



Mariane Silva Camargo

O Acesso à Justiça para a concretização do direito fundamental social à saúde e o Ativismo Judicial

Dissertação de Mestrado, na área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Constitucional apresentada à
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
Orientadora: Maria Benedita Malaquias Pires Urbano

Coimbra/2014



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



Mariane Silva Camargo

O Acesso à Justiça para a concretização do direito fundamental social à saúde e o Ativismo Judicial

Dissertação de Mestrado, na área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Constitucional apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
Orientadora: Maria Benedita Malaquias Pires Urbano

Coimbra/2014



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

FICHA CATALOGRÁFICA

Camargo, Mariane Silva

O ACESSO À JUSTIÇA PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE E O ATIVISMO JUDICIAL – Coimbra, 2014.

Nº de páginas 242.

Área de concentração: Menção em Ciências Jurídico-Políticas, Direito Constitucional.

Orientadora: Professora Doutora Maria Benedita Malaquias Pires Urbano.

Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Direito fundamenal social à saúde; Medicamentos; Acesso à justiça; Assistência Jurídica Gratuita; Ativismo Judicial.

TERMO DE APROVAÇÃO

MARIANE SILVA CAMARGO

O ACESSO À JUSTIÇA PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE E O ATIVISMO JUDICIAL

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Constitucional, Menção em Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pela seguinte banca examinadora:

Professora Doutora Maria Benedita Malaquias Pires Urbano.

Orientadora – Departamento de Direito Constitucional, Universidade de Coimbra.

Professor(a) Doutor(a)

Departamento de Direito Constitucional, Universidade de Coimbra.

Professor(a) Doutor(a)

Departamento de Direito Constitucional, Universidade de Coimbra.

Coimbra, de 2014.

À Deus, meu Pai amado, a minha maior inspiração e razão de vida, que me ensina a cada dia a concepção mais pura de justiça e de amor.

À minha família amada, pai Lourival, mãe Georgina, maninhos Léo, Rony e Dudu; e queridos padrinhos Mary e Miguel; todos que amo imensamente e sempre me apoiaram com verdadeiro amor, compreensão e incentivo.

Aos meus amigos queridos, que iluminaram cada trajetória com imenso carinho.

Ao meu amado namorado, que acompanhou cada momento desse meu sonho, sempre ao meu lado em apoio, incentivo e muito amor.

AGRADECIMENTOS

À Professora Doutora Maria Benedita Malaquias Pires Urbano, pela brilhante orientação repleta de ótimos apontamentos, sugestões e detalhadas correções. Com uma inteligência fascinante guiou a presente dissertação e com preciosa atenção, inigualável apoio e incentivo, possibilitou que a caminhada fosse sempre repleta de motivação e determinação.

Aos professores, Maria Benedita Malaquias Pires Urbano, Suzana Maria Calvo Loureiro Tavares Silva, Mário Alberto Pedrosa Reis Marques, Francisco António Macedo Lucas Ferreira Almeida, pela atenção dispensada e qualidade exemplar das matérias lecionadas durante o primeiro período do curso de mestrado em Direito Constitucional.

Aos meus colegas de pós-graduação que tornaram um período de longa dedicação em momentos de incentivo, agregação de conhecimentos, amizade e apoio.

Ao meu amigo querido Rafael Firpo, pelo imensurável apoio concedido à finalização desse projeto.

À Defensoria Pública da União de Santa Catarina, pela valiosa recepção e disponibilidade em colaborar com a presente pesquisa.

À querida Alexandra Coelho, que com imensa atenção concedeu o suporte necessário à finalização desse projeto.

À Dra. Cléia Cunha, pelo grandioso profissionalismo a cada palavra e reflexão gerada, pelo suporte inestimável.

À Dra. Rosane Scolla e a Sra. Esther, pelo exímio apoio concedido nessa jornada, sempre com extrema competência profissional.

À querida Irmã Antónia Monteiro, pela valiosa amizade e apoio carinhoso, sempre a proferir palavras de fé e sabedoria que incentivaram essa caminhada com a constante lembrança da natureza e do amor de nosso Deus e Pai.

Ao meu namorado Norberto Hauer Junior, que sempre de modo atencioso e com extrema inteligência promoveu a precisa correção do texto, viabilizou o empréstimo de obras essenciais ao conteúdo e concedeu um apoio inestimável, a permitir sempre que a finalização desse projeto obtivesse maior êxito.

Aos meus pais, Lourival Bueno Camargo e Georgina Silva Camargo, que com grande amor viabilizaram a realização desse projeto, acompanharam a concretização de

cada nova etapa e compartilharam a ideia central do conteúdo com muita atenção e interesse.

Especialmente à Dra. Nilce Neide Teixeira, que em meu período de estágio na Defensoria Pública do Estado do Paraná demonstrou a verdadeira importância da prestação do serviço de assistência jurídica gratuita de forma responsável, competente, atenciosa e fascinadamente humana.

Abre a tua boca; julga retamente; e faze justiça aos pobres e aos necessitados.

Provérbios 31:9

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivos compreender a relevância do direito fundamental social à saúde, sob a ótica do direito ao medicamento, assim como a do direito de acesso à justiça, através da assistência jurídica gratuita, como direitos humanos e fundamentais, elementos nucleares do mínimo existencial e à preservação da dignidade da pessoa humana, que se coadunam com a efetivação e o perfazimento do Estado Democrático de Direito. Para efetivar esses objetivos, realizou-se primeiramente uma exposição dos conceitos teóricos norteadores mencionados e, efetivou-se o estudo, primeiramente do panorama jurídico e operacional dos sistemas de saúde - obtenção de medicamentos via estatal - e, após, dos modelos de assistência jurídica gratuita existentes nos Estados contemporâneos de civil law, Portugal e Brasil. Questionou-se quais seriam as eventuais dificuldades dos indivíduos hipossuficientes economicamente à efetivação do direito fundamental social à saúde e, observou-se a possibilidade de acesso à justiça por meio de seu colorário, a assistência jurídica gratuita, como possível meio de reivindicação desse direito à obtenção de medicamentos essenciais. Após análise crítica das previsões constitucionais referentes ao direito fundamental social à saúde, identificou-se que, apesar de ser proclamado como um direito fundamental na Carta magna portuguesa, recebe um regime jurídico diferenciado dos direitos de liberdade, a dificultar a sua reivindicação através do Poder Judiciário; enquanto na Constituição brasileira, por ser consagrado como um direito fundamental subjetivo vinculante e oponível ao Estado, principalmente em razão da omissão e da negligência dos Poderes Legislativo e Executivo, possui um regime processual que viabiliza o Poder Judiciário a resguardar os preceitos constitucionais. Porém, no Brasil, tende a gerar o ativismo judicial imoderado quando resulta em demandas individuais. Evidenciou-se que esse fato poderá ser amenizado com a interferência da Defensoria Pública, que atualmente detém independência operacional e financeira do Poder Executivo, através da propositura de ações coletivas, a atuar, também, como meio de auxílio ao Poder Judiciário no sistema de “freios e contrapesos”. Atuação relevante diante da deficiência operacional do sistema de saúde brasileiro - em razão da constantemente ultrapassada RENAME (Relação Nacional de Medicamentos) -, e da ineficiência do Poder Executivo à concretização do direito fundamental à saúde e seu corolário, o direito ao medicamento.

Palavras-chave: Direito fundamenal social à saúde; Medicamentos; Acesso à justiça; Assistência Jurídica Gratuita; Ativismo Judicial.

ABSTRACT

This study aims to understand the relevance of the social fundamental right to health, under the perspective of the right to medicament, as well as the right of access to justice through legal aid, as human and fundamental rights, core elements of the minimum existential and the preservation of human person dignity, which are consistent with the effectiveness and conclusion of the Democratic State of Law. To accomplish these goals, first, was held an exhibition of the mentioned theoretical guiding concepts, and was realized the study through Comparative Law, firstly of the juridical and operational overview of health systems - obtaining drugs through the State -, and after, models of legal aid featured in the contemporary states of civil Law of Portugal and Brazil. It was questioned which would be the possible difficulties of socially disadvantaged persons to realize the social fundamental right to health, and was observed the possibility of access to justice through its corollary, the legal aid, as a possible way to vindicate this right to access essential medicines. After critical analysis of constitutional provisions related to the social fundamental right to health, it was found that, despite being proclaimed as a fundamental right in the Portuguese Constitution, it gets a different procedural regime of the freedom rights, which prevents their claim through the Judiciary Power; while the Brazilian Constitution, for being consecrated as a binding and enforceable against the State subjective fundamental right, especially because of the omission and negligence of the Legislative and Executive Powers, has a procedural system that enables the Judiciary to protect the constitutional precepts. However, it tends to generate immoderate judicial activism when it results in individual demands. It was evident that this fact can be mitigated with the interference of the Union Public Defender's Office, that currently holds operational and financial independence from the Executive Power, through bringing collective actions, working, also, as a way to help the system of "checks and balances". Significant activity considering the operating loss of the Brazilian health system - caused by the constantly outdated RENAME (National Medicine List) -, and the inefficiency of the Executive Power to the realization of the fundamental right to health and its corollary, the right to the medicine.

Keywords: Social fundamental right to health; Medicament; Access to justice; The Legal Aid; Judicial Activism.

LISTA DE SIGLAS

AIM - Autorização de introdução no mercado
AUE - Autorização de Utilização Especial
COMARE - Comissão Técnica e Multidisciplinar de Atualização da Renome
CRFB - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CRP - Constituição da República Portuguesa de 1976
CVS - Centro de Vigilância Sanitária
DPU-SC - Defensoria Pública da União de Santa Catarina
EFPIA - Federação Europeia da Indústria Farmacêutica
GEMEG - Gerência de Medicamentos Genéricos
GEMES - Gerência de Medicamentos Similares
GEPEC - Gerência de Medicamentos Novos, Pesquisa e Ensaios Clínicos
GGMED - Gerência-Geral de Medicamentos
GMEFH - Gerência de Medicamentos Isentos, Fitoterápicos e Homeopáticos
INCQS/Fiocruz - Instituto Nacional de Controle de Qualidade em Saúde
INFARMED - Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde, I.P.
LONDP - Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública
LOS - Lei Orgânica da Saúde
OEA - Organização dos Estados Americanos
ONU - Organização das Nações Unidas
PEC - Proposta de Emenda Constitucional
RENAME - A Relação Nacional de Medicamentos Essenciais
SNS - Serviço Nacional de Saúde
SNVS - Sistema Nacional de Vigilância Sanitária
SPR - Sistema de Preços de Referência
STJ – Superior Tribunal de Justiça
STF – Supremo Tribunal Federal
SUS - Sistema Único de Saúde
TRF - Tribunal Regional Federal

UFARM - Unidade de Farmacovigilância

UPBIH - Unidade de Produtos Biológicos e Hemoderivados

UPROC - Unidade de Produtos Controlados

VISA - Vigilância Sanitária

LISTA DE ABREVIATURAS

Art. – Artigo

Séc. – Século

SUMÁRIO

Introdução	16
1 Pressupostos norteadores	19
1.1 A essencialidade axiomática da Justiça e do Direito	23
1.1.1 A Concretização do Estado Democrático de Direito, a consolidação histórica do direito de acesso à justiça e o direito fundamental social.....	26
2 O direito fundamental social à saúde	37
2.1 A relevância do Direito Comparado	39
2.1.1 Micro e Macrocomparação.....	42
2.1.2 A Função do Direito Comparado nesse estudo	45
2.2 A perspectiva histórico-jurídica do direito fundamental social	46
2.2.1 O cenário legislativo lusitano advindo da Constituição da República Portuguesa de 1976.	47
2.2.2 O cenário legislativo brasileiro advindo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.....	53
2.3 A suprema relevância do direito fundamental social à saúde.....	57
2.3.1 Princípios norteadores e teorias basilares.....	62
2.3.1.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como núcleo essencial	62
2.3.1.2 Considerações sobre o real conceito do mínimo existencial.	68
2.4 A visão holística e transdisciplinar luso-brasileira do direito fundamental social à saúde - Concessão de medicamentos essenciais à vida.	72
2.4.1 O Direito fundamental social à saúde em Portugal	74
2.4.1.1 O direito ao medicamento em Portugal. Obtenção pela via estatal de medicamentos inovadores.....	78
2.4.2 O direito fundamental social à saúde no Brasil	83
2.4.2.1 O direito ao medicamento no Brasil.	87
2.4.2.1.1 Provisamento estatal de medicamentos essenciais	88
3 O acesso à justiça como possível viabilizador legítimo à concretização do direito fundamental social à saúde	92
3.1 O acesso à justiça como um direito humano e fundamental.....	94
3.1.1 A natureza negativa e positiva do direito de acesso à justiça.....	95
3.1.2 O “Movimento mundical de acesso à justiça” e os diferentes modelos de assistência jurídica gratuita aos indivíduos hipossuficientes economicamente	99

3.1.2.1	O “Projeto De Florença” e os “Elementos Estranhos Ao Direito”	99
3.1.2.2	As “ondas renovatórias” de acesso à justiça	105
3.1.2.3	A assistência jurídica e os seus diferentes modelos operacionais.....	107
3.2	A assistência jurídica em Portugal.....	113
3.2.1	A operacionalidade fática da assistência jurídica portuguesa em face do direito fundamental social à saúde.....	117
3.3	A assistência jurídica gratuita no Brasil	124
3.3.1	A Defensoria Pública como função essencial à justiça	128
3.3.2	Aspectos da Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública.....	133
3.3.3	A operacionalidade fática da assistência jurídica gratuita no Brasil – Defensoria Pública – em face do direito ao medicamento.....	135
4	O ativismo judicial e a concretização do direito fundamental social à saúde.....	141
4.1	Notórias premissas	143
4.1.1	O neoconstitucionalismo no cenário brasileiro	143
4.1.2	As dessemelhanças entre o ativismo judicial e a judicialização da política.....	146
4.2	O panorama histórico-jurídico do ativismo judicial e seus elementos	148
4.3	O ativismo judicial no âmbito do direito fundamental social à saúde no Brasil – a possibilidade e o benefício das demandas coletivas	153
4.4	O princípio da Separação dos Poderes e a teoria de freios e contrapesos	163
4.4.1	Da otimização na dinâmica entre os três poderes clássicos a uma maior concretização do Princípio da dignidade da pessoa humana.....	167
	Conclusão.....	173
	Referências	176
	Anexos	186
	Jurisprudências.....	193

Introdução

Perante a desigualdade econômica e social existente em nossas sociedades contemporâneas, a pobreza se tornou uma privação de condições básicas, não somente quanto ao baixo nível de renda, tido como critério tradicional de identificação da pobreza, mas concernente a outros direitos como a educação, a alimentação, a moradia, o lazer, e, principalmente, o acesso à justiça e a proteção à saúde.

Afinal, esses direitos, infelizmente, acarretam custos e gastos muitas vezes insustentáveis à maior parte dos indivíduos de qualquer sociedade quando o Estado se abstém de garanti-los. Assim, o conceito de pessoas morais iguais é dissipado na realidade fática, aquém dos princípios de justiça.

O direito fundamental social à saúde abrange um conceito amplo e complexo em que constam âmbitos variados que se entrelaçam ao resultado final, revelando-se como um notório e essencial valor diretamente conectado ao maior bem jurídico protegido pelo Direito, o direito à vida.

Incorpora semelhantemente o rol do denominado mínimo existencial do indivíduo e integra o princípio mais salutar existente no universo jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana. Compreende-se como um direito personificado pela proteção à saúde através de ações positivas prioritariamente estatais, sendo necessário que a alocação de recursos, advindos da cobrança de impostos, e a sua posterior aplicação, sejam realizados de modo eficiente e efetivo pelo Estado.

O acesso à justiça é um direito fundamental de um sistema jurídico igualitário contemporâneo que pretenda garantir e não apenas declarar os direitos de todos os indivíduos, independente de qualquer diferença econômica ou social. E principalmente, através de seu corolário, a assistência jurídica gratuita, viabilizar a busca e a defesa dos mais variados direitos, negados ou ameaçados, de um indivíduo.

Como direitos fundamentais dispostos e garantidos nas cartas magnas de Portugal e do Brasil, analisar-se-á por meio do estudo comparado - através da macrocomparação e da microcomparação - o panoramara atual do cumprimento estatal do direito fundamental social à saúde, personificado no presente estudo pelo direito ao medicamento, e a

existência da exímia efetividade do acesso à justiça, através da assistência jurídica gratuita, nesses dois mencionados Estados.

Ressalta-se que tanto Portugal como o Brasil integram a família romano-germânica; optaram pelo sistema democrático de Direito; optaram pela consagração dos direitos fundamentais, pela ratificação de tratados internacionais de direitos humanos e pelo reconhecimento da competência de uma corte internacional; e, apresentam uma Constituição escrita, dogmática, democrática e rígida, com extenso rol de direitos fundamentais sociais.

Tais semelhanças viabilizam os exercícios comparativos que têm o condão de identificar as possíveis vantagens e debilidades das previsões normativas e da operacionalidade fática do sistema de saúde – concessão de medicamentos –, e de assistência jurídica gratuita aos hipossuficientes em Portugal, mas, sobretudo, colocam em destaque as singularidades do modelo brasileiro nesses dois aspectos.

Insurge, primeiramente, a necessidade da análise de conceitos constitucionais primários até aos mais complexos da teoria constitucional clássica e contemporânea, com considerável enfoque em questões salutaras da teoria política, sociológica e jurídica, como a essencialidade axiomática da Justiça e do Direito ao indivíduo.

Analisar-se-ão os pressupostos que regem o Estado Democrático de Direito, amparado principalmente na democracia e na positivação dos direitos fundamentais, através de uma visão essencialmente jurídico-constitucional, onde a arena política estará aquém do debate em questão – apesar de coexistir em paralelo ao âmbito jurídico.

Compreender-se-á o Direito, doravante, como o alicerce de um pensamento dogmático extenso, composto por enunciados elegidos como fundamentais e inquestionáveis, a deter relevância à sua real consistência e solidez.

Ao perfazer inicial observação, insurge-se a necessidade, primeiramente, de observar a natureza histórica e jurídica dos direitos fundamentais sociais, especificadamente o salutar direito fundamental social à saúde, sob um contexto do direito ocidental.

Então, poder-se-á estabelecer o foco nas normas positivadas, no conteúdo doutrinário e na prática governamental existentes nos dois países em pauta, a analisar dois supostos cenários atualmente carentes quanto à elementar valoração e prática do direito fundamenal social à saúde na área dos medicamentos.

Através da análise desses dois cenários, vislumbrar-se-ão as conquistas de ambos os citados Estados na área do direito fundamental social à saúde, assim como os seus elementos impeditivos e prejudiciais. E, através de um quadro comparativo entre esses, buscar-se-á uma visão de complementariedade e resolução, para que os direitos citados sejam valorados e efetivados, mediante consciência pura de sua relevância e essencialidade.

Consequentemente, focalizar-se-á no fenômeno disposto sob a nomenclatura de “ativismo judicial”, tendo em vista a sua atual relevância e gradativa ocorrência no cenário jurídico brasileiro, como meio viável à obtenção fática do direito fundamental social à saúde pelos indivíduos hipossuficientes economicamente, quando negados pela omissão e negligência dos responsáveis por garanti-los.

Contemplado como resultado do indispensável princípio de acesso à justiça, principalmente dos indivíduos hipossuficientes economicamente, questionar-se-á quais seriam os limites existentes à atuação do Poder Judiciário e da Assistência Jurídica Gratuita, à concretização do indispensável direito fundamental social à saúde, como corolário do direito à vida, no âmbito do direito ao medicamento.

Questiona-se a possibilidade de que a atuação desses, mediante o ativismo judicial, possa violar a autonomia e a independência dos poderes Legislativo e Executivo, visto que deveria sempre ocorrer em coerência com os princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito.

Questionar-se-á se o ativismo judicial em foco pode insurgir como meio viável ao aperfeiçoamento da fluência das funções dos Poderes Legislativo e Executivo e benefício à todos os indivíduos, perante readaptação da teoria de freios e contrapesos disposta por Charles-Louis de Secondat, *Baron de La Brède Et de Montesquieu*, na conjuntura jurídica brasileira, em face da atuação da Defensoria Pública por meio de ações coletivas.

Afinal, quando o direito à saúde, como corolário do direito à vida, não é efetivado em face da ausência de harmonia na dinâmica de atuação dos três poderes principais, avilta-se uma profunda análise crítica dessa citada teoria, cumulada à sua possível readaptação, à compreensão do ativismo judicial não somente como a conseqüência do debilitado cenário observado na atualidade, mas como um fenômeno possivelmente benéfico.

1 Pressupostos norteadores

O Direito pode ser atualmente compreendido como a extensa adjeção de pensamentos dogmáticos, personificados pela gama normativa de cada Ordenamento Jurídico, imersos em caráter principiológico e valorativo, composto por enunciados elegidos como alicerces fundamentais, a deter salutar relevância à sua real consistência, seja tanto ao indivíduo quanto à coletividade.

O devido entendimento da concessão desse valor inestimável pode ser observado na positivação de direitos essenciais ao ser humano, os quais propiciam a manutenção e a dignidade de sua natureza.

Dentre esses, salientam-se, o direito de acesso à justiça e os direitos fundamentais sociais – especificadamente o direito social fundamental à saúde e o direito ao medicamento –, que detêm inexorável relevância fática ao ser humano, como indivíduo e como integrante do corpo social, a perfazer dois ícones referenciais da sobrevivência física e moral.

Destarte, consagrou-se, através dessa citada concretização normativa, a segurança inicial de que esses direitos seriam efetivados e priorizados pelo Estado legislador, e, principalmente, pelo Poder Executivo, através de cada governo eleito através e em prol dos cidadãos.

Contudo, a natureza jurídica da norma que perfaz o direito social à saúde, compreendida como reveladora do fundamento desse necessário marco social de proteção e promoção à saúde, o real entendimento de seu conteúdo e comandos, e a suprema relevância de sua efetividade, diante de uma atuação dinâmica e harmoniosa dos três poderes do Estado – a perfazer a citada e idealizada segurança social –, irrompe como demanda salutar no contexto jurídico-social atual de Portugal e do Brasil.

Em Portugal, imerso em um panorama econômico atualmente em crise e à mercê de políticas de austeridade, urge a reafirmação de sua relevância extrema, primeiramente diante da sociedade, principalmente aos indivíduos hipossuficientes economicamente.

Ressalta-se, nesse contexto, que o indivíduo hipossuficiente economicamente é o primeiro a sofrer com as mazelas e prejuízos de específicos cortes orçamentários em uma crise econômica relevante, a personificar um quadro desolador quando incidente no âmbito

do direito à saúde, considerada elemento primário à concepção de dignidade da pessoa humana e integrante salutar do compreendido mínimo existencial.

Nota-se que a mesma realidade econômica desafiadora não é observada somente em Portugal atualmente, mas igualmente em outros Estados europeus.¹ À vista disso, compreende-se que preservar as conquistas tão amplamente notórias perante a história sócio-jurídica da Europa, no contexto do direito à saúde, incita atitudes políticas coerentes e constante ponderação e avaliação prévia multidisciplinar da efetividade e aplicação das normas positivadas sobre o tema, uma vez que,

“[...] a “defesa de privilégios e conquistas sociais” por agentes que não dominem a variável econômica quando a comunidade em um determinado momento histórico os não conseguir suportar financeiramente, porque o patamar de desenvolvimento econômico não produz rendimento suficiente para o efeito, corre o risco de se transmutar num sistema social que compromete justiça, igualdade, soberanias e gerações futuras.”²

Desse modo, através de uma observação e construção sólida da natureza jurídica da norma que dispõe sobre o direito fundamental social à saúde, pretende-se munir o acervo normativo atual com indicativos dos elementos inegociáveis à sociedade e ao indivíduo, mesmo perante uma situação econômica desafiadora, na qual as competências dos Poderes do Estado devem deter e manter a dinâmica necessária à conseqüente efetividade das normas constitucionais positivadas e compreendidas essencialmente como direitos fundamentais. Nesse sentido, NOVAIS salienta

¹ “[...] A situação da crise que, desde 2008 e sem fim à vista, se divulgou à escala global, europeia e nacional, pela sua complexidade, pode e deve ser estudada, quanto à sua origem e evolução, não só de acordo com a sua lógica econômica e financeira, mas também – e para além do mais – de um ponto de vista atento ao Direito. (MARTINS, Afonso D’Oliveira. A Constituição e a Crise. In: SOUSA, Marcelo Rebelo de (editor literário). **Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda**. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Coimbra: Coimbra Editora. 2012.p. 86.)

