomia gerencial, orçamentária e financeira ali prevista diz respeito às entidades da Administração Indireta, em razão de estas estarem livres de determinadas formas de controle, enquanto que em se tratando de Organizações Sociais, tal autonomia não ocorre, eis que sujeitas às exigências do contrato de gestão.

O amparo jurídico que permite atividades relacionadas à saúde por parte das Organizações Sociais se encontra no artigo 1º da Lei 9.637/98, tendo a previsão do instrumento de parceria entre elas e a Administração Pública encontrado vínculo jurídico no contrato de gestão, conforme previsto no artigo 5º da supracitada Lei.

O Parceiro Público fornecerá o fomento previsto no artigo 12 da Lei 9.637/98 através da destinação de recursos orçamentários e de bens públicos, sobre os quais é indispensável haver o exercício da atividade de controle.

Consoante prescreve o artigo 18 da Lei 8.080/90 os contratos de parcerias entre o Poder Público e as Organizações Sociais celebrados na área da saúde devem observar os princípios do Sistema Único de Saúde. Denotando Mânica (2017, p. 20) que a Organização Social por intermédio do contrato de gestão pode atuar fazendo uso de toda a estrutura estatal, seja física ou de recursos humanos.

Afirmam Nohara, Ferreira e Manso (2017, p. 28) que as Organizações Sociais visam atuar como aliadas na prestação de serviços de saúde no almejo de

contribuir com melhorias no atendimento à população, mas não ocupar meramente o espaço do Estado nos serviços de saúde. Em que pese tal assertiva, mencionam, antagonicamente, que no estado de São Paulo, as Organizações Sociais gerenciam serviços de saúde tais como: Hospitais, Ambulatórios Médicos de Especialidade (AME), Centro de Referência do Idoso (CRI), Centros de Reabilitação da Rede Lucy Montoro, Centros Estaduais de Análises Clínicas (CEAC), Serviços de Diagnóstico por Imagem(SEDi), Centro de Armazenamento e Distribuição de Insumos de Saúde (CEADIS) e Central de Regulação de Ofertas de Serviços de Saúde(CROSS).

Coadunando-se ao pronunciamento exarado pelo STF na ADI 1923 que reputou válida a possibilidade de parceria entre a Administração Pública e as Organizações Sociais – desde que conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, e ainda com a observância dos princípios constitucionais previstos no artigo 37, “caput”, da Constituição Federal – Nohara, Ferreira e Manso (2018, p. 29) ressaltam a necessidade de uma fiscalização eficiente para evitar desvios e gerar transparência, tudo no afã de se obter melhorias no serviço público de saúde do país, observando-se a principiologia do SUS.

Outra forma de parceria são os convênios antes passíveis de serem celebrados entre entidades públicas e privadas, como mútua colaboração entre os envolvidos. Contudo, a partir da Lei 13.019/14, os mesmos só podem compreender entes públicos, sendo que os convênios públicos-privados devem adotar a forma de termos de colaboração, termos de fomento e acordos de cooperação, consoante Nohara, Ferreira e Manso (2017, p. 30).

Mânica (2017, p. 94) em relação ao setor de saúde, manifesta que o artigo 3º da Lei 13.019/14 entende que a execução do convênio ocorre por meio de estrutura privada já instalada, sendo permitido o repasse de verbas para investimento em construção, reforma ou compra de equipamentos.

Há ainda a parceria com as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), a qual tem similitudes com as Organizações Sociais.

Di Pietro (2017, p. 654) refere que o papel da Administração Pública nas Parcerias com OSCIP's é fomentador, sendo que tal parceria se dá pela cooperação e ajuda do Estado às entidades privadas, portanto, não deve haver a mera transferência do serviço público.

Mânica (2017, p. 120-121) realça que na área da saúde as parcerias do Estado com as OSCIP possuem abrangência ampla, cabíveis para diversas finalidades, tais como prestação de serviços de assistência médica ambulatorial, hospitalar e domiciliar.

No que concerne à seara da saúde, entende Mânica (2017, p. 120-121) que a Lei 13.019/14 é aplicável a todas as Organizações da Sociedade Civil que possuam como objeto social a prestação de serviços de assistência à saúde. Tal lei que instituiu o Marco Regulatório do Terceiro Setor inova ao admitir novas modalidades de ajuste entre a Administração Pública e entidades sem finalidade lucrativa, tais como: termo de colaboração, termo de fomento e acordo de cooperação.

Contrapondo essa visão, Nohara, Ferreira e Manso (2017, p. 37) entendem que a Lei 13.019/14 não se aplica à complementariedade do serviço público de saúde, mas apenas à execução de políticas públicas relativas a esta área, podendo serem realizadas mediante termo de parceria ou termo de fomento. Salientam que no que atine ao termo de parceria, a Organização da Sociedade Civil exemplificativamente teria a possibilidade de atuar na integração de sistemas orgânicos, tal como o Sistema Único de Assistência Social, podendo firmar o termo de fomento no escopo de promover os direitos de pessoas com deficiências.

Por derradeiro, Nohara, Ferreira e Manso (2017, p. 29) lecionam que enquanto o termo de colaboração e o termo de fomento necessitam de transferência de recursos financeiros para sua atuação substitutiva aos convênios, o acordo de cooperação terá razão de ser quando não se fizer necessária referida transferência de recursos financeiros, para tanto conceituam:

O termo de colaboração consiste em uma relação entre o Poder Público e a Organização Social da Sociedade Civil (OSC), no qual haverá a execução

de políticas públicas que já estão com parâmetros consolidados, ou seja, o papel da organização será de complementar a atuação do Estado. O termo de fomento, por sua vez, é celebrado visando o apoio estatal em ações que já são executadas pelas OSCs. Com a ajuda do Poder Público, as iniciativas da Organização Social da Sociedade Civil tendem a tornar-se mais modernas, ao passo que haverá maior investimento tecnológico, além da ampliação de sua atuação, levando, dessa forma, a grandes benefícios para a sociedade, uma vez que será ela o foco e a principal destinatária do serviço.

No sentido da inaplicabilidade da Lei 13.019/14 à área de saúde, preleciona Santos *apud* Nohara, Ferreira e Manso (2017, p. 37) em razão da especificidade do Sistema Único de Saúde:

A complementariedade de serviços, mediante contrato ou convênio, não pode ser definida como parceria nem como fomento. A complementariedade é uma forma de suprir o Poder Público dos serviços que lhe faltam. Não se trata de parceria, de programa aprazado, mas sim de integração de serviços num sistema de grande complexidade organizativa (rede, região de saúde, direção única em cada esfera de governo), prestados de forma contínua. Por isso muitos desses serviços complementares o serão durante anos, tendo em vista a crônica escassez de serviços públicos de saúde de execução direta. O contrato e o convênio estão previstos no texto constitucional como forma do ajuste jurídico.

Malgrado tais dissidências, é curial ponderar que se o intuito da parceria com a iniciativa privada é o atingimento do objetivo de assistência à saúde devido fundamentalmente ao poder público, o qual disponibilizará de alguma forma recursos públicos, ainda que já existentes, mas em prol do acesso à saúde, torna-se evidente a contínua necessidade de controle da gestão também sobre os setores privados concorrentes no desiderato da prestação do serviço de saúde, dado seu caráter público em razão do concurso de meios para a prossecução dos seus fins.

3 Das Obrigações do Administrador em Relação à Saúde

Partindo do pressuposto de que a saúde se trata de um direito público subjetivo inalienável, e que a todo direito corresponde um dever, as obrigações do Administrador Público em relação à implementação do direito à saúde são bastante amplas.

Neste ínterim, a amplitude das obrigações relativas à assegação do direito à saúde derivam das próprias disposições constitucionais (arts. 196 e 198) que impõem como dever do Estado a implementação de políticas públicas que visem reduzir o risco de doenças e outros respectivos agravos por meio de ações e serviços direcionados a promover, proteger e recuperar a saúde mediante atendimento integral.

A diretriz decorrente do postulado da integralidade tem como uma de suas acepções de significação justamente o propósito de envolver amplamente a abrangência dos aspectos da prevenção, promoção e recuperação da saúde. Como bem exemplificam Dallari e Nunes Jr (2010, p. 76-7):

Ela inclui, portanto, no campo das ações de atenção à saúde, não só atividades de prevenção epidemiológica (vacinação etc.), como o mais amplo espectro de atendimentos (consultas, cirurgias, internações etc.), além da assistência farmacêutica (fornecimento de medicamentos) e a prestação de serviços e o fornecimento de insumos necessários à integração ou reintegração do indivíduos à vida social (próteses, equipamentos externos para ventilação pulmonar etc.)

No entanto, há também a outra acepção significativa da integralidade que se consubstancia exatamente na impossibilidade de limitação pelo próprio Estado de sua obrigação em relação à saúde, face à determinação constitucional de prestação de atendimento íntegro e completo à saúde.

Malgrado parcela doutrinária conceba como programático o caráter de integralidade previsto na norma inscrita no artigo 198 da Constituição da República, é certo que o comando constitucional não pode ficar à mercê de provimentos de categoria jurídica inferior, sob pena da eficácia dos princípios constitucionais permanecer tolhida, o que subverteria a superioridade da Constituição, retrocedendo

à fase positivista pretérita em relação à exegese constitucional que ora vige.

Martins (2008, p. 68) realça a ideia geral conceitual das normas programáticas:

A definição de normas programáticas geraria a idéia da existência, na Constituição, de normas sem aplicação que poderiam receber denominações mezinhas como: meros programas, proclamações, admoestações morais, declarações bem intencionadas, manifestos, sentenças políticas, aforismos políticos, boas intenções, todas com o propósito de recusar eficácia e aplicabilidade àquelas proposições, cuja presença no texto básico parecia servir unicamente para emprestar colorido doutrinário às Constituições.

Silva (2007, p. 154-155) apesar de ter referendado tradicional classificação acerca da aplicabilidade das normas constitucionais, compreendendo em tal doutrina o reconhecimento da existência das normas programáticas, acabou reconhecendo que “cada vez mais a doutrina em geral afirma o caráter vinculativo das normas programáticas, o que vale dizer que perderam elas, também cada vez mais, sua característica de programas”, e que ainda que dependam tais normas de providências institucionais para sua realização, não significa que não tenham eficácia.

Rios (2014, p. 3) delibera que a assertiva de que o direito à saúde trata-se de um direito fundamental, significa preliminarmente uma vinculação dos poderes constituídos a este direito, que – não podendo ser subtraído da Constituição nem por via de emenda constitucional – implica também na admissão de que o Estado brasileiro deve fazer todo o possível para promover a saúde, dentro dos limites da realidade. Aduz ele que a doutrina jurídica enuncia tal situação veiculadora do direito fundamental à saúde como uma “norma tipo princípio de direito fundamental”, ou mandados de otimização, culminando com a imposição de modo imediato e direto aos poderes públicos do dever de desenvolver e executar o fornecimento da maior prestação possível em prol de assegurar a saúde, de forma mais eficaz e abrangente possível, tudo no propósito de cumprir a atividade concretizadora dos direitos fundamentais.

Outrossim, Rios (2014, p. 10) assim consolida seu raciocínio:

Com efeito, admitindo-se a eficácia direta e imediata do direito constitucional à saúde, bem como a possibilidade de prestações originárias deste direito, não há como rejeitar, em tese, hipótese onde o indivíduo, titular do direito fundamental social, atendidas certas condições, realizada a ponderação dos princípios e bens constitucionais envolvidos, tenha direito subjetivo definitivo à prestação fática de determinado medicamento. Sustentação contrária importa em negativa da força normativa a Constituição, especialmente valorizada quando se trata de direito fundamental, ao que se acresce a garantia constitucional da inafastabilidade da apreciação judicial de lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV).

Serrano Jr (2009, p. 202) reputa que normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata, como as que se incumbem de atribuir a todos os indivíduos o direito público subjetivo à saúde, reflexamente, designam o dever do Estado de adotar medidas concretas no propósito de satisfazer os respectivos desideratos normativos, não ensejando margem de liberdade discricionária aos Administradores.

Segundo Canotilho (2002, p. 476) os direitos sociais configuram direitos subjetivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justicialidade e exequibilidade imediata.

Neste diapasão, Dimoulis e Martins (2005, p. 155-157) enunciam que o direito à vida, e, nele contido o direito à saúde, se tratam de direitos “sem reserva legal”, ou seja, aqueles que a Constituição garante “sem prever a possibilidade de limitação mediante lei infraconstitucional”.

[...] o fato de o constituinte não ter autorizado a limitação de um direito fundamental mediante lei infraconstitucional significa que não viu, a princípio, problemas no exercício do direito em sua plenitude. Eventuais limitações por meio de normas infraconstitucionais seriam contrárias a essa vontade do constituinte, pois, caso contrário, “a função da reserva legal tornar-se-ia uma incógnita.”

Sarmiento (2006, p. 29-69) ao se manifestar sobre colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos, pronuncia a impossibilidade de limitação dos direitos fundamentais através de uma cláusula geral legal. Senão vejamos:

[...] não seria possível instituir por lei, nem muito menos reconhecer, à falta dela, a existência de uma cláusula geral de limitação dos direitos fundamentais, baseada na supremacia do interesse público. Além de todos

os outros problemas já suscitados, o certo é que uma restrição desta ordem debilitaria em excesso os direitos fundamentais, tornando-os reféns de valorações altamente subjetivas e refratárias à parametrização por parte dos operadores do Direito.

Van Hoof *apud* Castro (2012, p. 93) baseia-se no nível de obrigação estatal para a caracterização da exigibilidade relativa a cada espécie de direito. Para tanto, identifica quatro níveis de obrigações, quais sejam: a de respeitar, a de proteger, a de garantir e a de promover os direitos, os quais se delineiam nas seguintes conformidades:

A obrigação de respeitar é representada pelo dever do Estado de não se ingerir, ou impedir o acesso a bens que constituem objeto do direito. A obrigação de proteger consiste em impedir que terceiros impeçam o acesso a esses bens. A obrigação de garantir implica no dever do Estado em assegurar que o titular do direito tenha acesso aos bens quando não puder fazê-lo por si mesmo. E a obrigação de promover resulta no dever do Estado de desenvolver condições para que os titulares do direito tenham acesso ao bem. Sob esta ótica, os direitos sociais, além de exigirem as obrigações de garantia e de promoção, também exigem obrigações de respeito e proteção do Estado.

Por este prisma, o Superior Tribunal de Justiça, legítimo intérprete superior da legislação federal, já afirmou que “o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República”. (RESP nº 1.069.810-RS)

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal, legítimo intérprete maior da Constituição da República, na Pet. 1.246/SC, sob relatoria do Min. Celso de Mello, obtemperou que

entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, [...] só é possível uma opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.

Exemplificativamente, curial verificar que recentemente o Superior Tribunal de Justiça afetou pela sistemática dos recursos repetitivos o Recurso Especial nº 1.657.156 - RJ (2017/0025629-7) interposto pelo Estado do Rio de Janeiro, cujo debate se limitava à discussão do dever estatal de fornecimento de

medicamentos não incorporados ao Programa de Medicamentos Excepcionais do Sistema Único de Saúde (Portaria n. 2.577/2006). Contudo, a orientação pretoriana continua a se filiar pela impossibilidade de autolimitação pelo Estado de sua obrigação constitucional integral de asseguarção do direito à saúde diante de sua natureza de um direito público subjetivo inalienável assegurado a todos constitucionalmente, se caracterizando, pois, como prioritário e fundamental em relação a interesses financeiros e secundários relativos à gestão governamental da saúde.

A orientação doutrinária corrobora esse entendimento ao expressar:

A integralidade no atendimento à saúde deve contemplar tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, sem excluir qualquer ação ou serviço de saúde, mesmo as não incluídas nas políticas públicas, desde que provada a evidência científica (DRESCH, 2014, p. 44)

Qualquer pessoa que apresentar deficiência em sua saúde, ou melhor dizendo, doença ou moléstia, deve o Estado prestaro atendimento respectivo necessário, de acordo com as possibilidades existentes do ponto de vista científico. O atendimento deverá ser adequado, não importando o grau de complexidade da doença apresentada ou o custo do tratamento, ainda que envolva internações, transplantes e drogas não incluídas na lista de remédios do SUS (SERRANO, 2012, p. 145-6)

Aliás, seria possível refletir que a intenção estatal de limitar sua atuação contendo o amplo acesso à saúde enquanto direito inalienável do ser humano atacaria a própria identidade da Constituição da República e também a intangibilidade de referido direito superprotegido pela cláusula pétrea nela inserta, haja vista que indubitavelmente se pretenderia reduzir a eficácia do direito constitucional à saúde.

Rosa (2015, p. 92), a respeito, assim se pronuncia:

Portanto, no direito à saúde pública a assistência integral compõe o núcleo e a essência do próprio direito/dever, de modo que suprime e aniquila a própria identidade da Constituição (e do direito à saúde pública) eventual reforma constitucional que restrinja a eficácia do dispositivo que atribui/estabelece a assistência *integral*, é dizer, sem a *integralidade* da assistência pública à saúde o próprio direito resta desfigurado, sua substância desconsiderada, desrespeitando-se a vontade/determinação do constituinte originário. Proposta nesse sentido equivaleria a mitigar e reduzir o significado e a eficácia do direito à saúde na forma em que positivado pelo constituinte originário, debilitando sua proteção em contrariedade à própria identidade

constitucional. A Constituição não permite seja minimizado o grau de eficácia atribuído originariamente ao direito fundamental à saúde pública.

Embora seja mais fácil visualizar que o risco de tangibilidade e reducionismo do direito à saúde como cláusula pétrea poderia ser violado por reforma oriunda do Poder Legislativo, é preciso lembrar que atualmente a juridicidade normativa a cargo do Poder Judiciário confere a ele – através de seus provimentos jurisdicionais – o poder de eficácia vinculante inclusive sobre o Poder Executivo, obrigado que é a implementar o direito ao acesso a tratamentos de saúde.

Logo, a fonte primária do direito que seria a norma constitucional ou legal produzida pelo Poder Legislativo pode ser transformada por interpretações jurisdicionais sistemáticas, de maneira que é interessante constatar que seria possível cogitar a defesa da impossibilidade de limitação do direito à saúde por obra do próprio devedor à sua concretização, que é o Executivo, como também a impossibilidade de redução ou tangibilidade do direito à saúde por provimento jurisdicional como tentou o Estado do Rio de Janeiro obter por via recursal ao Superior Tribunal de Justiça, pretendendo a limitação da obrigação estatal à asseguaração à saúde.

A concepção normativa constitucional de garantia à integralidade da saúde pública não se compraz com a hipotetização de deliberação restritiva inclusive pelo Poder Judiciário, o que indubitavelmente implicaria em inconstitucionalidade por violação ao princípio constitucional da vedação ao retrocesso social associado ao princípio da vedação da proteção insuficiente e à cláusula pétrea de garantia do direito social à saúde.

Outrossim, aduz Rios (2014, p. 3) que o Poder Judiciário pode ser chamado a definir o conteúdo jurídico do direito à saúde visando alcançar alguma prestação positiva, vale dizer, aferir a existência de direito decorrente diretamente da Constituição (direito originário à prestação de saúde) a alguma prestação de saúde, observadas as condições jurídicas e fáticas pertinentes, sustentando a fundamentalidade material constitucional do direito à saúde e sua

respectiva intangibilidade material.

Neste pêndulo entre o interesse público secundário do Estado em limitar o atendimento por critérios que unilateralmente estabelece, inclusive decorrentes do compreensível e necessário dever de zelo pelo orçamento público e o direito fundamental à saúde, verifica-se que o dever de prestação da assistência à saúde à população necessitada não se junte à técnica a subsunção legislativa de tratamentos sanitários aos limites normativos infraconstitucionais ou a atos infralegais, pois, a fundamentalidade do direito à saúde revelador da prorrogação da existência humana qualitativa tem suporte na juridicidade constitucional sob a ótica da promoção e evolução dos direitos humanos, inclusive porque o Estado foi instituído para servir sua população e se mantém pelo custeio dela.

Apesar do entendimento de ampla integralidade descortinado acima, é preciso consignar que há controvérsias a respeito, o que na cena do orçamento restrito torna-se facilmente justificável exclusivamente sob o ponto de vista econômico.

Pois bem, Santos (2007,p. 924), defende que a integralidade à assistência à saúde tão-somente deve ser garantida àqueles que sejam usuários do SUS. Em outros termos, suscita que quem optou pela assistência privada estaria impedido de pleitear parcela de assistência pública à saúde, eis que esta pressupõe a integralidade da atenção, portanto, para ter direito à integralidade, o paciente deve estar exclusivamente sob a terapêutica pública.

Endossando esse raciocínio, Weichert (2010, p. 107) advoga que o princípio da integralidade não confere, de per si, direito aos pacientes dos serviços privados de obter os insumos do SUS. Aduz que assistência farmacêutica cinge-se às pessoas que integralmente tenham feito opção pelo sistema público de saúde, asseverando:

As estruturas e as ações do sistema público são afetas aos usuários efetivos do SUS, que as acessam conforme regras e procedimentos específico. Assim, o usuário potencialdo SUS que optou pela assistência sob uma relação jurídica de direito privado não é titular de pretensões subjetivas em relação ao sistema público naquele tratamento. [...]É ao cidadão que acessou ao SUS para receber a assistência integral que se

devem prestações de tratamento de todas as suas demandas. O SUS não está – como regra constitucional – obrigado a fornecer insumos isolados àqueles que optaram pelo uso de serviços privados.

A restritiva noção de integralidade exclusivamente àqueles que optarem pelo serviço público de saúde em sua totalidade foi eleita pelo Decreto Federal nº 7.508/2011, o qual regulamentou a Lei Federal 8.080/90, no afã de definir a assistência farmacêutica do SUS.

Pois bem, sob uma leitura restritiva configuradora de outorga de direitos apenas a quem seja usuário do SUS em assistência pelas respectivas ações e serviços públicos de saúde, assim dispõe a norma regulamentadora:

Art. 28. O acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica pressupõe, cumulativamente:

- I - estar o usuário assistido por ações e serviços de saúde do SUS;
- II - ter o medicamento sido prescrito por profissional de saúde, no exercício regular de suas funções no SUS;
- III - estar a prescrição em conformidade com a RENAME e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas ou com a relação específica complementar estadual, distrital ou municipal de medicamentos; e
- IV - ter a dispensação ocorrido em unidades indicadas pela direção do SUS.

Não obstante, há um posicionamento de que a integralidade restaria cumprida se em consonância com o atendimento da programação das metas programadas pelos Gestores responsáveis pelo estabelecimento das políticas públicas de saúde, o que também seria questionável sob a ótica da concepção constitucionalizada da fundamentalidade decorrente da própria natureza premente do direito à saúde.

Enfim, a vertente norteadora desse articulado converge para a prevalência da concepção constitucionalista de impossibilidade de limitação de direitos enraizados sob o *status* de fundamento constitucional, professada por Dallari e Nunes Júnior (2010; p. 93):

É evidente que os órgãos responsáveis podem, e devem, criar padrões de atendimento, objetivando não só a econômica de recursos, como também o aperfeiçoamento das modalidades de atenção. Faz parte de qualquer grande estrutura, pública ou privada, um intento de racionalização do sistema, o que frequentemente se realiza por meio de padronizações de processos e expedientes. Todavia, como dito, a questão é de fundo e não de forma. Assim, é evidentemente impossível que, por meio desses processos de padronização, o Poder Público venha a, direta ou indiretamente, limitar

direitos que estejam enraizados na Constituição, especialmente o da saúde. admiti-lo constituiria autêntica burla a premissas essenciais do Estado de Direito, pois se concederia ao administrador público a possibilidade de anular um comando constitucional, o qual, além de reunido à norma fundante de nossa ordem jurídica, cuida, na espécie, de veículo de direitos fundamentais, quais sejam, o direito à vida e, especificamente, o direito à saúde.

Gomes (2013, p. 4) enaltece que a própria existência e admissão da judicialização da saúde tem como fundamento o próprio princípio da integralidade numa concepção de amplitude, como decorrência da possibilidade de Controle Jurisdicional acerca dos atos normativos de categoria inferior aos mandamentos constitucionais, observando que:

O princípio da integralidade estabelece também que seja garantido ao cidadão o acesso a melhor assistência preventiva ou curativa, individual ou coletiva e em todos os níveis de complexidade de acordo com o estado de desenvolvimento científico e tecnológico existente. Desse modo, não é possível negar ao usuário a assistência motivada por outras razões como a indisponibilidades de equipamentos e insumos ou insuficiências orçamentárias. A crescente judicialização dos pedidos de medicamentos, por exemplo, é fenômeno fundamentado justamente no princípio da integralidade.

Impende considerar que na Vigéssima Segunda Sessão (2000) no que tange ao Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Comentário Geral Nº 14 referente ao Artigo 12º que trata do “Direito ao Melhor Estado de Saúde Possível de Atingir”, em seu Item 30 estipula quais são as Obrigações dos Estados Partes, dentre elas interpreta que a instauração progressiva do direito à saúde significa que os Estados Partes têm uma obrigação específica e contínua de proceder da forma mais expedita e eficaz possível para a plena aplicação do artigo 12, bem como que existe uma presunção de que todos os outros direitos enunciados no Pacto não são admissíveis de sofrerem medidas regressivas no que se refere ao direito à saúde.

Observe-se que o Pacto impõe a adoção de medidas positivas que satisfaçam o direito à saúde:

II. Obrigações dos Estados Partes

Obrigações jurídicas gerais

30. Embora o Pacto estabeleça a aplicação progressiva e reconheça os obstáculos que representam os limitados recursos disponíveis, também impõe aos Estados Partes diversas obrigações de efeito imediato. Os Estados Partes têm obrigações imediatas no que respeita o direito à saúde, como a garantia de que esse direito seja exercido sem discriminação

alguma (artigo 2.o , n.º 2) e a obrigação de adoptar medidas (artigo 2.o , n.º 1) no sentido da plena realização do artigo 12.o. Estas medidas devem ser deliberadas e concretas e serem dirigidas à plena realização do direito à saúde. 31. A realização progressiva do direito à saúde ao longo de um determinado período de tempo não deve ser interpretada como constituindo as obrigações dos Estados Partes de todo o conteúdo significativo. Pelo contrário, instauração progressiva significa que os Estados Partes têm uma obrigação específica e contínua de proceder da forma mais expedita e eficaz possível para a plena aplicação do artigo 12.o. 32. Tal como todos os outros direitos enunciados no Pacto, existe uma forte presunção de que não são admissíveis as medidas regressivas adoptadas no que respeita o direito à saúde. Se adoptar de forma deliberada alguma medida regressiva, o Estado Parte tem a obrigação de demonstrar que foi implantada após consideração cuidadosa de todas as alternativas e que se encontra devidamente justificada em relação à totalidade dos direitos previstos no Pacto e no contexto do aproveitamento pleno do máximo dos recursos de que disponha o Estado Parte.

[...] 37. A obrigação de realizar (facilitar) exige aos Estados Partes que adoptem, entre outras, medidas positivas que permitam e prestem assistência aos indivíduos e às comunidades para que satisfaçam o direito à saúde. Os Estados Partes são também obrigados a realizar (facilitar) um direito concreto do Pacto cada vez que um indivíduo ou grupo não possa, por razões alheias à sua vontade, pôr em prática o direito por si mesmo com os meios à sua disposição. A obrigação de realizar (promover) o direito à saúde requer que os Estados Partes realizem acções que criem, mantenham e restabeleçam a saúde da população.

Tal Comentário Geral salienta que – para excepcionalmente poder adotar alguma medida regressiva – o Estado Parte teria a obrigação de demonstrar que tal medida seria implantada após consideração cuidadosa de todas as alternativas para evitar tal situação e que a hipotética medida regressiva se encontraria devidamente justificada em relação à totalidade dos direitos previstos no Pacto e no contexto do aproveitamento pleno do máximo dos recursos de que disponha o Estado Parte.

3.1 SUS

O Sistema Único de Saúde se caracteriza como o organismo criado pelo Estado no afã de se desincumbir da obrigação constitucional de realização do direito à saúde pública inerente a todo ser humano.

Face à existência constitucional das Pessoas Políticas em três níveis federativos, a Constituição da República perpetrou a criação de um sistema, cuja unicidade de sua proposta visava integrar todos os entes da federação no que concerne às suas obrigações relativas à implementação de saúde pública. Tal circunstância ensejou a vinculação de tais entes por meio da responsabilidade

solidária sufragada pela interpretação jurisprudencial, flexibilizando com isso a autonomia inerente a cada uma das pessoas políticas, sobrelevando por essa razão o dever de permanência no sistema de todos os entes da federação.

Dada a expressa positivação constitucional de ser dever do Estado, em sentido lato, o direito à saúde (art. 196), e em decorrência da expressão constitucional contida no artigo 198 de que o financiamento de tal direito está a cargo dos entes federativos, além de outras fontes de custeio, desume-se que a solidariedade está prevista expressamente na Constituição Federal.

Assim prelecionam Dallari e Nunes Jr (2010, p. 80):

A definição de organização da saúde em forma de sistema, abrangendo os recursos e ações de todos os entes da Federação, abre, deste modo, um hiato na organização federativa do poder, pois, ao invés de autonomia de cada um dos entes, estipula-se a integração automática de todos eles a um sistema, para o qual devem concorrer com ações e recursos, de maneira a se lograr um conjunto integrado e harmônico apto a realizar os elevados objetivos que lhe foram atribuídos pela Constituição. Esse traço cooperativo é dos mais relevantes, pois, sem ele, o sistema cairia por terra. Ademais, as repercussões práticas são proeminentes. Por exemplo, se um dado Município não realiza tarefas essenciais que lhe são preconizadas pelo sistema, o gestor estadual do SUS pode (e deve) assumir a gestão do sistema naquele Município até que sobrevenha a regularização das atividades. O mesmo raciocínio se aplica na relação entre Estados e o gestor nacional.

Portanto, o SUS é financiado pela União, estados-membros, Distrito Federal e municípios, depreendendo-se solidária a responsabilidade dos referidos entes no cumprimento dos serviços públicos de saúde, como previsto também no artigo 23, II, da Constituição Federal, ainda que haja interna hierarquia administrativa na divisão de responsabilidades.

Importa considerar ainda que a Lei nº 8.080/90, para além de estruturar o SUS e de fixar as suas correspondentes atribuições, em seu artigo 7º, incisos I e IX, estipula os princípios que regentes desse sistema, quais sejam: a) o da universalidade, pretendendo garantir a toda população o acesso às ações e serviços de saúde disponíveis; b) o da subsidiariedade e c) da municipalização, atribuindo prioritariamente aos Municípios a responsabilidade pela execução das políticas de saúde em geral e de distribuição de medicamentos.

A respeito, Barroso (2009, P. 25) professa que pelo princípio da descentralização, dentre as pessoas políticas, o município se trata do principal ente competente, restando a atividade subsidiária e supletiva aos Estados e União:

Estados e União Federal somente devem executar diretamente políticas sanitárias de modo supletivo, suprimindo eventuais ausências dos Municípios. Trata-se de decorrência do princípio da descentralização administrativa. Como antes ressaltado, a distribuição de competências promovida pela Constituição e pela Lei nº 8.080/90 orienta-se pelas noções de subsidiariedade e de municipalização. A mesma lei disciplina ainda a participação dos três entes no financiamento do sistema. [...] o fato de um ente da Federação ser o responsável perante a população pelo fornecimento de determinado bem não significa que lhe caiba custeá-lo sozinho ou isoladamente. Esta, porém, será uma discussão diversa, a ser travada entre os entes da Federação, e não entre eles e os cidadãos.

Portanto, apesar da interpretação jurisprudencial predominante acerca da solidariedade de todos os entes federativos extraída dos artigos 196 e 198, § 1º e 2º da Constituição da República, administrativamente deve-se ter em mente que a atuação do Estado e da União na execução das políticas públicas de saúde acontece de forma supletiva, face à sua responsabilidade apenas subsidiária para suprir ausências eventuais dos Municípios.

3.2 Orçamento

O adequado orçamento da saúde e o seu respectivo financiamento permeiam debates desde a criação do próprio Sistema Único de Saúde (SUS), pois, desde que a Constituição de 1988 garantiu o direito de acesso universal aos serviços públicos de saúde, houve um aumento de demanda social ampliado à realidade antecedente e, portanto, desproporcional à disponibilidade de recursos orçamentários até então existentes.

Prelecioni Piola (2009, p. 109-110) que a atual compreensão do direito à saúde deve derivar de dois pilares que se consagraram por conquista do movimento sanitário, quais sejam: i) competir unicamente ao Estado a satisfação da saúde como um dever, sendo este o modo de garantir o resgate de uma dívida social com a cidadania; e ii) basear-se a unificação do sistema nos princípios de acesso universal e igualitário enquanto vias de superação institucional à dicotomia existente

entre as chamadas ações de saúde pública e o atendimento individual clínico.

O arranjo orçamentário constitucional não trata a saúde de forma autônoma, como uma política pública isolada, porquanto a saúde integra um sistema protetivo denominado de Seguridade Social, o qual deflagra não um tripé de direitos, mas um direito unificado de proteção social cuja asseguuração é dever do Estado mediante articulação entre ações de saúde, previdência e assistência social (PINTO, 2015, p. 84).

Fleury (2003, p. 101-102) destaca a profunda transformação do padrão de proteção social nacional, salientando a afirmação do dever estatal a essa proteção e a relevância pública dos serviços de saúde. Observe-se:

A Constituição Federal de 1988 representa uma profunda transformação no padrão de proteção social brasileiro, consolidando, na lei maior, pressões que já se faziam sentir há mais de uma década. Inaugura-se um novo período, no qual o modelo da seguridade social passa a estruturar a organização e formato da proteção social brasileira, em busca da universalização da cidadania.

[...]

O novo padrão constitucional da política social caracteriza-se pela *universalidade* na cobertura, o reconhecimento dos *direitos sociais*, a afirmação do *dever do estado*, a subordinação das práticas privadas à regulação em função da *relevância pública das ações e serviços* nestas áreas, uma perspectiva *publicista* de co-gestão governo/sociedade, um arranjo organizacional descentralizado.

Curial rememorar que a redação originária da Constituição da República de 1988, previa no artigo 198, Parágrafo único, que o SUS seria financiado com recursos do orçamento da seguridade social dos entes federativos, mas na ocasião não estipulava qual seria esse percentual em relação à participação de todos os entes federativos.

Precisamente, o artigo 55 do ADCT originário continha previsão de um piso mínimo de recursos a serem direcionados para o setor de saúde pública no contexto do orçamento da seguridade social, sendo que tal norma estipulava o percentual de 30% a ser vertido para a saúde sobre todo o orçamento da seguridade social até que fosse aprovada a Lei de Diretrizes Orçamentárias. Todavia, esse percentual se transformou em mero programa de intenções não tendo sido

implementado, eis que o orçamento da saúde restou à mercê do *quantum* fosse aprovado pela Lei de Diretrizes Orçamentárias. (PINTO, 2015, p. 101).

Sucede que sempre é possível piorar, e esse é o atual panorama em que o retrocesso social se instala oficialmente no Brasil através da Emenda Constitucional nº 95, de 15/12/2016, que alterou o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para instituir um Novo Regime Fiscal, o qual institui como percentual de investimento para as ações e serviços públicos de saúde para 20 (vinte) exercícios-financeiros futuros o equivalente às aplicações mínimas calculadas para o exercício de 2017, corrigidas pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, publicado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, ou de outro índice que vier a substituí-lo, vale dizer 15% - no caso da União - da receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro. Em outras palavras, congelou-se o orçamento da saúde a 15% (quinze por cento) da receita corrente líquida da União. Este é o atual Orçamento Antissocial e Antidemocrático da Saúde! Observe-se:

EC 95/2016. ADCT.

Art. 110. Na vigência do Novo Regime Fiscal, as aplicações mínimas em ações e serviços públicos de saúde e em manutenção e desenvolvimento do ensino equivalerão:

I - no exercício de 2017, às aplicações mínimas calculadas nos termos do inciso I do § 2º do art. 198 e do caput do art. 212, da Constituição Federal; e

II - nos exercícios posteriores, aos valores calculados para as aplicações mínimas do exercício imediatamente anterior, corrigidos na forma estabelecida pelo inciso II do § 1º do art. 107 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias."

"Art. 111. A partir do exercício financeiro de 2018, até o último exercício de vigência do Novo Regime Fiscal, a aprovação e a execução previstas nos §§ 9º e 11 do art. 166 da Constituição Federal corresponderão ao montante de execução obrigatória para o exercício de 2017, corrigido na forma estabelecida pelo inciso II do § 1º do art. 107 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias."

Segundo Piola (2009, p. 148-149) a insuficiência de recursos e a irregularidade nos fluxos financeiros foram sempre uma constante no sistema de saúde pública no Brasil, inclusive antecedentemente à criação do SUS. Revelando ainda que a implantação do SUS no início da década de 90 ocorreu sob uma intensa crise econômica a qual repercutia sobre o padrão de financiamento do Estado, e

essa situação de incertezas sobre o volume de recursos disponíveis refletiu negativamente sobre a política de saúde pública, inviabilizando investimentos indispensáveis e retardando o processo de descentralização do sistema.

Noticia o supracitado autor também que o Orçamento da Seguridade Social cujas fontes de financiamento estão previstas na Constituição Federal, foi paulatinamente sendo minado por meio de emendas constitucionais que permitiram a desvinculação de receitas da União e a especialização da fonte que incide sobre a folha de salários para a Previdência Social, rompendo com o pacto solidário implícito em sua concepção original.

Neste íterim, mencionou que desde 1990 sob progressivas perdas de receita a área da saúde acabou sendo financiada por medidas paliativas para recomposição gradual de seu orçamento, tais como empréstimos junto ao FAT – Fundo de Amparo ao Trabalhador e a criação da CPMF – Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira – as quais tiveram como maior contributo conferir regularidade aos fluxos financeiros oriundos inclusive das transferências dos estados e municípios, ressuscitando o necessário processo de descentralização – afirmando que tal situação gerou melhores expectativas em 2000 quando houve a previsão pela Emenda Constitucional nº 29/2000 da vinculação de recursos das três esferas de governo à Saúde, o que poderia trazer ao financiamento da saúde maior estabilidade e acréscimo em seu montante. Contudo, tal EC 29/2000 para ter eficácia dependia de regulamentação que só adveio através em 2012 pela Lei Complementar 141, denotando cabal incapacidade governamental para fazer funcionar o sistema constitucional de financiamento público da saúde de forma integral e eficaz.

Pois bem, a atual análise jusfinanceira da saúde procedida por Scaff (2017, p. 1) traz à tona a amplitude do retrocesso, pois, retrata que o montante mínimo a ser gasto pela União com as ações e serviços de saúde pública anteriormente deveria ser estabelecido por uma lei complementar, consoante previa a EC 29/00 que inseriu o artigo 77, ADCT, estabelecendo-se que o financiamento federal deveria corresponder, no mínimo, ao que havia sido gasto no ano anterior ao da EC (1999), acrescido de 5% e, doravante pela variação do PIB.

Sucedeu que 15 (quinze) anos após essa EC 29/2000, adveio a Emenda Constitucional 86 de 17 de março de 2015 estipulando que a União aplicasse anualmente no financiamento da saúde pública no mínimo 15% de sua receita corrente líquida (artigo 198, parágrafo 2º, I, CF).

Criticamente, Scaff (2017, p. 1-2) ironiza a aparência de adequação na desvinculação da indexação da receita da saúde à variação do PIB pela proporção correspondente à receita corrente líquida, a qual poderia se ampliar na proporção da sanha arrecadatória da União. Todavia, suscita que o artigo 2º da EC 86/15, o qual não restou incorporado ao texto constitucional, criava uma inconstitucional progressividade temporal até que se galgasse ao patamar de 15% da receita corrente líquida, valendo especificar: em 2016, o percentual seria 13,2%, e em 2017 o percentual seria de 13,7% da receita corrente líquida, e assim sucessivamente até que fosse atingido o patamar de 15%.

Ato contínuo, menciona o retromencionado autor que o artigo 2º da EC 86/15 que instituía a progressividade supracitada foi expressamente revogado pelo artigo 3º da EC 95/16, que agora prevê um teto para diversos gastos, dentre eles com a saúde pública, que passou a ter assegurada apenas correção monetária do seu piso (SCAFF, 2017, p.2).

Portanto, hodiernamente vige a determinação do percentual mínimo de 15% a ser aplicado sobre a receita corrente líquida da União em ações e programas de saúde pública, conforme estabelece o texto permanente da Constituição (artigo 198, parágrafo 2º, I, CF), enquanto que os estados e Distrito Federal ficam obrigados a aplicar, no mínimo, 12% da receita corrente bruta (soma da arrecadação dos impostos, deduzidos os recursos transferidos aos municípios), e os municípios, no mínimo, 15% da receita corrente bruta (soma da arrecadação dos impostos).

Curial atinar que pelo panorama atual de teto de gastos, tal limite perdurará para os 20 (vinte) próximos anos, só podendo haver a correção desse piso-teto pela inflação (artigo 110, inciso II do ADCT), logo, visível se torna o retrocesso, eis que – conforme crítica de Scaff (2017, p.5) – se hoje ultrapassamos 200 milhões de habitantes e a saúde já é lastimável, não seria necessário ser

matemático ou estatístico para vislumbrar qual será o cenário futuro da população brasileira nesses próximos vinte anos.

A propósito, o Presidente do Conselho Nacional de Saúde, explanando sobre a lógica atual de subfinanciamento o denominou criticamente de Subsolo, em repúdio ao anúncio de limite de gastos, promanando:

Estabelecer um teto para os gastos com ações e serviços públicos de saúde não é novidade, uma vez que isto ocorre desde 2000 (o valor apurado como aplicação mínima serve de limite máximo para o gasto efetivo), na lógica conhecida como “PISO=TETO”. Porém, ao propor mudança da Constituição Federal para que as receitas correntes líquidas (RCL) não sejam mais a base de cálculo para a aplicação do percentual de aplicação mínima, estabelecendo no lugar disto a variação da inflação do ano anterior, é transformar a lógica “PISO=TETO” para outra muito mais nociva que aquela para o SUS, a saber, “TETO=SUBSOLO”. Afinal, pela regra atual da Emenda Constitucional (EC) nº 86/2015, o valor da aplicação mínima federal é de 13,2% da RCL, menor que os 14,3% e 14,8% da RCL aplicados em 2014 e 2015 respectivamente, conforme a regra anterior da EC 29/2000; o que pretende o Ministro da Fazenda é impedir que se mantenha o padrão de gasto de 2014 e, pior, reduzir a um valor que inviabilizará completamente o atendimento à saúde da população. É desconhecer completamente o processo de subfinanciamento histórico do SUS e a realidade da saúde pública brasileira, especialmente nesses anos de epidemia de dengue e de zika vírus. É desconhecer que os gastos públicos em ações e serviços públicos de saúde estão estagnados desde 2000 em 1,7% do PIB. (SANTOS, 2016, p. 01)

Pertinente observar a evolução histórica retratada pela AMPASA – Associação Nacional do Ministério Público de Defesa da Saúde, a qual – conforme noticiada por Pinto (2015, p. 93-95) – cuidava de refletir juntamente com outros movimentos sociais acerca do subfinanciamento da saúde:

A Constituição indicou para 1989 o mínimo de 30% do orçamento da Seguridade Social para a saúde e até 1993 essa vinculação foi mantida, definida na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), como sendo a participação federal no financiamento do setor. Entretanto, isso jamais foi cumprido. Se o Estado brasileiro mantivesse em 2013 o mesmo percentual proposto em 88, o SUS teria neste ano um orçamento de aproximadamente R\$ 195 bilhões. Entretanto, a dotação do Ministério da Saúde será de cerca de R\$ 84 bilhões. Ao longo de seus 25 anos, o Sistema Único de Saúde (SUS) sofreu inúmeros golpes, que o afastaram do sistema público proposto pelos constituintes. Já em 1993 as contribuições previdenciárias foram retiradas da base de cálculo do orçamento do Ministério da Saúde (MS), quebrando mais da metade do seu orçamento. Em 1995 é instituída a DRU que retira 20% do Orçamento da Seguridade Social, atingindo mais uma vez a Saúde. Em 1996 a CPMF é criada, mas adiciona poucos recursos ao SUS, porque é desviada para outras prioridades de governo. Em 2000, a vinculação dos 10% dos impostos federais (PEC-169) e 30% do Orçamento da Seguridade Social para financiar a saúde são substituídos pela variação nominal do PIB (VNP) e os 10% dos impostos estaduais e municipais da PEC-169 sobem, respectivamente, para 12% e 15%. Ao final da década de

1990 já fica evidente que o pífio investimento e gasto federal nos serviços públicos não crescem, nem acompanham o crescimento da população. Tampouco cresce a resolutividade dos serviços de saúde, em especial, na atenção básica e na assistência de média densidade tecnológica, o que gera as filas, as esperas e os congestionamentos nos serviços, com todas as consequências da repressão de demanda. Ao final dos anos 1990, torna-se clara a importância crescente dada pelo governo federal aos planos privados, subsidiando-os com renúncia fiscal, co-financiamento de planos privados a servidores e empregados públicos e não efetivação do ressarcimento do sistema público, obrigatório por Lei. No início da década dos 2000, consolida-se a adesão das classes médias e dos trabalhadores sindicalizados (e da estrutura sindical) aos planos privados. Concomitantemente, consolida-se a tendência de uma política de Estado voltada para os direitos do consumidor em detrimento dos direitos universais de cidadania expressos na Constituição. Todas as ações que geraram e aprofundaram o sub-financiamento do SUS e ampliaram os subsídios aos planos privados foram capitaneadas pelos ministérios da Fazenda, da Casa Civil e do Planejamento, Orçamento e Gestão. Essa tríade, ao longo dos últimos 25 anos, mantém-se reticente a ampliar os recursos para políticas pró-cidadania e para o cumprimento da Constituição. Sempre com base na mesma argumentação tradicional e economicista ortodoxa: responsabilidade fiscal e falta de recursos. [...] nenhum dos governos desde 1989 colocou o SUS no patamar de política de Estado prioritária. Prova disso é que nos últimos 11 anos (2002-2013), o crescimento dos recursos para a saúde tem ficado abaixo do incremento de outras áreas: 2/3 abaixo do crescimento para a Assistência Social; 1/2 do crescimento das verbas da Educação; e abaixo até da Segurança Pública. Isso tudo agravado pelo fato do Brasil ter destinado, em 2010, 44,9% Orçamento Geral da União para pagamento dos encargos da dívida pública. Restaram 3,9% para a Saúde, 2,8% para a Educação, 0,5% para a Segurança Pública, 0,7% para Transporte e 0,04% para Energia. Essa posição do governo federal, que não prioriza a saúde, obriga estados e municípios a se responsabilizarem cada vez mais pelo financiamento da saúde pública. Vale lembrar que esses entes federativos foram obrigados por lei a adequarem seus orçamentos para prover o SUS com o mínimo de 15% e 12%, respectivamente, dos seus impostos. Hoje, em média, os municípios gastam 21,5% de suas receitas com o SUS.[...] Compreende-se que a metodologia de aplicação da União deve ficar compatível às bases de cálculo de aplicação dos estados e municípios, à medida que essas últimas correspondem ao total das receitas de impostos, compreendidas as transferências constitucionais, o que significa o esforço próprio de arrecadação. Assim, a utilização de percentual da RCB da União visa a assegurar a isonomia no trato do financiamento da saúde nas três esferas de governo. Disponível em: http://www.ampasa.org.br/templates/176/noticia_visualizar.jsp?idNoticia=14442&idUser=320413&idEmpresa=50. Acesso em 19/01/2017.

Enfim, o panorama retratado acima revela que desde 1989 nenhum governo tratou o SUS como prioritária política de Estado.

3.3 Regionalização

O Sistema Único de Saúde tem como características de seu sistema a

regionalização e a hierarquização conforme enuncia o artigo 198 “caput” da Constituição da República.

A Constituição da República exigiu em seu artigo 198, inciso I, que a organização do sistema ocorresse de forma descentralizada dando azo à distribuição da obrigação pela implementação dos serviços de saúde de forma espacial por regiões.

Por outros termos, impõe a Constituição da República a regionalização como medida eficaz para atingimento do acesso igualitário aos serviços de saúde a todos e em todo o território.

Em complemento, a hierarquização é medida útil e eficaz à racionalização e otimização dos investimentos públicos correspondentes ao custeio do acesso ao direito à saúde, já que tem o condão de direcionar que embora deva haver atendimento concernente à saúde em todo o território nacional, pondera não haver estrutura para a prestação de atendimentos de alta complexidade em locais sem incidência de determinadas ações de saúde, sendo, portanto, proporcional e probó ofertar o serviço em local centralizado em altas complexidades para atendimento que concentre uma região. É o que a doutrina chama de sistema de referências e contra-referências:

A regionalização e hierarquização, impostas constitucionalmente, acaretam uma técnica de referências e contra-referências, numa lógica em que as unidades do atendimento primário são a entrada do sistema, para realizarem os atendimentos primários bem como para referenciarem, isto é, encaminharem os usuários às unidades de atendimento secundário ou terciário, nos casos mais complexos. Prestado o atendimento mais complexo, os cuidados complementares devem ter continuidade nas unidades menos complexas, geralmente as primárias, mediante contra-referência à unidade de onde o paciente foi encaminhado inicialmente. O objetivo desse sistema de referências e contra-referências é economizar os gastos públicos, considerando que os atendimentos de baixa complexidade são de grande demanda e custo individual reduzido, ao passo que os níveis mais complexos têm demanda menor, porém custo maior. Desse modo, as unidades de atendimentos mais complexos (secundários e terciários) merecem atuar somente seletivamente, o que ocorre mediante a avaliação dos usuários e suas necessidades médicas na porta de entrada do sistema (unidades primárias). (ROSA; 2015, p. 98)

Portanto, a distribuição da atenção à saúde tem por propósito concretizar

o postulado da igualdade previsto no artigo 196 da Constituição Federal, que ao afirmar que a saúde é direito de todos, ainda especificou que a garantia a tal direito deveria ser igualitária às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

3.4 Diretrizes da Omissão

Tomando por base o comando constitucional que sufraga ser obrigação estatal positiva a promoção de ações de saúde a todos que revelem necessidade, o reverso, ou seja, a negação à satisfação desse dever constitucional, caracterizaria uma omissão no atendimento de um direito humano fundamental, consubstanciando-se, em princípio, em um ato contrário ao ordenamento jurídico, e por assim dizer, um ato antijurídico.

Pois bem, em que medida essa omissão será aceita como lícita e em que momento poderá configurar um ato ilícito, e por isso, passível de responsabilização é uma análise que será procedida infra.

É certo que o Estado por qualquer de suas pessoas políticas atua através dos chamados agentes públicos, que são pessoas investidas em funções públicas, de modo que na área da saúde a atuação positiva ou negativa será determinada por uma ação ou inação humana de alguém que representa o Estado, eis que pela teoria da imputação volitiva, os atos dos agentes públicos são atos do próprio Estado.

Justen Filho (2006, p. 812-813), a respeito, elucida destacadamente que o dever de diligência dos agentes públicos é especial e rigoroso. Visualize-se:

A natureza da atividade estatal impõe a seus agentes um dever especial de diligência, consistente em prever as conseqüências de sua conduta ativa e omissiva, adotando todas as providências necessárias para evitar a consumação de danos a terceiros. Se o agente estatal infringir esse dever de diligência, atuando de modo displicente, descuidado, inábil, estará configurada a conduta ilícita, e surgirá se houver dano a terceiro, a responsabilidade civil. Observe-se que esse dever de diligência é especial e rigoroso. Não é equivalente àquele que recai sobre todo e qualquer indivíduo que convive em sociedade. A natureza funcional das competências estatais produz o surgimento de um dever de previsão acurada, de cautela redobrada.