² TAVARES DA SILVA, Suzana. **Direitos fundamentais na arena global**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011. p. 113.

“A nossa preocupação são os direitos sociais como problema jurídico-constitucional, ou seja, basicamente, os problemas atinentes à relevância jurídica dos direitos sociais por facto de terem sido acolhidos como garantias constitucionais. Se uma Constituição acolhe os direitos sociais, seja como tarefas do Estado, seja, sobretudo, como direitos fundamentais, que conseqüências terá essa opção na ordem jurídica e na vida jurídica dos cidadãos? Que deveres jurídicos daí resultam para os poderes públicos e que direitos, se é que alguns, daí decorrem para os cidadãos? E, relativamente a uns e outros, quais margens de competências que passam a caber a legislador, administração e poder judicial na respectiva realização?”³

No Brasil, por sua vez, em face da constante ausência de efetividade normativa do direito fundamental social à saúde, vislumbra-se outro fenómeno em foco, o crescimento desregrado da prática do “ativismo judicial”. A configurar um cenário jurídico imoderado e desregrado, permite a imersão de austeros questionamentos sobre o real cumprimento dos valores e princípios básicos do Direito Constitucional e do Estado Democrático de Direito ora consagrados.

Por conseguinte, mediante esse exposto ciclo intrincado, questiona-se a existência de real legitimidade ao cidadão brasileiro de poder usufruir de seu direito fundamental de acesso à justiça para uma possível reivindicação – ao Poder Judiciário – desse seu legítimo direito fundamental social à saúde quando ausente, tendo em vista a sua previsão constitucional.

Afinal, o quadro atual de omissão, limitação e ineficácia das políticas públicas brasileiras, responsabilidade inicial de seus responsáveis políticos correlatos, incita profunda ameaça à preservação e à promoção do princípio basilar de um Ordenamento Jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio que condiz diretamente com as condições mínimas de existência de todo indivíduo, dentre as quais a existência de condições de saúde evidentemente a integra.

Ademais, SARLET assevera que advém do próprio princípio da dignidade da pessoa humana a notória e essencial exigência, como prestação devidamente imposta ao Estado, de existência de múltiplas ações direcionadas tanto à preservação da dignidade já

³ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais - Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 23.

existente ao indivíduo, quanto à sua promoção, quando ausente⁴, ou seja, a preservação e a promoção do princípio basilar requerem, inicialmente, a efetividade de sua devida exigência ao Estado.

A elucidar tal assertiva, é salutar observar que tanto o direito fundamental social à saúde quanto o direito de acesso à justiça correspondem, diretamente ao citado princípio basilar. Afinal, quando o princípio de acesso à justiça ao indivíduo não detiver a efetividade necessária, uma possível busca pela justiça através da existência de grande parte das previsões normativas do Direito tornar-se-á inócua, sem razão de existência em sua realidade fática, e ocorrerá um profundo conflito com um dos parâmetros fundamentais de existência do Direito.

Ademais, quando as condições básicas de promoção e preservação da saúde para o indivíduo forem igualmente ausentes, refletirá invariavelmente em sua condição final de existência, e, notadamente, é a existência humana que gera e mantém a existência do Direito.

Diante dessas realidades heterogêneas, lusitana – existência de crise econômica e cortes orçamentários –, e brasileira – panorama de ausência de efetividade da norma e ativismo judicial imoderado –, nota-se que o núcleo elementar de cada norma do direito social fundamental à saúde positivado indica idêntica relevância social e jurídica, a denotar que tais previsões normativas constitucionais⁵ apontam, simplesmente, à proteção e promoção do preambular bem jurídico já previsto e existente no Direito: a vida humana.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006. p. 47

⁵ “[...] a responsabilidade da Constituição tem de ser especialmente considerada, face à função organizadora e ordenadora fundamental que generalizadamente cumpre quanto à sociedade política a que respeita e à vida que nela se desenvolve, em tudo quanto possa interferir com o devir comum. (MARTINS, Afonso D’Oliveira. op. cit. p. 86.)

1.1 A essencialidade axiomática da Justiça e do Direito

A frequente concepção de busca pelo ideal de justiça e sua aplicabilidade fática, que se perpetuam através de épocas e distintos povos, é consubstanciada principalmente pela defesa e efetividade de direitos reconhecidos e se constitui como uma contínua aspiração humana e realidade inquestionável. Conforme CABRITA, a “Justiça irrompe no homem como um ideal que lhe é facultado pela constatação da sua própria negação e que, de todo, reflecte a dialética entre o 'mundo dos fatos' e o 'mundo das idéias’”.⁶

Por essa busca de um fator de equilíbrio, em meio aos freqüentes elementos fáticos destoantes que surgem em desacordo com o idealizado no “mundo das idéias” e, sob ótica hodierna, aos fundamentos legais que sustentam o Ordenamento jurídico estatal vigente, como resposta à ofensa sofrida – seja essa através de ato omissivo ou comissivo –, o direito de acesso à justiça é consagrado como um dos princípios fundamentais do Direito.

A corroborar a importância dessa busca ininterrupta pela justiça, face à existência de múltiplos e variados conflitos, realidade intemporal e contínua, HELLER dispõe com maestria esse entendimento:

Apenas onde há justiça, há injustiça. Se não houver injustiça, também não haverá justiça. Se optarmos por uma sociedade onde não há nenhuma injustiça, e onde não possa haver, optamos por uma sociedade sem justiça, pois a noção “justiça” não fará mais sentido.⁷

Compreende, RAWLS, que a teoria do justo e da justiça se baseia na concepção de reciprocidade que “*concilia os pontos de vista do eu e dos outros como pessoas morais*

⁶ CABRITA, Maria João. Em busca de uma teoria da justiça. **Cultura: Revista de História e Teoria das ideias**. Pereira, José Esteves; Gouveia, António Camões. Vol XIII\2000\1. IIª Série. p.113-125.

⁷ HELLER, Agnes. **Além da justiça**. Rio de Janeiro: Brasileira, 1998. p. 305.

iguais”,⁸ em que o equilíbrio entre os indivíduos é proporcionado somente por princípios de justiça.

No âmbito desse conceito indeterminado e de difícil conceituação, perquire-se constantes enunciados à sua primária concepção e demais precedentes traços de entendimento, em consonância com o legado linear jurídico-filosófico de povos e pensadores de diferentes épocas da história, e, acredita-se ser essa uma das mais frequentes questões e buscas da humanidade, a de um conceito e entendimento basilar da nomenclatura “justiça”, nas palavras de AGUESSEAU,

*“Où l’on essaie d’éclaircir e de résoudre cette question importante, si l’homme peut trouver en lui des idées naturelles du juste ou de l’injuste, si c’est par la conformité avec ces idées qu’il juge de la justice ou de l’injustice des actions morales; ou feulement par la conformité de ces actions avec la volonté positive d’un supérieur légitime e nécessaire, ou avec le desir naturel de sa conservation”.*⁹

Nesse aspecto, cita-se entendimento inaugural de IHERING¹⁰, para o qual a defesa da própria existência humana se constitui como a lei suprema da vida, contudo, essa não terá somente destaque na “existência física”, mas igualmente na “existência moral”, que teria no Direito uma de suas condições, independente de sua forma, extensão ou quantidade de suas previsões, a reafirmar a importância do âmbito fático ao corpo social.

Quando o Direito é ausente, o homem regride à denominada condição animalisca¹¹, em que cada indivíduo atua independentemente da existência de limites e parâmetros legais. Entretanto, quando aquele se torna presente em qualquer sociedade e a qualquer indivíduo, o ser humano é capaz de identificar e de defender suas condições de

⁸ RAWLS, John. **Uma teoria de Justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 538.

⁹ AGUESSEAU, Henri-François d'. **Méditations philosophiques sur l'origine de la justice**. [S.l.]: Yverdon, 1780. p. Tome I, A.

¹⁰ IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 41 - 48.

¹¹ Ibid. p. 41.

subsistência moral, pois a finalidade primordial do Direito é a resolução de conflitos, pacificá-los e pacificar a sociedade.¹²

Para IHERING¹³, a defesa do direito se constitui verdadeiramente como um “dever de autoconservação moral”, independente de qual âmbito de sua vida seja afetado, dimensão que essa área venha a possuir, ou natureza diversa de conseqüências futuras que possa gerar, pois a lesão causada pela ofensa ou omissão que se constituem como uma agressão deliberada ao nosso direito, ocasiona um sofrimento que se manifesta com intensidade variável, denominado “dor moral”.

Nesse diapasão, observa-se entendimento salutar de BRONZE, a compreender o Direito como dimensão normativa da realidade fática e padrão constitutivo da própria ação, a consubstanciar toda a gama de relações ora estabelecidas e a determinar a validade do comportamento socialmente relevante, ou seja, como real “princípio normativo”. Conforme BRONZE,

[...] O sentido do direito sempre acompanhou a variação das compreensões que o homem foi tendo de si mesmo ao longo dos tempos. No âmbito do direito romano, o homem compreendia-se por referência à concretas manifestações da sua autonomia e o direito definia o de cada um; durante o período medieval, o direito era uma ordem heterônoma de fundamentação religiosa que se impunha ao homem, pois era em referência à *república christiana* que ele se compreendia; na época moderna, surgiu a lei como universalização racional das liberdade e era o homem que revolucionariamente instituía o direito; hoje, diferente, o direito não é nem uma ponderação das autonomias (como era no direito romano), nem uma precipitação de uma ordem transcendente (como o direito medieval), nem o quadro de realização das liberdades (como na fase moderno-iluminista), mas, segundo alguns e em consonância com o *homo functionalis* em que radica, não passa de um projecto de organização eficiente da sociedade.

Perante a compreensão supra mencionada, verifica-se que o sentimento de justiça – e a intenção de busca por essa através do Direito – não pode ser diferenciado face a classe social e/ou o poder econômico do indivíduo, afinal, todos os indivíduos são essencialmente “seres humanos”, e “o indivíduo que defende seu direito, defende as condições éticas da sua vida”, elementos que compõe a existência moral de cada ser humano.¹⁴ (grifo nosso)

¹² PASTORE, Suzana Vereta Nahoum. O direito de acesso à justiça: Os rumos da efetividade. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v.12, n.49, out./dez. 2004. p.163.

¹³ IHERING, Rudolf von. op. cit. p. 41 - 48.

¹⁴ BRONZE, Fernando José. **Lições de Introdução ao Direito**. 2.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 14.

Por essa razão, verifica-se que o sentimento de justiça – e a intenção de buscá-la através do Direito – jamais deteria um caráter mutacional, ou seja, a admitir alterações mediante viés de classe social e poder aquisitivo econômico do indivíduo, afinal, todos os indivíduos são essencialmente “seres humanos”, e “*o indivíduo que defende seu direito, defende as condições éticas da sua vida*”,¹⁵ elementos que compõe a existência moral de cada ser humano. Assim, não se constitui suficiente a [...] “concessão abstrata dessas condições de existência por parte do direito objetivo: necessário se torna que o sujeito do direito as defenda em cada caso concreto”.¹⁶

Deste modo o direito de acesso à justiça pode ser entendido como o elemento fundamental de um sistema jurídico igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos os indivíduos, independente de quaisquer diferenças de gênero, raça, religião, posição econômica ou social.¹⁷

1.1.1 A Concretização do Estado Democrático de Direito, a consolidação histórica do direito de acesso à justiça e o direito fundamental social.

Perante a demanda do conceito integral e hodierno do direito de acesso à justiça, personificado neste estudo através de seu corolário - a assistência jurídica gratuita-, e a do direito fundamental social à saúde, faz-se necessária a exposição histórica do conceito

¹⁵ Ibid. p. 48.

¹⁶ Ibid. p. 42.

¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1988. p.12.

holístico de “Estado” até a consolidação do entendimento contemporâneo, o “Estado Democrático de Direito”¹⁸.

Desde o primeiro entendimento do denominado “Estado” até a atual concepção, foram diversos os aspectos históricos, ideológicos e teóricos predominantes a influenciar o arquétipo social da época e a positivação e efetivação dos direitos fundamentais.

Poder-se-á observar, também, historicamente, que a identificação e a valoração dos direitos essenciais ao ser humano, seja na perspectiva individual ou coletiva, a gradativa compreensão do verdadeiro significado de acesso à justiça, em suas diferentes perspectivas e variações, incitam gradativa relevância através da história jurídica e social dos povos, a evidenciar relevante adjeção de conhecimentos.

Condizente ao objetivo central da presente exposição, entre os diversos sentidos e conceitos adotados ao vocábulo “Estado”, adotar-se-á, primordialmente, o conceito jurídico kelsiano, conforme o qual “Estado é a comunidade criada por uma ordem jurídica nacional [...], como pessoa jurídica é uma personificação dessa comunidade ou ordem jurídica nacional que constitui a comunidade”¹⁹.

Pode-se compreender como “Estado”, também, conforme TOMAZI²⁰, o poder político organizado no interior da sociedade civil - visto que é na sociedade que ocorrem as relações sociais e ideológicas.

Conforme ALVES²¹, ainda, essa designação é utilizada para indicar um modo de ordenamento político que adveio somente na Europa medieval, entretanto, anterior ao aprofundamento do conceito ora exposto, deve-se atentar previamente às noções de povo, interesse geral e nação, bem como de separação entre público e privado.

Esses conceitos surgiram, expressivamente, do processo histórico de constituição do Estado Moderno, no começo século XVII, na Europa, ainda que algumas noções de “público e privado” e de “interesse geral” já pudessem ser encontradas em sociedades antigas, tais quais na Roma e Grécia, em conformidade com os dizeres de CONSTANT,

¹⁸ Nomenclatura especificadamente consagrada no Estado brasileiro.

¹⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do direito e do Estado**. 2ª ed. São Paul: Martins Fontes,1998. p.261.

²⁰ TOMAZI, Nelson Dacio. **Sociologia**. 2ª ed. São Paulo: Atual, 2000. p.132.

²¹ ALVES, Cleber Francisco. op. cit. p.16.

[...] o indivíduo, soberano quase habitual nos negócios públicos, é escravo em todas as suas relações privadas. Como cidadão, decide da paz e da guerra; como particular, é circunscrito, observado, reprimido em todos os seus movimentos; como parte do corpo coletivo, interroga, destitui, condena, despoja, exila, condena à morte seus magistrados ou superiores; como submetido ao corpo coletivo, pode ser, por sua vez, provado de seu estado, despojado de suas dignidades, banido, condenado à morte, pela vontade discricionária do conjunto do qual faz parte.²²

Nota-se que as noções de “público e privado” e de “interesse geral” existentes nas sociedades antigas detinham contornos limitados e conteúdo incompleto, visto que o indivíduo só detinha alguma importância, verdadeiramente, enquanto parte do corpo coletivo.

Entretanto, cabe ressaltar que mesmo nessas sociedades antigas, nas quais o indivíduo existia basicamente na esfera política e em que os direitos fundamentais permaneciam desfocados entre as demais leis, já haviam práticas similares à atual assistência jurídica gratuita.

Conforme VEINER²³, na Grécia Antiga, a cada ano eram designados dez advogados para a defesa dos indivíduos com menor potencial econômico; e em Roma tal instituto estava previsto no “*Digesto*”, Livro Três, Título I, “*De postulando*”, §4º (o qual tratava da competência do Pretor à nomeação de advogado a quem não o tivesse). Assim como no Livro Um, Título XVI, “*De Officio Proconsulis et Legati*”, § 5º, há a menção dessa prática a quem pedisse ou tivesse necessidade do benefício da justiça gratuita, como as mulheres e os menores, outrossim, nota-se mais uma vez, agora nesse presente exemplo, que o acesso à justiça é um direito contemplado em diversas sociedades desde os primórdios da Antiguidade.

E como é principalmente na modernidade que o indivíduo passa e ter independência privada e efetividade na busca de interesses particulares – quando os direitos civis se tornam realmente compreendidos –, cabe um maior destaque a partir dessa época, com início no primeiro modelo de Estado moderno: o Estado Absolutista.

²² CONSTANT, Benjamin. op. cit., p.703.

²³ VAINER, Bruno Zilberman. Assistência judiciária gratuita: um desafio de nosso tempo. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, v.12, n.48, jul./set. 2004. p. 226.

Foi da crise do feudalismo, em meados do século XVI, que adveio o Estado absolutista²⁴, tendo em Thomas Hobbes (1588-1679) o seu principal representante teórico. Esse modelo de Estado surgiu da aliança entre os monarcas e os burgueses, que permitiu aos primeiros centralizar todas as decisões políticas, legitimados pela interpretação católica das escrituras sagradas.²⁵

Esse Estado absolutista, além de possuir uma política teocrática e centralizadora, era “socialmente fundado na idéia de hierarquia divina, natural e social e na organização feudal, baseada no pacto de submissão dos vassallos ou súditos ao senhor.”²⁶

Entretanto, com o surgimento de uma verdadeira compreensão quanto ao direito natural dos indivíduos e da sociedade civil, gerou-se uma ruptura na idéia de hierarquia entre súditos e vassallos.

Ressalta-se que a distinção bem delimitada entre público e privado – Estado e sociedade – adveio nesta época e conquistou maiores traços com a real substituição do Antigo Regime pelo Estado liberal, o “representante do público e guardião do privado”.²⁷

O Estado liberal foi gerado com base nos interesses da burguesia, com seu poder econômico, pois necessitava de maior legitimidade para o exercício da liberdade de mercado,²⁸ e foi consolidado com a Revolução Francesa, em 1789, a superar o Antigo Regime.

Perfaziam teoricamente as condições necessárias de liberdade e igualdade entre os indivíduos, dados da sociedade civil explanada por John Locke (1632-1704), na obra “Segundo tratado sobre o governo”. O Estado liberal afirmava o caráter republicano do poder, em que o Estado é o poder público e nele os interesses dos proprietários devem ser representados por meio do parlamento e do poder judiciário (compreendido como um poder neutro e motivado somente perante provocação), através de uma república

²⁴ Na França ocorreu o auge do absolutismo, sob o reinado de Luis XVI (1661-1715), no século XVII.

²⁵ Cf. Esses princípios favoráveis à atuação dos monarcas podem ser encontrados na teoria do direito divino dos reis, do bispo Jacques Bènigne Bossuet (1627-1704), em sua obra “A política inspirada na Sagrada Escritura”, de 1679.

²⁶ CHAUI, Marilena. **Filosofia**. São Paulo: Ática, 2002. p. 208.

²⁷ TOMAZI, Nelson Dacio. op. cit. p. 138.

²⁸ Lema da burguesia iluminista: “*laissez-faire, laissez-passer*”. (Deixei fazer, deixei passar, tradução nossa).

representativa. Ainda, o Estado Liberal, através da força e da lei, possuía poder para dominar e reprimir, e deste modo, garantir a ordem pública.²⁹

Dessa trajetória advém a compreensão do “Estado de Direito”, na concepção democrático-liberal, no qual o princípio da legalidade – atuação conforme o direito – detém aspecto notório na sociedade.

Para AFONSO DA SILVA³⁰, as características básicas do Estado de Direito³¹, podem ser definidas como: a submissão ao império da lei, na qual a lei emana do Legislativo, como poder competente e composto por representantes do povo-cidadão; a divisão dos poderes de modo que atuem com independência como sendo o Legislativo, Executivo e Judiciário; enunciado e garantia dos direitos individuais.

Conforme entendimento de CANOTILHO³², “O princípio básico do Estado de direito é o da eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos com a consequente garantia de direitos dos indivíduos perante esses poderes”, afinal, “Estado de direito é um Estado ou forma de organização político-estadual cuja atividade é determinada e limitada pelo direito”, em que a segurança jurídica do cidadão se torna mais evidente, em termos de direitos individuais.³³

Ademais, NOVAIS³⁴ reafirma que a frequente invocação popular e interiorização na sociedade do conceito *mítico*³⁵ de Estado de Direito ainda persiste até a época atual, a potencializar ainda mais o renomado princípio do Estado de Direito.

²⁹ CHAUI, Marilena. op. cit. p. 208.

³⁰ AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros.. 2007. p. 112-113.

³¹ Cf. Demais conceitos e classificações foram igualmente realizadas pelos doutrinadores: *Johann Kaspar Bluntschli (BLUNTSCHLI, Johann Kaspar. Théorie générale de l'état. Tradução de Armand de Riedmatten. Paris : Libr. Guillaumin, 1877.)*, Hans Kelsen (KELSEN, Hans. *Teoría general del Estado*. Publicação/Produção Barcelona ; Madrid ; Buenos Aires. Editorial Labor, 1934.), Carl Schmitt (SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Pres. Francisco Ayala; Epílogo de Manuel García-Pelayo. Madrid : Alianza Editorial, 1996.), entre outros, razão pela qual serão expostos os conceitos identificados como mais completos e compreensíveis.

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Cadernos Democráticos. 1ª ed. Publicação/Produção. Lisboa: Gradiva, 1999. p. 09.

³³ “Estado de não direito será, pelo contrário, aquele em que o poder político se proclama desvinculado de limites jurídicos e não reconhece aos indivíduos uma esfera de liberdade ante o poder protegida pelo direito.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit. p. 11.

³⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2006.

Salutar ressaltar que nessa época havia a predominância do Poder Legislativo, pois existia a idéia de que a produção de normas legislativas que pudessem assegurar um rol mínimo de direitos aos indivíduos ainda era considerada suficiente.

Assim, com enfoque na evolução do direito de acesso à justiça, predominante observar que nessa época ainda “era praticamente nula a problemática do acesso dos mais pobres à justiça, pois ao Estado cabia apenas garantir a titularidade formal dos direitos”,³⁶ a assegurar a possibilidade ao indivíduo de propor uma ação e defender-se – conforme suas possibilidades e viabilidade social –, e, de ter uma estrutura judiciária ativa à resolução de litígios, evidenciando um cunho absolutamente individualista, em que o acesso à justiça era somente um conceito formal e não possuía a devida efetividade aos que não detinham meios necessários de usufruí-lo.

CANOTILHO³⁷, por sua vez, afirma que o acesso à justiça apresenta-se como a concretização do princípio estruturante do Estado de Direito, a refletir sobre a dinamização que esse direito gera em face das normas realizadas pelo Poder Legislativo. Por essa razão, a concepção de que o acesso à justiça ainda detinha contornos limitados aos indivíduos hipossuficientes economicamente, mesmo com o advento do Estado de Direito, evidencia a ausência de conceitos maduros sobre o direito de igualdade – e principalmente isonomia, desigualdade social, dignidade da pessoa humana, contraditório, ampla defesa.

Observa-se que o Estado de Direito em sua concepção clássica, exteriorizava a prestação negativa do Estado, que deveria garantir a segurança pública, a proteger os indivíduos contra atos que pudessem causar lesão. E os direitos dignos de proteção se encontravam nos ideários da revolução burguesa – direito à vida, à igualdade e à propriedade –, a criar a noção de que a vida social poderia ser regulada por meio de leis, exemplificando a idéia de contrato social. Desse modo, observa-se que tal entendimento

³⁵ Conceito compreendido como a certeza de que o reconhecimento como Estado de Direito constitui condição decisiva da legitimidade de qualquer poder político.