O jurista supra vislumbra tratamento unitário para as ações e omissões do Poder Público, porquanto, se afigura em todos os casos um elemento subjetivo subordinado há um regime especial. Segundo ele, as hipóteses de dano derivado por omissão podem ser diferenciadas em dois grandes grupos, consistente no ilícito administrativo omissivo próprio e no ilícito administrativo omissivo impróprio, relatando:

Existem os casos em que uma norma prevê o dever de atuação e a omissão corresponde à infração direta ao dever jurídico (ilícito omissivo próprio). E há os casos em que a norma proscree certo resultado danoso, o qual vem a se consumir em virtude da ausência da adoção das cautelas necessárias a tanto (ilícito omissivo impróprio). Os casos de *ilícito omissivo próprio* são equiparáveis aos atos comissivos, para efeito de responsabilidade civil do Estado. Assim, se uma norma estabelecer que é obrigatório o agente público praticar certa ação, a omissão configura atuação ilícita e gera a presunção de formação defeituosa da vontade” (Ob. Cit. p. 813).

Malgrado a existência do referencial teórico do jurista Marçal Justen Filho acerca da possibilidade de responsabilidade objetiva da Pessoa Jurídica de Direito Público tanto para atos comissivos quanto para atos omissivos, a omissão que se reputa relevante na discussão deste trabalho é a que resta focada não na configuração da responsabilidade do ente público, mas sim na responsabilidade pessoal do agente por ato de improbidade administrativa.

Assim, a amplitude do dever prestacional estatal de ações integrais de saúde – evidentemente justificadas do ponto de vista médico-científico – sobreleva que a omissão na promoção dos anseios tratativos e curativos de saúde poderiam se inserir na hipótese de ilícito administrativo omissivo configurador de improbidade administrativa, haja vista que as normas constitucionais e infraconstitucionais que tutelam a oferta de ações de saúde, e que impõem ao Estado o dever de prestar assistência preventiva, tratativa e curativa à saúde, obrigariam os agentes responsáveis pela gestão da saúde à observância de um dever jurídico, o qual desobedecido, revelaria potencial infração e conseqüentemente, a possibilidade de responsabilização pessoal.

Com efeito, Costa (2018, p. 264) confirma que a omissão na implementação do direito ao mínimo existencial representa grave violação à Constituição Federal e, por esta razão, torna-se dever do Judiciário corrigir tal desvio

do Poder Executivo, determinando que este atue positivamente, providenciando as prestações omitidas, restabelecendo a ordem constitucional e o Estado de Direito.

Cunha Junior (2008, p. 357), defende o poder-dever de controle das omissões do poderes públicos mormente por conceber o dever de asseguaração de desfrute imediato aos direitos fundamentais, propalando:

Em caso de descumprimento, por omissão, de algum direito fundamental ou de lacuna legislativa impeditiva de sua fruição, deve e pode o Judiciário – valendo de autêntico dever-poder de controle das omissões do poder público – desde logo e em processo de qualquer natureza, aplicar diretamente o preceito definidor do direito em questão, emprestando ao direito fundamental desfrute imediato, independentemente de qualquer providência legislativa ou administrativa.

Contudo, é bem de ver que a par da possibilidade da responsabilidade civil da Pessoa Jurídica de Direito Público – tema não aprofundado aqui, em razão de sua especificidade – é cabível a responsabilidade da Pessoa Física pelo cometimento de ato de improbidade administrativa, e esta descarta a possibilidade de responsabilidade objetiva, exigindo a responsabilidade subjetiva do agente.

À luz dos artigos 1º e 3º da Lei 8.249/92, o sujeito ativo que pode ser responsável pelo ato de improbidade por ato comissivo ou omissivo é qualquer agente público, servidor ou não, ou ainda qualquer pessoa que mesmo não se tratando de agente público concorra para o cometimento da conduta.

Portanto, o sujeito ativo é o agente público ou terceiro não servidor que praticar ato comissivo ou omissivo que se amolde como improbidade contra a Administração Direta ou Indireta de qualquer dos Poderes de todos os entes federativos, ou relativamente em face de empresa incorporada ao patrimônio público ou em detrimento de entidade criada ou custeada com o concurso do erário com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

4 Excludentes de Responsabilidade

Em que pese o conteúdo supracitado não ter apresentado como foco os meandros da responsabilidade civil, não se pode olvidar que seria possível à pessoa física do agente público, ou de quem lhe faça as vezes, adotar como linha conjunta de defesa as hipóteses de exclusão da antijuridicidade do ato omissivo pelo ente estatal, quais sejam: as conhecidas culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro e força maior, que são as hipóteses clássicas, além da moderna e controversa cláusula da reserva do possível, e mais especificamente a inexistência de elemento subjetivo doloso como imprescindível à configuração do ato de improbidade administrativa sedimentado na violação dos princípios constitucionais.

Na seara das tentativas de implementação de ações de saúde, vislumbram-se mais contradições – ainda mais pela perspectiva de responsabilização subjetiva por ato de improbidade – as situações de força maior e caso fortuito como possíveis justificantes de atos omissivos, haja vista que diante da imprevisibilidade inerente a tais hipóteses, a omissão poderia se tornar justificável face à ausência de meios de pronta evitação do dano à ação concernente à concretização da saúde. Exemplificativamente, poderia se cogitar de um fato da natureza, como um incêndio ou inundação que viesse a dominar o local de atendimento à saúde, inviabilizando a continuidade dos respectivos serviços, ou mesmo por obra desses eventos a deterioração de estoques de medicamentos tornando os cidadãos carentes desse contributo à sua saúde.

Mas, imprevisibilidade destoa muito das crônicas impossibilidades de atendimento por falta de vagas em determinados setores da saúde, como o de leitos hospitalares e de hemodiálise e outros procedimentos, além das carências de oferta de medicação por morosidade na aquisição, eis que tal revela ausência de planejamento e atitude em prol de melhoria na atenção de saúde face às necessidades evidenciadas, já que não se revelaria uma impossibilidade de prévia preparação para o enfrentamento da necessidade paulatina de ampliação da atenção saudável à população.

Não obstante, como fato de terceiro, poderia-se cogitar de se configurar a hipótese através da omissão de prestação de serviços públicos de saúde por ente dependente de repasse orçamentário de terceiro, como poderia ocorrer com os Municípios, contudo, ante o vínculo compulsório de solidariedade destes com as demais Pessoas Políticas, o Estado, em sentido lato, responderia pela omissão.

A par do acima, a teoria da reserva do possível como trunfo estatal de justificação do descumprimento do seu dever constitucional de implementação da saúde por inviabilidade econômico-orçamentária, se assenta em três elementos essenciais, quais sejam: i) a disponibilidade de recursos financeiros; ii) a disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos; e iii) a proporcionalidade da medida.

De um lado, exigindo o direito fundamental à saúde uma ação estatal positiva, e de outro, o viés econômico presente na concreção desse direito torna factível concluir pela existência de uma limitação material concernente à capacidade de custeio estatal da realização da saúde pública, constituindo está limitação previsível, a chamada reserva do possível, isto é, uma restrição fática à efetivação da saúde.

Viceja no Brasil a não aplicação da teoria da reserva do possível como causa justificadora da omissão estatal na implementação da saúde, haja vista que embora a incontroversa existência de um limite, não se sabe a sua dimensão, ou seja, se os gastos atuais estão à beira do comprometimento integral desse limite ou não.

Mas não é só: o Brasil é considerado um país subdesenvolvido em que há ainda carência de muito investimento na implementação de medidas eficazes à promoção dos direitos fundamentais, em especial a saúde, de maneira que há críticas relativas à importação do instituto da reserva do possível do direito alemão, porquanto, em um país desenvolvido supõe-se que o bem comum, ou seja, aqueles interesses básicos que afetam toda a população já tenham sido solucionados, sendo que já seria excepcional a reivindicação judicial estatal para promover algum direito

não atendido pela própria política governamental.

Neste cenário, é possível compreender a existência da causa de justificação da reserva do possível como empecilho para custeio subjetivo relativamente a uma parcela de cidadãos, sob a circunstância de o Estado já estar investindo alto na implementação executiva de políticas públicas com a adequação e eficácia esperadas, o que evidentemente não acontece no Brasil, devendo, pois, ser preservado o dever de atendimento ao mínimo existencial no território nacional brasileiro.

Sarlet (2009, p.357), acertadamente pontua que no Estado de Direito, o Estado jungido que é também ao direito, deve – para poder se valer validamente da justificação cunhada na reserva do possível – comprovar a indisponibilidade total ou parcial de recursos financeiros existentes em cotejo com a demonstração de evitação de desperdício dos recursos existentes. Observe-se:

[...] as limitações da reserva do possível não são, em si mesmas, uma falácia, como já se disse mais de uma vez entre nós. O que tem sido, de fato, falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação de direitos fundamentais, especialmente de cunho social. Assim, levar a sério a “reserva do possível” (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas) significa também, especialmente em face do sentido do disposto no art. 5º, § 1º, da CF, que cabe ao poder público o ônus da comprovação da indisponibilidade total ou parcial de recursos e do não desperdício dos recursos existentes, assim como a deficiente aplicação dos mesmos.

Spaolonzi (2017, p. 356) assevera categoricamente haver a inaplicabilidade da reserva do possível acerca do direito à saúde, ante o não condicionamento constitucional da sua tutela ao custo de qualquer tratamento. Sic:

O Poder Público busca assentar sua defesa no argumento de que não dispõe de dinheiro suficiente para fazer frente ao dever que lhe é requerido. É ao que denomina Princípio da Reserva do Possível. Esse princípio não se sobrepõe à determinação constitucional. O artigo 196 da Constituição Federal não condiciona a tutela do direito à saúde ao preço do tratamento. Ao Poder Público é defeso omitir-se de dar cumprimento ao dever que lhe foi imposto pela Constituição Federal. Essa é premissa consolidada.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça entendeu ser o Direito à Saúde exigível de plano, ante as omissões do poder público, considerando que as violações a esse direito atingiria o mínimo existencial, sendo passível de controle pelo Judiciário as políticas públicas previstas na Constituição e na legislação infraconstitucional, face ao caráter não absoluto da esfera de discricionariedade do Administrador Público. Visualize-se a ementa:

STJ. RECURSOESPECIAL Nº. 1.068.731RS (2008/0137930-3).
 Ementa:ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. DIREITO SUBJETIVO. PRIORIDADE. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. ESCASSEZ DE RECURSOS. DECISÃO POLÍTICA. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL. 1. A vida, saúde e integridade físico-psíquica das pessoas é valor ético-jurídico supremo no ordenamento brasileiro, que sobressai em relação a todos os outros, tanto na ordem econômica, como na política e social. 2. O direito à saúde, expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 e em legislação especial, é garantia subjetiva do cidadão, exigível de imediato, em oposição a omissões do Poder Público. O legislador ordinário, ao disciplinar a matéria, impôs obrigações positivas ao Estado, de maneira que está compelido a cumprir o dever legal. 3. A falta de vagas em Unidades de Tratamento Intensivo—UTI's no único hospital local viola o direito à saúde e afeta o mínimo existencial de toda a população local, tratando-se, pois, de direito difuso a ser protegido. 4. Em regra geral, descabe ao Judiciário imiscuir-se na formulação ou execução de programas sociais ou econômicos. Entretanto, como tudo no Estado de Direito, as políticas públicas se submetem a controle de constitucionalidade e legalidade, mormente quando o que se tem não é exatamente o exercício de uma política pública qualquer, mas a sua completa ausência ou cumprimento meramente perfunctório ou insuficiente. 5. A reserva do possível não configura carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana, já que é impensável que possa legitimar ou justificar a omissão estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação de apoio médico-hospitalar. A escusa da "limitação de recursos orçamentários" frequentemente não passa de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez daquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade. O absurdo e a aberração orçamentários, por ultrapassarem e vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não compondo, em absoluto, a esfera de discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da separação dos Poderes. 6. "A realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador" [REsp. 1.185.474/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe29.4.2010]. 7. Recurso Especial provido.

Por fim, consolidou-se na jurisprudência a exigência do elemento subjetivo doloso para a configuração de ato de improbidade administrativa

sedimentado na violação dos princípios constitucionais. Neste ínterim, evidentemente que a ausência de dolo direto ou eventual caracteriza excludente da responsabilização por improbidade administrativa. Doravante, discutir-se-á com maior profundidade as nuances do elemento subjetivo em capítulo próprio.

5 A Defensoria Pública e seu Papel no Controle da Inércia Danosa ao Direito Fundamental à Saúde

Inicialmente, em prol de uma percepção mais abrangente, faz-se mister pontuar que a adequada realização material dos direitos fundamentais tem relação direta com o funcionamento da democracia, eis que sem a efetiva concretização dos direitos humanos fundamentais não há democracia, ou sua plenitude.

Ferrajoli (2009, p. 22) afirma que o grau ou nível de democracia de um Estado pode ser mensurado a partir do grau ou nível de universalidade dos direitos fundamentais. Reporta que não se pode desconsiderar a relação de interdependência existente entre direitos fundamentais e o Estado Democrático, e que, contudo, tal relação de interdependência não tem o poder de dissuadir a tensão existente entre os dois princípios. Saliencia ocupar a dignidade humana posição de proeminência mundial nos sistemas jurídicos, devendo seu respeito significar um imperativo a todos os povos.

Neste prisma, a historiadora norte-americana Lynn Hunt (2007, p. 18) apresenta um importante paradoxo crítico acerca do ideal das declarações de direitos, através da indagação: se os direitos humanos são auto-evidentes por que precisam ser declarados? Coloca, pois, em foco a análise da contradição do porquê a universalidade dos direitos humanos fundamentais tem contemplação no discurso, mas, empiricamente, não se encontra reconhecida materialmente com potencialidade de fruição a todos.

Esse fenômeno se relaciona com o conceito de efetividade, o qual se aproxima da noção de eficácia social e se distancia da acepção de eficácia jurídica – esta visualizada como a aptidão da norma em produzir efeitos jurídicos –, tal tema foi assim delimitado por Barroso (2006, p. 83):

A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.

Pois bem, é neste cenário de função social-garantia que a Defensoria Pública serve de instrumento de efetivação social do direito fundamental à saúde, se revestindo de meio de controle social do regime democrático, tendo por finalidade precípua a realização material do direito à saúde como desdobramento da sua função institucional de efetiva promoção dos direitos humanos fundamentais, encontrando substrato normativo respectivo tanto no artigo 134 da Constituição da República, quanto na Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública, em seu artigo 1º.

A vulnerabilidade dos seres humanos que necessitam ou buscam ações de saúde para promoção de sua vida ou sobrevivência digna os torna sem condições autônomas de participar efetivamente da democracia controlada pela hegemonia que circunda o poder. Assim sendo, a Defensoria Pública assume o papel constitucional contra-hegemonico de significar um importante instrumento de controle social da democracia, mais especialmente na fiscalização do cumprimento do dever estatal de promoção de saúde à população, cuja inércia nefasta é e será combatida pelos instrumentos jurídicos à disposição dessa Instituição.

No viés argumentativo acerca do controle da democracia, Marinoni (2006, p. 196) ressalta que a participação por meio da ação judicial – aplicando-se idêntico raciocínio aos procedimentos administrativos – não mais se funda na lógica do sistema representativo tradicional, albergada que está numa perspectiva de democratização do poder, haja vista que os instrumentos jurídicos extrajudiciais e as ações judiciais postos à disposição do cidadão conformam o direito à participação popular, espelhando uma extensão do direito político do indivíduo em participar efetivamente da democracia ao ter formas de controlar e fiscalizar a implementação dos direitos fundamentais.

Neste diapasão, Barcellos (2008, p. 121), promana que, havendo ausência de controle social, a gestão de políticas públicas tende a não atingir sua finalidade de garantir e promover os direitos fundamentais em decorrência de ineficiência, corrupção e clientelismo, senão vejamos:

Na ausência de controle social, a gestão das políticas públicas no ambiente das deliberações majoritárias tende a ser marcada pela corrupção, pela

ineficiência e pelo clientelismo, este ultimo em suas variadas manifestações: seja nas relações entre Executivo e parlamentares – frequentemente norteadas pela troca de favores -, seja nas relações entre os agentes públicos e a população. Nesse contexto, manipulado em suas necessidades básicas, o povo acaba por perder a autonomia crítica em face de seus representantes. É fácil perceber que corrupção, ineficiência e clientelismo minam a capacidade das políticas públicas de atingirem sua finalidade: garantir e promover os direitos fundamentais.

Assim, se evidencia a indubitável legitimidade concorrente da Defensoria Pública para controlar a inércia dos poderes públicos em seu dever constitucional de garantir e concretizar o direito fundamental e humano à saúde.

5.1 A Defensoria Pública como “custos vulnerabilis”

Preambularmente, faz-se mister noticiar que a origem pretoriana do instituto nasce a partir de inovadora postulação do Núcleo de Atendimento ao Preso Provisório e Vítimas de Violência (Nuapp) da Defensoria Pública do Estado do Ceará e também da Defensoria Pública do Estado do Paraná, ambas objetivando a intervenção na qualidade de “custus vulnerabilis” em habeas corpus *coletivo* impetrado por membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos de São Paulo, cujas pacientes se tratavam de mulheres na condição de gestantes, puérperas ou mães de crianças até doze anos sob sua responsabilidade, submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário. Aludido tema culminou com decisão monocrática do Ministro Ricardo Lewandowski do Supremo Tribunal Federal, nos autos de Habeas Corpus Coletivo nº 143.641, havendo a admissão da intervenção da Defensoria Pública como guardião dos vulneráveis (*custos vulnerabilis*), assegurando-se à tal Instituição a atuação no processo como assistente de defesa das pacientes que já eram representadas por Advogados, tendo o direito de acompanhamento e oitiva sobre todos os documentos que constassem nos autos, além da faculdade de anexar informações e argumentos.

Pois bem. Primeiramente recomendável se torna conceituar a figura processual denominada *custus vulnerabilis*, equivalente ao *amicus communitas* mais utilizado no processo coletivo de natureza não penal.

Segundo Rocha (2017, p. 20), o instituto denominado *custus vulnerabilis*

tem caráter exclusivamente individual, relacionado com a dignidade humana e com os direitos fundamentais da pessoa, tendo o objetivo institucional complementar de assistir os vulneráveis em argumentos, informações e documentos necessários à tutela dos direitos humanos, visando dar meios para aprofundar e ampliar o conhecimento do julgador sobre o tema que terá de decidir.

Mas, Maia (2016, p. 21) relata que *amicus communitas* tem abrangência mais ampla, compreendendo uma representação institucional popular inclusiva, visando democratizar o acesso plural da população a arenas de decisão, ainda que extrajudiciais, aduzindo:

A expressão ***amicus communitas*** foi cunhada pelo jurfilósofo e professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas (FD/UFAM), Daniel Gerhard. O tema foi ainda publicado em textos em parceria com Edilson Santana (DPU) e Maurilio Maia (DPE/AM) em 2015. O conceito de comunidade surge aqui com perspectiva sociopolítica e filosófica. Assim, falar-se em ‘amigo da comunidade’ é uma clara opção político-jurídica: a Defensoria Pública não veio para ser (só) amiga da Corte (*amicus curiae*). A vocação defensorial é de ‘amiga das comunidades’, em uma visão de proximidade e representação de interesses. A ideia é reavivar o conceito de comunidade e seu pluralismo democrático no âmbito da sociedade, sendo a missão defensorial de reforço do referido pluralismo de ideias e de efetivação da *democracia inclusiva*, judicialmente ou não. Por outro lado, o termo ‘***Amicus***’ ou ‘***custös plebis***’ foi expressão feliz de Camilo Zufelato (USP) a fim de designar o Estado Defensor por ocasião de suas intervenções judiciais – enquanto *terceiro interveniente*.

O contraponto acima percebido torna forçoso inferir que a expressão *Custus Vulnerabilis* ou *Amicus Communitas* pode ter significação semelhante, e em nosso sentir, maior aceitabilidade na atividade processual coletiva.

Em 31/5/2017, houve publicação no Diário Oficial do Paraná, sob a edição n. 9.956, p. 131-132, de diversas teses institucionais da sua Defensoria Pública (DP-PR), oriundas do I Encontro Estadual da DP-PR ocorrido em 2017, dentre elas a hipótese de atuação processual da Defensoria Pública enquanto guardiã dos vulneráveis – “Custos Vulnerabilis”.

O Enunciado Sumular n. 12 da DP-PR, assim se pronuncia:

A previsão de intervenção da Defensoria Pública contida no art. 554, § 1º do CPC é hipótese de intervenção na qualidade de ‘custos vulnerabilis’ de natureza exemplificativa, não limitada a ações possessórias ou por critérios

econômicos.

Outrossim, a Defensoria Pública da Bahia (DP-BA) emitiu enunciado sobre o mesmo tema, assim redigido:

(Enunciado n. 13 de Direitos Humanos) - A expressão ‘pessoas em situação de hipossuficiência econômica’ do art. 554, §1º, do Código de Processo Civil, deve ser interpretada considerando-se os diversos níveis de vulnerabilidade e necessidade das pessoas, atuando a Defensoria Pública na condição de Custos Vulnerabilis.

A utilização do termo “Custus Vulnerabilis” foi consolidada mediante a aprovação no Congresso de Defensores Públicos da Bahia em 2016 do enunciado nº 13, sobrelevando:

O reconhecimento da Instituição como órgão interveniente em demandas que tenham o condão de repercutir na esfera jurídica de cidadãos necessitados consolida a missão constitucional da Defensoria Pública na proteção dos direitos humanos, especialmente daquelas em situação de vulnerabilidade.

A partir do papel constitucional desenhado para a Defensoria Pública de instrumento de controle da democracia pelo artigo 134 da Constituição da República, passou-se a entender que a Defensoria Pública tem como função precípua a promoção efetiva dos direitos humanos.

Assim sendo, considerando a amplitude dos direitos humanos e a necessidade de atuação mais ampla para se efetivarem as proteções respectivas, está se compreendendo que a Instituição Defensoria Pública atualmente tem por missão não somente proteger as pessoas em situação de vulnerabilidade econômica, mas também proteger outras espécies de populações vulneráveis, tais como os enfermos, idosos, deficientes, vítimas de violência, pessoas desprovidas de liberdade, dentre outras, haja vista – em última análise – que o propósito último dessa proteção visa promover o resguardo e a evitação de riscos aos direitos à vida, saúde, dignidade e liberdade, interferindo esse último valor nos primeiros, todos, aliás, contidos na categoria dos direitos humanos.

Nessa perspectiva, resta notória a possibilidade, viabilidade e imprescindibilidade de atuação da Defensoria Pública na promoção dos direitos

humanos em sede coletiva tanto por meio das ações tipicamente coletivas tanto quanto pela atividade de *Custus Vulnerabilis* na condição de terceiro interveniente em prol da tutela da vulnerabilidade.

É curial rememorar que a norma processual civil, aliás, subsidiária que é para vários subsistemas jurídicos, inclusive o processual penal, prevê a adoção pelo aplicador do direito dos valores fundamentais estabelecidos pela Constituição da República, onde está a dignidade humana, e assim o faz no artigo 1º do NCPC, como também, em seu artigo 8º, prevendo que o Juiz deve aplicar o direito atendendo aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo o valor da dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade e a razoabilidade, de maneira que, sem dúvida, é importante e imprescindível a atuação da Defensoria Pública na condição de *Custus Vulnerabilis*.

Porém, é preciso enxergar que na atualidade (artigo 8º do NCPC) o Julgador não deve mais atuar como um ser completamente neutro e equidistante nas demandas oriundas de relação material que contenham por sua própria natureza evidente peculiaridade imanente à vulnerabilidade amplamente considerada, pois, nestas hipóteses deverá utilizar de suas máximas de experiência e seu poder geral de cautela para em busca da igualdade equalizar os fatores de vulnerabilidade a fim de promover e resguardar o respeito pelos direitos humanos em sua decisão.

Portanto, fácil correlacionar a importância do instituto da Curadoria da Vulnerabilidade ao direito à saúde, diante deste se tratar de direito fundamental inalienável.

De acordo com Alves e Pimenta (2004, p. 103), é legítima a atuação da Defensoria Pública em causas que tratem de direitos indisponíveis, mesmo em casos de suficiência econômica dos envolvidos, apontando:

[...] a Defensoria Pública é a Instituição Estatal que abrange todas as outras entidades de assistência jurídica, quais sejam: justiça gratuita, assistência judiciária e assistência jurídica integral, propiciando, além da Assistência Jurídica Integral, o efetivo exercício do contraditório e

da ampla defesa, mesmo aqueles economicamente suficientes, quando a causa verse sobre direitos indisponíveis [...]

Carvalho (2002, p. 31) acentua a relevância da Defensoria Pública no enfrentamento da salvaguarda de direitos como a saúde, observe-se:

Como não é tarefa fácil definir, na dinâmica in fieri do Direito, as contradições em torno da crise social, tendo a sociedade que se defender e salvaguardar os seus direitos, sobretudo, o mais caro, a saúde, e garantir a própria sobrevivência, sempre será relevante avaliar o enfrentamento da Defensoria Pública aos velhos e novos desafios que se lhe apresentam.

Enaltecendo a atuação coletiva da Defensoria Pública em prol da saúde, é imperioso ponderar que a acepção que compreende conceitualmente a atuação da Defensoria Pública como *Custos Vulnerabilis* pode ter de implicar em certa ótica flexível acerca da própria vulnerabilidade, porquanto, como diz Maia (2016) se no aspecto *individual* os termos “insuficiência de recursos” e “necessitados” assumem conotação predominantemente (mas não exclusivamente) econômica, no aspecto coletivo deve ser potencializada a amplitude das vulnerabilidades para que seja garantido o acesso à Justiça transindividual de modo efetivo, não sendo razoável no palco da Justiça Coletiva haver seleção por classes econômicas, ante a conotação transindividual de tais demandas.

Maia (2016) critica a decisão do STJ pronunciada no REsp 1192577, a qual ilegitimou a Defensoria Pública para defender consumidores de planos de saúde, ei-la: “[a]o optar por contratar plano particular de saúde, parece intuitivo que não se está diante de consumidor que possa ser considerado necessitado, a ponto de ser patrocinado, de forma coletiva, pela Defensoria Pública”.

Verossímil a crítica no caso concreto, haja vista que o Superior Tribunal de Justiça se olvidou que o conceito de vulnerabilidade ao acesso à saúde é muito complexo, ante a inegável ineficiência dos serviços públicos de saúde constatada e concluída pela Audiência Pública havida no STF, de maneira que – mediante visualização de situação empírica – poderia ser equânime que um contrato coletivo de saúde com determinado plano fosse debatido em processo coletivo pela

Defensoria Pública, considerando que a renda dos funcionários fosse insuficiente para contratar o patrocínio privado da defesa judicial da manutenção do equilíbrio econômico do contrato por abusivo reajuste, ou seja, a demanda coletiva pela Defensoria Pública em hipóteses desta natureza tem em mira a “cláusula legal de potencial benefício dos hipossuficientes” (LC n. 80/1994, art. 4º, VII).

Aliás, a título de reforço argumentativo, vale a pena conferir que a previsão do salário mínimo inscrita no art. 7º, inciso IV da Constituição da República – notoriamente insuficiente – promete tornar acessível o atendimento do trabalhador em suas necessidades básicas, dentre elas a saúde, não estando neste dispositivo compreendida a assistência jurídica, vale dizer, o salário mínimo que em termos pragmáticos já deixa a desejar em relação ao catálogo de bens que afirma compreender, ao menos não ousou prever que quem dele fosse beneficiário conseguiria constituir o patrocínio de advogado privado, razão pela qual a Constituição Federal assegurou a assistência jurídica integral e gratuita a cargo da Defensoria Pública em seu artigo 5º, LVVIX.

5.2 A Defensoria Pública e a Tutela da Saúde

Ante a inarredável pressuposição de que o direito existe para se realizar, a ideia de efetividade – como condição *sinequa non* nele contida – torna a Defensoria Pública um fator de forte influência em prol da plenitude do exercício da função social do direito.

Nessa ótica, a concretização do conteúdo do direito fundamental à saúde, conforme propõe Cittadino (2003, p. 23) “envolve necessariamente um alargamento do círculo de intérpretes [...] na medida em que devem tomar parte do processo hermenêutico todas as forças políticas da comunidade”.

A Defensoria Pública como Instituição Pública criada constitucionalmente para a defesa e promoção dos direitos humanos enaltece um dos fundamentos da república insculpidos no artigo 1º da Constituição Federal, consistente no pluralismo jurídico, que sobreleva o princípio da complementariedade:

A soberania complexa, por razões peculiares à formação do Brasil moderno, longe de significar uma prática social em antagonismo com o sistema de representação política, tem, entre nós, recepção constitucional, admitindo oportunidades plurais para o exercício da cidadania. (VIANNA, L. W.;BURGOS, 2003, p. 483)

Pois bem, em se vislumbrando a saúde em dupla-dimensão, consubstanciando um direito e, simultaneamente, um dever, a ordem jurídica coloca à disposição dos titulares dos direitos alguns instrumentos jurídicos aptos a exigir a satisfação do direito.

Neste trilho, se o sistema jurídico elenca o bem saúde como um direito e o impõe ao Estado enquanto dever, caso esse ente não se desincumbisse desse ônus, haveria um direito sem concreção e, portanto, sem efetividade ou eficácia social. Por esta razão a própria Constituição da República criou algumas instituições públicas que se tratam de verdadeiras garantias de instrumentalização dos direitos fundamentais materiais, dentre elas, encontra-se a Defensoria Pública, a qual se reveste de potencial efetivadora do direito à saúde.

Considerando que a promoção do bem saúde exige pronta efetividade, no afã de atendimento ao princípio constitucional da máxima efetivação dos direitos fundamentais, a Defensoria Pública se utiliza de vários instrumentos propensos a promover o pronto acesso à saúde, que são exitosos ou não a depender de fatores externos relacionados ao devedor da obrigação, em razão de as ações da Defensoria Pública não serem dotadas de coercibilidade. Esses instrumentos integram o que se chama de juridicização, que configuram as medidas de solução pré-processual, visando evitar a judicialização, que é a instauração propriamente dita de uma reivindicação perante o Poder Judiciário.

A Defensoria Pública se vale de expedientes extrajudiciais, que se exitosos culminam na chamada Resolução Administrativa, efetivando o acesso à saúde, os quais compreendem: Diálogo Interinstitucional, Ofícios, Notificações Recomendatórias, Acordos, Conciliações, Mediações e PAP – Procedimento de Apuração Preliminar e também CAC – Compromissos de Ajustamento de Conduta ou TAC – Termos de Ajustamento de Conduta.

Portanto, embora não fosse desejável a interferência controladora na Gestão da Saúde, conforme inferido na Audiência Pública realizada em 2009 no Supremo Tribunal Federal, a intervenção da Defensoria Pública no processo de busca pelo acesso à saúde, seja concernente à alimentação especial e material higiênico, consultas, documentação médica, cirurgias, exames, internações, transferências hospitalares, equipamentos, medicamentos, entre outros tratamentos de saúde, têm se configurado de suma importância, diante das falhas das políticas públicas havidas no Brasil, por via indireta, chegando a promover uma melhora nos mecanismos de planejamento e execução das políticas públicas.

Caso a tutela do direito à saúde não seja obtida extrajudicialmente como supracitado, reforçando o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, resta à Defensoria Pública promover a judicialização da saúde através das medidas jurisdicionais individuais ou coletivas que vislumbre cabível para satisfazer a pretensão.

5.3 Os instrumentos de Controle à Disposição da Defensoria Pública

As estratégias extrajudiciais de efetivação do direito à saúde são bastante heterogêneas, e compreendem, entre outras, diálogos interinstitucionais, mediante reuniões e até contatos telefônicos ou via e-mails entre a Defensoria Pública e os órgãos Gestores da Saúde, e ainda a expedição de Ofícios para obtenção de atendimento ou resposta adequada, além de Notificações Recomendatórias, Acordos, Conciliações, Mediações e PAP – Procedimento de Apuração Preliminar e também CAC – Compromissos de Ajustamento de Conduta.

Dentre as possibilidades extrajudiciais de efetivação do direito à saúde de maior destaque em âmbito coletivo se encontra o instrumento chamado legalmente de Compromisso de Ajustamento de Conduta, cuja legitimidade da Defensoria Pública se extrai do art. 5º, II, § 6º da Lei 7.347/85. Nesse sentido se posiciona Cabral (2009, p.36), para quem, inclusive, a efetivação ou não do termo de ajustamento de conduta deve ser verificada caso a caso pelo responsável por

eventual manejo da ação civil pública, não se verificando legalmente a celebração do CAC ou TAC como requisito antecedente imprescindível à ACP, até porque referido instrumento se consubstancia em título executivo *ex vi legis*, ou seja, por força legal, cuja homologação é dispensada.

A propósito, Kirchner (2015, p. 200) consigna que as Defensorias e Procuradorias Públicas, em conjunta atuação perante as Secretarias de Saúde, possuem papel essencial na desjudicialização e na criação de possibilidades para resolução extrajudicial, registrando que tal circunstância foi obtida em Porto Alegre-RS, onde a judicialização caiu em mais de 80%.Sic:

A partir da criação da rede, a Defensoria Pública implantou a metodologia de trabalho em rede de cooperação e gestão sistêmica nas ações de saúde em algumas localidades, tais como: Porto Alegre, Pelotas, Passo Fundo, Canela, Santana do Livramento, Três de Maio e Gravataí. Como resultado, e considerando a atividade na Capital, quase noventa por cento dos assistidos atendidos pela Defensoria Pública na área da saúde tem seus conflitos encaminhados em âmbito extrajudicial. No ano de 2012 foram prestados 4.352 atendimentos, com 3.813 soluções extrajudiciais (88%) e 539 ajuizamentos (12%). Em 2013 foram prestados 4.137 atendimentos, com 3.609 soluções extrajudiciais (87%) e 528 ajuizamentos (13%). Já no ano de 2014 foram prestados 4.569 atendimentos, com 3.981 soluções extrajudiciais (87%) e 588 ajuizamentos (13%).

Silva (2013, p. 312), preleciona que o direito à saúde abrange dupla dimensão, uma relacionada a ações negativas, à abstenção, ao não fazer, vale dizer, caso haja alguma ação do Estado ou de terceiros destinada a prejudicar o exercício do direito à saúde, são cabíveis providências para que o ato seja cessado, enquanto que a outra dimensão pertine às ações positivas, equivalentes a prestações materiais proativas acerca da saúde.

Na dimensão positiva as casuísticas encontram notoriedade e dispensam apresentação, mas na dimensão negativa, exemplificativamente tem havido pretensões recentes de desativação de hospitais psiquiátricos, atitude que deixaria à mercê da sorte diversos pacientes, fato que ultimamente tem promovido sensível atuação da Defensoria Pública em diversos estados da federação, inclusive em coautoria com o Ministério Público, o que revela a legitimação concorrente e disjuntiva da Defensoria Pública, consoante pode se confirmar pela visualização de

uma exemplificativa ação judicial conjunta do MPF e da DPU⁶.

Afora a juridicização, a Defensoria Pública tem legitimidade para promover a judicialização através do manejo de ações individuais ou coletivas em busca pela efetivação da saúde.

A tutela jurisdicional cognitiva de direitos inalienáveis sem evidente caráter patrimonial, tal como se encontra a tutela do direito à saúde, depende de um instrumento resolutório chamado processo, o qual – mormente considerando a natureza de premência do bem jurídico pleiteado como no caso a saúde – necessita de técnicas de pronta efetivação que assegurem a possibilidade de coexistência do debate jurídico e do desdobramento natural da instância judicial com a garantia de proteção ao bem jurídico de maneira eficaz.

Assim, as técnicas processuais mais utilizadas em relação à tutela jurídica do bem saúde, consubstanciam-se no resgate finalístico da tutela jurisdicional pretendida de condão definitivo, eis que a necessidade de tutela da saúde, no mais das vezes, não permite aguardar o desenvolvimento do devido processo legal no tempo e modo adequados.

As medidas judicializadoras mais utilizadas pela Defensoria Pública são – no concernente ao direito individual – as tutelas cominatórias, em que se pleiteia o cumprimento de uma obrigação de fazer, e em menor incidência, as tutelas inibitórias e mandamentais. Já, em âmbito coletivo, a utilização da Ação Civil Pública é bastante frequente, em decorrência da inquestionável legitimidade da Defensoria Pública para referida atribuição.

Em termos de tutela específica visando a obtenção do resultado prático pretendido ou seu equivalente na fase processual executiva, torna-se curial observar que o Art. 536, Parágrafo 1º do atual Código de Processo Civil estipula em uma gradação legal, não exaustiva, as providências das quais o Poder Judiciário pode se valer para promover a tutela específica da obrigação de fazer, salvaguardando em

⁶Ação Civil Pública proposta em conjunto pelo Ministério Público Federal e pela Defensoria Pública da União. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/ba/sala-de-imprensa/docs/acp-hospitais-psiquiatricos-19-09-2017.pdf>, acessado em 18/01/2018.

uma cláusula de abertura consignada na locução “entre outras medidas” a possibilidade de adoção pelo Estado-Juiz de soluções de apoio à coercibilidade dos seus próprios provimentos a fim de lhes dar potencial de efetividade.

Outrossim, vale registrar que a norma supracitada pode ser aplicada analogicamente para as hipóteses de descumprimento de tutelas de urgência concedidas no curso da fase cognitiva.

Portanto, cabe ao Poder Judiciário, de ofício ou mediante postulação, determinar medidas-garantia que assegurem o cumprimento do dever de atenção à saúde, podendo estipular as providências necessárias para dar efetividade em provimentos jurisdicionais provisórios proferidos em tutela de urgência ou definitivos.

Essas medidas de apoio são necessárias à potencialização da coercibilidade inerente aos provimentos jurisdicionais, sendo atualmente as mais utilizadas no meio forense, haja vista o risco de ineficácia de outras medidas indiretas de coerção.

Relata Oliveira (2017, p. 11-12), em outros termos, ser controvertida a viabilidade atual de medidas indiretas de coercibilidade, tal como responsabilização do gestor público recalcitrante por infração penal de desobediência. Afirma ele em pesquisa recente que:

A adoção da medida de coerção indireta em exame, que visa constranger o devedor ao cumprimento da obrigação sob o risco de imposição de medida gravosa em seu desfavor, apesar de muito criticada por alguns juristas, ainda vem sendo empregada em diversos julgados, consoante se infere do aresto jurisprudencial abaixo colacionado:

TJRJ-0371924) AGRADO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. MEDICAMENTOS. DECISÃO QUE DETERMINOU A INTIMAÇÃO DO SR. SECRETÁRIO DE SAÚDE DO ESTADO E DO MUNICÍPIO PARA QUE FORNEÇAM A MEDICAÇÃO À PARTE AUTORA, NO PRAZO DE 05 (CINCO) DIAS, SOB PENA DE BUSCA E APREENSÃO, SEQUESTRO DE VERBA PÚBLICA, PRISÃO POR CRIME DE DESOBEDIÊNCIA, ADVERTINDO QUE NA HIPÓTESE DE DESCUMPRIMENTO TAL CONDUTA PODERÁ SER PUNIDA COMO ATO ATENTATÓRIO A DIGNIDADE DA JUSTIÇA, NA FORMA DO DISPOSTO NO ARTIGO 77, INCISO IV E PARÁGRAFO 2º DO NCPC. MANUTENÇÃO, POIS EXISTE RECUSA SISTEMÁTICA DO ESTADO NO CUMPRIMENTO DA DECISÃO ANTECIPATÓRIA, CONFIRMADA, INCLUSIVE, EM GRAU DE RECURSO NO AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 0052952-92.2016.8.19.0000. APLICAÇÃO DA SÚMULA 178 DO TJ/RJ. JURISPRUDÊNCIA E PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO NESSE SENTIDO. DESPROVIMENTO DO

RECURSO. (Agravado de Instrumento nº 0010892-70.2017.8.19.0000, 11ª Câmara Cível do TJRJ, Rel. Otávio Rodrigues. j. 26.04.2017, Publ. 28.04.2017). (TJRJ, 2017)

Sobre o descabimento da imposição de prisão do gestor público pelo crime de desobediência, diretamente pelo juízo cível, por meio de tutela específica da obrigação, devendo, ao revés, ser remetida cópia dos autos do Ministério Público para apuração do ilícito, tem-se o seguinte julgado:

TJDFT-0291278) DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE DETERMINA A ENTREGA DE MEDICAMENTO QUIMIOTERÁPICO, SOB PENA DE RESPONSABILIZAÇÃO PESSOAL DO SECRETÁRIO DE SAÚDE, MULTA DIÁRIA, PRISÃO EM FLAGRANTE E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUTORIDADE INCOMPETENTE PARA DECRETAR PRISÃO POR DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO SERVIDOR PÚBLICO É SUBSIDIÁRIA. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra **decisão** que ratificou sentença que deferiu pedido de antecipação da tutela, para determinar o fornecimento do medicamento, consignando que o não cumprimento da ordem judicial implicaria em responsabilização pessoal do Secretário de **Saúde**, além de multa diária, **prisão** em flagrante e improbidade administrativa. 2. O cumprimento da **decisão** deve ser feito segundo a regra do art. 461, § 5º, do CPC, que prevê a adoção de medidas coercitivas, de natureza cível, como é o caso da imposição de sanção pecuniária - astreintes, para compelir o cumprimento da **obrigação** imposta. 2.1. Precedente do Superior Tribunal de Justiça. "**2. É permitido ao Juízo da execução aplicar multa cominatória ao devedor pelo atraso no cumprimento da obrigação de fazer, ainda que se trate da Fazenda Pública**". (AgRg no REsp 904.638/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 12.09.2014). 3. Não existe fundamento legal para o decreto de prisão, ainda que por crime de desobediência (CP, 330). 3.1. Precedente do Superior Tribunal de Justiça: "3. Uma vez descumprida, injustificadamente, determinação judicial, proferida nos autos de processo de natureza cível, resta como única providência ao alcance do juiz condutor do processo - para fins de responsabilização penal do descumpridor - noticiar o fato ao Representante do Ministério Público para que este adote as providências cabíveis à imposição da reprimenda penal respectiva, por infração ao artigo 330 do CPB, eis que lhe falece à autoridade judicial competência para decretar **prisão** em face do delito cometido". (RHC 16.279/GO, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 14.09.2004, DJ 30.09.2004, p. 217). Agravo parcialmente provido. (Agravado de Instrumento nº 20140020315034 (862713), 2ª Turma Cível do TJDFT, Rel. João Egmont. j. 22.04.2015, DJe 27.04.2015). (TJDFT, 2015)

Oliveira (2017, p. 10 e 13) ainda destaca que apesar da gradação legal em um rol não exaustivo de medidas de apoio à concreção do provimento jurisdicional, a medida mais adotada no cotidiano forense para obrigar o poder público a implementar materialmente o direito à saúde é a imposição de multa diária, instrumento conhecido como multa cominatória ou "astreintes".

Curioso verificar que o atual Código de Processo Civil em sua literalidade prevê a possibilidade genérica de outras medidas de apoio à fase executiva como descrito no art. 536. Contudo, na sequência, em seu artigo 537, prevê a possibilidade de aplicação de multa em sede de liminar ou cumprimento provisório de sentença. Vale dizer, a interpretação sistemática que se deve fazer do art. 536 é que a possibilidade de adoção de outras medidas de apoio pelo Poder Judiciário também existe em relação a provimentos jurisdicionais provisórios em fase cognitiva, inclusive.

Malgrado a viabilidade de imposição das “astreintes”, ou até a prisão – quando cabível – enuncia Oliveira (2017, p. 14) que nenhuma se mostra tão eficiente quanto o bloqueio ou sequestro judicial de verbas públicas, em que o produto de tal medida de apoio se destina ao cumprimento da obrigação por um terceiro, qual seja um particular.

Portanto, na conformação redacional do artigo 536 do CPC, substituiu-se o cumprimento da prestação pretendida pelo resultado prático equivalente como a tutela possível de obter.

Preleciona Oliveira (2017, p. 14; 17) que no almejo de preservar a saúde e vida do jurisdicionado, ante o descumprimento da obrigação de fazer reconhecida por provimento jurisdicional, impõe-se ao Poder Judiciário a determinação do bloqueio de verbas públicas à disposição do ente público responsável, em montante suficiente para fazer frente ao custeio perante a rede privada do serviço ou procedimento pleiteado em face do poder público.

Denota que tal medida é justificável por se demonstrar idônea à pronta satisfação do direito reclamado, direito este já reconhecido – ainda que em grau de tutela provisória – porém, sem implementação pelo próprio ente público em razão do descumprimento da ordem judicial, defendendo que a situação de premência decorrente do risco de perecimento à saúde ou vida do interessado justificam o ataque direto sobre o patrimônio do devedor, cujos princípios e regras orçamentários e relativos às finanças públicas cedem em prol do direito social à saúde, enquanto consectário do direito fundamental à vida e à dignidade da pessoa humana, sustentando, por fim, a possibilidade de improbidade administrativa como medida de

coerção e sancionatória pela omissão tanto do dever de implementação do direito social à saúde, tanto quanto do dever de cumprimento das ordens judiciais. Sic.

Finalmente, uma vez reconhecido o dever do gestor público de ordenar as despesas e empregar as receitas públicas com observância dos princípios constitucionais que fundamentam o regime jurídico administrativo brasileiro, na forma do Art. 37, caput e parágrafo 4º, da Constituição Federal, diante do descumprimento da obrigação fundamental de garantir o direito à saúde da população, seja pela inexistência ou insuficiência de políticas públicas, seja pelo descumprimento de ordem judicial, deve implicar em apuração de ilícito civil consistente em improbidade administrativa, com todas as consequências previstas na Lei 8.429/92. (Oliveira, 2017, p. 17-18).

A respeito, vale notar que por vezes os poderes públicos possuem uma ordem judicial de bloqueio, e mesmo com esta providência jurisdicional já aperfeiçoada, deixam de satisfazer o direito reconhecido do jurisdicionado no que concerne à sua saúde/vida, deixando ele à mercê de tentar obter um atendimento congênere na rede privada, em situação de sensível vulnerabilidade, hipóteses tais que sobrelevam a possibilidade de perquirição de improbidade administrativa por considerável omissão e indiferença para com a dignidade humana e eficiência do sistema público de saúde.

Enfim, superada a pretensa diretriz de ampla discricionariedade do Poder Executivo em implementar ações de saúde à população e por tal razão, evidenciando-se a judicialização da saúde como um fenômeno forense cotidiano, é interessante notar que o Poder Judiciário tem se utilizado do chamado ativismo judicial como trunfo para controlar a omissão do Poder Executivo na concretização das Políticas Públicas neste âmbito, e que ainda assim, ocorre a perpetuação da omissão na efetivação de tal fundamental direito.

Porquanto, não tendo sido eficazes as aplicações de medidas de apoio ao cumprimento de decisões judiciais, tais como a advertência de que o seu descumprimento caracterizaria crime de desobediência, ou mesmo a imposição de multa diária e a ameaça de multa sobre o valor da causa por ato atentatório à dignidade da justiça (art. 77, § 2º NCPC) ou ainda a conversão do resultado esperado e frustrado em perdas e danos, inclusive morais, torna-se factível a possibilidade de efetivação da responsabilização pessoal por improbidade administrativa dos agentes envolvidos na omissão da Política Pública da Saúde, no

almejo de se obter a máxima efetividade dos direitos fundamentais respectivos e via de consequência o recrudescimento da carga coercitiva das decisões judiciais, com caráter preventivo e rememorador da teoria do desestímulo.

5.4 A Recomendação e sua Importância na Caracterização do Dolo do Administrador

Embora pela ótica da logicidade não fosse imprescindível a prévia provocação extrajudicial do Poder Público acerca da necessidade de atendimento de um direito, mesmo o fundamental à saúde – na Audiência Pública atinente à Saúde Pública realizada em 2009 pelo Supremo Tribunal Federal – convencionou-se que seria recomendável a provocação administrativa do ente público, pois, a prévia recusa da Administração Pública em prestar a atenção à saúde se trataria de um requisito de extrema importância, já que as políticas públicas de saúde devem obedecer a regras e critérios, como o de maior necessidade, impossibilidade de recursos, prioridades por idade, gravidade da doença, prescrição do medicamento por médico do SUS, dentre outros.

Enfim, o Supremo Tribunal Federal através de Audiência Pública deixa a entrever que em um contexto de recursos escassos, esses critérios pontuados supra devem ser estritamente respeitados para que se atenda prioritariamente quem mais precisa, sob pena de inviabilização da coletividade por má alocação dos recursos das políticas públicas de saúde.

Partindo dessa orientação e do norte normativo insculpido no Art. 3º, § 3º do CPC que estipula que o Estado, e nele incluída a Defensoria Pública, promoverá prioritariamente a solução consensual dos conflitos, é que se tem sobrelevada a importância da Notificação Recomendatória como instrumento hábil a solucionar a demanda por atendimento a um direito fundamental à saúde ou preventivamente tentar evitar o manejo da chamada judicialização da saúde.

Acerca dos aspectos conceituais da Recomendação Defensorial enquanto medida extra-processual de antecipação de convicção jurídica da necessidade de

melhoramento de serviço de relevância pública ao destinatário em prol da tutela dos interesses coletivos, a doutrina especializada assim se pronuncia:

[...]A Recomendação é instrumento jurídico extra-processual escrito por meio do qual, fundamentadamente e sem coercibilidade, respeitadas as regras de atribuição, o órgão antecipa oficialmente ao destinatário, pessoa física ou jurídica, de natureza pública ou privada, o seu posicionamento específico relacionado à melhoria de determinado serviço público ou de relevância pública ou ao respeito a interesses, bens ou direitos que lhe cabe promover, objetivando a correção de condutas ou adoção de providências do destinatário sem a necessidade de se recorrer à via judicial. (GAVRONSKI; 2010, p. 356-357).

Franco Neto (2012, p. 2), elucida que mesmo em âmbito coletivo, a atribuição da Defensoria Pública na defesa plena dos necessitados traz imanente a possibilidade dela se valer de todos os instrumentos jurídicos disponíveis para alcançar a sua finalidade, seja propondo ações civis públicas, seja celebrando termos de ajustamento de condutas, como também expedindo recomendações. Preceitua aludida fonte tratar-se a Recomendação de um instrumento ligado à tutela de interesses coletivos, tutela esta que tem por escopo a defesa de interesses que são típicas atribuições da Defensoria Pública, assim sendo, a Recomendação se torna instrumento coadjuvante na defesa dos interesses coletivos independentemente de atuação do Poder Judiciário, poupando-o de sobrecarga. Afirma conclusivamente que sempre é plausível o uso da Recomendação em situações em que os direitos de pessoas socialmente vulneráveis sejam colocados à prova, eis que a defesa de tais direitos constitucionalmente é incumbência da Defensoria Pública, a qual possui atribuição para defender coletivamente todos aqueles a quem a Constituição assegura uma proteção especial e para isso, pode e deve, valer-se de todos os meios jurídicos postos à disposição no ordenamento jurídico.

Pois bem, a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública que contém normas direcionadas à Defensoria Pública da União e também normas gerais em relação às Defensorias Públicas dos Estados e Distrito Federal, já em seu artigo 1º afirma que a Defensoria Pública perfaz uma instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, cuja incumbência fundamental consiste na promoção dos direitos humanos e decorrente dela, a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos.

De idêntica maneira, o artigo 4º, inciso II da mesma norma estipula como função institucional da Defensoria Pública a promoção prioritária da solução extrajudicial dos litígios, contudo, o inciso X deste dispositivo é inovador ao dispor ser função precípua da Instituição a promoção da mais ampla defesa dos direitos fundamentais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela, encontrando-se a Recomendação Defensorial dentre essas ações extrajudiciais.

Assim verifica-se de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico que é função institucional da Defensoria Pública tentar solver extrajudicialmente os impasses pelos quais se evidencie omissão na implementação da política pública de saúde, podendo referida Instituição prioritariamente com foco na efetiva promoção dos direitos humanos recomendar que o poder público atue positivamente sanando a omissão lesiva ao direito fundamental individual ou coletivamente, sob pena da contumácia da omissão revelar deliberado propósito intencional de não atendimento ao dever constitucional de realização da política pública.