³⁶ ALVES, Cleber Francisco. op. cit. p.21.

³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5ª ed. Lisboa: Almedina, 1991. p.665

coaduna-se com o supra mencionado pensamento de IHERING, para o qual a finalidade primordial do direito é a resolução de conflitos e consequente pacificação desses.³⁸

Mas, esse domínio exercido pela burguesia prontamente colidiu com os interesses do proletariado, afinal, as conquistas do Estado liberal ainda não haviam alcançado toda a sociedade, mas apenas a classe então dominante.

E deste modo, através de movimentos predominantemente sindicais – originados pelas lutas de classe, e somados ao surgimento do capitalismo – gerador de muitas crises econômicas e sociais – surge um novo modelo de Estado denominado como o Estado Social.³⁹

Após as conquistas do proletariado, compreendeu-se que unicamente a previsão normativa de um rol de direitos essenciais aos indivíduos não era suficiente à promoção de sua eficácia, mas, deveriam ser cumulados aos direitos que exigissem um papel mais ativo do Estado.⁴⁰ Afinal, os direitos fundamentais sociais "advêm do Estado social, na tentativa da criação de uma sociedade mais justa, tendo por base a ideia de solidariedade"⁴¹.

Assim, o Estado passa a exercer uma prestação positiva, garantidor não somente de proteção aos indivíduos e à sociedade e de previsões normativas necessárias, como legítimo defensor dos direitos de liberdade, mas como um gerador de prestações em prol da educação, da saúde, da moradia, da previdência social e do transporte.⁴²

³⁸ PASTORE, Suzana Vereta Nahoum. op. cit. p.163.

³⁹ Cf. Conforme NOVAIS, "Para traduzir as novas preocupações e funções do Estado no século XX tem sido proposta uma multiplicidade de designações, desde o «Estado Assistencial» e «Estado Providência» ao «Welfare State» ou «Estado de bem-estar» mas também «Estado de partidos», «Estado de associações e «Estado administrativo». [...] Porém enquanto cada uma daquelas designações a tônica, ou se justifica integralmente, em aspectos parcelares ou apenas numa das dimensões que atrás referimos, o *Estado Social* surge como um conceito mais apto para exprimir, com toda a extensão salientada, a natureza específica do novo tipo de relações entre Estado, cidadão e sociedade. (NOVAIS, Jorge Reis. 2006. p. 188).

⁴⁰ Cf. O inglês John Maynard Keynes (1883-1946), em sua obra "Teoria geral do emprego, do juro e do dinheiro", tornou-se grande referência teórica sobre o Estado Social.

⁴¹ ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa**. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2006. p. 201-203.

⁴² Ressalta-se que além dessas garantias, o Estado passa a assegurar o sufrágio universal, e até mesmo a interferir na economia para garantir o pleno emprego.

Através das palavras de NOVAIS⁴³, nota-se que o modelo histórico do Estado, assumiu a continuação do Estado de Direito liberal do séc. XIX, “com a manutenção e o aprofundamento da defesa dos direitos de autonomia individual”. Afinal, compreender o indivíduo como aquém da prestação estatal positiva se torna um conceito ínfimo, pois, já incidem nuances de que a maioria desses indivíduos poderá um dia se tornar vulnerável em alguns dos quesitos essenciais de vida, tendo em vista as suas múltiplas necessidades básicas de sobrevivência, e ao Estado caberá prover tais garantias – até mesmo pela razão de que tais indivíduos, em sua maioria, contribuem para a carga tributária do Estado.

Com essa nova atuação e compreensão, o protagonismo do Estado do Social passa a sustentar-se pelo Poder Executivo, que agora deveria assegurar ao povo condições mínimas para uma vida digna, através de uma estrutura de serviços sociais e órgãos ativos, e, principalmente, assegurar a todos os indivíduos o acesso àqueles direitos.⁴⁴

Entretanto, conforme VERDÚ⁴⁵, a construção do Estado Social ainda não foi capaz de assegurar a justiça social e nem a verdadeira participação democrática do povo no processo político, vertentes basilares à constituição de um modelo digno de Estado.

Ainda, a diversidade de compreensões quanto à palavra “social”⁴⁶ provocaram situações díspares e incompreensíveis, visto que a Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, e, especialmente Portugal salazarista e o Brasil, desde a Revolução de 30, foram consagrados como Estados “sociais”. Destarte, conforme BONAVIDES, esse

⁴³ NOVAIS, Jorge Reis. 2010, p. 20.

⁴⁴ Cf. “Ao discorrer sobre os limites ao poder de conformação legislativa em matéria de realização da igualdade social” – que é um dos ideais teóricos da efetividade dos direitos sociais – TAVARES dispõe com maestria que, “O poder-legislativo encontra-se por isso muito coarctado e a aprovação de políticas públicas de promoção da sociabilidade em um estudo prévio de sustentabilidade financeira podem revelar-se mais perniciosas do que benéficas”, a evidenciar que a promoção e garantia dos direitos sociais deverá ser realizada de modo coerente e responsável economicamente pelo Estado, através do princípio da sustentabilidade, assertiva em foco devido aos limites econômicos vislumbrados em Portugal e parte da Europa recentemente. (TAVARES DA SILVA, Suzana. op. cit. p. 115.)

⁴⁵ VERDÚ, Pablo Lucas. **Curso de derecho político**. v.II. Madri: Editorial Tecnos, 1986. p.230-231 apud SILVA, José Afonso da. op. cit. p.118.

⁴⁶ “Assim, pode dizer-se que é neste conjunto de estadualização da sociedade e de socialização do Estado que se corporiza o princípio de socialidade enformadora do novo Estado social, e, por sua vez, é essa dupla dimensão que permite distinguir o *Estado Social* dos conceitos afins.” NOVAIS, Jorge Reis. 2006, p. 187.

fato demonstra que “o Estado Social se compadece com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o nazismo e o nacional-socialismo”⁴⁷.

E em decorrência da ambigüidade exposta, originou-se a necessidade de um Estado que personificasse um estado de justiça material, em que todas as parcelas da sociedade participassem da fiscalização e controle desse, através de um princípio democrático.

Neste plano, surgiu uma nova concepção de Estado – como uma junção da essência do Estado de Direito ao Estado Democrático – a de um “Estado Democrático de Direito”, em que há a predominância do Poder Judiciário e do pós-positivismo, conforme VIANNA:

“Em torno do Poder Judiciário vem-se criando, então, uma nova arena pública, externa ao circuito clássico ‘sociedade civil – partidos – representação – formação da vontade majoritária’, consistindo em ângulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular. Nessa nova arena, os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos judiciais, expondo o Poder Judiciário a uma interpelação direta de indivíduos, de grupos sociais e até de partidos – como no caso de países que admitem o controle abstrato de normas –, em um tipo de comunicação em que prevalece a lógica dos princípios, do direito material, deixando para trás as antigas fronteiras que separavam, do *tempo passado*, de onde a lei geral e abstrata hauria seu fundamento, do *tempo futuro*, aberto à infiltração do imaginário, do ético e do justo.”⁴⁸

A denominação “Estado Democrático de Direito”⁴⁹ foi formulada em 1813 por Welcker⁵⁰, engloba o entendimento de uma consolidação democrática e de uma legalidade diferenciada da predominante no Estado de Direito clássico.

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7ª ed., 2ª tir. São Paulo. Malheiros Editores, 2004. p. 205 e 206.

⁴⁸ CONSTANT, Benjamin. op. cit. p. 703

⁴⁹ Cf. Mediante nomenclaturas absolutamente diferentes nos diplomas constitucionais contemporâneos, observa-se: Na Constituição da Alemanha, no art. 28, nº. 1, 1ª alínea, têm-se a denominação “Estado de Direito Republicano, Democrático e Social”; na Constituição Portuguesa, art. 2º, a terminologia “Estado de Direito Democrático”; e na Constituição Espanhola, art. 1º, nº.1, a denominação “Estado Social Democrático de Direito.

⁵⁰ MORAES, Guilherme Peña de. **Instituições da Defensoria Pública**. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 24.

O ideal de legalidade nesse novo conceito de Estado prevê uma ação além da simples previsão normativa de limitação do poder público, pois o Estado passa a exercer o dever de modificar a realidade social do povo, em expressa conexão com o ideário de uma consolidação democrática. Conforme palavras de NOVAIS,

De facto, com a extensão exigida pela actual compreensão da dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais só obtêm cabal realização e protecção em regime democrático.⁵¹

Somente através da consolidação democrática advém o verdadeiro indicador da eficácia dos Estados às alterações relevantes em favor da realidade social do povo e da existência de instituições atuantes que possam assegurar e garantir os direitos fundamentais normatizados, a revelar intrínseca relação com o conceito de acesso à Justiça aos indivíduos hipossuficientes economicamente.

CEZAR, ainda complementa o entendimento ao explicar que em

[...] um Estado Democrático de Direito, o acesso à justiça deve ser entendido como a possibilidade posta ao indivíduo de obter uma prestação jurisdicional do Estado, sempre que houver a necessidade para a preservação do seu direito. Essa prestação deve ser realizada de modo imparcial, rápido, eficiente e eficaz.⁵²

O princípio democrático reflete um alcance ainda maior quando confere uma nova inteligibilidade aos elementos do Estado de Direito, a legitimar até mesmo a recomposição observada na divisão de poderes tradicional, quando, em suma “à luz da submissão básica de todas as funções estaduais à vontade democrática livremente expressa”.⁵³

⁵¹ NOVAIS, Jorge Reis. 2006. p. 207.

⁵² CESAR, Alexandre. **Acesso à justiça e cidadania**. Cuiabá: UFMT, 2002. p. 34.

⁵³ NOVAIS, Jorge Reis. 2006. p. 208.

Contudo, desde a compreensão mais primária de Estado até os contornos atuais do Estado Democrático de Direito, observar-se-á que os contornos teóricos adquiridos resultam, muitas vezes, em ausências e contradições de ordem prática nos Estados contemporâneos e, igualmente, perante os princípios mais basilares que norteiam o Direito e o Estado.

2 O direito fundamental social à saúde

O direito social à saúde ⁵⁴ pode ser reconhecido como um autêntico direito fundamental por parte da doutrina atual, em face da profunda conexão com o princípio da dignidade da pessoa humana e a integração desse ao denominado `mínimo existencial` – compreendido como a agregação das condições de existência à uma vida digna⁵⁵ ao ser humano –, porém, essa retórica ainda está aquém de se tornar um conceito unânime.

Aos doutrinadores que negam esse reconhecimento, os direitos sociais seriam compreendidos como direitos inferiores diante de uma suposta hierarquia normativa – quando em confronto com os denominados direitos de liberdade⁵⁶ –, pois seria ausente a justificação necessária de sua natureza jusfundamental⁵⁷, e, desse modo, seriam somente meras normas programáticas⁵⁸ sem nenhum efeito ou validade anterior à sua regulamentação.

Após a criação dessas normas infraconstitucionais regulamentadoras, compreendidas como essencialmente necessárias à existência e eficácia do direito constitucional social, nota-se que a efetivação desse direito em pauta ainda poderia estar bruscamente condicionada a demais elementos impeditivos, distintos da área exclusivamente jurídica. Dentre esses, cita-se o da “reserva do possível” ⁵⁹, de cunho também financeiro e fiscal, compreendida como uma decisão final e política do Poder

⁵⁴ “[...] Os direitos ditos sociais são concebidos como instrumentos destinados à efetiva redução e/ou supressão de desigualdades, segundo a regra de que se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade.” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 712.)

⁵⁵ [...] a dimensão pessoal postula o valor da pessoa humana e exige o respeito de sua dignidade. (NEVES, Castanheira. **A Revolução e o direito**. Coimbra: Editora Coimbra. 1976. p. 207.)

⁵⁶ NOVAIS, Jorge Reis. 2010. op.cit. p. 09.

⁵⁷ NOVAIS, Jorge Reis. loc. cit.

⁵⁸ BARRETO, Vicente de Paulo. Separata do Boletim de Ciências Económicas. **Reflexões sobre os direitos sociais**. Coimbra: [s.n.], 2003. p. 9.

⁵⁹ Cf. Para MENDES, os direitos sociais demandam ações redutoras de desigualdades, porém, essas dependem quase em sua totalidade de investimentos estatais, e, por essa razão, um dos maiores empecilhos para a efetivação desses direitos sociais é o denominado “limite do financeiramente possível”, uma limitação imposta diante da escassez de recursos financeiros estatais. (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit. 2004. p. 713.)

executivo, portador da legitimidade democrática exigida a administração orçamentária do Estado.

Salienta-se que perante esse citado conceito advém a tendência errônea que tende a privilegiar a concretização dos direitos fundamentais de liberdade, pois esses teriam natureza negativa. Contudo, não deveria existir uma hierarquia predisposta quanto aos direitos fundamentais em si, visto que todos esses são complementares e muitos integram um rol a concessão das condições mínimas de vida, ou seja, constituem uma prioridade evidente, sejam esses direitos de liberdade, pertencentes a 1ª dimensão de direitos humanos, ou, sociais, pertencentes a 2ª dimensão.⁶⁰

VITA⁶¹ disserta sobre os chamados direitos negativos *versus* direitos positivos, e critica essa dicotomia quando expõe que de todo e qualquer direito compreende ao Estado um ato de abstenção à prática de determinados atos e um dever de praticar outros, positivamente; sendo assim, todos os direitos compreendem o cumprimento de deveres sejam negativos ou positivos, até mesmo os direitos de primeira dimensão, direitos de liberdade. Ainda, complementa VITA:

Meu propósito foi o de ressaltar quão discutível é a suposição de que a garantia dos direitos de primeira geração, porque conteriam primordialmente componentes de natureza negativa, não faria grandes exigências a recursos públicos escassos.⁶²

Igualmente disserta NOVAIS⁶³ quando observa que tanto no direito à vida, integrante do Título II, como no direito à habitação, pertencente ao Título III, quando considerados em sua totalidade, encontram-se direitos negativos e positivos, com um conteúdo determinado ou determinável, com indicações de deveres estatais ou possíveis e diversas reservas que os afetam.

⁶⁰ “Trata-se de uma distinção tradicional, baseada numa classificação oriunda do Direito Internacional dos Direitos Humanos [...]” (NOVAIS, Jorge Reis. 2010. op.cit. p. 340).

⁶¹ VITA, Álvaro de. **A justiça igualitária e seus críticos**. São Paulo: UNESP, 2000. p. 235-239.

⁶² VITA, Álvaro de. Op. cit. p. 237.

⁶³ NOVAIS, Jorge Reis. op. cit. 2010. p. 343.

Compreende-se também, que a inatividade de um direito fundamental, independentemente desse ser classificado como de liberdade ou social, poderá prejudicar diretamente a efetividade de outro direito igualmente fundamental. Pois, ambos os grupos são amparados por princípios norteadores e basilares do Direito, a gerar uma rede interligada de direitos em que ausência da eficácia e efetividade do primeiro tende a anular os mesmos critérios no próximo.

Assim, invariavelmente, quando a efetividade de um direito social está aquém do mínimo determinado, principalmente quando referente ao direito à saúde, o supremo direito à vida estará diretamente ameaçado. Será, então, o direito à saúde, muitas vezes, o direito condizente à principal possibilidade de um indivíduo poder ter o seu maior bem jurídico tutelado e protegido, a vida.

Isto posto, conforme conhecimento histórico-doutrinário, observar-se-á que os direitos sociais podem ser vislumbrados e compreendidos verdadeiramente como direitos fundamentais e que o direito fundamental social à saúde é ainda digno de fundamentalidade subjetiva vinculante e oponível ao Estado, com a relevância condizente ao tema.

Razões pelas quais deverá ser observada a origem do direito social constitucional no Brasil e em Portugal – cumulada à profunda análise do meio histórico à época –, e, posterior inserção e evolução normativa no âmbito jurídico lusitano e brasileiro. Deterá especial ênfase o estudo do direito fundamental social à saúde e o seu corolário, o direito ao medicamento, com o intuito de compreender a dinâmica fática existente nos Estados em questão à posterior avaliação e análise através do direito comparado.

2.1 A relevância do Direito Comparado

O Direito Comparado se constitui como um instrumento relevante à reforma da legislação e do sistema judicial doméstico, e, demonstra “*o que é fundamental e conceitualmente necessário; o que é permanente, mas do que modificável nas normas jurídicas e instituições judiciais; e o que caracteriza as crenças e valores que*

fundamentam”⁶⁴, a compor o conhecimento que possibilita a associação deste método às mudanças positivas no sistema analisado.

IONESCO⁶⁵ ainda sustenta que o objeto do Direito Comparado é “*a contrafação, por oposição ou aproximação, de dois ou mais institutos jurídicos, através de uma abordagem metodológica que privilegie a realidade social e cultural das instituições comparadas*”, assemelhando-se a um método de estudo e não a um ramo apartado do Direito.

Salienta-se que a utilização do Direito Comparado também pressupõe a interdisciplinaridade e, diante dessa observação, deve-se ater o estudo cumulativamente ao conhecimento pleno da questão através de outras disciplinas diversas à jurídica. Ademais, perante a existência de funções ditas como “*utópicas*” – como a procura de tendências universais do Direito ou a descoberta de instituições jurídicas ideais – deve-se compreender como correta somente a predominância das chamadas funções “realistas” do Direito Comparado.⁶⁶

Insere-se como uma dessas funções realistas e como uma das principais contribuições da utilização desse método de comparação, evidencia-se a possibilidade de melhoria do sistema doméstico, somada a maior compreensão e conhecimento desse sistema, uma vez que evidencia peculiaridades do próprio sistema analisado. E, através desse conhecimento, ter-se-á a identificação de características comuns aos sistemas analisados e possíveis melhores opções a serem adotadas.

DAVID⁶⁷, ao analisar as contribuições do direito comparado, assevera:

⁶⁴ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Teoria e Prática do Direito Comparado e Desenvolvimento: Estados Unidos X Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p. 67.

⁶⁵ ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do Direito Comparado**, p. 43. apud CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Teoria e Prática do Direito Comparado e Desenvolvimento: Estados Unidos X Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p. 69.

⁶⁶ VIEIRA, José Roberto. **Medidas provisórias em matéria tributária: as catilnárias brasileiras**. 1999. 369 p. Tese (Doutor em Direito Tributário) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. p. 95.

⁶⁷ DAVID, René. **Os grandes Sistemas de Direito Contemporâneo**, 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 04.

As vantagens que o direito comparado oferece podem, sucintamente, ser colocadas em três planos. O direito comparado é útil nas investigações históricas ou filosóficas referentes ao direito; é útil para conhecer melhor e aperfeiçoar o novo direito nacional; é finalmente, útil para compreender os povos estrangeiros e estabelecer um melhor regime para as relações da vida internacional. (grifo nosso)

Deve-se ressaltar que o seu objeto não deverá ser o da simplista imitação, pois as inúmeras facetas e elementos constituintes de um sistema jurídico podem ser interligados – dependentes ou complementares – e uma inserção ou modificação alienígena inconseqüente no sistema analisado poderia acarretar diversas conseqüências negativas.⁶⁸

Porém, se alguma imitação for necessária, dever-se-á fazê-la com a devida cautela, a propiciar a inserção dessa nova compreensão no sistema doméstico como uma contribuição positiva e enriquecedora, um meio de avanço jurídico e social.

Ressalta-se, também, a “*acumulação de conhecimentos*”⁶⁹ como notória contribuição do Direito Comparado, ao propiciar uma visão global do direito em face do conhecimento das diferentes famílias jurídicas, tais como as principais: romano-germânica e anglo-saxônica.

A família jurídica romano-germânica, da qual tanto o Brasil como Portugal são integrantes, merece destaque na presente exposição.

Essa família é formada pelos países que tiveram o direito romano como fundamento da sua concepção de Direito – denominado como Direito romano-germânico ou Direito continental-europeu –, com regras de conduta vinculadas às questões de justiça e de moral ora conhecidas.

Constituem-se como direitos continuadores do direito romano, mas, não são sinônimos desse, visto que perante múltiplos contatos entre diferentes povos ao longo do tempo, com incorporações de costumes, tradições e conteúdo jurídico, muitos dos elementos que agora configuram a concepção da família romano-germânica já não derivam do direito romano propriamente dito.

⁶⁸ Inserir um novo modelo ou instituto alienígena no sistema doméstico simplesmente pela notícia de que o mesmo gera funções positivas e possui alto grau de eficácia e efetividade no sistema analisado, torna-se um ato irresponsável e desmedido.

⁶⁹ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. op. cit. p. 70.

Em aspectos gerais, pode-se dizer que uma característica valiosa desse sistema foi o surgimento da codificação, a perfazer a ideia do positivismo jurídico consagrado por Hans Kelsen em momento posterior. Conforme o entendimento de DAVID,

A codificação é a técnica que vai permitir a realização da ambição da escola do direito natural, expondo de modo metódico, longe do caos das compilações de Justiniano, o direito que convém à sociedade moderna e que deve, por consequência, ser aplicado pelos tribunais.⁷⁰

Compreende GILISSEN⁷¹ que a idéia de codificação acompanhou a origem de um panorama legislativo com dimensões imensamente extensas e corresponde a uma compilação de normas jurídicas de origem legislativa, mas também, por vezes, doutrinal, com a dupla finalidade, a de garantir segurança jurídica e a de proporcionar um maior conhecimento do direito.

2.1.1 Micro e Macrocomparação

Para que a comparação seja devidamente realizada, torna-se importante salientar a divisão sistemática entre micro e macrocomparação.

Conforme CASTRO JÚNIOR, a macrocomparação entre sistemas jurídicos considerados em sua globalidade, possui como objeto o “*estudo de duas ou mais grandes*

⁷⁰ DAVID, René. op. cit. p.36.

⁷¹ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3ª. ed. Lisboa: Fundacao Calouste Gulbenkian, 2001. p. 448.

estruturas jurídicas, especialmente das ordens jurídicas”⁷², a incluir a comparação de sistemas de direito como sistemas.

Quanto à microcomparação, compreende CASTRO que é a obtenção e acumulação de observações parciais de “*partículas elementares ou micro elementos*”, que formam as ordens jurídicas e deverá ser realizado de modo “sistemático e ordenado”.⁷³

Inferre DE CRUZ⁷⁴ que alguns dos possíveis objetos de comparação da microcomparação podem ser: as instituições ou conceitos peculiares aos sistemas; as fontes de direito, sistema judicial, profissões jurídicas ou até a estrutura do sistema jurídico; vários ramos do direito doméstico; o desenvolvimento histórico dos sistemas jurídicos; e as bases ideológicas, sócio-jurídicas e econômicas.

No presente estudo, incluir-se-á o direito fundamental social à saúde aos indivíduos hipossuficientes economicamente como elemento principal à microcomparação, com especial ênfase no âmbito do direito ao medicamento, perante os panoramas normativo e operacional.

Ainda, mesmo perante o entendimento de que o acesso à justiça é um elemento de macrocomparação⁷⁵ e um “*elemento determinante*”⁷⁶, com importância central e mais genérica, cabe a devida inclusão da assistência jurídica gratuita igualmente como elemento de microcomparação, tendo em vista ser esse um meio viável aos indivíduos hipossuficientes economicamente à defesa e busca dos seus direitos fundamentais, entre esses, o direito fundamental social à saúde.

Contudo, a microcomparação somente é realizada com a necessária intelecção quando há uma mudança na escala de observação, a objetivar uma melhor compreensão dos elementos que integram as estruturas jurídicas estudadas, pois “*o objeto da comparação é descobrir os elementos que caracterizam as ordens jurídicas, ou seja, o seu*

⁷² CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. op. cit. p. 84.

⁷³ Ibid. p. 83.