Neste sentido, ressalvadas as possibilidades de justificação da omissão como ato acobertado pelo ordenamento jurídico, inclusive pela juridicidade da razoabilidade e proporcionalidade, o não atendimento da recomendação da Defensoria Pública poderia evidenciar dolo pelo Administrador Público, dando azo à correspondente responsabilização, que poderá desdobrar para o campo da improbidade administrativa, como se verá adiante.

É importante ressaltar que, consoante entendimento jurisprudencial torrencial, os únicos atos de improbidade administrativa que admitem culpa residem nas hipóteses que causem danos ao erário.

Na 38ª edição de Jurisprudência em Teses do Superior Tribunal de Justiça, intitulado de Improbidade Administrativa I, restou consolidado o seguinte entendimento:

1) É inadmissível a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei 8.429/1992, exigindo-se a presença de dolo nos casos dos artigos 9º e 11 (que coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente) e ao menos de culpa nos termos do artigo 10, que censura os atos de improbidade por dano ao Erário.

Apesar de se verificar que tecnicamente a configuração da improbidade administrativa é dotada de natureza cível, a análise dos elementos culpa e dolo se assemelham à lógica penal, porquanto, não se admite a responsabilidade objetiva aos atos ímprobos de enriquecimento ilícito e violadores de princípios administrativos. Logo, torna-se exigível a prova da vontade e consciência do agente em busca da finalidade dolosa almejada consistente no resultado pretendido.

No campo da omissão, é factível considerar a possibilidade de omissão dolosa por negligência contumaz do agente público, que podendo e devendo agir, se omite reiteradamente no cumprimento de sua função institucional.

Por este viés, vislumbra-se a Notificação Recomendatória Defensorial como um instrumento de fiscalização e advertência, que se não atendida poderá corroborar no entendimento da presença do elemento subjetivo necessário à caracterização do ato omissivo doloso passível de configurar ato de improbidade administrativa por violação aos princípios administrativos.

Aliás, neste sentido Silva e Viana (2017, p. 8) propuseram o seguinte Enunciado (Tese 41) em Congresso do Ministério Público:

É suficiente a expedição de Recomendação, fundada em inquérito civil, como prova hábil da omissão do agente público, Prefeito Municipal ou Secretário Municipal de Saúde, para fins de caracterizar improbidade administrativa dolosa por violação ao princípio constitucional da eficiência, quando o agente, após notificado, queda-se inerte no dever de estruturação do Conselho Municipal de Saúde, afetando a prestação do direito fundamental à saúde.

Por derradeiro, apesar da importância do conteúdo do Enunciado referido supra que consigna ser suficiente a expedição da Recomendação como prova de omissão do agente público para fins de caracterização do dolo necessário à configuração de improbidade administrativa por violação aos princípios constitucionais, é evidente que a existência da Recomendação expedida e

inobservada caracteriza uma omissão deliberada, mas a suficiência ou não de tal expediente como caracterização do dolo depende, por óbvio, de ratificação pelo Poder Judiciário, após o crivo do contraditório, haja vista que o reconhecimento ou não de improbidade e a imputação ou não das sanções respectivas é medida inerente ao Poder Jurisdicional.

6.Improbidade Administrativa

6.1 A Inércia do Administrador como Ato de Improbidade Administrativa

Apesar de ser o dever constitucional de promoção de saúde dirigido ao Estado, sendo consabido que o Estado é uma ficção jurídica dependente do governo de pessoas, necessário se torna delinear a razão móvel de ação ou inação dos responsáveis pela realização do dever estatal, devendo-se antes traçarem-se contornos do conceito de eficácia do Direito, pelo qual perpassa a existência de sanção.

Assim, tendo em vista que o ser humano é permanentemente guiado pelo impulso de busca pelo ideal de felicidade e bem-estar pessoal, repudiando os riscos de males próprios, não seria crível que a implementação estatal da promoção de saúde pública se realizasse espontaneamente por decisões governamentais decorrentes de atividades humanas sem um reforço proativo decorrente da percepção negativa do risco de sanção pessoal impingida pelo Direito.

O balanço consequencial entre a satisfação do bem e os percalços do mal ocasiona a obediência ou desobediência aos comandos normativos engendrados pela sociedade.

Desta maneira, de há muito não mais se dá ao governante o uso da expressão conhecida “o Estado sou eu”, confundindo a vontade pessoal do governante com a vontade do Estado, eis que o poder estatal pertence ao povo. Assim, ainda que o Estado se manifeste por decisões políticas e governamentais, estas são tomadas por pessoas humanas, as quais são jungidas pelo Direito. Logo, o Estado e as pessoas que o administram também devem obediência ao Direito.

Masson (2007, p.68) menciona que a deflagração da construção de uma Teoria Geral do Direito inspirada na chamada tese imperativista se deve a Jeremy Bentham (final do século XVIII) com a complementação de John Austin (metade inicial do século XX), cujo reconhecimento condensa a maneira de pensar a

existência do Direito a partir de um Estado corporificado na figura de um ente soberano detentor da supremacia do poder de comando e sujeição através de ordens, as quais se traduzem nas normas que apesar de comporem o direito positivo, carecem inevitavelmente da coercibilidade encontrada na centralidade da sanção. Portanto, para tal concepção decorrente do positivismo jurídico, a norma só se considera jurídica se contiver sanção por seu descumprimento, ou desde que ao menos mantenha relação com outra norma que o faça.

A autora mencionada enaltece o escólio de John Austin ao afirmar que este prelecionava que quem desobedece o ordenamento age assim por não possuir o sentimento imprescindível utilitarista de evitação de dores e males, comportamento que exige correção mediante ameaça de dano, razão pela qual a previsão de sanções é útil, eis que a existência delas traz ao agente um juízo de ponderação evitador de danos.

Coadunando-se a tal alusão, enuncia Masson (2007, p. 67), sob o referencial de Austin:

Segundo o autor, devemos reconhecer que algumas pessoas interiorizam o ordenamento jurídico e suas prescrições voluntariamente — muito provavelmente em razão do sentimento inerente de obediência próprio do resultado obtido a partir da ponderação entre a dor (mínima) resultante do comportamento conforme e a dor (máxima) consequência do descumprimento de preceitos normativos — enquanto outros, por não possuírem propriamente esse viés utilitário, necessitam de um convencimento extra. Esta persuasão será criada através da advertência de uma futura sanção, para que o indivíduo se conscientize e exteriorize aquele que deve ser o desejo mais forte: o de evitar o mal maior da punição. A simples intimidação através da sanção, vê-se, funcionaria como um fator de correção, válido e útil para operar um processo gradual de recriação de limites e freios para os desejos individuais a partir da associação feita entre essas vontades desmedidas e as consequências estabelecidas entre elas.

Nesta perspectiva, é intuitivo que os indivíduos que mirem a ascensão ao poder de governo ou gestão visem apenas os aspectos positivos da assunção dessas atividades. Entretanto, o exercício da atividade finalística de gestão do bem jurídico coletivo e da respectiva política pública de saúde cria responsabilidades que exigem obediência aos deveres estabelecidos e para contribuir em prol da obediência e estimulá-la, sobreleva-se a possibilidade de controle e sanção com vistas à otimização da plena realização dos deveres inerentes às finalidades

públicas.

Masson (2007, p. 62), acerca da desobediência e da sanção assevera:

Quando um indivíduo obriga-se a algo sabe estar sujeito à imposição de um mal acaso desobedeça a ordem, possuindo, evidentemente, a possibilidade de escolha entre o cumprimento de seu dever e o conseqüente afastamento do dano ou a desobediência ao dever e a assunção de suportar o castigo previsto para a violação. Pressupõe-se, pois, que toda obrigação traz em si uma possibilidade, ainda que eventual, de descumprimento, sendo tal característica o que garante aos indivíduos a liberdade de optar por escapar do mal ou aceitá-lo como corolário da malsinada ação, ou seja, a submissão à sanção depende do próprio agente e suas escolhas.

Kelsen (1986, p.66), em sua Teoria Pura do Direito sustenta que “o Direito é uma ordem de coerção e, como ordem de coerção, é – conforme o seu grau de evolução – uma ordem de segurança, quer dizer, uma ordem de paz”.

Reale (1998, p. 72) delineava sanção como um processo de garantia, sobre o que propalou: “sanção é pois todo e qualquer processo de garantia daquilo que se determina em uma regra”.

Gusmão (1998, p. 82) define sanção jurídica como “a consequência jurídica danosa, prevista na própria norma, aplicável no caso de sua não observância, não desejada por quem a transgride, sendo-lhe aplicável pelo poder público”.

Sgarbossa e Iensue (2014, p.167-168), suscitam a importância da sanção para o direito, apesar de haver pensadores considerados não-sancionistas por acreditarem na existência de norma sem sanção, como é o caso de jusfilósofo Norberto Bobbio, cuja defesa desta premissa – desbordando para o campo da filosofia – desafia a indicação de consequências jurídicas para a desobediência de algumas normas estruturais constantes do ápice do sistema normativo. Sob esta reflexão, concebe-se que não poderia a norma sancionar os legitimados do poder que a criaram, aceitando-se e admitindo-se ainda que na hipótesede o legitimado máximo do Poder vir a atuar em desconformidade com uma norma jurídica, essa atuação significaria a produção de uma nova norma jurídica, não significando desobediência. Curiosamente, mencionam exemplificar o jusfilósofo italiano que a

supressão da forma republicana de Estado, ainda que por emenda constitucional, não significaria violação, mas sim uma nova constituição.

Não obstante, Bobbio reconhece no mecanismo sanção – quando possível sua implementação – uma decorrência do princípio da eficácia reforçada. Observe-se:

(...) normas estabelecidas por autoridade tão alta na hierarquia das normas que se torna impossível, ou pelo menos pouco eficiente, a aplicação de uma sanção. (...) A falta de sanção não depende de um defeito do sistema no seu conjunto, mas de circunstâncias específicas das normas singulares, circunstâncias que tornam, naquele determinado caso, e só nele, ou inútil ou impossível a aplicação de uma sanção, sem que, por outro lado, seja afetado o princípio que inspira o acionamento do mecanismo da sanção, ou seja, o princípio da eficácia reforçada, que vale quando esta eficácia reforçada é possível, e quando, sendo possível, é também necessária ou, pelo menos, particularmente útil (BOBBIO, 2005, p.167-168).

Apesar do contraponto acerca de perspectivas conceituais sobre sanção, é indiscutível perante o direito objetivo a possibilidade do exercício de controle e responsabilidade pessoal dos agentes públicos que através de sua inércia causem consequência danosa ao direito fundamental à saúde face ao dever de boa gestão, seja mediante o dever jurídico de agir desviado através de adoção de finalidade incompatível com a promessa de atuação ostentada no planejamento orçamentário, sem a adequada e válida motivação; seja através de desídia à atenção ao basilar direito de acesso às ações e tratamentos de saúde, podendo a resposta a tais comportamentos culminar com a caracterização de improbidade administrativa, a qual poderia incutir – pela teoria do desestímulo – às pessoas dos gestores, uma maior responsabilidade na efetivação do direito fundamental à saúde.

Pois bem, criado o Sistema Único de Saúde pela Constituição da República e organizado pela Lei nº 8.080/90, estabeleceu-se que qualquer pessoa física que utilize, gerencie, administre, aplique ou que perceba a título de contraprestação de serviços, recursos financeiros da União alocados ao SUS, sujeita-se à responsabilização mediante a comprovação de malversação por desvio de finalidade ou aplicação irregular dos recursos ou omissão no dever de execução da legislação relativa ao Sistema Único de Saúde – SUS, evidenciando-se como salutar o mecanismo de responsabilização pessoal do agente por improbidade administrativa por desídia no dever jurídico de boa gestão e eficiência.

Tácito *apud* Abrão Filho (2007,p.79) nesse sentido preleciona que a probidade administrativa tem “como diretriz o dever de boa administração, a preservação dos bons costumes e a noção de equidade no confronto entre o interesse público e o dos administrados”.

Outrossim, Pazzaglini Filho *apud* Abrão Filho (2007, p. 23), relata que a improbidade administrativa é mais que mera atuação desconforme com a singela e fria letra da lei. Afirma que é conduta denotativa de subversão das finalidades administrativas, seja pelo uso indevido do poder público, seja pela omissão, seja pela inobservância da lei.

Afirma ainda Martins Junior (2002, p. 26) que a probidade administrativa seria subprincípio de corrente da moralidade administrativa, atendendo à ideia de honestidade entre meios e fins empregados pela Administração Pública e seus agentes, influenciada pelos valores consubstanciados na noção de boa administração e finalidade pública, bem como ao cumprimento de regras éticas administrativas consoante a vocação institucional do órgão ou entidade administrativa preservando-se valores materiais e morais da Administração Pública e exigindo de seus agentes uma atuação conforme os princípios e deveres do exercício da função pública.

Na conjuntura atual, propício se torna notar que o Estado optou por adotar um regime jurídico-privado de prestação de serviços públicos na área da Saúde como autorizava o artigo 197 da Constituição da República. A regulamentação desse regime se deu pelo advento da Lei das Organizações Sociais (Lei 9.637/98) que teve sua constitucionalidade ratificada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na ADI 1.923/DF, sendo que em tal regime a Administração Pública poderá celebrar contratos de gestão através de dilargado juízo de necessidade submetido ao alvedrio do Administrador, mediante sistemática aleatória de classificações de organizações que serão tituladas de “sociais”, cujo subjetivismo evidente deveria implicar em maior preocupação no controle dessas contratações com o respectivo acompanhamento permanente, eis que embora tais contratações tenham de observar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e

economicidade, em seu artigo 16, § 1º, a Lei 9.637/98 prevê a responsabilidade dos dirigentes da organização social, individual e solidariamente pelos danos ou prejuízos decorrentes de sua ação ou omissão.

Consequencialmente pode-se inferir que as condutas negativas dos gestores de saúde que deixarem injustificadamente de honrar determinações do ordenamento jurídico, tais como cumprir contratos firmados com os demais entes federados, ou de efetivamente executar os planos de saúde aprovados ou ainda de descumprir determinadas metas pactuadas, poderiam caracterizar violação ao artigo 11 da LACP.

Ora, a discricionariedade como rotineira alegação de empecilho para a efetivação dos direitos fundamentais não pode servir de justificação para o retardamento nem para a omissão da atuação prestacional do Estado no dever de atendimento às ações de Saúde.

Consubstancia-se a discricionariedade em mera margem variável de liberdade conferida ao agente público para a execução do ato administrativo, embora exclusivamente visando a melhor atender ao interesse público. Portanto, a discricionariedade se trata de uma excepcionalidade justificada apenas pelo interesse público.

Até mesmo na doutrina tradicional, ainda que discricionários, os atos administrativos são também vinculados porque jungidos à sua motivação e finalidade pública, eis que esta deve estar prevista no ordenamento jurídico.

Sob uma nova perspectiva, Binzenbojm (2006, p. 39) propugna pelo abandono à dicotomia entre atos administrativos vinculados e discricionários, até mesmo porque atos discricionários não podem importar em perpétua inércia do poder público na implementação de políticas preventivas e repressivas, de molde a assegurar a concretização de direitos fundamentais difusos, coletivos e individuais homogêneos garantidos pela Constituição Federal.

Para ele, a discricionariedade deixa de ser um espaço de livre escolha do

administrador para se convolar em um resíduo de legitimidade a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa, buscando o incremento da incidência direta dos princípios constitucionais sobre a atividade administrativa e a entrada no Brasil da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados.

Enfim, sob essa perspectiva não há discricionariedade que possa servir de autorização ao gestor de saúde para que omita ou retarde ato de ofício, contra expresse mandamento ou entendimento constante do ordenamento jurídico, eis que o escudo da discricionariedade não pode blindar o gestor da coisa pública ao nível de pretender autorizar omissões administrativas travestidas de rejeição das finalidades administrativas, já que isto significaria negação ao atendimento do próprio interesse coletivo, para cuja satisfação o Estado foi criado.

A amplitude do alcance da Lei de Improbidade Administrativa (art. 11) não pode ser afastada pela alegação de conveniência e oportunidade do agente público na gestão da Saúde, eis que tem ele o dever jurídico de agir conforme os princípios constitucionais garantidores de boa gestão, moralidade, continuidade do serviço, eficiência e máxima efetividade dos direitos fundamentais, além de outros.

Portanto, evidenciada a inércia e o elemento subjetivo subsumido na omissão do dever jurídico de agir – prescindindo-se tratar-se de discricionário ou vinculado o ato omitido ou retardado – haverá possibilidade de responsabilização pessoal se o interesse público foi indevidamente substituído por qualquer outro.

É curial notar que a garantia fundamental do direito à saúde impõe ao Administrador Público a execução de políticas públicas com viés vinculativo proporcional à previsão de despesas alocadas como prioritárias e autorizadas pela Lei Orçamentária. Porém, a realidade cotidiana traduz sensação de desproporcionalidade entre a arrecadação fiscal e a aplicação de tais recursos nas prioritárias políticas públicas concernentes às ações de saúde, impõem a atuação de ampla representação afeta ao Controle de tais Políticas Públicas no escopo de assegurar o almejado direito à saúde.

6.2 Configuração do Ato de Improbidade – Elemento Subjetivo

Primordialmente, impende delinear os aspectos de amplitude significativa do ato de improbidade administrativa.

Neste propósito, Di Pietro (2017, p. 1.020), assevera que o ato de improbidade administrativa pode derivar de um ato administrativo ou de uma ação ou omissão cometidas no exercício de função pública, e, ainda que a conduta seja praticada por terceiro estranho à Administração Pública, é imprescindível que tal conduta reflita em uma função pública exercida por um agente público.

Martins Júnior (2002, p. 15), menciona que a tutela da probidade administrativa está diretamente ligada à ação volitiva do agente público ou dirigente político, enfim, daquela pessoa que, no exercício do poder político-administrativo que lhe foi conferido, transforma sua ação individual numa ação administrativa. A vontade do agente (sua intenção), portanto, dá o tom de sua conduta no exercício do poder outorgado.

Portanto, entende-se que a exegese dos artigos 1º e 3º da Lei 8.429/92 impede a condenação exclusiva de particulares, que não sejam servidores ou agentes públicos, porquanto a ausência de participação conjunta de agente público ou político impediria a responsabilização exclusiva do particular. No entanto, haverá a possibilidade de responsabilização de particular se ele estiver atuando como colaborador da Administração Pública, ainda que transitoriamente e sem remuneração. Nesse sentido, Figueiredo (2000, p. 34)

O terceiro, o particular, aquele que não é servidor ou agente público, segundo a lei, somente poderá ser co-autor ou participante na conduta ilícita, de fato, o agente ou servidor público é quem dispõe efetivamente de meios e condições muito eficazes de realização das condutas materiais (positivas ou negativas), porquanto é dele o poder de praticar o ato estatal lesivo. Isso não impede que o particular ou terceiro seja mentor intelectual da ação de improbidade, seja o verdadeiro 'gerente' dos atos ilícitos. Contudo, a lei é clara: as figuras para terceiros circunscrevem-se a duas ações: 'induzir' ou 'concorrer'.

Descortinada a maneira de cometimento de um ato de improbidade

administrativa, significativo se torna verificar o alcance do elemento subjetivo para sua caracterização.

Osório (2010, p. 248) afirma que a responsabilidade subjetiva é ínsita aos comandos proibitivos dispostos na Lei de Improbidade Administrativa, e malgrado literalmente seja a Lei silente a respeito, são exigíveis dolo ou culpa grave para a configuração do ato ímprobo. Logo, o ato de improbidade administrativa compreende apenas condutas gravemente culposas ou dolosas, não tendo aceitação a responsabilidade objetiva.

Neste viés, verifica-se que a Lei nº 8.429/92 classificou em três modalidades os atos de improbidade administrativa, cuidando, respectivamente: no artigo 9º, dos atos que importam enriquecimento ilícito; no artigo 10, dos atos que ocasionam prejuízo ao erário; e, no artigo 11, dos atos que atentam contra os princípios administrativos.

Embora somente o artigo 10 da Lei nº 8.429/92 tenha previsto expressamente a exigência do elemento subjetivo do agente, sob a forma dolosa e culposa, predominou doutrinariamente a exigência da forma dolosa para as demais hipóteses dos artigos 9º e 11.

Neste ínterim, Alves e Garcia (2011, p. 435-436) promanam:

Diz-se que os ilícitos previstos nos artigos 9º e 11 não admitem a culpa em razão de dois fatores. De acordo com o primeiro, a reprovabilidade da conduta somente pode ser imputada àquele que a praticou voluntariamente, almejando o resultado lesivo, enquanto que a punição do descuido ou da falta de atenção pressupõe expressa previsão legal, o que se encontra ausente na hipótese. No que concerne ao segundo, tem-se um fator lógico-sistemático de exclusão, pois tendo sido a culpa prevista unicamente no art. 10, afigura-se evidente que a mens legis é restringi-la a tais hipóteses, excluindo-se das demais.

Em que pese essa concepção de excepcionalidade da forma culposa, a forma dolosa pode se verificar na forma de dolo direto ou eventual, portanto, podendo responder por ato de improbidade administrativa tanto o agente que detiver conhecimento real da ilicitude, caracterizando a modalidade direta de dolo, quanto o agente que atuar com ignorância deliberada da ilicitude, perfazendo o elemento

subjetivo do dolo eventual.

Por outros termos, enquanto pelo elemento subjetivo consistente no dolo direto o agente efetivamente comete o ato ilícito deliberadamente pretendido, no dolo eventual, o agente cometerá o ato de improbidade mesmo sem haver qualquer pretensão diretamente desejada por ele, desde que ele preveja a possibilidade da prática do ato comissivo ou omissivo e desde que aceite o resultado. Logo, não se exige a existência de dolo específico, consoante pode-se observar pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, colacionada infra:

APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Ação civil pública por improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público e fundada na ocorrência de atos atentatórios aos princípios da administração pública. Segundo a jurisprudência do STJ, o dolo que se exige para a configuração de improbidade administrativa é a simples vontade consciente de aderir à conduta, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica - ou, ainda, a simples anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente público ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria -, sendo despciendo perquirir acerca de finalidades específicas. Em resumo: trata-se do 'dolo genérico' ou simplesmente 'dolo' (desnecessidade de 'dolo específico' ou 'especial fim de agir')". (EDcl no Ag 1.092.100/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 31/5/2010). No mesmo sentido: REsp 951.389/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 4/5/2011.

Interessante o apontamento de Abramowitz e Bohr *apud* Santos e Fornaciari (2016, p. 138) enaltecendo que a Doutrina da Evitação Consciente autoriza a responsabilização do agente de ato de improbidade ainda que o autor da ação de improbidade não comprove que o agente ímprobo detinha conhecimento real/direto acerca do fato, sendo suficiente restar evidenciado que esta ausência de conhecimento real do agente decorreria da prática de atos próprios praticados por ele, com o único e especial fim de evitar a revelação de que detinha ciência da situação ilícita, consubstanciando o dolo eventual.

Nesta perspectiva, ressaltam que a Teoria da Cegueira Deliberada está sendo considerada dolo eventual pelo Poder Judiciário Brasileiro no âmbito do direito penal, suscitando que a admissão da teoria da cegueira deliberada na seara criminal, não torna exclusiva sua aplicação a este ramo do direito, eis que em outros ramos do direito também é exigida a perquirição do dolo do agente para a configuração da ilicitude da conduta. Tais autores aduzem que em razão desta concepção, a teoria

retromencionada também tem sido sufragada pela doutrina para fundamentar ações de improbidade administrativa.

Com efeito, a teoria da cegueira deliberada (*willful blindness doctrine*) tendo como nomenclaturas sinônimas a teoria do avestruz (*ostrich instructions*) ou teoria da evitação da consciência (*conscious avoidance doctrine*) ou ainda teoria da ignorância deliberada – originária do direito anglo-saxão e desenvolvida amplamente pelo direito americano – tem sido aceita por parte da doutrina brasileira no contexto do dolo eventual, tendo havido sua aceitação na seara administrativa.

Aludida teoria é correlacionada ao ato do animal denominado avestruz que tem por hábito esconder sua cabeça em situações de perigo, amoldando-se tal comportamento à conduta proposital do agente em opacificar sua visão frente a um ato ilícito, ignorando intencionalmente a ilicitude de um fato passível de responsabilização. Por outros termos, ao voluntariamente pretender se manter em ignorância acerca de alguma situação fática ilícita, com o escopo de se esquivar das naturais consequências negativas, o indivíduo responderá como se tivesse o pleno conhecimento da situação ilícita existente.

Outrossim, Santos e Fornaciari (2016, p. 142) balizam que ao se incumbir um determinado indivíduo de executar um *munus* público, conjuntamente impõe-se à sua pessoa o dever de praticar todo e qualquer ato em estrita observância aos princípios da administração pública, de modo a atuar não causando prejuízos ao erário, abrangida a impossibilidade de ascensão patrimonial pessoal em detrimento do interesse público e do erário. Mas, caso tal indivíduo não aja de maneira evitadora acerca de prejuízos ao interesse público, incorrerá em uma das modalidades de ato de improbidade administrativa, preconizadas na Lei nº 8.429/1992, e, por conseguinte, após devidamente processado, na hipótese de condenado judicialmente, será submetido às sanções previstas correspondentes, já que, consoante salientam Alves e Garcia (2011, p. 18), “inexistindo sanção, ter-se-á o enfraquecimento da própria concepção do dever”.

Com efeito, as sanções previstas para os atos de improbidade administrativa encontram-se previstas no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal,

bem como no artigo 12 da Lei nº 8.429/92, importando em suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens, ressarcimento ao erário, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, multa civil e a proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

Pelos contornos acima delineados a teoria da cegueira deliberada torna despicienda a perquirição da existência do dolo direto, satisfazendo-se com o dolo eventual, eis que é aplicada como nexos causal para a demonstração deste último, porquanto, os atos praticados por agentes públicos de forma deliberadamente fingida para ocultar a percepção de uma situação de ilicitude e,consequencialmente obter vantagem próprias ou destinadas a terceiros, se consubstanciam em ato ilícito pela desconformidade com o ordenamento jurídico, eis que criam intencionalmente óbices para evitar o conhecimento de situações de imprescindibilidade de atuação pelo dever de agir, caracterizando um afastamento deliberado de situações que pudessem responsabilizar o agente.

Santos e Fornaciari (2016, p.145), aduzem que a admissão da aplicação da teoria da cegueira deliberada em sede de ação civil pública por ato de improbidade administrativa ampliará a possibilidade de responsabilização tanto dos agentes que praticaram atos ímprobos mediante pleno conhecimento da ilicitude, tanto quanto dos agentes que detinham potencial consciência da ilicitude do ato praticado, porém, criando mecanismos deliberados para impedir o aperfeiçoamento de situação cognitiva que pudesse dar azo à responsabilização pessoal por improbidade.

Salientam referidos autores que a aplicação da teoria da cegueira deliberada na processualística da ação civil pública de improbidade administrativa promoveria maior facilidade da constatação dos atos ímprobos, eis que seria prescindível a perquirição exaustiva do dolo direto do agente, sendo suficiente a demonstração por parte do autor da ação que o agente apenas tenha evitado tomar conhecimento do ilícito opacificando sua visão para situações ilícitas e portando-se indiferente a elas, visando auferir benefício pessoal ou de terceiros em detrimento do

interesse público.

Outrossim, houve um aresto do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo que aplicou a Teoria da Cegueira Deliberada no âmbito do Direito Administrativo, em que se condenou unanimemente o ex-prefeito da cidade de Avaré como também o Instituto Brasileiro de Desenvolvimento da Pessoa Humana – IBDPH, sob o fundamento de terem se portado em estado de ignorância relativamente à intenção de não terem percebido superfaturamento acerca de contratação de nova parceria cujo objetivo era a prestação de serviços médicos em plantões perante os Prontos-Socorros locais.

Tal decisão verificou que o comportamento dos agentes ímprobos causou lesão ao patrimônio público em razão de omissão na realização do devido processo licitatório que permitiria avaliar as propostas e os valores mais viáveis para a Administração Pública, tendo se apurado que tal comportamento teoricamente cego fez com que o Município suportasse valores 70% superiores ao valor de mercado pela prestação dos serviços médicos. Colaciona-se a ementa infra:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA Prejuízo ao erário devidamente confirmado pelas provas produzidas Contratação de serviços de plantões médicos junto ao Pronto Socorro de Avaré por intermédio de Termode Parceria, em valor muito superior ao contrato anterior, e sem realização de licitação - Superfaturamento constatado - Aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada - Ato de improbidade administrativadevidamente comprovado, ante a constatada caviliosidade dos corréus Procedência da ação mantida Diferimento do recolhimento das custas deferido Apelação do réu Joselyr não provida e providaem parte a da ré IBDPH.(TJ-SP - APL: 00092525620108260073 SP 0009252-56.2010.8.26.0073, Relator: Rebouças de Carvalho, Data de Julgamento: 09/04/2014, 9ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 10/04/2014)

Neste prisma é fácil perceber a importância da notificação recomendatória como medida pré-processual salutar para contribuir para a caracterização do dolo eventual do agente, pois, se ele ainda que já possuísse conhecimento de uma dada situação ilícita, fingindo desconhecê-la, a partir da recepção da notificação recomendatória estará formalmente ciente da situação ilícita, e caso não tome providências para cessar tal ilicitude, caso sanável, fatalmente se tornará evidente o dolo, se não direto, eventual, pela indiferença do agente.

6.3 Ação de Improbidade

Doutrinariamente discutiu-se bastante sobre a possibilidade de ser cabível ou não o manejo da ação civil pública visando responsabilização por atos de improbidade administrativa, com a utilização do direito material extraído da Lei de Improbidade e o direito processual orientado pelo rito da Lei 7.347/85.

Alguns aduziram a impossibilidade de utilização da ação civil pública com vistas à condenação de agentes públicos por improbidade administrativa sob o argumento de que além de ser a Lei 8.429/92 cronologicamente posterior à Lei 7.347/85, regulava ela inteiramente a matéria e tinha como norma subsidiária o Código de Processo Civil, e sobremais, a indenização prevista na Lei de Improbidade ser revertida ao próprio órgão lesado, enquanto que a indenização tratada pela Lei da Ação Civil Pública destinava-se a um fundo especial.

Não obstante, para outros, a previsão especial na Lei de Improbidade da defesa preliminar enquanto procedimento especial preambular, caracterizaria um juízo preambular de admissibilidade especial passível de causar a solução do processo, significando um pressuposto processual singular não exigido pela Lei da Ação Civil Pública.

Contudo, tem prevalecido o entendimento que admite a Ação Civil Pública visando responsabilização por atos de improbidade administrativa, pela razão de que tais atos suplantam o interesse exclusivo da pessoa jurídica que sofreu o dano, afetando toda a sociedade, revelando a existência de interesses transindividuais.

Fazzio Junior (2007, p. 295-296), assim pondera:

O patrimônio público econômico (bens ou valores geridos por entidades de direito público interno e pelas extensões jurídico-privadas da Administração Pública) e o interesse no sentido de uma administração proba são, à evidência, interesses transindividuais, ou seja, interesses representados por número indeterminado de pessoas ligadas por relações-básicas fáticas. São, pois, interesses difusos. Em sentido amplo, podem até ser considerados como interesse público.

Essa concepção admite que a ação civil pública possa cumular pedidos

de reparação de danos por improbidade administrativa e de indisponibilidade de bens do agente público. Tal posição foi adotada pelo STJ no Recurso Especial 319.009-RO:

Neste aspecto, o Tribunal afirmou que a adoção do rito ordinário, devido à cumulação de ações – ação civil pública e ação de improbidade administrativa –, não implicou em prejuízo aos réus, tendo-lhes sido conferida a ampla defesa. Ademais, considerou que o art. 292, § 2º, do CPC permite a cumulação de ações, quando seguido o rito ordinário e excluídos os pedidos incompatíveis com o procedimento. Na espécie foi o que ocorreu, independentemente do fato de serem as ações coligadas da mesma espécie, apesar de disciplinadas por diferentes diplomas.

Portanto, inarredável a conclusão de ampla admissão da utilização do direito material da Lei de Improbidade e do direito processual da Lei da Ação Civil Pública, ressaltando-se a necessidade da observância da garantia da defesa preliminar.

Moraes (2008, p.365-366) preleciona que a Lei de Ação Civil Pública possui natureza processual, haja vista que disciplina os aspectos processuais da defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, razão pela qual, acolhe a lei material (Lei n.º 8.429/92), que contém a motivação da ação e a hipótese que possibilita a condenação por ato de improbidade administrativa, com a previsão das sanções cabíveis.

Abstendo-se de debates doutrinários que classificavam a ação de improbidade como uma espécie de ação civil pública, agora há de se considerar a Lei 13.004/14 que incluiu expressamente na Lei 7.347/85 o inciso VIII ao artigo 1º, que possibilita expressamente a de tutela do patrimônio público e social através de Ação Civil Pública.

Pois bem, o artigo 1º “caput” da Lei 7.347/85, dispõe seguirem primordialmente o procedimento estipulado nesta Lei (ACP) as ações judiciais que versarem sobre responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados em detrimento dos bens jurídicos que exemplificativamente elenca em seus incisos, incluída cominação de fazer ou não fazer, como prevê seu artigo 3º, e subsidiariamente respeitando o Código de Processo Civil.

Logo, de forma hialina se verifica que a Lei 7.347/85 é uma Lei eminentemente processual, e engloba a tutela processual do patrimônio público e social.

Evidenciando a sua natureza processual, se visualiza a previsão de institutos pertinentes exclusivamente ao direito adjetivo, quais sejam: adequação (art. 1º, 3º e 4º); competência (art. 2º), legitimidade (art. 5º “caput” e § 6º); interveniência *custos legis* (art. 5º, § 1º); litisconsórcio (art. 5º, §§ 2º e 5º); desistência ou abandono da causa (art. 5º, § 3º); requisitos da exordial (art. 5º, § 4º e art. 8º); tutela provisória de urgência (arts. 11 e 12); sentença (art. 16); litigância de má-fé (art. 17); sucumbência (art. 18) e subsidiariedade (art. 19).

Já, a Lei de Improbidade Administrativa, Lei 8.429/92, se trata de uma lei de natureza mista, porquanto, possui natureza administrativa, penal e procedimental.

A Lei 8.429/92, em seus artigos 1º ao 12 cuida de prever hipóteses de configuração de atos ilícitos administrativos e suas respectivas sanções não penais, prevendo ainda em seu art. 13 deveres funcionais dos agentes públicos; sendo que nos arts. 14 “usque” 16, dispõe sobre procedimento administrativo de investigação e apuração da eventual existência da prática de ato de improbidade, restando somente aos artigos 17, 18 e 23 caldas processuais civis, porquanto os demais dispositivos em sequência cuidam da responsabilidade penal.

Portanto, pelo cotejo acima procedido e diante posituação expressa na Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) da tutela processual do patrimônio público e social, em razão da inclusão do inciso VIII ao artigo 1º pela Lei 13.004/14, infere-se que não há como exsurgir um raciocínio diverso da interpretação sistemática em relação aos dois diplomas legais, que – até em razão da moderna teoria do diálogo das fontes normativas – deveriam se harmonizar, considerando inclusive que a Lei da Ação Civil Pública detém um cabedal de instrumentalidade processual bem mais amplo que a Lei de Improbidade Administrativa.

Enfim, malgrado a nomenclatura de ações judiciais não seja importante para a prestação da tutela jurisdicional, há um indício de acerto quando se verifica

que a imensa maioria delas se denomina de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa, cumulando em sua fundamentação normas tanto da própria Lei da Ação Civil Pública quanto da Lei de Improbidade Administrativa.

Bolson (2014, p. 71 e 73), nesse sentido assevera:

É bem verdade que a Lei de Improbidade Administrativa, conforme ensinado doutrinariamente, é de direito substancial, cujos preceitos são veiculados judicialmente pelo instrumental fornecido pela Lei da Ação Civil Pública. É dizer, uma Ação de Improbidade é uma Ação Civil Pública por Ato de Improbidade. Noutras palavras, sendo a Lei de improbidade uma norma de matéria substancial (e não uma lei de ritos), as regras processuais que se aplicam à Ação de Improbidade são as normas procedimentais estabelecidas pela Lei da Ação Civil Pública integradas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Kirchner e Kettermann (2013, p. 74), acerca do assunto, afirmam:

Sob este prisma, tem-se que a Lei 8.429/1992 não deve ser interpretada isoladamente, posto que componente do microssistema de tutelas coletivas do nosso país. Isso se dá, essencialmente no plano instrumental, pelo fato de que a Lei 8.429/1992 não é uma norma de ritos, mas uma legislação substancial que enumera condutas (contra legem), definindo sua exegese e sanções. Assim, devido a conexão sistemática entre as Leis 7.347/1985 e a Lei 8.429/1992, a ação civil pública é o instrumento adequado para a repressão dos atos de improbidade administrativa.

Lado outro, a fim de estabelecer um contraponto ao posicionamento externado acima, impende elocubrar um raciocínio comparativo crítico em face de possíveis argumentos de oposição à identidade de legitimados entre a Ação Civil Pública e à Ação de Improbidade Administrativa.

Neste sentido, vislumbra-se o argumento conjectural de que a Ação de Improbidade Administrativa, ao ser considerada uma espécie de Ação Civil Pública, seria mais especializada, o que hipoteticamente permitiria se concluir restritiva e exclusiva sua legitimidade ativa ao Ministério Público e às pessoas políticas, com supedâneo no princípio da especialidade como solucionador restritivo do assunto.

Contudo, o parágrafo 3º do art. 17 da LIA faz remissão subsidiária à Lei 4.717/65, que se trata da Lei de Ação Popular, cujo escopo reside na anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público, com a possibilidade de o provimento jurisdicional correspondente abarcar a condenação por ressarcimento

do dano causado.

No mesmo contexto, é preciso rememorar que a contemporânea orientação doutrinária e jurisprudencial admite a legitimidade da Defensoria Pública para as Ações Coletivas sem restrições, inclusive acerca de qualquer temática, valendo dizer, abrangendo a improbidade administrativa.

Aliás, decorre do próprio sistema normativo de ampla proteção aos direitos e garantias fundamentais que a fonte normativa de amparo das Ações Coletivas deva ser o ordenamento jurídico globalmente avaliado.

Hodiernamente se reconhece imanente ao direito de ação visando tutela de interesses supraindividuais uma forma de participação comunitária na gestão da coisa pública.

Correlatamente, Rodriguez (2018, p. 82) menciona que as demandas coletivas permitem à sociedade civil a introdução de questões à apreciação do Poder Judiciário referentes à ética dos agentes estatais; à moralidade do ato administrativo; à concretização de princípios constitucionais; e, portanto, à escolha sobre políticas públicas, dentre outras.

Pertinente a isto, Lima (2005, p. 191) refere que:

Conclui-se, portanto, que a participação da sociedade civil é extremamente importante nesse processo de efetivação dos direitos socioeconômicos. A sociedade organizada deve ajudar o Judiciário tanto no processo de tomada de decisão, fornecendo informações capazes de enriquecer a argumentação, quanto na fase de cumprimento das ordens judiciais, fiscalizando, monitorando, reivindicando ou até mesmo coordenando o processo de implementação das ações públicas determinadas pelos juízes.

Sendo vedado ao intérprete restringir quando a Constituição não distingue, torna-se forçosa a conclusão de que as condicionantes da legitimidade devem ser extraídas exclusivamente do alicerce do sistema jurídico que é a Constituição Federal, em razão de se tratar de norma de sobredireito, face à sua força normativa de hierarquia superior.

Ora, o ideal de probidade administrativa e de respeito aos princípios constitucionais tutelares do patrimônio público e social está umbilicalmente atrelado aos direitos humanos, já que a redução das desigualdades sociais e a primazia da dignidade da pessoa humana não existiriam sem a observância dos primeiros. Sendo assim, havendo constitucionalmente a função afirmativa da Defensoria Pública perante o Estado Democrático de Direito de promover e efetivar os direitos humanos, indubitavelmente detém ela legitimidade constitucional para propor Ações Cíveis Públicas de Improbidade Administrativa.

Sem descurar que no artigo 129, inciso III, a Constituição da República prevê como atribuição ministerial a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, além de outros interesses difusos e coletivos, não o fez com condão de exclusividade como o fez em relação à ação penal pública, consoante previsto no inciso I do mesmo dispositivo.

Pois bem, considerando que a Constituição Federal não contém palavras inúteis, se não há taxatividade restritiva constitucional em relação aos Legitimados para a propositura de Ações Coletivas, e se há manifestação de vontade social externalizada na promulgação da Lei Complementar Federal nº 132/09 que alterou a Lei Orgânica da Defensoria Pública da União, prevendo em seu artigo 4º, inciso VII a incumbência como função institucional da Defensoria Pública o dever de promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes, inexoravelmente nesta autorização se encontra a possibilidade de promoção de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa, eis que tal comando normativo ressaltou a necessidade de que o resultado da demanda tivesse a possibilidade de beneficiar grupos de pessoas vulneráveis, mas não restrito a eles.

Em outros termos, ainda que o resultado da ação civil pública tivesse potencial para beneficiar grupo amplo de pessoas, desde que dentro dele albergasse um grupo de vulneráveis, a legitimidade da Defensoria Pública estaria assegurada, mormente em relação à discussão da probidade administrativa, eis que

é considerada interesse difuso.

Este é o ambiente que motiva o controle da gestão pública através da Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa, já que o desrespeito à coisa pública e ao interesse público atinge o patrimônio coletivo e social indeterminadamente, e, mormente afetará os grupos vulneráveis mais dependentes de proteção especial do Estado. Deste modo, sendo consabido que a improbidade é causa de inúmeras consequências nefastas à população, e especialmente da diminuição de atenção e investimentos em áreas prioritárias derivadas necessidades sociais, como o é a saúde pública, se sobreleva ampliar formas de controle, meios de proteção e fiscalização de atos ímprobos em defesa dos direitos coletivos e humanos dos grupos sociais vulneráveis.

Considerando que o melhor conceito jurídico de patrimônio público e social é o que alberga os bens jurídicos previstos no artigo 1º, Parágrafo 1º da Lei 4.717/65, para efeitos de tutela popular, os quais foram reforçados pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXXIII, com a inclusão da moralidade administrativa e do meio ambiente, inevitavelmente enxerga-se claramente que se a norma excelsa permite ao cidadão exercer o controle de direitos difusos e coletivos, neles inclusa a moralidade administrativa, como instrumento de legitimação da cidadania, da democracia e do acesso à justiça, como não aceitar que a Defensoria Pública tivesse legitimidade para tutelar os mesmos bens jurídicos que são permitidos ao cidadão, sendo ela tradicionalmente uma defensora dos direitos dos cidadãos e da cidadania?

Ora, se os bens jurídicos tutelados consistentes na probidade administrativa e na proteção do patrimônio público e social tratam-se de valores de extrema importância para a totalidade social em prol da redução da dilapidação da coisa pública e do menoscabo ao interesse coletivo, não haveria argumento razoável para se obstar adesão de instituições aliadas na defesa de tais bens, face à relevância da causa.

Cancelli (2013, p.1) enaltece que o patrimônio público pode ter dupla compreensão: (i) em sentido amplo – abrangendo toda e qualquer espécie de lesão

ou dano causado (v.g., de valor cultural, artístico e histórico); e (ii) em sentido estrito – restrita à lesão ao patrimônio econômico-financeiro (erário). Asseverando ainda que numa acepção mais ampla, o patrimônio público significaria o conjunto de bens e direitos que pertence a toda coletividade (ambiental, artístico, cultural e moral), e não a um determinado indivíduo ou entidade, caracterizando-se, pois, como direito difuso e transindividual.

Sobre o conceito de patrimônio social preleciona Mazzilli (2002, p. 150):

[...] o conceito de patrimônio social está ligado ao que seja interesse social, o qual tem sido utilizado para alcançar: a) a defesa de interesses de grupos, classes ou categorias de pessoas que suportam algum tipo de hipossuficiência (pessoas pobres, desempregadas, faveladas, vítimas de crimes, presas, discriminadas); b) a defesa da sociedade como um todo (valores materiais ou imateriais, como o patrimônio cultural).

Figueiredo (1997, p. 46) enaltece ainda o conceito de patrimônio social, promanando:

Por *patrimônio social* dever-se-á entender, dentro do próprio contexto sistemático da Constituição, o conjunto de bens jurídicos, concebidos em face dos valores adotados pelo texto constitucional. Assim, a moralidade administrativa integra o patrimônio social e, ao mesmo tempo, constitui valor tão importante para a sociedade, que passou a constar expressamente do texto constitucional e não mais, apenas, implicitamente. De outra parte, a proteção ao idoso, à criança e ao adolescente, por exemplo, constituem, sem dúvida, parte desse patrimônio social, dentre outros valores priorizados pelo texto constitucional, que apenas estudo exaustivo poderia indicar.

É curial observar pela última posição doutrinária colacionada retro o viés afirmativo no sentido de que parte do patrimônio social compreende – dentre outros valores priorizados constitucionalmente – a proteção aos grupos vulneráveis, tais como os idosos, as crianças e adolescentes, usuários de maior incidência potencial do sistema de saúde pública, portanto, absolutamente concebível se infere a possibilidade de proteção de referido patrimônio social pela Defensoria Pública através da Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa, inclusive por integrar tal patrimônio social os direitos fundamentais e humanos, especialmente vislumbrando o papel da Defensoria Pública de tutora da vulnerabilidade acerca de tais direitos.

Destarte, há legitimação constitucional não-taxativa para o ajuizamento das ações civis públicas ou coletivas, caracterizando a legitimação concorrente e disjuntiva das instituições e entes previstas na LACP. Por esta razão não se poderia sequer se cogitar em termos argumentativos opositoristas que a novel inclusão da proteção ao patrimônio público e social instituída pela Lei 13.004/14 ao artigo 1º, inciso VIII da LACP não teria a compreensão de que tal ampliação da Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa pudesse ser manejada por todos os legitimados para a Ação Civil Pública “*lato sensu*”, pois, pretensamente a proteção ao patrimônio público e social não se dá necessariamente apenas com a imposição das sanções administrativas previstas na LACP, eis que exemplificativamente a invalidação a atos lesivos ao patrimônio público e social, com o escopo de resgate ao *status quo ante*, já consiste numa medida de proteção a tais bens jurídicos.

Logo, a conjectural argumentação supra não poderia subsistir racional e juridicamente, haja vista que a Constituição da República em seu o artigo 37, § 4º determina que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei.

Pois bem, o comando normativo constitucional é imperativo no sentido de que o ato de improbidade importará nas sanções ali declinadas, sendo assim não se poderia aceitar uma hipotética visão restritiva que – para além de pretender exclusividade na legitimidade relativa à promoção da ação civil pública por improbidade administrativa – propugnasse também pela exclusividade de formulação dos pedidos sancionatórios supracitados, eis que tais sanções não são determinadas administrativamente para que a Lei deferisse exclusividade a determinada Instituição, pelo contrário, tais sanções são determinadas judicialmente, cabendo ao Poder Judiciário, após o devido processo legal, sindacar as circunstâncias e aplicar conforme a previsão normativa as sanções decorrentes da prática de ato de improbidade administrativa.

É imperioso ressaltar que ante a palavra imperativa da Constituição Federal de que o ato de improbidade importará nas sanções que declina, deve se atentar que o único órgão competente para declarar a existência de um ato de

improbidade é o Poder Judiciário, e, portanto, a partir do aspecto declaratório positivo desta ocorrência, só a ele é dado sancionar o agente do ato de improbidade nos moldes normativos.

Moraes (2000, p. 121/122) leciona de maneira ímpar sobre o assunto da ampliação do acesso à justiça como decorrência de maximização da cidadania:

Em um País imerso numa cidadania tímida, desinformada e posta à margem do processo participativo socio-econômico, soa mal fechar as válvulas abertas por lei à chamada “legitimação extraordinária”, modo pelo qual confere-se poder a determinados entes de defesa de interesses relevantes. Evidentemente, há um efeito digno de meditação: o acomodamento da cidadania, acostumando-se ao agir de seu tutor. Enquanto mecanismos efetivos de incentivo e de recuperação da dignidade e da efervescência da cidadania brasileira não fermentarem, enquanto os meios de acesso à Justiça – e a própria arquitetura e funcionalidade do Poder Judiciário – não forem portas abertas, desembargadas, o círculo vicioso entre tutor e tutelado manter-se-á insuperável. Não obstante, do ponto de vista dos resultados, a legitimação extraordinária é necessidade social, projetando-se no futuro a coexistir com uma cidadania por si só operante.

Entrementes, faz-se mister trazer à percepção o enfoque pragmático da exegese da legitimação, sendo a esse respeito possível afirmar que apesar de a Lei nº 8.429/92 prever que a ação principal de improbidade deva ser proposta pelo Ministério Público (art. 17), o substrato teórico constitucional e processual explicitados no decurso desse arrazoado permite inferir ser possível o ajuizamento de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa pela Defensoria Pública, quando a mesma possuir elementos de convicção suficientes para comprovar o teor dos respectivos pedidos.

Cabral (2009, p. 64/65), a respeito professa:

É certo não constar atribuição à Defensoria Pública na Lei 8.429/92. No entanto, tal fato ocorre porque a Lei 11.448/07 é posterior àquela. Outro forte argumento confirma a atribuição da Defensoria Pública para impetração de Ação Civil Pública contra a Improbidade Administrativa. É que a defesa do erário contra a ganância e incompetência dos administradores pode ser efetivada por qualquer cidadão, nos termos da Lei 4.717 de 1965, instrumento de notória valia na defesa de interesses difusos. Ora, se o “A” pode defender o patrimônio público como cidadão porque não poderia fazê-lo como Defensor Público. Pensamento contrário levaria o exegeta a trilhar senda inversa ao conhecido brocardo jurídico: é incompatível com o direito a interpretação que leva ao absurdo. Assim, é manifesta a legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de Ação

Civil Pública contra a burla à probidade administrativa.

Neste ínterim, pronunciou-se o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em Agravo de Instrumento interposto pelo Ministério Público em face da Defensoria Pública, cuja ementa segue transcrita abaixo. A decisão é da relatoria do Des. Carlos Roberto Lofego Caníbal da 1ª Câmara Cível proferida nos autos nº 70034602201, manifestando que é manifesta a legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de Ação Civil Pública não se cingindo à defesa dos necessitados em atendimentos às suas finalidades institucionais, mas abarcando a tutela de todo e qualquer direito difuso, coletivo ou individual homogêneo, inclusive a tutela da probidade administrativa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA. A conjunção da Constituição Federal com as leis nº 7.347/85 (art. 5º, II, com a redação que lhe deu a Lei nº 11.448/07), Lei Orgânica da Defensoria Pública (artigos 1º, 3º e 4º, com a redação que lhe deu a LC nº 132/09) não deixa dúvidas acerca da legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ação civil pública não apenas na defesa dos necessitados, em atenção às suas finalidades institucionais, mas também na tutela de todo e qualquer direito difuso, coletivo ou individual homogêneo, na forma da lei. É manifesta a legitimidade da Defensoria Pública para as ações coletivas que visem garantir, modo integral e universal, a tutela de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e garantir, acima de tudo, o postulado da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito. Hipótese concreta em que a Ação Civil Pública ajuizada pela Defensoria Pública visa apurar supostos atos de improbidade administrativa cometidos por administradores da APAE - Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais. Legitimidade ativa reconhecida. Decisão a *quo* que indeferiu pedido de extinção da lide sem resolução de mérito que vai confirmada. RECURSO DESPROVIDO. VOTO VENCIDO.

Lamy e Oliveira (2018, p. 362-363) enaltecem que impende notar que houve alteração substancial da Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública pela Lei Complementar Federal nº 132/2009, a qual ampliou o disposto no artigo 4º da LCF nº 80/94 estipulando como *funções institucionais* da Defensoria a promoção de ação civil pública e de *todas as espécies de ações* capazes de propiciar a adequada tutela dos *direitos difusos*, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes, e ainda compreendendo a promoção da mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo para tanto admissíveis todas as espécies de ações

capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela, e no caso, o direito à saúde trata-se de um direito social e difuso, quando não individual homogêneo, além, é claro, fundamental.