⁷⁴ DE CRUZ, Peter. **Comparative Law in a Changing World**. 2ª ed. London. CaCavendish Publishing, 1999. apud CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. op. cit. p. 228.

⁷⁵ Visto que engloba tanto o aspecto da assistência jurídica como o próprio sistema judiciário e o Direito de um determinado ordenamento jurídico como um todo, além de outros aspectos.

⁷⁶ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. op. cit. p. 84.

núcleo central".⁷⁷ Utilizar-se-á, igualmente, as ferramentas do método diacrônico e do método sincrônico.

O Método Diacrônico, ou comparativo-histórico, baseia-se na premissa de que *"inexiste fenômeno jurídico puro que seja descolado do seu meio sócio-histórico"*⁷⁸, visto que é a partir da história que se terá a verdadeira compreensão do objeto de comparação.

Acredita-se que será através da análise dos acertos e erros de determinado povo, em sua trajetória histórica, que se compreenderá os respectivos reflexos em seu Ordenamento jurídico, consubstanciada em escolhas e reformas normativas.⁷⁹

Assim, analisar-se-á igualmente a trajetória histórica, tanto no aspecto normativo quanto no aspecto operacional, do direito fundamental social à saúde e dos modelos de assistência jurídica de Portugal e do Brasil.

Diferentemente, o Método Sincrônico consiste na pesquisa de dois ou mais fenômenos a identificar e privilegiar as semelhanças, através da consideração das diferenças e desta forma, focar o objeto de comparação sob a perspectiva atual.

Assim, em primeiro momento, analisar-se-á o elemento de microcomparação no meio no qual está inserido (configurado por seu ordenamento jurídico, a sociedade à qual pertence, a história do seu povo e o seu direito), para então aprofundar o estudo exclusivamente nestes elementos específicos. Compreende-se que somente existirá uma análise fidedigna e uma comparação eficaz quando respeitada a presente ordem de exposições e análises citadas acima.

⁷⁷ DE CRUZ, Peter. op. cit. apud CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. op. cit. p. 83.

⁷⁸ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. op. cit. p. 144.

⁷⁹ Ressalta-se esse aspecto, principalmente, na diferenciada origem histórica da Constituição da República Portuguesa em face da Constituição da República Federativa do Brasil, fato que alcançou e condicionou as demais leis infraconstitucionais, sejam essas leis materiais ou processuais.

2.1.2 A Função do Direito Comparado nesse estudo

Ante a compreensão de que a microcomparação é a tendência preponderante do Direito Comparado contemporâneo, através da observação de outros sistemas jurídicos para a análise de um determinado instituto e que essa comparação é realizada através do contexto preliminar alcançado pela macrocomparação, tem-se como função elementar do Direito Comparado nesse estudo as duas subsequentes análises mediante a realização da microcomparação outrora explanada.

Primeiramente a do direito fundamental social à saúde – direito e concessão de medicamentos –, e, após, a do modelo adotado de assistência jurídica gratuita nos países contemporâneos da família romano-germânica - Brasil e Portugal -, como fundamento do Estado Democrático de Direito e da concepção atual de direitos humanos e fundamentais.

Tais exercícios comparativos possuem o condão de expor em que pontos o nosso ordenamento jurídico nacional se aproxima do outro sistema, o lusitano, e, em que pontos se diferenciam através dos citados métodos sincrônico-diacrônico.

Diante da compreensão e da análise dos elementos fáticos e normativos que integram esse panorama comparativo, compreender-se-á primeiramente quais são os que verdadeiramente garantem efetividade às previsões normativas sobre o direito fundamental social à saúde, evidenciado nesse trabalho como um dos seus corolários, o direito ao medicamento.

Ainda, analisar-se-á igualmente os elementos fáticos e normativos condizentes ao acesso à justiça, personificado no presente estudo também através de seu corolário, a assistência jurídica gratuita.

2.2 A perspectiva histórico-jurídica do direito fundamental social

Os direitos sociais, consagrados como direitos humanos⁸⁰ no artigo 22⁸¹ da Declaração Universal dos Direitos Humanos – adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 – e no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em 1966, perfazem um conteúdo normativo advindo também do “*cenário das grandes lutas políticas que atravessaram o século XX [...] Mais precisamente, referimo-nos ao momento, 1918, em que a Revolução Russa [...] rompeu os limites jurídicos do Estado de Direito e do modelo constitucional representativo ocidental*”, a proporcionar uma inédita declaração de Direitos, “Declaração dos direitos do povo trabalhador e explorado”, e Constituição pátria.⁸²

A revolução Russa, conforme NOVAIS, teria sido uma alternativa radical ao modelo de Estado Liberal, que evidenciava o egresso da ultrapassada compreensão de que direitos fundamentais seriam unicamente os direitos contra o Estado, afinal, agora “*eram direitos dos trabalhadores, dos que haviam sido excluídos da anterior sociedade de opressão, e que seriam realizáveis, não contra o Estado, mas através do Estado.*”⁸³

⁸⁰ Deste modo, resta adequada a distinção proposta por Ingo Wolfgang Sarlet entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, ao firmar que, não obstante [...] ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção, é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica àqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 31-32.)

⁸¹ Artigo 22: Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

⁸² NOVAIS, Jorge Reis. 2010. op.cit. p. 17.

⁸³ NOVAIS, Jorge Reis. 2010. op.cit. p. 18.

A resposta social dos Estados de direito democráticos à mencionada “Declaração dos direitos do povo trabalhador e explorado”, advinda da Revolução Russa, é vislumbrada no modelo da Constituição de Weimar⁸⁴, influenciada pela doutrina de Adolph Wagner⁸⁵, conforme entendimento de TAVARES DA SILVA⁸⁶. Após, o conceito foi igualmente apropriado e explorado pelo governo alemão de Papen, em 1932.

Ressalta-se também a Constituição Mexicana de 1917 que igualmente estabeleceu um conteúdo constitucional social, em que os direitos trabalhistas e previdenciários foram então considerados como direitos fundamentais.

Posteriormente, diversos outros documentos legislativos, marcos históricos e sociais influenciaram as normas que atualmente vigem em diversos Estados contemporâneos, entre esses, a Constituição da República Portuguesa de 1976 e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em profunda análise subsequente.

2.2.1 O cenário legislativo lusitano advindo da Constituição da República Portuguesa de 1976.

A origem do texto constitucional português atualmente em vigor detém profunda correlação com o momento histórico de sua elaboração, amplamente evidenciado no preâmbulo da carta magna lusitana⁸⁷, correspondente ao período pós- regime fascista e

⁸⁴ Cf. A Constituição de Weimar, Constituição do Império Alemão, foi o documento que vigorou na República de Weimar da Alemanha, a permanecer em vigor durante o Terceiro Reich (1933 – 1945).

⁸⁵ Cf. Renomado estudioso alemão de ciência financeira e autor da expressão e conceito primário “*welfare state*”. (Obras indicadas: Wagner, Adolph. *Les fondements de l'économie politique*. Tradução de Léon Polack. Paris: V. Giard & E. Brière, Libraires-Éditeurs, 1904-1914; e Backhaus, Jürgen G. *Essays on social security and taxation*: Gustav von Schmoller, Adolph Wagner. Marburg: Metropolis-Verlag, 1997).

⁸⁶ TAVARES DA SILVA, Suzana. op. cit. p. 100.

⁸⁷ “PREÂMBULO. A 25 de Abril de 1974, o Movimento das Forças Armadas, coroando a longa resistência do povo português e interpretando os seus sentimentos profundos, derrubou o regime fascista. Libertar Portugal da ditadura, da opressão e do colonialismo representou uma transformação revolucionária e o

revolucionário, em que os direitos e liberdades fundamentais apresentavam ampla notoriedade em face da opressão outrora vivenciada⁸⁸. Perante a análise desse período, cita-se o entendimento de TAVARES,

Uma revolução só tem sentido se for levada a cabo para desalienar e libertar os homens que são os seus destinatários. Nunca para criar-lhes novas grilhetas e novos mitos que conduzem à degradação da sua dimensão humana ou à sua alienação. E a liberdade constrói-se, não com palavras mas com prática da cidadania e com respeito escrupuloso do Poder perante os compromissos assumidos para com os cidadãos governados.⁸⁹

Logo, compreende-se o ponto inicial da atual problematização em pauta no cenário constitucional português, ou seja, a dicotomia entre os direitos elencados no TÍTULO II - (Direitos, liberdades e garantias), e os do TÍTULO III (Direitos e deveres económicos, sociais e culturais), pois, os direitos do TÍTULO II representavam uma demanda inexorável no período da Assembléia Constituinte, pós- regime fascista e revolucionário.

Contudo, no TÍTULO II constam muitos direitos que não seriam verdadeiramente essenciais ao ser humano sob caráter de urgência, a ponto de obterem um ‘regime jurídico-

início de uma viragem histórica da sociedade portuguesa. A Revolução restituiu aos Portugueses os direitos e liberdades fundamentais. No exercício destes direitos e liberdades, os legítimos representantes do povo reúnem-se para elaborar uma Constituição que corresponde às aspirações do país. A Assembleia Constituinte afirma a decisão do povo português de defender a independência nacional, de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, de estabelecer os princípios basilares da democracia, de assegurar o primado do Estado de Direito democrático e de abrir caminho para uma sociedade socialista, no respeito da vontade do povo português, tendo em vista a construção de um país mais livre, mais justo e mais fraterno [...], grifo nosso).

⁸⁸ A opressão vivenciada pelo povo português foi finalmente superada através da afamada “Revolução dos Cravos”. Afinal, conforme explanado por TAVARES, “Uma revolução só tem sentido se for levada a cabo para desalienar e libertar os homens que são os seus destinatários. Nunca para criar-lhes novas grilhetas e novos mitos que conduzem à degradação da sua dimensão humana ou à sua alienação. E a liberdade constrói-se, não com palavras mas com prática da cidadania e com respeito escrupuloso do Poder perante os compromissos assumidos para com os cidadãos governados. (TAVARES, Francisco de Sousa. **A busca da justiça continua**. Fundão: Of. Gráficas do Jornal do Fundão, 1975. p. 28.)

⁸⁹ TAVARES, Francisco de Sousa. **A busca da justiça continua**. Fundão: Of. Gráficas do Jornal do Fundão], 1975. p. 28.

constitucional diferenciado’, um “*novo meio processual*”, advindo do art.20.º, n. 5 da CRP, que é negado ao direito fundamental social à saúde, constante do TÍTULO III.

“Em 2002, o Código de Processo dos Tribunais Administrativos criou um novo meio processual, ‘a intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias’, utilizável quando seja indispensável, para assegurar o exercício em tempo útil de um direito, liberdade ou garantia, a **emissão célere de decisão judicial de mérito que imponha à Administração a adopção de uma conduta positiva ou negativa**.[...] concretização e desenvolvimento, por parte do legislador administrativo, da imposição legiferante introduzida na revisão constitucional de 1997 (art.20.º, n. 5, da Constituição), segunda a qual para defesa dos direitos, liberdade, garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade.”⁹⁰

Consoante entendimento de NOVAIS, a concessão de um “*regime jurídico-constitucional de protecção privilegiada*”⁹¹ ao rol de direitos do TÍTULO II, cumulado posteriormente ao conteúdo do artigo 17⁹² (Todos direitos que sejam análogos aos mencionados no TÍTULO II), demonstra com evidência a preservação da intenção histórica anteriormente apresentada.

Porém, sendo os direitos de ambos os títulos considerados como legítimos direitos fundamentais, “*qual era o critério de identificação dos direitos elegíveis ao regime*” de protecção privilegiada pelo legislador?⁹³

Qual a razão da existência de maior protecção somente aos direitos do TÍTULO II e análogos, quando predomina nesse rol normativo uma gama absolutamente distinta de direitos e bens jurídicos a serem tutelados, a evidenciar um estereótipo ainda desconhecido?

Diante dessa oposição, os princípios gerais inseridos nos artigos n.º 12 e 13 seriam para ambos, porém, o conteúdo dos artigos n.º 18 e 19 seriam apenas aos constantes no TÍTULO II e análogos, a refletir assim uma total incongruência fática?⁹⁴

⁹⁰ NOVAIS, Jorge Reis. 2010. op.cit. p. 333.

⁹¹ NOVAIS, Jorge Reis. 2010. op.cit. . p. 350, grifo nosso.

⁹² Artigo 17.º - Regime dos direitos, liberdades e garantias - O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga.

⁹³ NOVAIS, Jorge Reis. 2010. op.cit. p. 333.

Ainda, e, principalmente, “*Por que razão, com efeito, em Estado Social de Direitos, deveria conferir ao direito de antena ou ao direito à greve maior protecção constitucional que a conferida ao direito à protecção da saúde, à habitação, ou ao trabalho?*”⁹⁵

O direito à protecção à saúde não justificaria por si só, como corolário do direito à vida, previsto no TÍTULO II⁹⁶, um regime igualmente diferenciado?

Percebe-se que o critério adotado ao regime especial junto dos tribunais comuns – visto a inexistência de possibilidade de defesa direta dos direitos fundamentais junto ao Tribunal Constitucional⁹⁷ –, aparenta contradição. Assim como o parâmetro estabelecido no art. 17.

NOVAIS⁹⁸, contudo, teoriza diferentes possibilidades de critérios a serem adotados, sejam esses: a distinção material (razões de relevância e fundamentabilidade ou maior proximidade com os princípios essenciais do Direito, como o da “dignidade da pessoa humana”); e a distinção formal (atinente à natureza negativa ou positiva imposta ao Estado);

Para o autor, a distinção material é inviável, visto que a localização de uma “*diferença identificatória numa qualidade ou característica material do direito*”⁹⁹ seria inexequível. E, quanto à questão de maior proximidade aos princípios basilares, observa-se que em um Estado Social e Democrático de Direito, todos os direitos fundamentais devem revelar essa referência, e, ainda assim, esse fato não justificaria a razão de um ininteligível regime processual diferenciado para alguns direitos como atualmente ocorre.

Quanto à distinção formal, em cada direito como um todo constará uma natureza negativa e positiva à sua efetivação, e, muitas vezes, com um conteúdo ainda determinável. O mito de que os direitos que integram a primeira dimensão dos direitos humanos, os

⁹⁴ Possibilidade de suspensão de direitos que não integrem o rol do TÍTULO II.

⁹⁵ NOVAIS, Jorge Reis. 2010. op.cit. p. 342.

⁹⁶ TÍTULO II - Direitos, liberdades e garantias. CAPÍTULO I. Direitos, liberdades e garantias pessoais. Artigo 24.º - Direito à vida.

⁹⁷ NOVAIS, Jorge Reis. 2010, op.cit., p. 350.

⁹⁸ Ibid. p. 342.

⁹⁹ NOVAIS, Jorge Reis, loc. cit.

direitos de liberdade, seriam exclusivamente de natureza negativa, sem nenhuma imposição de deveres e dispêndio financeiro ao Estado, não pode mais ser considerado diante da realidade fática existente.

Afinal, ambas as espécies de direitos gerarão despesas, tendo em vista que o Estado terá que garanti-los aos cidadãos através de serviços públicos, órgãos, bens públicos, entre outros, que inevitavelmente demandarão gastos financeiros em distintas proporções.

Em sua obra, AMARAL¹⁰⁰ igualmente sustenta que todos os direitos geram custos ao Estado, razão pela qual propõe até mesmo a ausência da distinção regular entre os direitos fundamentais de liberdade e os direitos fundamentais sociais, pois a relevante distinção deveria ser quanto aos que viriam a integrar o mínimo existencial, e ainda complementa que somente uma razão excepcional justificaria a inatividade do Estado quanto à ausência de efetividade desses. Com entendimento complementar sobre o tema, NOVAIS discorre,

[...] O que importa, portanto também para efeitos de justiça administrativa e possibilidade de acesso a este novo meio processual, não é uma distinção abstracta entre direitos, liberdade e garantias e direitos econômicos, sociais e culturais, mas a questão de saber se o direito em causa é um direito fundamental da maior relevância material, se está suficientemente determinado em termos de direito subjectivo público e, como tal, é susceptível de ser judicialmente invocável com respeito integral do princípio da separação de poderes e dos limites funcionais da justiça administrativa.¹⁰¹

Nesse mesmo diapasão, cita-se o posicionamento de SARLET, para o qual não há razão de manter o entendimento lusitano de que a norma que proclama a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais corresponda somente aos direitos, liberdades e garantias, correspondentes ao TÍTULO II e à primeira dimensão de direitos humanos, tendo em vista que a conseqüente negação da presunção de eficácia imediata para muitos

¹⁰⁰ Cf. AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha. Em Busca de critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e Decisões Trágicas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

¹⁰¹ NOVAIS, Jorge Reis. 2010, op.cit. p. 357.

direitos do TÍTULO III e a adoção de regime processual diferenciado prejudica a consagração plena desses como direitos fundamentais.

Afinal, os direitos fundamentais sociais são direitos através do Estado e jamais contra o Estado¹⁰², pois exigem uma prestação material definida em lei e quando esta ainda permanece indefinida, exige primeiramente a previsão de uma normal regulamentadora necessária.

CANOTILHO¹⁰³, igualmente assevera que tanto os direitos, como as prestações, revelam o direito do indivíduo particular à obtenção através do Estado. A evidenciar que o Estado segue como responsável pelas normas que produz e também pela efetividade que concede a essas previsões jurídicas, afinal, nas palavras de ALEXY¹⁰⁴, os direitos e ações estatais de natureza positiva podem ser definidas como aqueles em que o núcleo do objeto é uma ação fática ou uma ação normativa. Observa-se que tanto as ações fáticas como as ações normativas do Estado constituem uma dinâmica constante à efetividade de um direito.

Entretanto, a adotar posição diversa, ABRAMOVICH¹⁰⁵ assevera que o Estado deverá efetivar o conteúdo do TÍTULO II o mais brevemente possível, mesmo que o seja progressivamente, a infelizmente considerar o tradicional rito processual constitucional ora imposto.

Contudo, após freqüentes suposições doutrinárias, ainda não há um consenso sobre o tema, a imperar o pensamento tradicional na prática judiciária portuguesa.

¹⁰² KRELL, Andreas Joaquin. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

¹⁰³ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra. Almedina, 2003. p. 408.

¹⁰⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008.

¹⁰⁵ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

2.2.2 O cenário legislativo brasileiro advindo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 enalteceu um novo panorama constitucional quanto ao conteúdo dos direitos fundamentais brasileiros.

Ocorre que o Brasil esteve em um regime ditatorial militar desde o ano de 1964 e, a partir de 1967, esteve ainda diante de uma Constituição imposta pelo então governo militar, o denominado "regime de exceção", no qual muitas garantias individuais e sociais eram ineficazes ou ausentes ao povo, afinal, os interesses da ditadura seriam sempre imperativos nessa época.

Contudo, após o término da ditadura militar e a redemocratização do Brasil, a partir de 1985, surgiu “*uma imensa demanda do povo brasileiro por direitos sociais, individuais, políticos e econômicos*”¹⁰⁶, e, após notória realização da Assembleia Nacional Constituinte ocorreu a “[...] *histórica sessão solene do Congresso Nacional em que foi promulgada a atual Constituição da República Federativa do Brasil, no dia 5 de outubro de 1988 [...]*”.¹⁰⁷

Conforme indicação do preâmbulo¹⁰⁸ da Carta Magna brasileira, a Assembleia Nacional Constituinte objetivou instituir um Estado Democrático que assegurasse o exercício dos direitos que constituem o âmago da proteção da dignidade da pessoa humana, a refletir diretamente na previsão constitucional dos direitos sociais.

¹⁰⁶ INSTITUTO BRASILEIRO DE ALTOS ESTUDOS DE DIREITO PÚBLICO. **Constituição Federal: 20 Anos**. Disponível em: <http://www.altosestudios.com.br/?p=40598>. Acesso em: 14 de janeiro de 2014.

¹⁰⁷ INSTITUTO BRASILEIRO DE ALTOS ESTUDOS DE DIREITO PÚBLICO **Constituição Federal: 20 Anos**. Disponível em: <http://www.altosestudios.com.br/?p=40598>. Acesso em: 14 de janeiro de 2014.

¹⁰⁸ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.” (grifo nosso)

Deste modo concedeu especial destaque ao indivíduo, em seu aspecto individual, social e coletivo, pois, conforme entendimento de WERNECK¹⁰⁹, o conteúdo da CRFB optou por um Poder Judiciário acessível às minorias parlamentares e aos interesses da sociedade civil organizada, a representar um ato significativo para a inclusão de novos sujeitos sociais na esfera da cidadania e reconheceu, também, os direitos outrora reivindicados pelos movimentos sociais.

O discurso proferido pelo Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, o Deputado Ulysses Guimarães, na data de 27 de julho de 1988, em defesa do Projeto de Constituição, ressalta essa convicção quanto aos objetivos da Assembleia Nacional Constituinte:

“[...] Dois de fevereiro de 1987: “Ecoam nesta sala as reivindicações das ruas. A Nação quer mudar, a Nação deve mudar, a Nação vai mudar.” São palavras constantes do discurso de posse como Presidente da Assembléia Nacional Constituinte. Hoje, 5 de outubro de 1988, no que tange à Constituição, a Nação mudou. A Constituição mudou na sua elaboração, mudou na definição dos poderes, mudou restaurando a Federação, mudou quando quer mudar o homem em cidadão, e só é cidadão quem ganha justo e suficiente salário, lê e escreve, mora, tem hospital e remédio, lazer quando descansa [...] O enorme esforço é dimensionado pelas 61.020 emendas, além de 122 emendas populares, algumas com mais de 1 milhão de assinaturas, que foram apresentadas, publicadas, distribuídas, relatadas e votadas, no longo trajeto das subcomissões à redação final. [...] Há, portanto, representativo e oxigenado sopro de gente, de rua, de praça, de favela, de fábrica, de trabalhadores, de cozinheiros, de menores carentes, de índios, de posseiros, de empresários, de estudantes, de aposentados, de servidores civis e militares, atestando a contemporaneidade e autenticidade social do texto que ora passa a vigorar. [...] A Constituição é caracteristicamente o estatuto do homem. É sua marca de fábrica. O inimigo mortal do homem é a miséria. O estado de direito, conseqüência da igualdade, não pode conviver com estado de miséria. Mais miserável do que os miseráveis é a sociedade que não acaba com a miséria. Tipograficamente é hierarquizada a precedência e a preeminência do homem, colocando-o no umbral da Constituição e catalogando-lhe o número não superado, só no art. 5º de 77 incisos e 104 dispositivos. Não lhe bastou, porém, defendê-lo contra os abusos originários do Estado e de outras procedências. Introduziu o homem no Estado, fazendo-o credor de direitos e serviços, cobráveis inclusive com o mandado de injunção. [...] Tem significado de diagnóstico a Constituição ter alargado o exercício da

¹⁰⁹ WERNECK VIANNA, Luiz. **Esquerda brasileira e tradição republicana: estudos de conjuntura sobre a era FHC-Lula**. Rio de Janeiro: Revan, 2006. apud PERLATTO, Fernando. Contemporâneos - Revista de artes e Humanidades. **A Constituição de 1988: um marco para a História da Nova República brasileira**. n.º. 3. nov-abr de 2009.

democracia, em participativa além de representativa. É o clarim da soberania popular e direta, tocando no umbral da Constituição, para ordenar o avanço no campo das necessidades sociais. [...] **Recorde-se, alvissareiramente, que o Brasil é o quinto país a implantar o instituto moderno da seguridade, com a integração de ações relativas à saúde, à previdência e à assistência social, assim como a universalidade dos benefícios para os que contribuam ou não, além de beneficiar 11 milhões de aposentados, espoliados em seus proventos.** [...] ¹¹⁰ (grifo nosso)

Nessa mesma ocasião, o então presidente José Sarney, manifestou-se sobre o recém promulgado conteúdo constitucional,

“A nova Constituição brasileira é moderna e avançada, fonte de paz e progresso, em sintonia com a mentalidade e vontade dominante de uma população pacífica desejosa de progresso e bem-estar... A colocação no texto dos aspectos relativos aos direitos e garantias individuais antes das disposições sobre organização e poderes do Estado demonstra simbolicamente a precedência e supremacia do indivíduo e da sociedade civil.” ¹¹¹ (grifo nosso)

Observa-se que os direitos sociais constam no segundo capítulo do Título II, intitulado como “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, a evidenciar que os direitos sociais foram proclamados como direitos fundamentais pelo Constituinte, dignos de plena eficácia e direta aplicabilidade.¹¹²

¹¹⁰ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Momentos Marcantes da Constituinte. **Constituição Cidadã - Discurso proferido pelo Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, Deputado Ulysses Guimarães, em 27 de julho de 1988, em defesa do Projeto de Constituição, em segundo turno de apreciação, das críticas de que o País seria ingovernável, caso o texto fosse aprovado.** Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrivendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/Ulysses-Guimaraes-constituicao-cidada.pdf>. Acesso em: 14 de janeiro de 2014.