Analisando o dispositivo legal supracitado, Lamy e Oliveira (2018, p. 363) expõem ser de fácil constatação que a Ação Civil Pública pode ser proposta pela Defensoria Pública relativamente à promoção da responsabilização por improbidade administrativa decorrente de omissão injustificada na promoção da saúde, bem como relativamente a qualquer tema, em função de ser inegável que sempre haverá – em um juízo perfunctório – uma possibilidade de efeitos reflexos benéficos ao menos a um grupo de hipossuficientes, mormente no concernente à saúde pública, quando a evidência da vulnerabilidade sobressai.

Destacam ainda supracitados autores que a tutela coletiva compreende os chamados direitos essencialmente coletivos, que abarcam os difusos e os coletivos propriamente ditos previstos nos incisos I e II do parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, bem como os direitos de natureza coletiva pela forma como são tutelados, consubstanciando-se nos direitos individuais homogêneos, com previsão no inciso III do supracitado diploma legal, e que, portanto, a tutela dos interesses difusos apenas coletivamente pode se efetivar em razão da indivisibilidade do seu objeto, o que impossibilita mensurar eventual porção de direito cabível a cada interessado.

Outrossim, alicerçam a legitimidade da Defensoria Pública perante a atuação coletiva no princípio da solidariedade que está positivado como objetivo fundamental da República em sua respectiva Constituição (art. 3º), caracterizando a Defensoria Pública como instituição estatal apta a servir de instrumento para tentar – de forma irrestrita – promover a redução da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais e em última instância, a promoção do bem de todos, no que o direito à sadia qualidade de vida e à saúde estão inseridos, em suma, essencialmente visando promover a dignidade do ser humano, já que o princípio que protege a dignidade da pessoa humana é a pedra fundamental e objeto maior da Instituição.

Por fim, aduzem que a tutela coletiva a cargo da Defensoria Pública se justifica também pela teoria da legitimação extraordinária conglobante, pois, ao se considerar que o artigo 82 da Lei 8.072/90 (Código de Defesa do Consumidor) não prevê expressamente a Defensoria Pública como legitimada para a defesa coletiva dos direitos dos consumidores – embora fosse possível incluí-la no inciso III do referido artigo, porquanto a Defensoria Pública se trata de um órgão da Administração Pública sem personalidade jurídica – compreendendo uma fundamentação global do ordenamento jurídico, com os olhos postos na Lei Orgânica Nacional (Lei Complementar nº 80/94 e 132/09), a Defensoria Pública destina-se à defesa dos interesses e direitos decorrentes da relação de consumo (LAMY; OLIVEIRA, p. 364-365).

A propósito, correlatamente à sufragada teoria da legitimação extraordinária conglobante mencionada retro, de incidência específica ao processo coletivo – ainda que sob enfoque diferenciado – há de se reputar salutar em uma dimensão mais dilargada a possibilidade de aplicação da teoria do “Diálogo das Fontes”, a qual foi recepcionada no Brasil pela introdução da doutrinadora Cláudia Lima Marques e desenvolvida na Alemanha pelo Professor Erik Jayme, sustentando que em razão da unidade do Direito, as suas normas não se excluem, mesmo sendo derivadas de diversas ramificações, se complementando.

Marques (2009, p. 89-90):

O uso da expressão do mestre, ‘diálogo das fontes’, é uma tentativa de expressar a necessidade de uma aplicação coerente das leis de direito privado, coexistentes no sistema. É denominada ‘coerência derivada ou restaurada’ (cohérence dérivée ou restaurée), que, em um momento posterior à descodificação, à tópica e à microrrecodificação, procura uma eficiência não hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo do nosso direito contemporâneo, a evitar a ‘antinomia’, a ‘incompatibilidade’ ou a ‘não coerência’.

‘Diálogo’ porque há influências recíprocas, ‘diálogo’ porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção pela fonte prevalente ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato – solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes).

Miragem (2013, p. 70) explicita a existência dos três tipos de diálogos

propugnados por Cláudia Lima Marques, quais sejam: i) o diálogo sistemático de coerência; ii) o diálogo de complementaridade e subsidiariedade e, iii) o diálogo de coordenação e adaptação:

[...] No primeiro caso, o diálogo de coerência apresenta-se pelo fato de uma lei poder servir de base conceitual para outra. No caso, o Código Civil, como centro do sistema de direito privado, forma os conceitos básicos para interpretação e aplicação do direito do consumidor. [...]

O diálogo de complementaridade e subsidiariedade consiste na adoção de princípios e normas, em caráter complementar, por um dos sistemas, quando se fizer necessário para a solução de um caso concreto. Neste sentido, não há necessariamente o afastamento de uma lei, ou sua superação por outra, mais nova ou especial, senão que estas normas se complementam na aplicação, em vista do caso que se está a decidir. [...]

Por fim, o diálogo de coordenação e adaptação sistemática apresenta-se sob dois aspectos principais. De um lado, a possibilidade de transposição da reflexão doutrinária e jurisprudencial da praxis do direito do consumidor, durante o período de vigência do CDC, para a interpretação e aplicação do Código Civil [...] Da mesma forma, pode o atual Código Civil influenciar em uma redefinição do âmbito de aplicação do CDC [...]

Em suma, tal teoria propugna pela coexistência de duas leis. No caso, a tutela da probidade administrativa consiste conceitualmente em um direito transindividual, cuja conceituação se encontra no Código de Defesa do Consumidor, cuja legitimidade para defesa coletiva encontra-se processualmente na Lei de Ação Civil Pública que possui a Defensoria Pública como legitimada. Ora, havendo na própria Lei de Ação Civil Pública a previsão de tutela de patrimônio público e social, além dos direitos transindividuais, não há por esta ótica de coerência como se pretender excluir esta normativa citada e aplicar isoladamente e restritivamente o artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa, numa perspectiva de exclusão.

Portanto, o diálogo das Fontes Normativas em razão da Unidade do Direito, sobreleva, em âmbito constitucional, o denominado princípio da unidade da Constituição que impõe ao exegeta interpretar a Constituição da República não pela análise isolada de seus trechos normativos, exigindo dele uma compreensão global atinente a um parâmetro normativo mais amplo acerca do conteúdo normativo constitucional, almejando máxima eficácia da Constituição. Neste sentido, Canotilho (2002, p. 162), bem leciona sobre o assunto:

O princípio da unidade da Constituição ganha relevo autônomo como

princípio interpretativo quando com ele se quer significar que o Direito Constitucional deve ser interpretado de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas e, sobretudo, entre os princípios jurídicos-políticos constitucionalmente estruturantes. Como 'ponto de orientação', 'guia de discussão' e 'factor hermenêutico de decisão' o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão [...] existentes entre as normas constitucionais a concretizar (ex.: princípio do Estado de Direito e princípio democrático, princípio democrático e princípio socialista, princípio unitário e princípio da autonomia regional e local etc.). Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais, não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios.

A propósito, Freitas (2010, p. 73) salienta que toda interpretação é desde logo sistemática, porquanto implica consideração a totalidade do sistema jurídico como um conjunto coerente, isto é, “comete, direta ou indiretamente, uma aplicação de princípios, de regras e de valores componentes da totalidade do Direito”. Bem assim Grau (2009, p. 44) propala que não se interpreta o Direito aos pedaços, em tiras.

Em reforço argumentativo, Bolson (2014, p. 72) ressalta que no Brasil o sistema de processo coletivo brasileiro deriva de uma interpretação agregadora de um apanhado de leis que se integram, formando o denominado Microsistema de Processo Coletivo.

Não obstante, referido autor enaltece que uma das possíveis defesas à pretensa ilegitimidade da Defensoria Pública para a promoção de Ações de Improbidade residiria na suscitação de mera ausência de expressa previsão da Defensoria Pública no rol previsto na Lei 8.429/1992 como suposto silêncio eloquente. Explica não existir a conjectural e pretensa conclusão hermenêutica de silêncio eloquente, haja vista que a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública foi editada em 1994 (Lei Complementar nº 80/94), ou seja, depois da Lei de Improbidade que é de 1992, existindo naquela norma autorização expressa à Defensoria Pública relativamente ao poder de ajuizar qualquer ação para a tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos que tenham repercussão em interesses dos necessitados.

A respeito, vale colacionar o ensinamento de Saldanha (2014, p.69):

Tanto a Lei da Ação Civil Pública, como a Lei de Improbidade Administrativa, que são, respectivamente, de 1985 e de 1992, não previram a Defensoria Pública, originariamente, em seus textos. No entanto, seria impossível pensar em omissão proposital do legislador, pois a Defensoria Pública só passou a existir formalmente na nossa Lei Magna atual (1988) e, em norma legal nacional, apenas em 1994 com a Lei Complementar n. 80. Os movimentos de instalação, aprimoramento e valorização das Defensorias Públicas pelo Brasil afora, somente tomaram corpo e força no final da década de 1990 e princípio da década de 2000. Isto quer dizer que, antes dessas datas, não era crível ver a Defensoria Pública inserida nos diplomas legais, pois ainda inexistente ou incipiente.

Bolson (2014, p.80) preleciona não existir possibilidade de uma hermenêutica de restrição da legitimidade da Defensoria Pública por qualquer ângulo que se pretenda analisar, eis que tal Instituição retira o fundamento de validade para sua legitimidade acerca da tutela da probidade administrativa diretamente da Constituição Federal, que é norma jurídica dotada de autoeficácia, senão vejamos:

Dessa primeira consideração apresentada é possível concluir que a legitimidade da Defensoria Pública, na tutela dos direitos dos grupos e indivíduos hipossuficientes, não depende de previsão legal, pois tem fundamento constitucional. A segunda consideração traduz-se no fato de que, uma vez que a Constituição não exclui os necessitados da titularidade do direito à probidade administrativa, o fundamento da legitimidade da Defensoria na defesa da moralidade é constitucional, sendo de tal forma bastante apontar o comando constitucional estatuído no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal para afirmar a legitimidade da Defensoria Pública.

[...]

Aliás, se a própria Constituição (fundamento maior de legitimidade de qualquer ente estatal) não faz nenhuma ressalva, não é admissível atribuir à legislação infraconstitucional poder para que o faça. Ou seria admissível, por exemplo, *mutatis mutandis*, alguma lei que, alegando o alto custo estatal, impedisse a atuação defensorial em matéria de direito previdenciário? Ou ainda, mais genericamente, impedisse a atuação da Defensoria contra entidades públicas? A resposta a tais questionamentos é negativa pela mesma razão: o fundamento para a atuação defensorial, nesta seara, é de natureza constitucional, não sendo admissível atribuir à lei poder de diminuir a proteção constitucional.

[...]

Mais do que constatar que a incumbência constitucional de proteção dos direitos transindividuais do cidadão pela Defensoria não encontra previsão de ressalva no que se refere à temática da moralidade administrativa, é preciso ter em mente que a Ação de Improbidade Administrativa (não obstante os seus possíveis efeitos punitivos) é uma garantia instrumental para a efetividade dos direitos fundamentais.

É salutar a consciência de que a garantia constitucional que possibilita o controle da moralidade na administração pública não tem como pauta primária a ideia da repressão estatal. Pelo contrário, o controle da moralidade na administração pública deve ser, antes de tudo, instrumento de efetivação dos direitos do cidadão, de modo que a ausência de “aptidão repressiva” da Defensoria Pública em nada depõe contra a sua legitimidade.

Portanto, a legitimidade da Defensoria Pública para as Ações Coletivas sem restrições, inclusive acerca de qualquer temática, valendo dizer, abrangendo a improbidade administrativa, se assenta em abalizada doutrina e pronunciamentos jurisdicionais atuais.

Já, quanto à caracterização da improbidade por má-gestão na saúde, contida na inobservância do dever de boa-gestão inerente aos princípios da moralidade administrativa e eficiência – embora sejam consideradas exemplificativas as hipóteses de atos de improbidade conforme entendimento dominante decorrente do termo legal “notadamente” contido nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade – é curial atentar primeiramente que o artigo 10 da Lei 8.429/92 caracteriza como ato de improbidade administrativa qualquer lesão ao erário por ação ou omissão decorrente de desvio ou dilapidação de bens ou haveres, estabelecendo nos incisos XIV, XV, XVIII, XIX, XX e XXI as hipóteses mais recorrentes passíveis de relação à gestão da saúde.

Tais dispositivos empiricamente vislumbram-se de maior aplicabilidade acerca das condutas de desvios de finalidade orçamentária por condutas ativas dos gestores, enquanto que o artigo 11, inciso II, considera ato de improbidade atentatório aos princípios da Administração Pública qualquer ação ou omissão que venha a retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício.

Pois bem, o artigo 2º da Lei 8.080/90 dispõe ser a saúde um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

Assim sendo, a detecção da omissão ou retardamento ao reconhecido dever estatal de implementar a saúde pode configurar ato caracterizador de improbidade quando indevidamente não se realize concreta e adequadamente a política pública de saúde de forma eficiente.

Destarte, a violação aos princípios eficiência acerca da atenção à saúde e de boa gestão referentes ao Sistema Único de Saúde, de forma implícita ou explícita

na Constituição Federal e na Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90), poderá imputar ato de improbidade administrativa ao gestor ineficiente.

Não havendo nenhuma causa justificante, caso o gestor público abstenha-se ou retarde ato inerente à sua função de promover as ações e serviços de saúde, ou procrastine tal atividade, incidirá na possibilidade de violação ao princípio da moralidade e/ou da eficiência inerentes ao dever de boa gestão.

Vigliar (2004, p.125) assinala que o rol de atos de improbidade são meramente exemplificativos, sendo possível a configuração de outros fora das descrições legais:

Para todas as modalidades de atos de improbidade administrativa (art. 9º, 10, 11 e 12), o legislador fez questão de destacar que aquelas seriam as hipóteses mais evidentes e comuns, tanto que, antes de cada rol de exemplos, tratou de empregar a expressão “*notadamente*”, indicando que outros tantos poderiam ser realizados.

Refere exemplificativamente que a omissão do agente público de saúde na implementação de ações em prol de combate de determinadas epidemias – cujos indicadores de saúde apontavam como de ocorrência provável, tornando factível a eclosão da epidemia – caracterizaria ato de improbidade administrativa (VIGLIAR, 2004, p.126).

Difícil cogitar todas as hipóteses passíveis de configuração da improbidade administrativa ligadas à má-gestão de saúde, mas é possível ser configurada a improbidade quando o estoque de remédios está baixo em proporção à demanda ou na iminência de acabar, sendo que por ser dever do gestor conhecer essa situação, em ele não providenciando os procedimentos de licitação com a antecedência razoável, deflagrando um processo habitual de dispensas de licitações decorrentes de sua inércia e evidenciando-se com isso prejuízo à população usuária da saúde pública, indubitavelmente poderá incorrer em improbidade administrativa pela omissão ou retardo na realização da aquisição de medicações por meio de licitações.

Com a criação das Organizações Sociais pela Lei 9.637/98 para atendimento de interesses da coletividade em substituição a determinados entes e órgãos da Administração Pública, revelando verdadeira transferência de certas atividades do Poder Público para o setor privado, dentre elas a saúde, sem necessidade de concessão ou permissão, caracteriza-se uma nova forma de parceria entre as partes mediante contrato de gestão para fomento e execução de serviços públicos, fazendo-se mister refletir sobre a possibilidade de cometimento de atos de improbidade administrativa pelos gestores das organizações sociais.

Considerando-se que o gestor da Organização Social se torna responsável pela execução do repasse financeiro provindo do órgão público, através do contrato de gestão, incumbindo ao gestor providenciar o atingimento dos fins visados pelo contrato, bem como a fiscalização pelo cumprimento dos atos executórios, é relevante que sua atuação omissa possa causar improbidade administrativa.

Varella e Domingos (2016, p. 8), exemplificativamente, citam que as Clínicas de Saúde da Família da Secretaria Municipal de Saúde do Rio de Janeiro, geridas em sua totalidade por Organizações Sociais, têm por escopo tratar doenças e promover preventivamente a saúde, necessitando de equipes multidisciplinares, formadas por médicos, enfermeiros, técnicos em enfermagem e agentes comunitários, sendo que a contratação desses profissionais é incumbência exclusiva da Organização Social, a qual detém a gestão dos recursos financeiros repassados pelo Estado. Nessa realidade, porventura se incorre atendimento à população devido à falta de profissionais ou por ausência de manutenção de unidade física, que momentaneamente possa ter inviabilidade de utilização, evidencia-se tecnicamente um problema de gestão pública.

Neste ínterim, apontam tais autores que verificado o repasse do recurso financeiro pelo Estado para a contratação de profissionais e manutenção de unidades de atendimento, ou outra providência, caso não haja plenitude do atendimento ou funcionamento da Unidade, há de se considerar a caracterização, em potencial, de ato de improbidade administrativa pelo gestor da Organização Social.

Referem ainda que outro ato de gestão passível de caracterizar improbidade administrativa atine ao uso irregular das rubricas de um contrato de gestão. Explanam que todo contrato de gestão conta com um cronograma de desembolso, o qual prevê em rubricas os valores definidos para cada atividade dentro do contrato de gestão, sendo que na hipótese de utilização dos recursos públicos pela Organização Social em desacordo com o planejamento constante de um contrato de gestão poderá haver prejuízo à demanda carente de atenção em saúde pública.

Varella e Domingos (2016, p. 9), por outro lado, sustentam que o dispêndio, sem justificativa legal, acima dos valores estabelecidos no contrato de gestão inevitavelmente ensejaria um prejuízo ao erário, constituindo então causa de um ato de improbidade administrativa prevista no art. 10 da Lei 8.429/92.

Ainda, observam eles que o descumprimento reiterado dos deveres de uma Organização Social evidenciaria uma omissão dos seus administradores, haja vista que competiria aos próprios a implementação de controles operacionais, impedindo a continuidade de práticas de atos que descumprem os deveres da instituição.

Em especial, Varella e Domingos(2016, p. 9) enfocam que o art. 11, II da Lei nº 8.429/92 prevê como ato de improbidade administrativa a conduta que atentar contra os princípios da administração pública retardando ou deixando de praticar, indevidamente, ato de ofício, sujeitando-se os gestores das Organizações Sociais às regras previstas na Lei de Improbidade Administrativa, eis que o art. 1º dela define como sujeitos passivos de um ato ímprobo os entes da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, complementando o parágrafo único do mesmo artigo que também são sujeitos passivos de um ato ímprobo as entidades que recebem subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício de órgão público, bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário

haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

Logo, adiantam que embora a Organização Social não integre a Administração Pública indireta, e tampouco a direta, possui fins sociais típicos do Poder Público, além de receberem incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público para atingir seus objetivos estatutários, sufragando que careceria de lógica jurídica a hipotética isenção de responsabilidade por atos ímprobos daqueles que atuassem contra as entidades detentoras de atribuições antes exercidas pelo Poder Público. Consideram, pois, que os gestores de Organizações Sociais – eis que obrigados por um contrato de gestão, e na qualidade de representantes do próprio Poder Público – devem ser passíveis de sofrer atos de improbidade nos idênticos moldes em que se sujeitam os órgãos e entes da Administração Pública direta e indireta, independentemente da relação entre a subvenção, o benefício ou o incentivo recebidos e o patrimônio ou a receita anual da entidade.

Para os aludidos autores, ante o dever de convergência com a finalidade pública, é hialino que os administradores integrantes do Conselho de Administração e Diretoria de uma Organização Social são passíveis de sujeição ativa de um ato ímprobo, já que o art. 2º da Lei de Improbidade Administrativa define como agente público, sujeito às punições previstas namesma lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior. Citando ainda, em complementação, que o art. 3º da Lei de Improbidade Administrativa determina que as mesmas disposições são aplicáveis, no que couber, àqueles que, mesmo não sendo agentes públicos, induzam ou concorram para a prática de atos de improbidade ou dele se beneficiem sob qualquer forma direta ou indireta.

CONCLUSÃO

A saúde é verdadeiramente o elemento de obtenção e manutenção do valor mais supremo da humanidade: o bem-estar.

Não à-toa, já na apresentação preambular do documento que organiza e consolida formalmente nossa sociedade: a Constituição Republicana, consignou-se expressamente que a finalidade da instituição de um Estado Democrático em nossa nação teria por desiderato assegurar como valor social supremo o bem-estar, além do exercício dos direitos sociais e individuais.

Portanto, se a sociedade democraticamente elencou como valor supremo o bem-estar aliado ao fundamento republicano da dignidade da pessoa humana, é inolvidável que a necessidade de atingimento da efetivação do direito fundamental à saúde foi e é um desejo social, porquanto ainda não plenamente efetivado.

A efetivação do direito fundamental à saúde senão em um nível de plenitude, ao menos em um nível qualitativo universalmente satisfatório, depende de uma multiplicidade de fatores estruturais e operacionais para sua concretização. Assim, no âmbito das deficiências executivas da realização da oferta de ações promotoras da saúde pública, hodiernamente, a sociedade tem na Instituição denominada Defensoria Pública um coadjuvante em prol da promoção e fomento da implementação de providências direcionadas ao atendimento da população relativas à satisfação das suas necessidades em serviços de saúde.

A Defensoria Pública, a partir do seu papel constitucional de garante dos direitos humanos fundamentais se caracteriza como um instrumento proteção reforçada de controle democrático à implementação e eficácia de tais direitos, porquanto a inovação e criação da Defensoria Pública como instituição autônoma e transformadora viabiliza o itinerário de realização da justiça social.

Neste ínterim, ante a contumaz omissão executiva no desenvolvimento de políticas públicas efetivas de implementação de ações de saúde, transmudou-se para o Sistema de Justiça o papel de exigir o atendimento da obrigação executiva

supracitada. Portanto, o acesso à justiça dos usuários da saúde pública transcende os limites do Poder Judiciário, inserindo extrajudicialmente a Defensoria Pública na função de fiscalização e efetivação da garantia do acesso à justiça consubstanciada na concreção do direito fundamental à saúde.

Apesar da ampla gama de atuação da Defensoria Pública no cenário extrajudicial, contribuindo na ampliação do controle social democrático dos serviços de saúde, em certas situações de recalcitrância, a juridicização pode não solucionar, havendo a necessidade da adoção de mecanismos de judicialização propriamente dita para se obter a consagração do direito fundamental à saúde.

Contudo, em casos mais extremos, nem a judicialização da política pública de saúde se revela de fácil solução, haja vista que a omissão pode ser tão grave por adoção de escolhas e prioridades equivocadas do gestor, cujo desvio da finalidade estatal de atendimento do reconhecidamente fundamental direito à saúde – em verdadeira violação aos princípios da moralidade e probidade administrativas – faz exsurgir a possibilidade de responsabilização pessoal do agente público por ato ímprobo.

Logo, a Defensoria Pública, enquanto Instituição embuída do *munus* constitucional de garantir o acesso à justiça e a efetivação de direitos humanos – encontrando-se o bem-estar e a dignidade da vida humana como pilares supremos de valoração máxima – se caracteriza como relevante instrumento de garantia de exigência/satisfação do direito fundamental à saúde no cenário nacional, tendo inclusive o poder de perquirir a responsabilização pela omissão na realização efetiva das políticas públicas de saúde, eis que essencialmente comprometida com os aspectos democráticos de segurança e igualdade, sempre tendo em mira a construção de uma sociedade mais justa e solidária.

Portanto, a função essencial da Defensoria Pública é inafastável para garantir a legitimidade humanitária inerente às ações e serviços de saúde em decorrência da promoção de cidadania e controle social transformador que empreende, de modo que a existência dessa Instituição forte se convola em real mecanismo de concretização do acesso à Justiça Social assegurador da concreção

dos direitos fundamentais, dentre eles, o prioritário direito à saúde.

VERSÃO COMPACTA

O Papel da Defensoria Pública na Implementação do Direito Fundamental à Saúde: O Controle da Inércia do Administrador e a Caracterização de Ato de Improbidade Administrativa

Flávio Antonio de Oliveira¹

¹Universidade Santa Cecília (UNISANTA), Santos-SP, Brasil

E-mail: flavio.dpms@yahoo.com.br

Resumo:

A dissertação que se apresenta discute a atuação da Defensoria Pública como órgão coadjuvante e garantidor do acesso aos meios necessários à implementação da saúde pública, sob o prisma da sua imanente essencialidade. No desenvolvimento do conteúdo, abordou-se inicialmente a configuração da saúde como direito fundamental humano, perpassando pelo debate acerca do dever estatal de efetivação do direito à saúde em face de sua fundamentalidade constitucional material. Por conseguinte, o presente trabalho discutiu os diversos óbices decorrentes de fatores diversos político-jurídicos que dificultam a implementação da política pública de saúde, dentre eles a omissão do Estado. Nessa perspectiva, desenvolveu-se análise referente à atuação da Defensoria Pública como uma Instituição-garantia de promoção ao acesso à saúde, enaltecendo a necessidade de ampliação da instauração do Controle Democrático da gestão da saúde pública por Instituições portadoras do desiderato de garantir a tutela do direito à saúde, seja extrajudicialmente, seja judicialmente, ainda que por resultados consequenciais decorrentes de atividade sancionatória, como a que deriva de ato de improbidade administrativa, abarcando a análise da legitimidade da Defensoria Pública para a tutela coletiva da probidade administrativa em situação de omissão da implementação de ações de saúde pública.

Palavras-chave: Saúde; Defensoria Pública; Improbidade Administrativa.

The Public Defender's as a Institution to drive Access to Health Care Abstract: The Control of Administrator's Inaction and the Characterization of the Act of the Administration's Improbability.