¹¹¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE ALTOS ESTUDOS DE DIREITO PÚBLICO. op. cit.

¹¹² “[...] recorda-se aqui pelo menos a necessidade de, em virtude do sentido literal mínimo, portanto, da vontade expressamente manifestada pelo Constituinte, ter como fundamentais (além de outros, a teor do disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição) todos os direitos estabelecidos no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), no sentido de que não cabe aos poderes constituídos, com base em critérios de fundamentalidade material alheios às opções do Constituinte (já que é este, em primeira linha, quem decide sobre quais bens tutelar como fundamentais, e não a teoria de base preferida do intérprete), subtrair parte dos direitos ali enunciados do regime jurídico que lhes é próprio. Como contraponto, v., entre nós, as importantes teses divergentes (em parte inclusive entre si)”. (TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, Rio de Janeiro: Renovar, p. 243 e ss.; e C. P. de Souza Neto, “**Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais...**”, p. 298 e ss. apud SARLET, Ingo

Nas palavras de SARLET e FIGUEIREDO,

[...] os direitos sociais, por serem fundamentais, comungam do regime pleno da dupla fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais. Com efeito, para além de poderem ser reconhecidos como protegidos contra uma supressão e erosão pelo poder de reforma constitucional (por força de uma exegese necessariamente inclusiva do artigo 60, § 4º, inciso IV, da CF), os direitos sociais (negativos e positivos) encontram-se sujeitos à lógica do artigo 5º, § 1º, da CF, no sentido de que a todas as normas de direitos fundamentais há de se outorgar a máxima eficácia e efetividade possível, no âmbito de um processo em que se deve levar em conta a necessária otimização do conjunto de princípios (e direitos) fundamentais, sempre à luz das circunstâncias do caso concreto. Em outras palavras, também as normas de direitos sociais (inclusive de cunho prestacional) devem, em princípio, ser consideradas como dotadas de plena eficácia e, portanto, direta aplicabilidade, o que não significa (e nem o poderia) que sua eficácia e efetividade deverão ser iguais.¹¹³ (grifo nosso).

Contudo, observa-se na doutrina brasileira semelhante conflito teórico sobre o fato, afinal, teóricos como TORRES, ainda defendem posição contrária. Nas palavras do autor, “Os direitos sociais, que não são fundamentais, representam direitos *prima facie*, que necessitam da *interpositio legislatoris* para se tornarem definitivos.”¹¹⁴ Esses direitos estariam à mercê de uma otimização progressiva e da reserva do financeiramente possível, sendo que a primeira deveria ocorrer até o nível que não pudesse interferir de modo prejudicial no âmbito econômico do Estado.

Nesse extremo, cita-se a posição de COSTA BARBOSA¹¹⁵, personificada pela escolha da dicotomia entre direitos fundamentais sociais mínimos e direitos sociais máximos, no qual os primeiros exemplificariam a previsão de direitos sociais vinculados ao conceito de liberdade e os últimos aos de justiça e solidariedade (a demonstrar uma visível ausência da natureza fundamental do direito social ao aos últimos). Em um primeiro momento, insurge a percepção de uma dicotomia razoável, afinal, muitos dos direitos

Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008.)

¹¹³ SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. op. cit.

¹¹⁴ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 130-131.

¹¹⁵ COSTA BARBOSA, Ana Paula. **Die Menschenwürde im deutschn Grundgesetz und in der brasilianischen Verfassung Von**. apud TORRES, Ricardo Lobo. op.cit. p. 131-132.

sociais não constituem o rol unânime do mínimo existencial atual, contudo, por essa razão, deveria ser excluída a natureza fundamental em virtude de sua previsão constitucional que corrobora esse entendimento?

Conclui-se que os direitos sociais são em ambas as Cartas Magnas, direitos legitimamente fundamentais, apesar da existência de opinião doutrinária contrária, contudo, observa-se que dentre esses direitos sociais, o direito social fundamental à saúde é ainda digno de um regime processual especial e diferenciado, digno de plena eficácia e direta aplicabilidade e os devidos esforços estatais para a sua efetividade, em virtude da sua relevância suprema à existência da vida, o mais relevante bem jurídico do Direito e da humanidade, ao qual todos os outros direitos pertencem.

2.3 A suprema relevância do direito fundamental social à saúde

A questão da saúde ao indivíduo e principalmente a sua ausência correspondem ao tema que incita diariamente a maior evidência de vulnerabilidade da natureza humana, afinal, o ideal perquerido não é somente uma mera sobrevivência humana, mas uma vida em termos dignos, mesmo em face da complexidade de seu conceito, conforme entendimento de LOUREIRO.

[...] "A saúde é o bemobjecto do direito, o bem protegido. Bem que surge adjectivado de básico (John Finnis), primário (John Rawls) ou como condição para o desenvolvimento (Amartya Sen); já a sua determinação e densificação colocam-nos um pouco como Santo Agostinho a propósito do tempo: 'Se ninguém mo pergunta, sei o que é; mas se quiser explicá-lo a quem mo perguntar, não sei'".¹¹⁶

¹¹⁶ LOUREIRO, João Carlos. Direito à (proteção da) saúde. In: **Revista da Defensoria Pública**. Ano 1. Nº. 1. jul./dez. 2008. p.35 a 73.

Ocorre que esse ideal de uma vida em termos dignos depende, também diariamente, da ocorrência de variados fatores¹¹⁷, assim como da supressão de outros, a revelar um ponto de equilíbrio muitas vezes dificilmente conquistado a muitos indivíduos, principalmente aos que não possuem as condições financeiras necessárias.

Devido à extrema importância do assunto, observa-se atualmente uma riqueza normativa significativa, internacional e doméstica, advinda da contínua evolução jurídico-filosófica sobre a temática dos direitos humanos e fundamentais, tendo em vista também a sua inter-relação entre os demais direitos de mesma natureza, conforme LOUREIRO.

[...] O direito à saúde – uma expressão que está longe de ser pacífica – é marcado por zonas de sobreposição com esferas que são autonomamente protegidas, como a vida, a integridade física e a privacidade, a educação e a informação e a habitação, a alimentação e o trabalho. [...] ¹¹⁸ (grifo nosso).

Porém, o direito à saúde ainda consta como uma área recente do Direito e é principalmente composta por normas cujo objetivo é restaurar a saúde humana, prevenir e evitar danos, conforme FORGES,

[...] Le droit de la santé n'est pas une branche du droit au sens où on peut l'entendre pour le droit fiscal ou le droit pénal. C'est cependant une discipline nouvelle dont la spécificité ne cesse de s'affirmer, de la même manière que, par exemple, pour le droit de l'environnement, ou le droit de la construction. Son homogénéité ne provient pas des techniques juridiques auxquelles il recourt; au contraire l'un de ses principaux caractères est d'emprunter tantôt au droit privé, tantôt au droit public. Son principe d'unité est fonctionnel: le droit de la santé est l'ensemble des règles applicables aux activités dont l'objet est de restaurer la santé humaine, de la protéger et d'en prévenir les dégradations. ¹¹⁹ (grifo nosso).

¹¹⁷ Dentre esses diversos fatores, salutar ressaltar que grande parte da população mundial atualmente necessita de medicamentos regulares, por tempo indeterminado, ao tratamento de patologias específicas incuráveis ou à concessão de uma vida digna diante dessas.

¹¹⁸ TOEBES, Brigit C. A. **The right to health as a human right in international law**. Antwerpen. Groningen. Oxford. 1999. p. 260. apud LOUREIRO, João Carlos. op. cit. p. 47.

¹¹⁹ FORGES, Jean-Michel de. **Le droit de la santé**. 4. ed. Paris: PUF, 2000. p. 07.

Como temática integrante do complexo normativo atual do Direito, cita-se primeiramente o panorâma internacional¹²⁰ em que esse está inserido, a partir da Organização Mundial da Saúde¹²¹, agência especializada das Nações Unidas, designada às questões relativas à saúde.

A Constituição da OMS entrou em vigor na data de 7 de abril de 1948¹²², e prevê conceitos desafiadores até o presente momento. Como objetivo principal prevê a “aquisição, por todos os povos, do nível de saúde mais elevado que for possível”, ainda, assevera que “gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social”.

Ademais, determina que “os Governos têm responsabilidade pela saúde dos seus povos, a qual só pode ser assumida pelo estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas.”¹²³

Observa-se que o citado objetivo “nível de saúde mais elevado que for possível”, revela a concepção da saúde como um elemento do mínimo existencial perante o real entendimento da garantia do “máximo possível e viável”, como um direito

¹²⁰ “O nascimento do direito internacional da saúde assenta suas raízes nos esforços desenvolvidos a partir da segunda metade do século XIX, tendo em vista o combate às epidemias. A primeira conferência sanitária internacional realizou-se em Paris, em 1851, tendo este processo levado à constituição, em 1907, do Serviço Internacional de Higiene Pública. Mais tarde, após a Primeira Guerra Mundial, foi criada a Organização de Saúde da Sociedade das Nações e, também com relevância neste campo, a Organização Internacional do Trabalho.” (LOUREIRO. João Carlos. op. cit. p. 49).

¹²¹ “WHO is the directing and coordinating authority for health within the United Nations system. It is responsible for providing leadership on global health matters, shaping the health research agenda, setting norms and standards, articulating evidence-based policy options, providing technical support to countries and monitoring and assessing health trends.” -. **WORLD HEALTH ORGANIZATION**. History of WHO. Disponível em: <http://www.who.int/about/history/en/index.html>. Acesso em: 15 de novembro de 2013.

¹²² Data atualmente dedicada à celebração anual do “Dia mundial da saúde”.

¹²³ UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP. **Biblioteca Virtual de Direitos Humanos**. Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/o-que-e-a-oms.html>. Acesso em: 15 de novembro de 2013.

verdadeiramente prioritário, um direito fundamental de todo ser humano, ao qual o Governo detém a responsabilidade de garantir.

Em consonância com o objetivo da OMS, vislumbra-se semelhante conteúdo na primeira parte do artigo 25º, 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a mencionar que “Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar”.¹²⁴ Afinal, nas palavras de STEICHEN¹²⁵, “*l'évolution vers une vie de meilleure qualité passe incontestablement par la prise en considération des questions de santé*”.

Ressalta-se também a previsão sobre o direito à saúde no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, artigo 12.¹²⁶

No âmbito europeu, o Conselho da Europa optou por incluir a previsão do direito à saúde no artigo 35º¹²⁷, Capítulo IV, denominado como Solidariedade, da denominada “Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia”¹²⁸, dentre outros direitos econômicos e sociais adicionais.

¹²⁴ DIGESTO. Diário da República eletrônico. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://dre.pt/comum/html/legis/dudh.html>. Acesso em: 15 de novembro de 2013.

¹²⁵ STEICHEN, Pascale. *Evolution du droit à la qualité de la vie: de la protection de la santé à la promotion du bien-tre*. **Revue Juridique de l'Environnement**. Limoges: Centre de la Recherche Scientifique. n.º. 3. 2000. p. 369.

¹²⁶ Artigo 12.º. 1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir. (Gabinete de documentação e direito comparado. **Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais**. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh-psocial.html>. Acesso em: 14 de novembro de 2013.)

¹²⁷ “Artigo 35º. Protecção da saúde. Todas as pessoas têm o direito de aceder à prevenção em matéria de saúde e de beneficiar de cuidados médicos, de acordo com as legislações e práticas nacionais. Na definição e execução de todas as políticas e acções da União é assegurado um elevado nível de protecção da saúde humana.”

(EUROPA. Sínteses da legislação da UE. **Carta dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:pt:PDF>. Acesso em: 16 de novembro de 2013.)

¹²⁸ “A Carta foi elaborada por uma convenção composta por um representante de cada país da UE e da Comissão Europeia, bem como por deputados do Parlamento Europeu e dos parlamentos nacionais. Foi formalmente adoptada em Nice, em Dezembro de 2000, pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho Europeu e pela Comissão Europeia. Em Dezembro de 2009, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a Carta foi investida de efeito jurídico vinculativo, à semelhança dos Tratados. Para o efeito, a Carta foi alterada e proclamada pela segunda vez em Dezembro de 2007.” EUROPA. Sínteses da legislação da UE. **Carta dos Direitos Fundamentais**. Loc. cit.

[...] o artigo 35º consagra para todos os cidadãos dos Estados-Membros, mas também de Estados-Terceiros (ainda que se encontrem em situação ilegal no território da União), um direito de acesso à prevenção e um direito de beneficiar de cuidados médicos, bem como um princípio finalístico de garantia de um nível elevado de saúde, que naturalmente possuem diferentes estruturas e intensidades normativas, mesmo se a todos se reconhece um jaez social. Com efeito, na primeira parte, está em causa um direito negativo de liberdade (que impede a União ou os Estados-Membros de limitarem ou suprimirem o acesso de cada um à prevenção da saúde) mas também um direito de protecção (garantia de acesso igual à prevenção de saúde e de manutenção das condições de vida, ambiente e trabalho azadas a uma precaução dos riscos de saúde). Por seu turno, o direito a beneficiar de cuidados médicos implica um dever de realização, ainda que os Estados possam escolher os meios mais adequados de o levar a cabo.¹²⁹ (grifo nosso).

Observa-se, também, que no Capítulo I, intitulado como Dignidade, artigo 2º, consta o direito à vida, ao qual o direito à saúde é compreendido como corolário direto.

Após, adveio a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, de quatro de abril de 1997, com notória previsão do direito à saúde em seu art. 3º.¹³⁰

Já no âmbito americano, ressalta-se o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador", concluído em 17 de novembro de 1988. O direito à saúde está previsto no artigo 10º, com especial menção aos indivíduos hipossuficientes economicamente na alínea f.¹³¹

¹²⁹ VALE, Luís A. M. Menezes do. O direito à saúde na União Europeia em perspectiva diacrónica: elementos para uma genealogia do artigo 35.º da CDFUE (cont.). *Nascer e Crescer*, Porto, v. 21, n. 1, 2012.

Disponível em <http://www.scielo.gpeari.mctes.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0872-07542012000100010&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 06 janeiro de 2014..

¹³⁰ Artigo 3.º. Acesso equitativo aos cuidados de saúde. As Partes tomam, tendo em conta as necessidades de saúde e os recursos disponíveis, as medidas adequadas com vista a assegurar, sob a sua jurisdição, um acesso equitativo aos cuidados de saúde de qualidade apropriada.

¹³¹ Artigo 10. Direito à saúde. 1. Toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social. 2. A fim de tornar efetivo o direito à saúde, os Estados Partes comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público e, especialmente, a adotar as seguintes medidas para garantir este direito: [...] f. Satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. PROTOCOLO ADICIONAL À CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS EM MATÉRIA DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS ECULTURAIS,

2.3.1 Princípios norteadores e teorias basilares

O Direito Fundamental Social à saúde compreende princípios informadores que integram o seu conceito e a sua essência, a deslindar os seus reais fundamentos e objetivos e a direcionar aos âmbitos corretos da necessária futura atuação governamental em prol do indivíduo, através do caráter teórico-filosófico que também o mantêm.

A contemplar a atual vasta gama de conquistas jurídicas através do reconhecimento e valoração de diversos princípios fundamentais, que incidirão conforme característica elementar de determinado caso concreto, é salutar identificar os princípios primários e genéricos que, de modo indiscriminado, terão direta sintonia com o direito fundamental social à saúde no contexto atual, denominados como princípios informadores e nucleares desse direito.

2.3.1.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como núcleo essencial

Como um dos princípios salutares outrora citados, ressalta-se o princípio da “Dignidade da pessoa humana”.

Durante o período da Antiguidade Clássica, a compreensão da dignidade da pessoa humana detinha contornos diversos, atualmente superados, onde o indivíduo apenas lograva alguma importância, verdadeiramente, como parte do corpo coletivo. Ainda, existia a errônea conotação de pessoas mais e menos dignas, a dignidade do indivíduo

“PROTOCOLO DE SAN SALVADOR”. Disponível em:
http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm. Acesso em: 16 de novembro de 2013.

existia conforme a posição que detinha no estatuto social¹³², a resplandecer uma ininteligível “hierarquia de dignidade” que jamais vislumbrava o indivíduo como um ser humano igual a todos os demais em natureza e essência, conforme observação de SARLET

“Dignidade da pessoa a considerar em si e por si, que o mesmo é dizer a respeitar para além e independentemente dos contextos integrantes e das situações sociais em que ela concretamente se insira. Assim, se o homem é sempre membro de uma comunidade, de um grupo, de uma classe, o que lhe é em dignidade e valor não se reduz a esses modos de existência comunitária e social. Será, por isso inválido, e inadmissível, o sacrifício desse seu valor e dignidade pessoal a benefício simplesmente da comunidade, do grupo, da classe. Por outras palavras, o sujeito portador do valor absoluto não é a comunidade ou a classe, mas o homem pessoal, embora existencial e socialmente em comunidade e na classe. Pelo que o juízo que histórico-socialmente mereça uma determinada comunidade, um certo grupo ou uma certa classe não poderá implicar um juízo idêntico sobre um dos membros considerado pessoalmente – a sua dignidade e responsabilidade pessoais não se confundem com o mérito e o demérito, o papel e a responsabilidade histórico-sociais da comunidade, do grupo ou classe que faça parte.”¹³³ (grifo nosso)

Destarte, no panorama filosófico-histórico do princípio da dignidade da pessoa humana, destaca-se positivamente e primeiramente o pensamento Estóico, para o qual essa seria uma característica intrínseca a todos os homens e por essa razão se distinguiria das demais criaturas.

Ademais, cita-se também o filósofo Cícero que compreendeu a dignidade como absolutamente independente do *status quo* ou posição social que o indivíduo poderia ocupar, mas, a partir da concepção da natureza humana ser considerada superior às demais.¹³⁴ Compreensão reiterada, após, por São Tomás de Aquino, ainda que durante o medievo, a referir expressamente o vocábulo “*dignitas humana*”, a significar que esse detinha o principal alicerce na aceção de que o homem foi feito à imagem e semelhança de Deus.¹³⁵

¹³² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª. Edição revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006. p. 30.

¹³³ NEVES, Castanheira. **A Revolução e o direito**. Coimbra: Editora Coimbra. 1976. p. 207.

¹³⁴ SARLET. op. cit, p. 30.

¹³⁵ Ibid. p. 31.

Durante o período da Renascença, Idade Moderna, adveio o entendimento do humanista italiano Pico della Mirandola, a ressaltar a exclusiva condição racional e independente do ser humano à sedimentação de sua existência e destino¹³⁶, complementado após pelo espanhol Francisco de Vitória, no séc. XVI, quando asseverou a questão que afirmou que os índios eram igualmente legítimos destinatários dos princípios liberdade e igualdade, como sujeitos de direitos por sua condição humana.¹³⁷

A conceituação do princípio em pauta detinha conotação e inspiração predominantemente religiosa, principalmente nas escrituras sagradas e em consonância com os princípios bíblicos, contudo nos séculos XVII e XVIII, originou-se a profunda percepção de um conhecimento laico e racional quanto ao princípio, através de Samuel Pufendorf e Immanuel Kant.

As teorias filosóficas de Kant obtiveram relevância principalmente no Ordenamento jurídico quando dissertou que o homem jamais deveria ser considerado como um “meio”, ou instrumentalizado de algum modo, mas sim e somente como um “fim” em si mesmo pois:

“[...] no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade [...]”¹³⁸ (grifo nosso)

Através desses precedentes, compreendeu-se que o significado do princípio da dignidade da pessoa humana, ainda que advindo de diversas influências religiosas, alcança

¹³⁶ “[...] Importa, contudo, ter presente a circunstância de que esta liberdade (autonomia) é considerada em abstrato, como sendo a capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta, não dependendo da sua efetiva realização no caso da pessoa em concreto, de tal sorte que também o absolutamente incapaz (por exemplo, o portador de grave deficiência física mental) possui exatamente a mesma dignidade que qualquer outro ser humano física e mentalmente capaz. (CANOTILHO, in SARLET. op. cit p. 45, grifo nosso).

¹³⁷ Ibid. p. 31-32.

¹³⁸ KANT, Immanuel apud SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Quarta Edição revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006. p. 33.

a todos os seres humanos indiscriminadamente, independentemente de existência de crenças ou adesão a alguma religião, a ensejar, posteriormente, a compreensão atual e a profunda conexão desse princípio com os demais princípios e direitos fundamentais existentes.

Contudo, a conexão jurídico-positiva entre os mencionados direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana adveio somente através da consolidação do Estado Social de Direito¹³⁹, após a segunda guerra mundial, quando o contexto degradante ocorrido anteriormente submeteu à comunidade jurídica uma verdadeira reavaliação da valoração elementar do ser humano¹⁴⁰, simplesmente a partir do seu conceito do indivíduo¹⁴¹.

Conforme BARCELLOS¹⁴², o conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana, atualmente detém maior alcance e se relaciona igualmente com os direitos fundamentais e direitos humanos¹⁴³, e, na maioria das vezes, expressa um conceito formado por diversos conteúdos, como os direitos individuais e os políticos, os direitos sociais, culturais e econômicos.

¹³⁹ MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do Sistema de Direitos Fundamentais. In: MIRANDA Jorge; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio. (Coords.) **Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana**. São Paulo. Editora Quartier Latin. 2008. p. 168.

¹⁴⁰ Observam-se notórias referências sobre o tema no preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, assim como nos dos países da Irlanda, Bulgária, Venezuela e Índia, e, também, no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, qual seja: “[...] O reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e alienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo”. Ademais, outros países aludem conteúdo análogo em suas constituições, quais sejam: Timorense (art. 1º), polaca (art. 30º), sul-africana (art. 1º, art. 10º, art. 35º), russa (art. 21º), cabo-verdiana (art.1º), romena (art. 1º), colombiana (art.1º), espanhola (art.10º, nº. 1), grega (art. 2º), alemã (art. 1º), finlandesa (art.1º) e belga (art. 23º).

¹⁴¹ “Quando se afirma que o direito é inerente à personalidade e que o fim dele é salvaguardar a dignidade desta e concorrer para o realizar pelo cumprimento dos fins últimos, não pode ter-se em vista a pessoa humana como realidade abstracta, mas sim o homem como ser real e concreto”. (GOMES DA SILVA, Manuel. **Esboço de uma concepção personalista do Direito**. Lisboa: 1965. p. 134.)

¹⁴² BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia dos Principais Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 293-301.

¹⁴³ [...] todo ser humano tem uma dignidade que lhe é inerente, sendo incondicionada, não dependendo de qualquer outro critério, senão ser humano. O valor da dignidade humana se projeta, assim, por todo o sistema internacional de proteção. Todos os tratados internacionais, ainda que assumam a roupagem do Positivismo Jurídico, incorporam o valor da dignidade humana. PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 188.

Ante ótica constitucional luso-brasileira, vislumbra-se fundamental nexos normativo com o entendimento vital do princípio exposto quando na Constituição portuguesa de 1976, em seu primeiro artigo, declara-se que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária” (grifo nosso), e, nos subseqüentes artigos 26º, nº 2,¹⁴⁴ e 67º, nº 2¹⁴⁵, alínea e. E no artigo 13º, nº 1¹⁴⁶, nota-se similar menção¹⁴⁷.

Observa-se, na Constituição portuguesa vigente, a menção literal de “dignidade da pessoa humana” somente nesses artigos específicos, contudo, conforme terminologia própria do Direito, nota-se nos demais que compõe essa Carta Magna, a influência originária desse conteúdo princiológico como um comando eficaz a todo o contexto constitucional português, a direcionar posterior efetivação e compreensão. Conforme entendimento de CANOTILHO,

“Quando na Constituição Portuguesa se fala em respeito pela “dignidade da pessoa humana” não se trata de definir ou consagrar um “*homo clausus*”, nem reconhecer metafisicamente a pessoa como “centro do espírito”, nem impor constitucionalmente uma “imagem unitária do homem e do mundo”, nem ainda, “amarrar” ou encarcerar o homem num mundo cultural específico, mas tornar claro que na dialéctica “processo-homem” e “processo-realidade” o exercício do poder e as medidas da *práxis* devem estar conscientes da identidade da pessoa com os seus direitos (pessoais, políticos, sociais e económicos), a sua dimensão existencial e a sua função social.”¹⁴⁸

¹⁴⁴ Artigo 26.º. (Outros direitos pessoais) [...] 2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a utilização abusiva, ou contrária à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.

¹⁴⁵ Artigo 67.º. (Família) [...] 2. Incumbe, designadamente, ao Estado para protecção da família: [...], e) Regular a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana. [...].

¹⁴⁶ Artigo 13.º (Princípio da igualdade). 1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.

¹⁴⁷ “Pelo menos, de modo directo e evidente, os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos económicos, sociais e culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa humana”. MIRANDA, Jorge. op.cit. p. 169.

¹⁴⁸ CANOTILHO, José Gomes. **Constituição Dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra. 1982. Coimbra Editora. p. 34 e 35.

Diante de um entendimento peculiar, CANOTILHO expôs um conceito mínimo de atuação do princípio da dignidade da pessoa humana, sob modelo prático e palpável, a perfazer contornos mais perceptíveis, aquém do conceito abstrato do princípio, que por sua visível amplitude tende a deter difícil definição.

Compreende-se, também, a partir do conceito supra analisado, que a semântica do princípio exposto flui livremente e com e devida autoridade a incorporar os demais âmbitos jurídicos, conforme entendimento de MIRANDA¹⁴⁹

“Característica essencial da pessoa – como sujeito, e não como objecto, coisa ou instrumento – a dignidade é um princípio que coenvolve todos os princípios relativos aos direitos e também aos deveres das pessoas e à posição do Estado perante elas. Princípio axiológico fundamental e limite transcendente do poder constituinte, dir-se-ia mesmo um metaprincípio.”

Como limite transcendente do poder constituinte e como parâmetro para todo o complementar conteúdo constitucional brasileiro, pode-se contemplar igualmente a previsão explícita desse princípio no art. 1º, inciso III, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, a constituir-se em Estado Democrático de Direito.

Na expressão assertiva de BARROSO, o princípio da dignidade da pessoa humana assume dimensão transcendental e normativa, e a Constituição passa a ser não somente "o documento maior do direito público, mas o centro de todo o sistema jurídico, irradiando seus valores e conferindo-lhe unidade".¹⁵⁰

Nota-se, nas previsões acima dispostas, a extrema relevância do princípio da dignidade da pessoa humana na carta magna de diversos Estados contemporâneos, como um princípio unânime entre todos os demais direitos fundamentais reivindicados, ora consagrados e positivados, no âmbito jurídico-social, como descreve SARLET:

¹⁴⁹ MIRANDA, Jorge. op. cit. p. 170.

¹⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 60.

“[...] Desde logo há de se destacar que a íntima e, por assim dizer, indissociável – embora altamente complexa diversificada – vinculação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais já constitui, por certo, um dos postulados nos quais se assenta o direito constitucional contemporâneo. Após a reserva do mínimo existencial, que garante a igualdade de chances, é que se iniciam a ação da cidadania reivindicatória e o exercício da democracia deliberativa, aptos a assegurar os direitos sociais prestacionais em sua extensão máxima, sob a concessão do legislador e sem o controle contramajoritário do judiciário.”¹⁵¹

Dessarte, em vista do exposto por SARLET, compreende-se a existência de notória conexão entre o princípio da dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e o direito ao mínimo existencial, razão pela qual insurge a necessidade de melhor compreensão sobre o real conceito de mínimo existencial nesse estudo.

2.3.1.2 Considerações sobre o real conceito do mínimo existencial.

Em cada sociedade existente, nota-se um setor, ou múltiplos setores, em que a miséria e a exclusão social são realidades imensuráveis e incompreensíveis em face do citado e salutar princípio da dignidade da pessoa humana¹⁵². Onde o ser humano em questão se encontra à margem da sociedade e dos direitos fundamentais proclamados e muitas vezes em condição subumana, em contradição com a previsão legal pátria e internacional.

Nota-se, ademais, que o denominado “mínimo existencial” ultrapassa a simplista concepção de mínimas e precárias condições de vida, subsistência e sobrevivência

¹⁵¹ SARLET. op. cit, p. 26

¹⁵² “O chamado mínimo existencial, formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica.” (BARCELLOS, Ana Paula de. op. cit. p. 278.)

unicamente, pois incorpora o entendimento de disponibilizar o justo e o máximo de recursos possíveis, em face do orçamento viável e disponível¹⁵³, à efetivação dos direitos ora consagrados, afinal, “[...] O direito ao mínimo existencial, em síntese é o núcleo essencial dos direitos fundamentais ancorado nos princípios da dignidade humana e do Estado Democrático de Direito [...]”¹⁵⁴, a evidenciar um alicerce irrefutável, elementar ao indivíduo como ser humano. Perante a inexistência e ineficácia desse direito, devirtua-se a possibilidade de sobrevivência do indivíduo, como igualmente, as suas condições primárias de liberdade.¹⁵⁵

Nesse ínterim, constata-se que o conceito do direito ao mínimo existencial adveio, na década de 1950, após formulação do publicista Otto Bachof¹⁵⁶ e mediante criação jurisprudencial alemã,

Cerca de um ano depois da paradigmática formulação de Bachof, o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha (Bundesverwaltungsgericht), já no primeiro ano de sua existência, reconheceu um direito subjetivo do indivíduo carente a auxílio material por parte do Estado, argumentando, igualmente com base no postulado da dignidade da pessoa humana, no direito geral de liberdade e no direito à vida, que o indivíduo, na qualidade de pessoa autônoma e responsável, deve ser reconhecido como titular de direitos e obrigações, o que implica principalmente a manutenção de suas condições de existência.⁽²¹⁾ Ressalte-se que apenas alguns anos depois o legislador acabou regulamentando – em nível infraconstitucional – um direito a prestações no âmbito da assistência social (art. 4º, inc. I, da Lei Federal sobre Assistência Social [Bundessozialhilfegesetz]).

¹⁵³ Orçamento constituído em sua maioria por todos os indivíduos que contribuem o tacitamente ao Estado competente.

¹⁵⁴ TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar. 2009. p. IX.

¹⁵⁵ Ibid. p. 36.

¹⁵⁶ “Na doutrina do Pós-Guerra, o primeiro jurista de renome a sustentar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bachof, que, já no início da década de 1950, considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. I, da Lei Fundamental da Alemanha, na seqüência referida como LF) não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada. Por esta razão, o direito à vida e integridade corporal (art. 2º, inc. II, da LF) não pode ser concebido meramente como proibição de destruição da existência, isto é, como direito de defesa, impondo, ao revés, também uma postura ativa no sentido de garantir a vida.” (SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html> Acesso em: 09 out. 2014.)

Por fim, embora transcorridas cerca de duas décadas da referida decisão do Tribunal Administrativo Federal, também o Tribunal Constitucional Federal acabou por consagrar o reconhecimento de um direito fundamental à garantia das condições mínimas para uma existência digna.¹⁵⁷

Nesse patamar, salutar discorrer sobre elementos e características fundamentais desse direito em pauta, tendo em ótica o seu conceito demasiadamente amplo, porém, determinável ao caso concreto.

Conforme TORRES¹⁵⁸, o primeiro aspecto à compreensão desse direito, obtem-se na existência de sua complexa natureza “dupla face”, em que esse é vislumbrado como um direito subjetivo sob norma objetiva, e, a integrar tanto os direitos fundamentais de liberdade como os direitos fundamentais sociais, ambos amplamente consagrados.¹⁵⁹ Justamente, conforme entendimento do citado autor

“O mínimo existencial *exibe as características básicas dos direitos da liberdade: é pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana; constitui direito público subjetivo do cidadão, não sendo outorgado pela ordem jurídica, mas condicionando-a; tem validade erga omnes, aproximando-se do conceito e das consequências do estado de necessidade; [...] é dotado de historicidade, variando de acordo com o contexto social; é indefinível, aparecendo sob a forma de cláusulas gerais e de tipos indeterminados e universal, no sentido de que toca a todos os homens, independentemente de suas nacionalidades ou das classes sociais e econômicas a que pertençam; é negativo, pois exige o *status negativus* que protege o cidadão contra a constrição do Estado ou de terceiros; cria também o *status positivus libertatis*, que gera a obrigação de entrega de prestações estatais individuais para a garantia de liberdade e das condições essenciais; postula garantias institucionais e processuais que provocam custos gerais para o Estado; é plenamente justiciável; depende de complementação legislativa, tendo eficácia imediata.”*¹⁶⁰ (grifo nosso)

¹⁵⁷ Cf. BVerwGE 1, 159 (161 e ss.), decisão proferida em 24.06.1954. in SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html> Acesso em: 09 out. 2014.

¹⁵⁸ ALEXY, Robert. **Grundrechte als subjektive Recht und als objektive Normen.** Der Staat. 0038-884X. Band 29, Heft 1: 1990. p. 49-68. In: TORRES, Ricardo Lobo. op. cit. p. 38.

¹⁵⁹ TORRES, Ricardo Lobo. op. cit. p. 38.

¹⁶⁰ Ibid. p. 39.

Através do breve conceito supra exposto, nota-se a grande dimensão teórica atribuída ao mínimo existencial, a alcançar os mais variados âmbitos de atuação dos consagrados três poderes e a imergir diretamente à valoração da existência digna de cada indivíduo e de cada povo.

Contudo, a dimensão em prisma abrange, verdadeiramente, os direitos de liberdade, ao modo que os denominados direitos fundamentais sociais ainda permaneceriam em um patamar de “discordância doutrinária” quando à sua completa inclusão. Pois, muitas das mencionadas “características básicas dos direitos de liberdade” não poderiam ser igualmente aplicadas a esses direitos sociais, tais como constituir um direito público subjetivo do cidadão plenamente justiciável e com eficácia imediata.¹⁶¹

Ressalta-se que o mínimo existencial pode diferir de um indivíduo para outro, afinal, para o indivíduo que necessita de um medicamento específico para que possa continuar a viver, ou viver com dignidade, esse medicamento integrará o seu mínimo existencial, a perfazer um conceito individualizado de mínimo existencial.

Contudo, nesse viés, vislumbra-se que, poder-se-á, verdadeiramente, considerar a completa inclusão de muitos desses direitos fundamentais sociais ao mínimo existencial, em negativa à sua precipitosa caracterização como a de serem somente um mero valor teórico, pois contém muitos dos valores mais nobres do âmbito jurídico, como a proteção do direito à saúde.¹⁶²

¹⁶¹ Conforme conteúdo anteriormente exposto.

¹⁶² TORRES, Ricardo Lobo. op. cit. p. 83.

2.4 A visão holística e transdisciplinar luso-brasileira do direito fundamental social à saúde - Concessão de medicamentos essenciais à vida.

A questão da saúde é um tema de notória relevância à humanidade, independentemente da época, a impelir constantemente o indivíduo à procura das possíveis razões para a existência dos males que afetavam o corpo e mente humana e, de métodos e substâncias que possibilitassem a cura.

Essa dinâmica se perpetua até os dias atuais e atualmente evidencia maiores contornos devido ao relevante avanço científico das áreas biológicas, a desmistificar antigas crenças advindas do outrora desconhecido, conformemente MOREAU e TRUCHET.

“Une recension des extraordinaires progrès de la médecine ne pourrait guère que prendre la forme d’un catalogue, encore serait-il incomplet et à remettre perpétuellement à jour.

En revanche, il est possible d’en entrevoir incidences les plus marquées en termes de civilisation.

Cette révolution technique a modifié l’attitude de l’homme devant la maladie et la mort. Certes, pour beaucoup, ces accidents restent de redoutables mystères mais, alors que durant des millénaires ils apparaissaient comme le coup de la fatalité ou le signe d’une malédiction divine, ces faits biologiques deviennent objets de science, leurs causes s’éclairent et leurs effets s’expliquent. En bref, une sorte de passage de l’âge magique à l’ère scientifique.”¹⁶³

Nesta perspectiva, a comunidade científica mundial passou a realizar novos e variados estudos científicos, acerca de distintas substâncias que possibilitassem a cura, ou, ainda, que pudessem atenuar os sintomas maléficis de diversas patologias, em prol de uma melhor qualidade de vida ao indivíduo.

Em razão da relevância desse acesso à obtenção de substâncias, pelo indivíduo que sofre de alguma patologia física ou mental, que o direito ao medicamento adentrou na área

¹⁶³ MOREAU, Jacques; TRUCHET, Didier. **Droit de la santé publique**. 4. Edição. Paris: Dalloz, 1998.

jurídica, como corolário do direito à saúde. Por conseguinte, o direito ao medicamento foi reconhecido pelo direito doméstico de variados Estados e pode ser igualmente observado no âmbito do direito internacional e comunitário.

A partir do direito internacional e comunitário, citar-se-á as previsões de maior relevância na atualidade. Primeiramente, o reconhecimento do direito ao medicamento como um direito fundamental na Declaração de Quebec/Canadá¹⁶⁴, advinda da 3ª Cúpula das Américas¹⁶⁵, ocorrida em abril de 2001,

“[...] Ressaltamos que uma boa saúde e igualdade de acesso à atenção médica e ao sistema de saúde, bem como a medicamentos de custo acessível são vitais para o desenvolvimento humano e a implementação de nossos objetivos políticos, econômicos e sociais [...]”¹⁶⁶

Após, o acesso ao medicamento foi igualmente considerado um direito fundamental pela Comissão de Direitos Humanos da ONU, ao aprovar uma resolução proposta pelo Brasil sobre a questão, com 52 votos favoráveis e uma abstenção, dos Estados Unidos.¹⁶⁷

¹⁶⁴ CAVALHEIRO, Rodrigo da Costa Ratto. O direito fundamental do acesso aos medicamentos. **Revista Eletrônica Acolhendo a Alfabetização nos Países de Língua Portuguesa**, v. I, n. 2. março-agosto. 2007. p. 113-119.

¹⁶⁵ Reuniões periódicas entre os Chefes de Estado e de Governo do Hemisfério Ocidental destinadas à análise e resolução de empencilhos comuns e desenvolvimento da região nos âmbitos: social, econômico e político. A OEA atua como a secretária técnica do processo de Cúpulas. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Cúpula das Américas**. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/topicos/cupulas.asp> Acesso em: 20 de novembro de 2013.

¹⁶⁶ Área de Livre Comércio das Américas - ALCA. **TERCEIRA CÚPULA DAS AMÉRICAS - Declaração de Quebec - 20-22 de abril de 2001**. Disponível em: http://www.ftaa-alca.org/summits/quebec/declara_p.asp Acesso em: 20 de novembro de 2013.

¹⁶⁷ Conforme entendimento de KUNTZ, a citada abstenção evidencia o conflito entre o direito à saúde – na sua dimensão de direito ao medicamento – e o direito de propriedade intelectual, de controle de patentes e processos, tendo em vista que ambos os direitos tendem a ser conflituosos entre si. “Segundo os americanos, a lei brasileira não protege as patentes em grau suficiente e é incompatível com os acordos internacionais. O governo sustenta o contrário. Afirma que, ao facilitar a liberação de patentes, em casos especiais, a legislação do Brasil se ajusta, com perfeição, aos padrões da OMC.” (KUNTZ, Rolf. Declaração de Quebec e resolução de Genebra atropelam o ultraliberalismo. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária**. Disponível em: http://www.anvisa.gov.br/hotsite/genericos/noticias/2001/250401.htm#25_1 Acesso em: 20 de novembro de 2013.)

Ainda, no âmbito do direito europeu, nota-se a garantia de livre circulação dos medicamentos no espaço econômico comunitário, correspondente ao conjunto normativo vigente desde o Tratado de Roma de 1957, a viabilizar um maior acesso aos medicamentos e as condições mais benéficas relativamente aos seus custos.¹⁶⁸

Após breve panorama legislativo, a vislumbrar a atual relevância do tema, apresentar-se-á o panorama normativo doméstico atual do direito fundamental à saúde e o direito ao medicamento perante aspecto comparativo luso-brasileiro, para que a presente investigação dogmática possa ser realizada de modo holístico e veraz após a apresentação específica do direito em questão.

2.4.1 O Direito fundamental social à saúde em Portugal

A carta magna portuguesa consagrou o direito fundamental social à saúde como um direito fundamental social, conforme previsão específica no Título III, artigo 64º:

“[Artigo 64.º

1. Todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover.

2. O direito à protecção da saúde é realizado:

- a) Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito;
- b) Pela criação de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam, designadamente, a protecção da infância, da juventude e da velhice, e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular, e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável.

3. Para assegurar o direito à protecção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado:

¹⁶⁸ CADEAU, Emmanuel. Direito internacional e Direito comunitário do medicamento: limites e potencialidades (tentativa de comparação). **Revista de direito sanitario**. Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitário. Núcleo de Pesquisas em Direito Sanitário da USP. Sao Paulo, vol.1, n.1, p.54-75, jul. 2002.

- a) Garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação;
 - b) Garantir uma racional e eficiente cobertura de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde;
 - c) Orientar a sua acção para a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos;
 - d) Disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, adequados padrões de eficiência e de qualidade;
 - e) Disciplinar e controlar a produção, a distribuição, a comercialização e o uso dos produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico;
 - f) Estabelecer políticas de prevenção e tratamento da toxicod dependência.
4. O serviço nacional de saúde tem gestão descentralizada e participada. [...]”¹⁶⁹

Perante observação dos dispositivos constitucionais, compreende-se que o direito “à protecção da saúde” é de fato um direito fundamental – apesar desse não beneficiar do regime específico, “Regime dos direitos, liberdades e garantias”, ¹⁷⁰ e não pode ser considerado um direito análogo a esses, nos termos do artigo. 17.º – o qual deverá ser garantido pelo Estado, “não apenas como um regulador do sistema, mas é chamado a ocupar o lugar central na prestação dos cuidados da saúde”. ¹⁷¹

Os princípios que regem essa temática constitucional podem ser analisados através da interpretação do número 3, dentre os principais, cita-se a alínea a), primeiramente, que dispõe sobre a universalidade do sistema, com menção específica à inclusão dos indivíduos hipossuficientes economicamente, através do acesso de todos os indivíduos à totalidade de previsões constantes à prevenção, cura e reabilitação da saúde.

Em consonância com o conteúdo da alínea anterior, irrompe o conteúdo da alínea b), a promoção do direito em pauta pelo Estado mediante um modo “racional e eficiente”, ou seja, deverá possibilitar o acesso à saúde de modo efetivo e completo aos indivíduos, mas, de modo racionalmente económico, a evitar possíveis desperdícios no erário público. Essa cautela financeira é justificada na alínea c), através da menção de que o acesso

¹⁶⁹ DEODATO, Sérgio. **Direito da saúde: colectânea de legislação anotada**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 9-10.

¹⁷⁰ Cf. p. 45-46.

¹⁷¹ DEODATO, Sérgio. op. cit. p. 10.

universal é “tendencialmente gratuito”¹⁷², conforme socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos, pois será mantido conforme finanças públicas e disposições do sistema fiscal português, principalmente, o regime de impostos¹⁷³.

Ressalta-se que a realização desses comandos constitucionais é destinada principalmente ao Estado, “através dos poderes legislativo (Assembleia da República e Governo) e executivo (Governo)”¹⁷⁴. A partir dessa previsão o direito fundamental à saúde ainda pode ser vislumbrado juridicamente em Portugal através de diversas normas personificadas como dispositivos infraconstitucionais, as denominadas normas regulamentadoras: Portarias, Despachos, Circulares Normativas e outros, realizados pelas instituições competentes.

Dentre a relevante gama normativa sobre o assunto, destaca-se primeiramente Lei n.º 48/90 de 24 de agosto alterada pela lei n.º 27/2002, denominada como a “Lei de bases para a saúde”, especialmente em seu Capítulo III¹⁷⁵, destinado ao SNS - Serviço Nacional de Saúde.

O denominado SNS foi instituído pela Lei n.º 56/79 de 15 de Setembro, e é compreendido como um sistema que possa garantir os cuidados globais de saúde através de órgãos e serviços.

[...] A Lei n.º 56/79, de 15 de Setembro, cria o Serviço Nacional de Saúde, no âmbito do Ministério dos Assuntos Sociais, enquanto instrumento do Estado para assegurar o direito à protecção da saúde, nos termos da Constituição. O acesso é

¹⁷² “Na 2.ª Revisão Constitucional, a alínea a) do n.º 2 do artigo 64.º é objecto de alteração, estabelecendo que o direito à protecção da saúde é realizado através de um serviço nacional de saúde ‘universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito’. Coloca-se assim a ênfase no princípio de justiça social cumulado ao de racionalização dos recursos.” (DEODATO, Sérgio. op. cit. p. 10.)

(PORTAL DA SAÚDE. **História do Serviço Nacional de Saúde**. Disponível em: <http://www.portaldasaude.pt/portal/conteudos/a+saude+em+portugal/servico+nacional+de+saude/historia+do+sns/historiadosns.htm> Acesso em: 22 de novembro de 2013, grigo nosso)

¹⁷³ Nas alíneas subseqüentes, notam-se as funções estatais necessárias e específicas à persecução do direito à saúde.

¹⁷⁴ DEODATO, Sérgio. op. cit. p. 14.

¹⁷⁵ PORTAL DA SAÚDE. **História do Serviço Nacional de Saúde**. Disponível em: <http://www.portaldasaude.pt/portal/conteudos/a+saude+em+portugal/servico+nacional+de+saude/historia+do+sns/historiadosns.htm> Acesso em: 22 de novembro de 2013.

garantido a todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica e social, bem como aos estrangeiros, em regime de reciprocidade, apátridas e refugiados políticos. O SNS envolve todos os cuidados integrados de saúde, compreendendo a promoção e vigilância da saúde, a prevenção da doença, o diagnóstico e tratamento dos doentes e a reabilitação médica e social. Define que o acesso é gratuito, mas contempla a possibilidade de criação de taxas moderadoras, a fim de racionalizar a utilização das prestações.