The present dissertation discusses the role of the Public Defender as an auxiliary body and guarantor of access to the means necessary for the implementation of public health, in the light of its immanent essentiality. In the development of the content, it was initially approached the configuration of health as a fundamental human right, passing through the debate about the state duty to effect the right to health in the face of its material constitutional fundamentality. Therefore, the present study discussed the various obstacles arising from various political-legal factors that hamper the implementation of public health policy, among them the omission of the State. From this perspective, the analysis of the Public Defender's Office as an Institution-guarantee of access to health was developed, highlighting the need to expand the establishment of Democratic Control of the management of public health by institutions with the aim of guaranteeing the protection of the the right to health, both extrajudicially and judicially, even if it results in consequences resulting from a sanctioning activity, such as that derived from an act of administrative improbity, including the analysis of the legitimacy of the Public Defender's Office for the collective protection of administrative probity in cases of omission implementation of public health actions.

Keywords: Health; Administrative Improbability; Public Defenders.

Introdução

A Constituição fundante do Estado Democrático e Social de Direito estipula direitos e garantias populares como predicados da cidadania social, a qual, para ser exercida, exige mais que o reconhecimento jurídico de mínimas garantias, necessitando a população de implementação concreta dos direitos fundamentais nela consagrados para o alcance de um nível mínimo e real de dignidade humana.

Não sem razão, o próprio preâmbulo da Constituição denota que o bem-estar humano já se revela como um preocupante problema imanente à própria criação e finalidade última do Estado Democrático constituído pelos ideais populares. Eis que todo o invencionismo e criação do ser humano apenas empreendem algum sentido se priorizado o bem-estar humano consubstanciado inexoravelmente na saúde.

Portanto, configurando o direito à saúde um bem alicerçado na Constituição Federal, cujo escopo é proporcionar uma vida humana digna e saudável à população, não se pode tolerar como justificável que o Estado se omita ou forneça atenção aos cuidados da saúde populacional aquém da qualidade mínima razoavelmente proporcional ao atendimento do postulado da dignidade humana.

Outrossim, a Constituição da República de 1988, além de estabelecer os direitos e garantias fundamentais, determinou a existência de instituições e instrumentos processuais capazes de fomentar a concretização dos direitos fundamentais que consolidou, estatuidando a Instituição chamada Defensoria Pública como uma garantia direcionada a assegurar e promover os direitos humanos fundamentais.

Portanto, constitucionalmente há a afirmação do caráter institucional de proteção e garantia de direitos fundamentais e humanos individuais e coletivos a cargo da Defensoria Pública. Ante essa perspectiva garantista fundamental, a proposta do presente arrazoado científico foi o estudo do papel desempenhado pela Instituição na promoção do Direito à Saúde Pública.

Daí porque, as pesquisas empreendidas durante a confecção do presente trabalho desvendaram que a Defensoria Pública assume o papel de instrumento

contrahegemonico estatal de asseguarção do direito fundamental e humano de acesso à proteção da saúde. Eis que o Estado de Direito lhe outorga poderes de impulsionar a que ele próprio concretize efetivamente o direito criado abstratamente, ainda que, por via transversa, através da persecução da improbidade administrativa por meio da Ação Civil Pública a cargo da Defensoria Pública, cujo referencial teórico no ponto foi extraído de Lamy e Oliveira (2018).

Objetivos

O presente trabalho teve por desiderato dimensionar as possibilidades de atuação da Defensoria Pública em prol da promoção do acesso à saúde, tentando estabelecer qual o grau de amplitude e alcance dessa atuação e se a mesma realmente serviria efetivamente à promoção do Direito à Saúde Pública.

Material e métodos

Em busca do desenvolvimento do conteúdo da presente dissertação, houve pesquisas de informações de base que se revestiram de coleta de caráter bibliográfico (doutrina) e documental (normas e decisões judiciais). No que concerne ao método abordado na construção do texto, teve ele concepção juspositivista, centrada em perfil dedutivo, racionalista e normativista, baseando o conteúdo do discurso em postulados normativos e constitucionais, bem como em argumentos doutrinários e jurisdicionais, extraíndo-se derradeiramente as inferências obtidas.

Resultados

Alcançadas as informações de base para o desenvolvimento do trabalho, a pesquisa desvendou que hodiernamente a Defensoria Pública assume o papel de instrumento contrahegemonico estatal de asseguarção do direito fundamental e humano de acesso à proteção da saúde, ainda que, por via transversa – em prol da teoria do desestímulo pela sanção – mediante a persecução da improbidade administrativa por meio da Ação Civil Pública a cargo da Defensoria Pública.

Conclusões

Por conseguinte, as implicações decorrentes dos debates contrapostos no bojo deste trabalho evidenciaram que a instituição pública denominada Defensoria Pública se consubstancia em mecanismo adequado a essa função de promotora do acesso ao direito à saúde, ampliando o acesso à justiça como meio de efetivação dos direitos constitucionalmente garantidos, inclusive pela perspectiva consequencial da promoção da tutela da probidade administrativa, revelando e oferecendo respostas adequadas às hipóteses propostas.

Agradecimentos

Consignados remanescem sinceros agradecimentos à CAPES pelo apoio na realização desse projeto e à UNISANTA que, mais que uma Instituição de sucesso, se revela notável pelas mãos dos seus componentes, cujos agradecimentos aqui se registram.

Referências Bibliográficas

LAMY, M.; OLIVEIRA, F.A. Legitimidade da Defensoria Pública para promover Ação Civil Pública Por Improbidade Administrativa decorrente da Omissão de Políticas de Saúde Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/29661/pdf> Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM www.ufsm.br/revistadireito v. 13, n. 1 / 2018 p.340-369. Acesso em 15/07/2018.

REFERÊNCIAS

ABRÃO FILHO, Gabriel. **Aspectos Materiais, Processuais e Procedimentais da Ação Civil por Improbidade Administrativa**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

ALMEIDA JÚNIOR, Fernando Frederico de. **O Direito de Ser Humano**. Revista de Direito das Faculdades Integradas de Jaú. 2013. Disponível em: <http://www.fundacaojau.edu.br/revistadedireito2013/artigos/2.pdf>. Acesso em 25 jan.2018.

ALVES, Cleber Francisco; PIMENTA, Marília Gonçalves. **Acesso à Justiça em Preto e Branco: Retratos Institucionais da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.

ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. **Improbidade administrativa**. 6. ed. rev., ampl.e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ALVES, Danielle Garcia e CARDOSO, Henrique Ribeiro Cardoso. **Direito à Saúde: Por uma Prestação Ética do Estado**. Lumen juris, 2016.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O conceito de serviços públicos no direito constitucional brasileiro**. In: Revista de Direito da Procuradoria Geral do estado do Rio de Janeiro. nº 61. 2006.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiências**. São Paulo: RT, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em material de direitos fundamentais: o controle politico-social e o controle jurídico no espaço democrático**. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARROS, Giselle Nori. **O dever do estado no fornecimento de medicamentos**. 2006. 219 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade das suas normas**. 8.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. *Revista de Direito Social*, Porto Alegre, v. 34, p. 25, abr./jun. 2009.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BERCOVICCI, Gilberto. **A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro**. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 36, n. 142, p. 35-52, abr./jun.1999. Disponível em: <http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/08/Constitui%C3%A7%C3%A3o-dirigente-e-garantia.pdf>. Acesso em 19 ago. 2018.

BINENBOJM Gustavo. **Uma Teoria de Direito Administrativo: direitos**

fundamentais, democracia e constitucionalização. São Paulo: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica.** Trad. Fernando P.Baptista e Ariani B. Sudatti. 3. ed. rev. São Paulo: Edipro, 2005.

BOSON, Erik Palácio. **A Defensoria Pública e a Tutela Jurisdicional da Moralidade Administrativa.** 2014.103 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito.

BRAGA, Rossana Cláudia dos Santos. **Parcerias da Administração Pública com as Organizações Sociais na Prestação do Serviço Público de Saúde.** REDAP – Revista de Direito da Administração Pública. UFF – Universidade Federal Fluminense. Ano nº 02 – Volume nº 02 – Edição nº 02 – Jul/Dez 2017. ISSN 2447-2042. Disponível em: <http://www.redap.com.br/index.php/redap/article/view/78>. Acesso em 12 ago. 2018.

BRASIL. Enunciado nº 13 aprovado no Congresso de Defensores Públicos da Bahia em 2016. Disponível em: <https://www.portalferreirasantos.com.br/custos-vulnerabilis-defensoria-do-parana-emite-enunciado-sobre-a-intervencao-institucional-por-maurilio-casas-maia/>. Acesso em 25 jan.2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Primeira Câmara Cível. Acórdão do Agravo de Instrumento n. 70034602201. Relator: Des. Carlos Roberto Lofego Canibal. Data de Julgamento: 19/05/2010. Publicação: Diário da Justiça do dia 02/07/2010.

BRASIL. Superior tribunal de justiça. Informativo n. 0505. AgRg no AREsp 73.968-

SP. Rel. Min. Benedito Gonçalves, 02.10.2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=improbidade+administrativa+e+dolo+eventual&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 07 fev. 2016.

CABRAL, Amarildo. **Introdução aos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos**. Campo Grande. Life Editora (2009).

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário**. 2º ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011.

CANCELLA, Carina Bellini. **Ação de improbidade administrativa como instrumento de recuperação do patrimônio público**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 09 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42400>>. Acesso em 28 jun. 2018.

CANOTILHO. J.J.Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. Ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CASTRO, Ione Maria Domingues de. **Direito à saúde no âmbito do SUS: um direito ao mínimo existencial garantido pelo Judiciário?** Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da USP, 2012.

CARVALHAES, Cid. **Dessassistência à Saúde Pública** (2013) Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=24045:dessistencia-a-saude-publica&catid=46. Acesso em 20 jan. 2018.

CARVALHO, Cristiana Mendes de. **Velhos e Novos Desafios à Defensoria Pública: Por uma Assistência Jurídica de Qualidade, Socialmente Efetiva.** In ADPERJ, Revista de Direito da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro, Lumen Juris, out/dez 2002, v. II.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 31ª ed.rev.ampl.atual. São Paulo: Atlas, 2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** 4. ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2003.

CITTADINO, Gisele. **“Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes”.** In: VIANNA, Luiz Werneck. Democracia e os três poderes no Brasil. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

COELHO, Luiz Fernando. **Direito Constitucional e Filosofia da Constituição.** Curitiba-PR, Editora Juruá. 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COSTA, Eduardo Silva. **Os Valores e a Constituição de 1988.** In: Revista de Informação Legislativa, nº 109, janeiro-março/1991, p. 64. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175844/000453857.pdf?sequenc e=1>. Acesso em 28 jun. 2018.

COSTA, Ruth Barros Pettersenda. **A Efetividade do Mínimo Existencial pelo Poder Judiciário, à Luz do Paradigma Neoconstitucionalista**. 2010. 291 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas) - Pontifícia Universidade Católica de Goiás, GOIÂNIA, 2010.

CUNHA JUNIOR, Dirley. **A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível**. Leituras Complementares de Direito Constitucional. 3. ed. Org. Marcelo Novelino. Salvador: Juspodivm, 2008.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os Estados brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo, 1995.

DALLARI, Sueli Gandolfi e NUNES JR, Vidal Serrano. **Direito sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010.

DERBLI, Felipe. **O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed.Gen. Forense: Atlas, 2017.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Manual de Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2005.

DRESCH, Renato Luís. **Federalismo solidário: a responsabilidade dos entes federativos na área de saúde**. In. SANTOS, Lenir, e TERRAZAS, Fernanda (Org.). Judicialização da Saúde no Brasil. Campinas: Saberes, 2014.

FALAVINHA, Diego Hermínio Stefanutto e MARCHETTO, Patrícia Borba. **A Crise entre Saúde e Poder Judiciário no Brasil através da Judicialização de demandas: Apresentação de Outros Atores Responsáveis e a Necessidade de um Pensamento Bioético.** Disponível em: <http://site.fdv.br/wp-content/uploads/2017/03/07-A-crise-entre-sau%CC%81de-e-Poder-Diego-Falavinha-e-Patri%CC%81cia-Marchetto.pdf>. Acesso em 21 jan. 2018.

FALAVINHA, Diego Hermínio Stefanutto. **A judicialização da saúde e o controle judicial de políticas públicas: uma análise de como o Poder Judiciário pode contribuir para a efetivação do direito à saúde na sociedade brasileira.** Franca, 2013. 193 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Atos de Improbidade Administrativa: Doutrina, Legislação e Jurisprudência.** São Paulo: Atlas, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales.** 4. ed. Madri: Trotta, 2009.

FERRAZ, Anna Cândida Cunha. **Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988.** In: Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização. Org. Eduardo C. B. Bittar e Anna Cândida da Cunha Ferraz. Osasco: Edifício, 2006.

FINGER, Ana Cláudia. **Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 232, p. 59-82, abr./jun. 2003.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Ação civil pública. Ação popular. A defesa dos interesses difusos e coletivos. Posição do Ministério Público.** R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 208: 35-53, abr./jun. 1997. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/46984/46155>. Acesso em 27 jul. 2018.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Improbidade Administrativa.** 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FIGUEREDO, Mariana Filchtiner. **Direito à Saúde.** Salvador. Editora JusPodivm. 2015.

FLEURY, Sonia. **Políticas sociais e democratização do poder local.** In: VERGARA, Sylvia Constant; CORRÊA, Vera Lucia de Almeida (ORG.). *Propostas para uma gestão pública municipal efetiva.* Rio de Janeiro: FGV, 2003.

FRANCO NETO, Horácio Xavier, in **A Defensoria Pública e o instrumento jurídico da recomendação.** Página da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. 2012. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=5128>. Acesso em 08 mai.2018.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a**

efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Gustavo França. **O Direito À Saúde na Constituição de 1988 e a Contra-Reforma do Sistema Único de Saúde (SUS).** 2013. Disponível em: <http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2013/JornadaEixo2013/anais-eixo8-direitosepoliticaspUBLICAS/odireitoasaude1988eacontra-reformadosistemaunicodesaude-sus-.pdf>. Acesso em 04 ago.2018.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.** 5. ed.São Paulo: Malheiros, 2003.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito.** 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos.** Companhia das Letras. 2007. Tradução Rosaura Eichenberg. Disponível em: <http://noosfero.ucsal.br/articles/0010/3268/hunt-lynn-a-inven-o-dos-direitos-humanos-.pdf>. Acesso em 15 jan.2018.

JESUS, Tanelli Fiorin de. **O exercício da cidadania e o consequente respeito aos direitos humanos.** Direito em Debate. Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIJUÍ. Ano XXI nº 38, jul.-dez.2012 – ISSN 2176-6622. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/612>. Acesso em 14 ago. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 2. ed. São Paulo:

Saraiva, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

KIRCHNER, Felipe. **A Vez das Soluções Consensuais de Conflitos e o Papel da Defensoria Pública**. Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul [online] / Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul –Ano 6, V.11 (janeiro/abril.2015). – Porto Alegre: DPE, 2015. Disponível em: http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/institucional/esgc/biblioteca_eletronica/revistas_eletronicas/Revista%20Defensoria%20P%20F%20Ablica%20-%20RS. Acesso em 13 ago. 2018.

KIRCHNER, Felipe; KETTERMANN, Patrícia. **A legitimidade da defensoria pública para o manejo de ação civil pública por ato de improbidade administrativa**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 929, mar. 2013.

LAMY, Marcelo; OLIVEIRA, Flávio Antonio. **Legitimidade da Defensoria Pública para promover Ação Civil Pública Por Improbidade Administrativa decorrente da Omissão de Políticas de Saúde**. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/29661/pdf> Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM www.ufsm.br/revistadireito v. 13, n. 1 / 2018 p.340-369. Acesso em 15 jul. 2018.

LIMA, George Marmelstein. **Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. 2005. 191 f. Dissertação (Mestrado da Faculdade de Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2005.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006.

LOPES, Davi Nogueira; SANTANA, Alexandre Ávalo. **A Cláusula Da Prioridade Constitucional dos Direitos Fundamentais Sociais: O Caso de Foz do Iguaçu**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 33, n. 1: 11-34, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/b711cfba54aec448e6c1bfb027c25373.pdf>. Acesso em 11 ago. 2018.

MAIA, Maurílio Casas. **Expressão e instrumento do regime democrático? ‘Communitas’, ‘Vulnerabilis et Plebis’ – Algumas dimensões da missão do Estado defensor**. Informativo Defesa dos Direitos Humanos da Defensoria Pública do Tocantins, Ano II, Número IV, Maio de 2016.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Direito Constitucional: **Curso de Direitos Fundamentais**. Editora Método. 3ª Edição, São Paulo, 2008.

MÂNICA, Fernando Borges. **Modelos de prestação de serviços de assistência à saúde pelos municípios**. 2. ed. Curitiba: Associação dos Municípios de Curitiba, 2017.

MÂNICA, Fernando Borges. **Parcerias Público-Privadas no setor de saúde: viabilidade econômica e estabilidade jurídica**. Revista Brasileira de Direito da Saúde, Curitiba, v. 4, n. 6, p. 9-42, jan.-jun. 2014.

MÂNICA, Fernando Borges. **Parcerias no setor da saúde**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz

Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. p. 20 Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/123/edicao-1/parcerias-no-setor-da-saude>>. Acesso em 12 Jun. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Ed. RT, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima (et al.). **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Antonio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS, Flávia Bahia. **O Direito Fundamental à Saúde no Brasil sob a Perspectiva do Pensamento Constitucional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito (Dissertação de Mestrado). 2008.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa**. São Paulo. Saraiva. 2002.

MASSON, Nathalia Ferreira. **O Conceito de Sanção na Teoria Analítica do Direito** – Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito (Dissertação de Mestrado). 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito Administrativo**. 17 ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros Ed., 2004.

MENDES NETO, João Paulo. **A Tutela do Direito à Saúde e a Integração legislativa da Constituição Federal**: uma investigação de efetividade do Poder Judiciário sob a ótica do Conselho Nacional de Justiça. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2013.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4. ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORAES, Alceu Schoeller de. **Aspectos da Legitimidade do Promotor de Justiça e do Cabimento da Ação Civil Pública para Defesa do Patrimônio Público**. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul nº 45. 2000. Disponível em: www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1281016111.pdf. Acesso em 19 ago de 2018.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação complementar**. 7. ed. São Paulo:Atlas, 2007.

NOHARA, Irene Patrícia; FERREIRA, Larissa Caroline; MANSO, Lia Mosti. **Parcerias na Área da Saúde: Modelagens para Participação da Sociedade Organizada**. Revista Brasileira de Direito da Saúde. Ano VII – Número 7 – Julho a Dezembro de 2017. Disponível em: <http://www.femipa.org.br/wp-content/uploads/2018/06/RBDS-ano-VII-numero-7-interativo.pdf>. Acesso em 30 jul. 2018.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009.

OLIVEIRA, Fábio Luiz Sant'ana de. **Direito à saúde: instrumentos de tutela específica no direito processual brasileiro**. 2017. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/62273/direito-a-saude-instrumentos-de-tutela-especifica-no-direito-processual-brasileiro>). Acesso em 15 jan. 2018.

ORDACGY, André da Silva. **O Direito Humano Fundamental À Saúde Pública**. In SÉGUIN, Elida e FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. (Org). **Direitos Sociais: Estudos à Luz da Constituição de 1988**. Instituto Brasileiro de Advocacia Pública. 2010.

OSÓRIO, Medina Fábio. **Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública; corrupção; ineficiência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PINTO, Élica Graziane. **Financiamento dos Direitos à Saúde e à Educação: uma Perspectiva Constitucional**. Editora Fórum. Belo Horizonte. 2015.

PIOLA, Sérgio Francisco et al. **Vinte anos da Constituição de 1988: o que significaram para a saúde da população brasileira?** Políticas Sociais – Acompanhamento e Análise, Brasília, v. 1, n. 17, p. 97-172, 2009. Série Vinte anos da Constituição Federal.

RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. **Direito da saúde: de acordo com a Constituição Federal**. São Paulo: Quartier, 2005.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

REIMÃO, Sofia Cristina Pereira Coutinho. **A questão da medicina e a morte como questão em Hans-George Gadamer**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010.

RIOS, Roger Raupp. **Direito à Saúde, Universalidade, Integralidade e Políticas Públicas: Princípios e Requisitos em Demandas Judiciais por Medicamentos**. 2014. Disponível em: http://cebes.org.br/site/wp-content/uploads/2014/10/Direito_sade_universalidade_integralidade.pdf. Acesso em 20 ago. 2018.

ROCHA, Jorge Bheron. **Defensoría Pública como Custos Vulnerabilis e nel Procedimiento Penal**. Doctrina. Boletín Informativo da RedLatinoamericana y del Caribe para la democratización de la Justicia. Número 1/Julio 2017. Pagina 20. Disponível em: https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/34588/Boletim_Red_de_Justicia_-_Numero_1.pdf. Acesso em 20 jan. 2018.

RODRIGUEZ, José Luis Castro. **A Efetivação Judicial do Direito Fundamental à Saúde e o Orçamento Público**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2018.

ROSA, Lucas Costa da. **A judicialização como mecanismo de efetivação individual do direito à saúde pública**. 2015. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

SALDANHA, Alexandre de Moraes. **Da legitimidade ativa da defensoria pública para a propositura de demandas pela prática de atos de improbidade**

administrativa. Revista da Defensoria Pública da União. Brasília, n. 7 (2014). Disponível em: <http://revistadadpu.dpu.def.br/index.php/dpu/article/view/40/37>. Acesso em 15 jan. 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público.** 4ª edição, revista, aumentada e atualizada. 10ª tiragem. Malheiros Editores 2009.

SANTIN, Valter Foleto, **Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime**, São Paulo: RT, 2004.

SANTOS, Evandro Augusto Dell Agnelo e FORNACIARI, Diane Fernandes. **Da aplicação da teoria da cegueira deliberada nas ações de improbidade administrativa.** Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná, ano 3 – nº 5, dezembro/2016. Disponível em: http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Biblioteca/RevistaJuridicaMPPR_5.pdf. Acesso em 25 jul.2018.

SANTOS, Lenir. **Por que a lei 13.019 não se aplica ao regime da complementariedade dos serviços deSaúde?.** Disponível em: <<http://www.idisa.org.br/img/File/Por%20que%20a%20Lei%20n%C2%BA%2013019,%20de%202014,%20n%C3%A3o%20se%20aplica%20ao%20SUS.pdf>> Acesso em 19 ago. 2018

SANTOS, Lenir. SUS: **Contornos da Integralidade da Atenção à Saúde.** Boletim de Direito Administrativo. Ano XXIII, n. 8, agosto, 2007.

SANTOS, Ronald Ferreira. **Um duro golpe no SUS.** Brasília (2016). Disponível em: http://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2016/05mai24_UM_DURO_GOLP

E_NO_SUS.html. Acesso 15 jan. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10 ed., rev., atual. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos.** In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Jurisdição e direitos fundamentais. Anuário 2004/2005. Porto Alegre: Livraria do Advogado e Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul, 2006. v. I, t. II.

SCAFF, Fernando Facury. **STF deve estar alerta para o financiamento da saúde pública no Brasil** (2017). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-16/contas-vista-stf-estar-alerta-financiamento-saude-publica>. Acesso em 10 jan. 2018.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SÉGUIN, Elida. Direitos Sociais. **O Direito Humano Fundamental À Saúde Pública.** In: SÉGUIN, Elida e FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. (Org). Direitos Sociais: Estudos à Luz da Constituição de 1988. Instituto Brasileiro de Advocacia Pública. 2010.

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema único de Saúde e suas diretrizes constitucionais.** São Paulo: Verbatim. 2012.

SGARBOSSA, Luís Fernando e IENSUE, Geziela Iensue. **Existem normas**

constitucionais desprovidas de sanção? Revista de Direito Público, Londrina, v.9, n.1, p.163-178, jan./abr.2014. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/17060/14323>. Acesso em 31 jul. 2018.

SILVA, Celsimar Custodio e VIANA, Ruth Araújo (2017, p. 8). **Improbidade Administrativa por Dolo Presumido em Omissão Reiterada do Gestor Competente para Estruturação do Conselho Municipal de Saúde**. Disponível em: <https://congressonacional2017.ammmp.org.br/public/arquivos/teses/41.pdf>. Acesso em 18 jan. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SOARES JR, Jair. **Seguridade Social e Sustentabilidade – crítica ao argumento econômico na aplicação dos direitos sociais**. Curitiba. Editora Alteridade. 2018

SPAOLONZI, Maria Gabriella Pavlóoulos. **A constituição da norma de decisão na judicialização da saúde**. 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Interpetacao_constitucional_no_Brasil.pdf. Acesso em 09 ago 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4ª edição, revista, aumentada e atualizada. 10ª tiragem. Malheiros Editores 2009.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. **CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE E O DIREITO REGULATÓRIO DO ESTADO SOCIAL: O DIREITO SANITÁRIO**. 2003. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direito_san_v1.pdf. Acesso em 09 de ago 2018.

TORRONTÉGUY, Marco Aurélio Antas. **O direito humano à saúde no direito internacional: efetivação por meio da cooperação sanitária**. São Paulo. 355 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo.

TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de Direito da Seguridade Social**. 2. ed. São Paulo:Saraiva, 2008.

VARELLA, Douglas Costermani, e DOMINGOS, Marlyus Jeferton da Silva. **A Atenção Primária de Saúde e a Possibilidade de Improbidade Administrativa**. Revista Ciência Atual, Rio de Janeiro, Volume 8, Nº 2, 2016, p. 09-13. ISSN 2317-1499. Disponível em: <http://inseer.ibict.br/cafsj/index.php/cafsj/article/viewFile/156/137>. Acesso em 29 jan.2018.

VIANNA, L. W.; BURGOS, M. **Revolução Processual do Direito e Democracia Progressiva**. 2003.

VIEIRA, O. V. **Direitos Fundamentais:uma leitura da jurisprudência do STF**.SãoPaulo: Malheiros, 2006.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Saúde Pública e Improbidade Administrativa**. 2004. p.125-126. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direito_san_v1.pdf. Acesso em 23 jan. 2018.

WEICHERT, Marlon Alberto. **O Direito à Saúde e o Princípio da Integralidade.** SANTOS, Lenir (organizadora). Direito da Saúde no Brasil. Campinas: Editora Saberes, 2010.

WEICHERT, Marlon Alberto. Saúde e federação na Constituição Brasileira. Rio de janeiro: lumen Júris, 2004.