O diploma estabelece que o SNS goza de autonomia administrativa e financeira e estrutura-se numa organização descentralizada e desconcentrada, compreendendo órgãos centrais, regionais e locais, e dispondo de serviços prestadores de cuidados de saúde primários (centros comunitários de saúde) e de serviços prestadores de cuidados diferenciados (hospitais gerais, hospitais especializados e outras instituições especializadas).¹⁷⁶

Ressalta-se que o SNS, a Base XXXIII, 1., é financiado pelo Orçamento do Estado, por meio do pagamento das funções realizadas conforme uma tabela de preços sobre atos, técnicas e serviços. Salienta-se que a Base XXXIV desse capítulo “prevê ainda que possam ser cobradas taxas moderadoras, com o objectivo de completar as medidas reguladoras do uso dos serviços de saúde. Destas taxas, que constituem receita do Serviço Nacional de Saúde, são isentos os grupos populacionais sujeitos a maiores riscos e os financeiramente mais desfavorecidos.

A partir do panorama geral do direito fundamental à saúde em Portugal, insurge a apresentação das disposições normativas relativas especificadamente ao direito de acesso ao medicamento em Portugal.

¹⁷⁶ PORTAL DA SAÚDE. **História do Serviço Nacional de Saúde.** Disponível em: <http://www.portaldasaude.pt/portal/conteudos/a+saude+em+portugal/servico+nacional+de+saude/historia+do+sns/historiadosns.htm> Acesso em: 22 de novembro de 2013.

2.4.1.1 O direito ao medicamento em Portugal. Obtenção pela via estatal de medicamentos inovadores.

O acesso ao medicamento em Portugal é regido por meio de múltiplas regras normativas e decisões políticas advindas do Ministério da Saúde, e relevantemente, pelo INFARMED – Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde, I.P.

O INFARMED é a autoridade competente do Ministério da Saúde, responsável por diferentes medidas nos âmbitos relativos à avaliação, autorização, disciplina, inspeção e controle de produção, distribuição, comercialização e utilização dos medicamentos de uso humano em Portugal.¹⁷⁷

Ademais, conforme entendimento explanado pela citada autoridade competente, medicamentos seriam “Substâncias ou composições de substâncias que possuam propriedades curativas ou preventivas das doenças e dos seus sintomas, do homem ou do animal, com vista a estabelecer um diagnóstico médico ou a restaurar, corrigir ou modificar as suas funções” (grifo nosso), mas, para que a sua comercialização seja regular e legal no país necessitará da obtenção de uma respectiva AIM – Autorização de introdução no mercado, concedida igualmente pela INFARMED de acordo com as disposições jurídicas nacionais e normas comunitárias, salvo aos medicamentos experimentais e manipulados.

A AIM permite também que o medicamento seja compartilhado¹⁷⁸ pelo Estado aos utentes do SNS e ADSE - Direção-Geral de Protecção Social aos Funcionários e

¹⁷⁷ INFARMED. **Sobre o Infarmed.** Disponível em:

http://www.infarmed.pt/portal/page/portal/INFARMED/PERGUNTAS_FREQUENTES/SOBRE_INFARMED. Acesso em: 22 de novembro de 2013.

¹⁷⁸ Conforme compêndio de leis disponível pela Secretaria-Geral do Ministério da Saúde em Portugal, as normas sobre a comparticipação de medicamentos relevantes ao presente estudo seriam: **a)** Decreto-Lei n.º 103/2013. DR n.º 143, Série I de 2013-07-26. Ministério da Saúde - Procede à terceira alteração ao Decreto-Lei n.º 48-A/2010, de 13 de maio, que aprova o regime geral das comparticipações do Estado no preço dos medicamentos, alterando o processo de aprovação e os prazos de definição dos preços de referência; **b)** Portaria n.º 267-A/2011. DR 178º, Suplemento, Série I de 2011-09-15 - Ministério da Saúde. Define as condições de inclusão de novos medicamentos no regime especial de comparticipação respectivo. **c)** Decreto-Lei n.º 106-A/2010. DR 192 SÉRIE I, 1º SUPLEMENTO de 2010-10-01.

Agentes da Administração Pública¹⁷⁹, a partir de um requerimento do titular dessa autorização ao INFARMED, conforme as regras estabelecidas na legislação doméstica, principalmente na Deliberação n.º 1028/2009 e na Circular Informativa n.º 047/CA.

O processo de avaliação e decisão de comparticipação do medicamento dependerá primeiramente da demonstração da vantagem e necessidade de ordem terapêutica e econômica em relação aos demais medicamentos comparticipados e comercializados para a mesma finalidade, sendo que o prazo para que o pedido de comparticipação seja avaliado é de 75 dias úteis para os medicamentos genéricos e de 90 dias úteis para os demais.¹⁸⁰

Ressalta-se a existência de uma reavaliação desses medicamentos que integram a lista dos comparticipados como um procedimento sistemático não superior a três anos, de competência do INFARMED. A decisão sobre a inclusão e exclusão de medicamentos da comparticipação é do Ministro da Saúde, sendo esse último de acordo com os artigos 6.º-A e 7.º do decreto lei 118/95.

Igualmente, salienta-se a existência de uma autorização com carácter excepcional à utilização de medicamentos que não detenha o AIM, através da AUE - Autorização de Utilização Especial –, que deverá ser concedida às instituições de saúde licenciadas para

Ministério da Saúde - Adota medidas mais justas no acesso aos medicamentos, combate à fraude e ao abuso na comparticipação de medicamentos e de racionalização da política do medicamento no âmbito do Serviço Nacional de Saúde. **d)** Decreto-Lei n.º 48-A/2010. DR 93 SÉRIE I, 1º SUPLEMENTO de 2010-05 - Ministério da Saúde. Aprova o regime geral das comparticipações do Estado no preço dos medicamentos, altera as regras a que obedece a avaliação prévia de medicamentos para aquisição pelos hospitais do Serviço Nacional de Saúde, procedendo à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 195/2006, de 3 de Outubro, e modifica o regime de formação do preço dos medicamentos sujeitos a receita médica e dos medicamentos não sujeitos a receita médica comparticipados, procedendo à segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 65/2007, de 14 de Março. **e)** Decreto-Lei n.º 129/2009. DR n.º 104, Série I de 2009-05-29. Ministério da Saúde Proceda à 11.ª alteração ao Decreto-Lei n.º 118/92, de 25 de Junho, que estabelece o regime de comparticipação do Estado no preço dos medicamentos. **f)** Decreto-Lei n.º 129/2005. DR 154 SÉRIE I-A de 2005-08-11 - Ministério da Saúde. Altera o Decreto-Lei n.º 118/92, de 25 de Junho, que estabelece o regime de comparticipação do Estado no preço dos medicamentos. (SECRETARIA-GERAL - MINISTÉRIO DA SAÚDE - PORTUGAL. **Legislação - Medicamentos, Comparticipação e Farmácias.** Disponível em: <http://www.sg.min-saude.pt/sg/conteudos/legisaude/legis+medicamentos.htm> Acesso em: 06 de novembro de 2013.)

¹⁷⁹ Decreto-lei 118/92 de 25 de Junho, com as alterações do decreto lei 305/98 de 07 de Out, decreto lei 205/2000 de 01 de Set.

¹⁸⁰ INFARMED. **Sobre o Infarmed.** Disponível em: http://www.infarmed.pt/portal/page/portal/INFARMED/PERGUNTAS_FREQUENTES/SOBRE_INFARMED. Acesso em: 22 de novembro de 2013.

aquisição direta de medicamentos, a proporcionar celeridade no procedimento de acesso aos medicamentos inovadores.¹⁸¹

Apesar da aparente eficiência, notam-se também diversas escolhas à contenção e “racionalização” do serviço, dentre essas, cita-se o SPR - Sistema de Preços de Referência.

“O aumento da despesa pública no sector da saúde em particular na área do medicamento tem levado à adopção de estratégias de contenção de custos e a um maior rigor na comparticipação por parte do Estado nos gastos com medicamentos. Esse esforço de contenção deve envolver todos os intervenientes desde as autoridades, aos médicos, à indústria farmacêutica, às farmácias e também aos utentes.

A introdução dos Preços de Referência (PR) na comparticipação dos medicamentos pelo Estado aos utentes do Serviço Nacional de Saúde (SNS) tem como objectivo equilibrar os preços dos medicamentos comparticipados, instituindo um valor máximo a ser comparticipado racionalizando desta forma os custos dos medicamentos e garantindo ao utente uma alternativa de qualidade garantida e equivalência terapêutica comprovada. Foram ouvidos as Ordens dos Médicos e dos Farmacêuticos e o Instituto Nacional da Farmácia e do Medicamento (INFARMED).”¹⁸²

O SPR vigora desde o ano de 2003¹⁸³ e é aplicado aos medicamentos comparticipados incluídos em grupos homogêneos¹⁸⁴, a estabelecer um valor máximo a ser

¹⁸¹ INFARMED. **Sobre o Infarmed.** Disponível em:

http://www.infarmed.pt/portal/page/portal/INFARMED/PERGUNTAS_FREQUENTES/SOBRE_INFARMED. Acesso em: 22 de novembro de 2013.

¹⁸² INFARMED. **Sobre o Infarmed.** Disponível em:

http://www.infarmed.pt/portal/page/portal/INFARMED/PERGUNTAS_FREQUENTES/SOBRE_INFARMED. Acesso em: 22 de novembro de 2013.

¹⁸³ “O Sistema de Preços de Referência (SPR) entrou em vigor 90 dias consecutivos após a contar da publicação do Despacho Conjunto n.º 865-A/2002, de 5 de Dezembro, que aprova os Preços de Referência (PR) em Diário da República, ou seja, a partir do dia 13 de Março de 2003, conforme previsto no Decreto-Lei n.º 270/2002, de 2 de Dezembro. Os medicamentos abrangidos pelo sistema de preços de referência, com indicação do respectivo grupo Homogêneo (GH) e Preço de Referência (PR), encontra-se anexo à Deliberação n.º 252/CA/2002, de 13 de Dezembro.” (SAÚDE E MEDICAMENTOS. **Medicamentos.** Disponível em: <http://farmaceutico.planetaclix.pt/medicamentos1.html> Acesso em: 03 de dezembro de 2013.)

¹⁸⁴ Decreto-Lei n.º 270/2002. Art. 3.º - Definições - Para efeitos do disposto no presente diploma, entende-se por: [...] b) Grupo homogêneo - conjunto de medicamentos com a mesma composição qualitativa e quantitativa em substâncias activas, forma farmacêutica, dosagem e via de administração, no qual se inclua pelo menos um medicamento genérico existente no mercado;

comparticipado, correspondendo ao escalão ou regime de participação aplicável calculado sobre o preço de referência ou igual ao preço de comercialização ao público. Ressalta-se que, conforme disposição do Decreto-Lei n.º 270/2002, art. 4º, a proposta dos preços de referência dos medicamentos será efetuada pelo INFARMED, mas, a aprovação final é responsabilidade dos Ministros da Saúde e da Economia através de despacho conjunto até 31 de Março de cada ano, “bem como os correspondentes a novos grupos homogêneos que se possam criar como resultado da introdução no mercado de novos medicamentos genéricos”.

Destarte, obtém-se o valor final máximo de participação sustentado pelo SNS através da taxa de participação, conforme o regime devidamente aplicável. O valor dispendido pelo utente será a diferença entre o preço de comercialização e o valor pago pelo SNS, então, o medicamento será gratuito ao utente se esse preço for inferior ao valor pago pelo SNS.

E, ressalta-se ainda outras possibilidades de maior redução dos custos ao utente, caso o medicamento não restar gratuito, como as de um regime especial mais benéfico financeiramente conforme três possibilidades: primeiramente a hipótese da natureza dos beneficiários; na segunda, em função das patologias; e por último, aos grupos especiais de utentes.¹⁸⁵

Contudo, diante da crise econômica portuguesa, explanada anteriormente, a resultar na lentidão de variadas decisões políticas e na postergação de outras, em face da contenção financeira, notam-se diversas mudanças na qualidade e na eficiência do sistema de participação dos medicamentos de modo prejudicial aos utentes.

Ante recente estudo intitulado “*Patient W.A.I.T. Indicator, 2012*”¹⁸⁶, realizado pela Federação Europeia da Indústria Farmacêutica, nota-se o exposto quando foi

c) Medicamento genérico existente no mercado - o medicamento genérico que tenha registado vendas efectivas no âmbito do SNS, no semestre anterior à elaboração pelo INFARMED das listas de grupos homogêneos. [...]

¹⁸⁵ INFARMED. **Comparticipação**. Disponível em: http://www.infarmed.pt/portal/page/portal/INFARMED/PERGUNTAS_FREQUENTES/MEDICAMENTOS_USO_HUMANO/AVALIACAO_ECONOMICA_E_COMPARTICIPACAO/MEDICAMENTOS_COMPARTICIPADOS_SPR Acesso em: 22 de janeiro de 2014.

¹⁸⁶ THE VALUE OF INNOVATION. **The "Patients W.A.I.T."** Disponível em:

observado que entre 2011 e o primeiro semestre de 2012, os cidadãos portugueses tinham de esperar 498 dias para obterem acesso à comparticipação de um medicamento inovador¹⁸⁷ autorizado em Portugal. E, nos seis meses seguintes à esse período temporal ocorreu um aumento de 86 dias, – conforme tendência observada desde 2005 – a partir da primeira autorização de 169 medicamentos e 15 vacinas no mercado europeu¹⁸⁸, cuja avaliação é responsabilidade da Agência Europeia do Medicamento.

Portugal é avaliado como um dos Estados em que a espera pelos medicamentos inovadores é a mais longa, seguida pela Espanha, Itália, Bélgica e Eslovênia. Ressalta-se que uma das observações inseridas no presente estudo relativamente ao dispêndio financeiro afirma que “o debate na área do medicamento está demasiado centrado no seu custo, ao invés de na sua eficiência e valor”¹⁸⁹, a gerar um tempo considerável de espera mas, igualmente, do prolongamento de um sofrimento em razão de questões de saúde.

Diante da presente conclusão, sobre a excessiva espera dos portugueses à comparticipação de um medicamento inovador, advém a questão referente à existência de meios viáveis à reivindicação jurídica desse direito aos indivíduos mais vulneráveis, seja ante perspectiva normativa como na operacional.

Razão pela qual será observado em capítulo próprio o sistema vigente de acesso à justiça, assistência jurídica gratuita em Portugal, e a possibilidade jurídica de reivindicação

[http://www.apifarma.pt/eventos/Documents/Lisbon%20-%20Apifarma%20Conference%20-%202013%2006%2028%20w-o%20\(2\).pdf](http://www.apifarma.pt/eventos/Documents/Lisbon%20-%20Apifarma%20Conference%20-%202013%2006%2028%20w-o%20(2).pdf). Acesso em: 25 de dezembro de 2013.

¹⁸⁷ “É um medicamento que contém uma nova substância activa, e para a qual tiveram de ser apresentados resultados de estudos muito detalhados, comprovativos da segurança da sua utilização e da sua eficácia terapêutica.” (SAÚDE E MEDICAMENTOS. **Medicamentos**. Disponível em: <http://farmaceutico.planetaclix.pt/medicamentos1.html> Acesso em: 03 de dezembro de 2013.)

¹⁸⁸ Destaca-se o Decreto-Lei n.º 176/2006 - Estabelece o regime jurídico dos medicamentos de uso humano, transpondo a Directiva n.º 2001/83/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Novembro, que estabelece um código comunitário relativo aos medicamentos para uso humano, bem como as Directivas n.os 2002/98/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Janeiro, 2003/63/CE, da Comissão, de 25 de Junho, e 2004/24/CE e 2004/27/CE, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, e altera o Decreto-Lei n.º 495/99, de 18 de Novembro.

¹⁸⁹ EPIFARMA. Doentes portugueses esperam mais de um ano pela comparticipação de medicamentos inovadores. Disponível em: [http://www.apifarma.pt/eventos/Documents/Lisbon%20-%20Apifarma%20Conference%20-%202013%2006%2028%20w-o%20\(2\).pdf](http://www.apifarma.pt/eventos/Documents/Lisbon%20-%20Apifarma%20Conference%20-%202013%2006%2028%20w-o%20(2).pdf). Acesso em: 06 de dezembro de 2013.

do direito fundamental social à saúde quando personificado pelo direito de acesso ao medicamento.

2.4.2 O direito fundamental social à saúde no Brasil

Na lei suprema brasileira o direito fundamental social à saúde pode ser encontrado principalmente no TÍTULO II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo II - Dos direitos sociais, artigo 6º, e, relevantemente, no Título VIII - Da Ordem Social, Capítulo I, Seção II – Da saúde, art. 196.

TÍTULO II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais - Capítulo II - DOS DIREITOS SOCIAIS.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. [...]

Seção II - DA SAÚDE.

Art. 196.¹⁹⁰ A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de

¹⁹⁰ "Consolidou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que, embora o art. 196 da Constituição de 1988 traga norma de caráter programático, o Município não pode furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos. Se uma pessoa necessita, para garantir o seu direito à saúde, de tratamento médico adequado, é dever solidário da União, do Estado e do Município providenciá-lo." (AI 550.530-AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, julgamento em 26-6-2012, Segunda Turma, DJE de 16-8-2012.) [...] "O direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço." (AI 734.487-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 3-8-2010, Segunda Turma, DJE de 20-8-2010.) Vide: RE 436.996-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-11-2005, Segunda Turma, DJ de 3-2-2006; RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-9-2000, Segunda Turma, DJ de 24-11-2000. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **A Constituição e o Supremo.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201814>. Acesso em: 03 de abril de 2013.)

outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. [...] ¹⁹¹

Ressalta-se que o texto constitucional definiu que a saúde é um direito de todos e que deve o Estado prestar assistência de qualidade ao cidadão com a devida eficiência e respeito à norma constitucional. (grifo nosso)

A partir desse entendimento, o art. 23, inciso II, igualmente da carta magna brasileira, definiu que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, cuidar da saúde e assistência pública, e no art. 24, inciso XII, que a competência à realização de legislação sobre o tema ocorrerá concorrentemente à União, aos estados e ao Distrito Federal. A revelar que a primeira parte do texto disposto no art. 198 indica que esse “dever do Estado”, relativamente à saúde como direito de todos, não será exclusivamente a partir da sua função executiva, mas igualmente em relação à sua função legislativa, em mais de um âmbito da federação.

Merece destaque ao tema a aprovação da Emenda Constitucional n.º 29, que estabeleceu, principalmente, a vinculação de recursos financeiros advindos diretamente do governo desses três entes federativos do Estado brasileiro, em conformidade com o citado art. 23, a resultar em uma maior e estável arrecadação.

Contudo, a citada emenda somente obteve a devida regulamentação no ano de 2012, através da Lei Complementar 141/12, a determinar que o governo federal deverá aplicar às questões de saúde o valor igualmente investido no ano anterior, no mínimo, acrescido da variação nominal do PIB no período, já aos estados e Distrito Federal, conforme art. 6º, designou a aplicação de 12% da arrecadação e, de acordo com o art. 7º, 15% aos municípios e Distrito Federal. Ainda ao Distrito Federal consta a previsão específica disposta no art. 8º. ¹⁹²

¹⁹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **A Constituição e o Supremo**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201814>. Acesso em: 03 de abril de 2013.

¹⁹² Cf. Ver Anexos 1.

Ainda diante do panorama constitucional brasileiro, cita-se o art. 198 da CRFB, que instituiu o SUS – Sistema Único de Saúde¹⁹³, e o art. 200 que estabelece as suas funções gerais,

“Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.”

As citadas previsões constitucionais foram regulamentadas posteriormente e primeiramente através da Lei n.º 8.080, a denominada LOS, Lei Orgânica da Saúde, que regula todo o sistema de saúde no Estado brasileiro através de previsões gerais.

Destarte, o texto constitucional de 1988 e o advento da LOS introduziram o atual conceito de direito à saúde no Estado brasileiro, garantido então por um sistema gratuito e universal, a proporcionar um acesso à saúde em maior amplitude a todos os indivíduos da sociedade, visto que prevê a repartição de competências entre os três entes federativos do Brasil – União, Estados e Municípios.

O financiamento do SUS é de responsabilidade comum dessas três esferas de governo, conforme maiores indicações incluídas pela Emenda Constitucional (EC) nº 29, de 13 de setembro de 2000, a determinar a vinculação dos recursos a serem aplicados na saúde e o estabelecimento da base de cálculo e dos percentuais mínimos de recursos orçamentários que cada uma das três esferas de governo devem aplicar na saúde.

O conteúdo referente à participação da comunidade no processo gestacional do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde

¹⁹³ Cf. Ver Anexo n.º. 2.

podem ser analisadas na Lei 8.142 de 28 de dezembro de 1990¹⁹⁴, à promoção, proteção e recuperação desse bem jurídico essencial.

“O Sistema Único de Saúde, criado no Brasil em 1988, com a promulgação da nova Constituição Federal, tornou o acesso gratuito à saúde direito de todo cidadão. Até então, o modelo de atendimento era dividido em três categorias: os que podiam pagar por serviços de saúde privados, os que tinham direito à saúde pública por serem segurados pela previdência social (trabalhadores com carteira assinada) e os que não possuíam direito algum. [...]”¹⁹⁵

Nota-se na presente citação que a redemocratização do Brasil restou evidente com o advento da CRFB em 1988 e afinal, nessa carta maior constam notórias previsões concernentes aos direitos fundamentais e, em especial, uma evolução jurídica na compreensão do direito à saúde.

Ressalta-se, assim, o artigo 6º da mencionada LOS, como uma das primeiras menções sobre o direito ao medicamento após a promulgação da CRFB e como parte do campo de atuação do SUS, com relação ou implicações para a área da Assistência Farmacêutica: “Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS): I - a execução de ações: [...] d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica; [...]” (grifo nosso)

Assim, as demais previsões sobre o direito ao medicamento realizadas no âmbito do Direito brasileiro, a agregar notório valor ao sistema jurídico e à sociedade, serão apresentadas em capítulo próprio.

¹⁹⁴ “Esta lei trata da forma de alocação dos recursos do Fundo Nacional de Saúde e do repasse financeiro aos Estados, Municípios e Distrito Federal para cobertura das ações e serviços de saúde a serem implementados pelos mesmos.”. (Brasil. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Para entender a gestão do Programa de Medicamentos de dispensação em caráter excepcional** / Conselho Nacional de Secretários de Saúde.– Brasília : CONASS, 2004.)

¹⁹⁵ Portal Brasil. **SUS democratiza o acesso do cidadão aos serviços de saúde**, Fonte: Ministerio da Saúde. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/saude/2009/11/sus-democratiza-o-acesso-do-cidadao-aos-servicos-de-saude> Acesso em 03 de janeiro de 2014.

2.4.2.1 O direito ao medicamento no Brasil.

No Estado brasileiro o direito ao medicamento é regulamentado com minuciosidade por meio de inúmeras Leis e Portarias sobre temáticas específicas, a abarcar um extenso número de situações fáticas possíveis.

Além da perspectiva normativa, ressalta-se primeiramente a atuação de agências públicas reguladas e vinculadas ao Ministério da Saúde, com destaque à ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

“Criada pela Lei nº 9.782, de 26 de janeiro 1999, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) é uma autarquia sob regime especial, ou seja, uma agência reguladora caracterizada pela independência administrativa, estabilidade de seus dirigentes durante o período de mandato e autonomia financeira. A Agência tem como campo de atuação não um setor específico da economia, mas todos os setores relacionados a produtos e serviços que possam afetar a saúde da população brasileira. Sua competência abrange tanto a regulação sanitária quanto a regulação econômica do mercado. Além da atribuição regulatória, também é responsável pela coordenação do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária (SNVS), de forma integrada com outros órgãos públicos relacionados direta ou indiretamente ao setor saúde. Na estrutura da administração pública federal, a Anvisa encontra-se vinculada ao Ministério da Saúde e integra o Sistema Único de Saúde (SUS), absorvendo seus princípios e diretrizes[...]”¹⁹⁶

A ANVISA pertence ao âmbito federerel do SNVS – Sistema Nacional de Vigilância Sanitária –, definido pela Lei nº 9.782, juntamente ao INCQS/Fiocruz – Instituto Nacional de Controle de Qualidade em Saúde. No âmbito estadual o órgão responsável é o CVS – Centro de Vigilância Sanitária, existente nas 27 unidades federativas do Estado, juntamente ao denominado Laboratório Central. Ainda, existe a

¹⁹⁶ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **A Agência**. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/wps/portal/anvisa/anvisa/agencia!/ut/p/c5/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3hnd0cPE3MfAwMDMydnA093Uz8z00B_A3cPQ6B8JE55A38jYnQb4ACOBgR0e-lHZSbl6pUn5-oZ6JmaGhoYWLgaGpoYm5pamumHg7yC32kgeTyW-3nk56bqF-SGRIQGB6QDAESGAaI!/?1dmy&urile=wcm%3apath%3a/anvisa+portal/anvisa/agencia/publicacao+agencia/a+agencia. Acesso em 03 de janeiro de 2014.

previsão de um órgão municipal similar, o denominado VISA – Vigilância Sanitária, consagrada no art. 6º §1º, da Lei 8080/90, ainda em fase de implementação em muitos municípios.¹⁹⁷

Atualmente, somente após a autorização prévia – análise farmacotécnica, análise de eficácia, e análise de segurança – da ANVISA é que qualquer medicamento poderá ser comercializado em território brasileiro. Dessa autorização, o medicamento será registrado diretamente por pela GGMed - Gerência-Geral de Medicamentos¹⁹⁸, conforme o setor específico a que esse pertence.

2.4.2.1.1 Provimento estatal de medicamentos essenciais

A Portaria n.º 3.916, realizada pelo Ministério da Saúde e com início de sua vigência a partir do primeiro semestre de 1999, estabeleceu a Política Nacional de Medicamentos no Brasil. Têm como objetivos a garantia da necessária "segurança, eficácia

¹⁹⁷ ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **A Agência.** Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/wps/portal/anvisa/anvisa/agencia!/ut/p/c5/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3hnd0cPE3MfAwMDMydnA093Uz8z00B_A3cPQ6B8JE55A38jYnQb4ACOBgR0e-IHZSbl6pUn5-oZ6JmaGhoYWIgaGpoYm5pamumHg7yC32kgeTyW-3nk56bqF-SGRIQGB6QDAESGAaI!/?1dmy&urile=wcm%3apath%3a/anvisa+portal/anvisa/agencia/publicacao+agencia/a+agencia. Acesso em 03 de janeiro de 2014.

¹⁹⁸ Que inclui a “Gerência de Medicamentos Novos, Pesquisa e Ensaios Clínicos (GEPEC), a Gerência de Medicamentos Similares (GEMES), a Gerência de Medicamentos Genéricos (GEMEG), a Gerência de Medicamentos Isentos, Fitoterápicos e Homeopáticos (GMEFH), a Unidade de Produtos Biológicos e Hemoderivados (UPBIH), a Unidade de Produtos Controlados (UPROC) e a Unidade de Farmacovigilância (UFARM)”. ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Como a Anvisa avalia o registro de medicamentos novos no Brasil.** Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/content/Anvisa+Portal/Anvisa/Inicio/Medicamentos/Assunto+de+Interesse/Medicamentos+novos/Como+a+Anvisa+avalia+o+registro+de+medicamentos+novos+no+Brasil>. Acesso em: 03 de janeiro de 2014.

e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais”¹⁹⁹.

Estabelece diretrizes no sentido em que os gestores do SUS, nas três esferas de Governo, devem atuar: na adoção de relação de medicamentos essenciais; na regulamentação sanitária de medicamentos; na reorientação da assistência farmacêutica; na promoção do uso racional de medicamentos; desenvolvimento científico e tecnológico; na promoção da produção de medicamentos; e no desenvolvimento e capacitação de recursos humanos.²⁰⁰

A primeira diretriz, a adoção da relação de produtos essenciais e indispensáveis ao atendimento da maior demanda dos problemas de saúde no Brasil, é personificada atualmente através da RENAME - A Relação Nacional de Medicamentos Essenciais –, consubstancia-se como o instrumento norteador às metas de assistência farmacêutica no SUS

“Essa relação nacional de referência servirá de base para o direcionamento da produção farmacêutica e para o desenvolvimento científico e tecnológico, bem como para a definição de listas de medicamentos essenciais nos âmbitos estadual e municipal, estabelecidas com o apoio do gestor federal e segundo a situação epidemiológica respectiva. Além disso, a RENAME constituirá meio fundamental para orientar a padronização, quer da prescrição, quer do abastecimento de medicamentos, principalmente no âmbito do SUS, configurando, assim, um mecanismo para a redução dos custos dos produtos. Nesse sentido, será continuamente divulgada, de modo a possibilitar, entre outros aspectos, a aquisição de medicamentos a preços menores, tanto por parte do consumidor em geral, quanto por parte dos gestores do Sistema. [...]”²⁰¹ (grifo nosso)

¹⁹⁹ Revista de Saúde Pública. **Política Nacional de Medicamentos** - Secretaria de Políticas de Saúde. vol.34 n.2. São Paulo: 2000. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-89102000000200018> Acesso em 05 de janeiro de 2013.

²⁰⁰ Ibid.

²⁰¹ ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **A Agência**. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/wps/portal/anvisa/anvisa/agencia!/ut/p/c5/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3hnd0cPE3MfAwMDMydnA093Uz8z00B_A3cPQ6B8JE55A38jYnQb4ACOBgR0e-LHZSbl6pUn5-oZ6JmaGhoYWIgaGpoYm5pamumHg7yC32kgeTyW-3nk56bqF-SGRIQGB6QDAESGAaI!/?1dmy&urile=wcm%3apath%3a/anvisa+portal/anvisa/agencia/publicacao+agencia/a+agencia. Acesso em 03 de janeiro de 2014.

A relação de medicamentos essenciais é revisada e atualizada pela COMARE - Comissão Técnica e Multidisciplinar de Atualização da Rename –, instituída em 2005 pelo Ministério da Saúde através da Portaria GM no. 1.254/2005, e composta por órgãos do governo, incluindo instâncias gestoras do SUS, universidades, entidades de representação de profissionais da saúde.²⁰²

Salienta-se que através do Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011, que regulamentou a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, “o conceito de Rename foi ampliado, para dispor que a mesma deve contemplar o conjunto dos medicamentos que o SUS disponibiliza por meio de suas políticas públicas, que serão ofertados a todos os usuários do SUS, visando à garantia da integralidade do tratamento medicamentoso.”²⁰³

Nessa relação constam as designações dos princípios ativos dos medicamentos, conforme DCB – Denominação Comum Brasileira – registrados na ANVISA e que apresentam o menor custo nas fases de armazenamento, distribuição, controle e tratamento, e, valor terapêutico atestado, com base em evidências clínicas.²⁰⁴

Salienta-se que em termos estruturais, a RENAME é composta pela: Relação Nacional de Medicamentos do Componente Básico da Assistência Farmacêutica; Relação Nacional de Medicamentos do Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica; Relação Nacional de Medicamentos do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; Relação Nacional de Insumos Farmacêuticos; e Relação Nacional de Medicamentos de Uso Hospitalar.

Contudo, o Ministério da Saúde publicou, no ano de 2013, somente a 8ª atualização da RENAME até o presente momento, a evidenciar que a atualização da regulamentação ocorre geralmente de 2 em 2 anos, no mínimo, a refletir na atual

²⁰² Conselho Federal de Farmácia. **RENAME**. Disponível em: <http://www.cff.org.br/pagina.php?id=140> Acesso em: 10 de janeiro de 2013

²⁰³ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS. PORTAL DE ARQUIVOS. **RENAME** 2013. (http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2013/11/19/12_05_02_316_RENAME_2013.pdf)

²⁰⁴ CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Ministério da Saúde publica a 8ª edição da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - Rename**. Disponível em: <http://portal.crfsp.org.br/noticias/4813-rename-2013.html> Acesso em 11 de maio de 2014.

problemática quanto à obtenção de novos medicamentos que podem representar a cura ou o prolongamento de vida digna aos indivíduos mais vulneráveis da sociedade.

Diante do exposto, infere-se a configuração de um cenário fático lacunoso no Estado brasileiro, perante a ausência da devida prestação essencial à promoção e à preservação da saúde aos indivíduos, principalmente aos que mais necessitam e são igualmente legítimos detentores desse ato estatal, os Indivíduos que são hipossuficientes economicamente. Afinal, esses não teriam outros meios de obtenção desses novos medicamentos que necessitam enquanto ainda não forem disponibilizados e previstos pelo Estado por meio da RENAME, a causar sofrimento e ofensa à dignidade da pessoa humana.

A configurar a existência de ameaça aos bens jurídicos mais supremos de todos os indivíduos existentes, perante a impossibilidade de obtenção dos medicamentos inovadores, essenciais à dignidade, a saúde e a vida, insurge o questionamento sobre a possibilidade de acesso à justiça aos indivíduos hipossuficientes economicamente, brasileiros e portugueses, em face dessa ofensa ao direito fundamental social à saúde constitucionalmente previsto, seja em razão da contenção de gastos e da crise econômica como em função de uma ineficiência e omissão estatal.

3 O acesso à justiça como possível viabilizador legítimo à concretização do direito fundamental social à saúde

As necessidades básicas do ser humano podem ser atualmente contempladas em um complexo jurídico existente tanto em Portugal como no Brasil, composta por princípios basilares que são consagrados e exteriorizados por meio de normas constitucionais e infraconstitucionais.²⁰⁵

Compreende-se que a concretização do direito fundamental social à saúde dos indivíduos hipossuficientes economicamente depende principalmente da efetividade dessas normas constitucionais e infraconstitucionais, devendo ser tanto previstas como garantidas pelo Estado. Afinal, quando principalmente os poderes – Legislativo e Executivo – de um Estado não atuam com a dinâmica necessária e em correspondência às previsões constitucionais, percebe-se invariavelmente a existência de um ato arbitrário.

Conforme disserta PETTIT RAIDÓS²⁰⁶

“[...] para que el poder del estado no sea ejercido arbitrariamente, lo que se requiere es que el poder se ejerza de manera tal, que atienda al estar y a la vision del mundo de sus detentadores. Los actos de interferencia perpetrados por el estado deben seguirse de los intereses compartido de los afectados, y de acuerdo con una interpretación de esos intereses compartida, cuando menos procedimentalmente, por los afectados.²⁰⁷

Perante a omissão, a negligência ou a arbitrariedade²⁰⁸ dos citados poderes do Estado, em face do conteúdo jurídico disposto sobre o direito fundamental social à saúde,

²⁰⁵ Cf. Ver capítulo 2.

²⁰⁶ PETTIT RAIDÓS, Philip. **Republicanism: Uma teoria sobre la libertad y el gobierno**. Tradução de Toni Doménech. Barcelona, 1997. p. 80-83.

²⁰⁷ Ibid. p. 83.

²⁰⁸ Cf. Principalmente quanto à ausência de elaboração das normas regulamentadoras eficazes e de políticas públicas eficientes aos cidadãos.

perquere-se: Qual seria a opção dos indivíduos, principalmente os hipossuficientes economicamente, quando os seus direitos mais basilares à vida lhe forem negados?

Em consonância com o pensamento exposto, cita-se LOPES,

[...] de que vale o Estado assegurar direitos aos deserdados, se ele próprio não oferece quem os defenda e os garanta? De que vale o Estado prometer jurisdição, se somente os afortunados podem invocar-lhe a prestação? Por onde andará a Justiça? Justiça para alguns não é Justiça para outros e, sim, odiosa discriminação, incompatível com os conceitos de Estado Moderno.²⁰⁹

Diante dessa questão, torna-se necessário o estudo do acesso à justiça, como um direito humano e fundamental, e, principalmente de, do seu corolário, a assistência jurídica gratuita, como um modo legítimo dos indivíduos hipossuficientes economicamente invocarem os seus direitos mais basilares.

Assim, o conceito de pessoas morais iguais poderá não ser dissipado na realidade fática diante da ausência das condições mínimas de existência ao ser humano e aquém dos princípios de justiça como atualmente é observado na camada social menos afortunada.

Compete igualmente o estudo desse direito de assistência jurídica gratuita em face de sua previsão normativa e prática jurídica em Portugal e no Brasil, e, a partir dessa observação, realizar-se-á a contraposição desses dados obtidos aos parâmetros doutrinários ora estabelecidos.

²⁰⁹ LOPES, Maurício Antônio Ribero. apud CRUZ, José Rogério da, e Tucci. **Garantias do processo civil: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988**. 1ª ed. 2. tir. São Paulo: RT, 1999. p. 87.

3.1 O acesso à justiça como um direito humano e fundamental

O princípio de acesso à justiça – o maior instrumento formal de luta para a realização de uma ordem jurídica justa – pode ser compreendido como um direito fundamental e igualmente como um direito humano.

Integrante do âmbito jurídico interno de diversos Estados e proclamado desde o advento das primeiras Declarações de Direitos Humanos no âmbito do direito internacional, o acesso à justiça é “[...] primordial à efetividade dos direitos humanos, tanto na ordem jurídica interna como na internacional”, pois o “[...] cidadão tem necessidade de mecanismos próprios e adequados para que possa efetivar seus direitos”.²¹⁰

Em observação as normas da ordem jurídica internacional, cabe ressaltar primeiramente o conteúdo disposto na “Declaração Universal dos Direitos do Homem”, artigo VIII e X, a declarar que

“Artigo VIII: Toda pessoa tem o direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei.”

“Artigo X: Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.”

Em consonância, cita-se o artigo 14º, 1, do “Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos”,

²¹⁰ BARRACHO, José Alfredo de Oliveira. apud ALVES, Cleber Francisco. **Justiça Para Todos! Assistência Jurídica Gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil**. Rio de Janeiro. Ed. Lúmen Júris. 2006. p. 47.

“Todas as pessoas são iguais perante os Tribunais e as Cortes de Justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil.”

Conteúdo similar pode ser igualmente observado em documentos regionais relativos aos direitos humanos, como na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, em seu art. 6º. 1 – a asseverar o direito a um processo justo e equitativo – e, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 8º, 1²¹¹.

Nota-se nesses conteúdos a relevância do acesso à justiça, pois se constitui como um verdadeiro alicerce de todo e qualquer sistema jurídico, visto que o mesmo será inoperante caso esse princípio não seja devidamente garantido e observado.

3.1.1 A natureza negativa e positiva do direito de acesso à justiça.

Em razão do cenário apresentado²¹² advindo da afirmação dos direitos sociais, em que o Estado é intitulado como o principal promotor desses direitos através da teoria de uma “função positiva” – e não mais unicamente passiva/negativa como o era quanto aos direitos civis de primeira dimensão – muitos doutrinadores defendem que o acesso à justiça deveria ser reconhecido somente como um direito fundamental social.

²¹¹ Artigo 8. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

²¹² Cf. Ver capítulo 1.1.1.

Porém, outra facção doutrinária acredita que esse é verdadeiramente um direito de liberdade e integrante da primeira dimensão de direitos humanos, mas, ainda, vale ressaltar um terceiro entendimento, ao qual o citado direito teria verdadeiramente uma dupla natureza, compreendido cumulativamente como um direito social e de liberdade.

Salutar a observação dessa questão diante de todas essas possíveis e diferentes análises, visto que a efetividade do direito de acesso à justiça viabiliza a justa função do sistema judiciário.

A partir dessa proposta, dentre os doutrinadores da primeira opção, BEDIN²¹³ defende que o direito de acesso à justiça, em verdade, teria se “*transformado de um direito civil e portanto um direito negativo em um direito social (e, portanto, positivo).*”

Expõe, ainda, que essa transformação ocorreu no transcurso da primeira metade do século XX e se efetivou nas últimas três ou quatro décadas, visto que em época anterior a solução de litígios revelava um caráter essencialmente restritivo, cumulado à idéia de abstenção do Estado nas principais áreas da vida social. Assim, o acesso à justiça era apenas um direito formal que poucos poderiam usufruir.

Em consonância com essa afirmação, aponta CAPPELLETTI:

O direito de acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era de que, embora o acesso à justiça fosse um “direito natural”, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para a sua proteção. Estes direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática.²¹⁴

Em parte, BEDIN revela uma ótima compreensão da eficácia (ou ineficácia) do acesso à justiça na época apontada, mas, em face da hipótese de uma “mutação do direito

²¹³ BEDIN, Gilmar Antônio. **Direitos Humanos e Acesso à Justiça: Aspectos Nacionais e Internacionais.** [S.I.: s.n.] 2007.

²¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. op. cit., p. 09.

em pauta” proposta pelo autor, gera-se um conflito diante da teoria ora citada nesse estudo quanto ao tema.

Quanto à citação de CAPPELLETTI, ressalta-se a compreensão de que o acesso à justiça era compreendido como um direito natural, essencial e inerente ao ser humano²¹⁵, mesmo que essa compreensão ainda existisse de forma incompleta e deficitária em razão dos argumentos aqui expostos anteriormente.

CAPPELLETTI integra o acesso à justiça entre os “*novos direitos individuais e sociais*”, e ao mesmo tempo, como “*não apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é também necessariamente, o ponto central da moderna processualística*”.

Como argumento contrário, cita-se o pensamento de ALVES,

“Entre nós no Brasil, José Murilo de Carvalho insere o acesso à Justiça dentro da categoria dos direitos civis, e não dos direitos sociais. Na nossa opinião, o direito de acesso à Justiça, incluída especialmente a assistência judiciária gratuita para os necessitados, se traduz num direito de caráter primordialmente civil – e não propriamente um direito social – indispensável mesmo ao exercício pleno da prerrogativa fundamental da liberdade humana e do respeito à igualdade jurídica de todos os cidadãos.”²¹⁶

A assertiva revela profunda coerência, em razão do papel central e basilar que tanto o princípio como o direito em si ocupam nos sistemas jurídicos atuais. Ainda, ressalta-se que esse direito é proclamado como um direito humano de primeira dimensão nos citados instrumentos internacionais, a revelar um caráter condizente à proposta de ALVES.

GARRO ainda revela a terceira opção. Conformemente ao autor para as democracias liberais modernas “*o acesso à justiça é um direito fundamental que pode ser*

²¹⁵ Cf. Conforme exposto no capítulo 1.1

²¹⁶ ALVES, Cleber Francisco. op. cit., p. 21.

caracterizado como um direito civil e político, por um lado, ou como um direito social e econômico, por outro”.²¹⁷

Observa-se que o direito de acesso à justiça se assemelharia a uma necessária garantia dos cidadãos e somente teria efetividade para os indivíduos capazes de acionar financeiramente o sistema, tendo em consideração os altos custos de acesso ao judiciário, destarte, aos indivíduos mais vulneráveis economicamente, esse acesso somente ocorreria se o Estado quisesse ou pudesse cumprir essa previsão em sua totalidade, ao garantir o direito corolário de assistência jurídica gratuita.

Compreende-se que em face da discricionariedade governamental, caso esse direito em sua totalidade não seja prioritário, ou, ainda, caso venha a integrar o rol de direitos que o Estado compreende como merecedores de uma prestação positiva somente quando o quiser ou puder, acarretará um cenário social discriminatório.

Sabe-se a partir dessa questão²¹⁸ – relativamente à natureza negativa ou positiva de um direito, – que independentemente de um direito ser considerado como social ou de liberdade, terá invariavelmente uma dupla natureza – positiva e negativa – e, por essa razão, necessitará igualmente de suporte financeiro do Estado, fato que norteia essa discussão.

Isto posto, entende-se que o acesso à justiça é um direito de caráter civil e político (conforme nomenclatura brasileira), um direito de liberdade, mas, também, um direito positivo, e que sua concretização o será através do Estado, por meio de atos concretos e eficazes, pois, de modo oposto, o próprio Estado estará preterindo um considerável número de indivíduos, principalmente os indivíduos hipossuficientes economicamente, a gerar uma discriminação através de sua inércia ou omissão.

Assim, a sociedade estaria dividida pela “lei do mais forte economicamente” que regularmente legitimaria que a parte constituída pelos indivíduos com maior potencial econômico pudesse violar livremente os direitos da outra parte, a dos mais vulneráveis economicamente.

²¹⁷ GARRO, Alejandro M. **Acesso à Justiça para os pobres na América Latina**. apud ALVES, Cleber Francisco. op. cit. p. 37.

²¹⁸ Cf. Devidamente explanado anteriormente nas p. 35-36.

Em face da existência dessa possível problemática no Direito, consideraram-se as diversas possibilidades fáticas da questão e foram estabelecidas múltiplas teorias e estudos sobre o tema, a merecer destaque o denominado estudo “Projeto De Florença”.

3.1.2 O “Movimento mundial de acesso à justiça” e os diferentes modelos de assistência jurídica gratuita aos indivíduos hipossuficientes economicamente

3.1.2.1 O “Projeto De Florença” e os “Elementos Estranhos Ao Direito”

O “Movimento Mundial de Acesso à Justiça” é analisado de modo eficaz por CAPPELLETTI, sob os auspícios do “Projeto Florença”, no qual diversos colaboradores ao redor do mundo observaram qual o desenvolvimento do acesso à justiça – principalmente o seu direito colorário, a assistência jurídica gratuita – em variados Estados.

A partir dessas observações foram realizados os respectivos relatórios que constituíram uma seqüência de volumes publicados sobre as diferentes questões do acesso à justiça no mundo. O conteúdo desses relatórios pode ser compreendido sob duas ênfases principais: os meios e mecanismos de acesso à justiça em determinado país; e a situação atual do acesso à justiça e os impedimentos para a sua efetividade nesse país analisado.

Para CAPPELLETTI²¹⁹, a verdadeira efetividade, perante determinado direito substantivo, pode ser compreendida como a completa “igualdade de armas”, que possa garantir que o fim de uma lide dependa apenas dos méritos jurídicos em questão, sem a interferência de “elementos estranhos ao Direito”, que possuem um conteúdo impeditivo à afirmação e reivindicação dos direitos.

²¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. op., cit., p. 09.

Entretanto, a completa “igualdade de armas” é um conceito utópico e absolutamente inviável nas esferas judiciais tradicionais, visto que os denominados “elementos estranhos ao Direito” estão presentes na resolução de qualquer lide, constituindo-se como um verdadeiro impedimento, um obstáculo ao acesso efetivo à justiça.

Através das conclusões alcançadas com o “Projeto Florença”, compreendeu-se que esses principais impedimentos seriam as “custas judiciais” e a “possibilidade das partes” – além de questões específicas relacionadas com os interesses difusos –, a ressaltar que estes tanto podem ser interdependentes como também podem se sobrepor um ao outro, intensificando o seu potencial negativo originário.²²⁰

Primeiramente, deve-se mencionar o excessivo dispêndio da resolução formal de litígios, compreendida *latu sensu*, e originariamente, como os honorários advocatícios e as taxas judiciais cobradas pelo sistema judiciário no decorrer do processo – para fins didáticos esse conceito mais amplo de custas judiciais será denominado como “custas judiciais originárias”.

Observa-se que o litigante não arcará “diretamente” com as custas altamente dispendiosas, como o pagamento dos salários dos servidores públicos do judiciário, a aquisição e a manutenção dos prédios públicos, responsabilidade exclusiva do Estado, entretanto, a existência das “custas judiciais originárias” já se tornam um obstáculo praticamente intransponível à maioria dos indivíduos de qualquer sociedade.

Além dessas “custas judiciais originárias”, muitos ordenamentos jurídicos adotam o “princípio da sucumbência”, que determina a obrigação da parte que não obteve êxito no processo de reembolsar à outra parte os honorários advocatícios despendidos com o seu advogado, gerando um grande risco ao litigante que pretenda propor uma demanda sem a certeza de que terá êxito, ou seja, um risco sempre presente. Ao decorrer sobre essa possibilidade, MARSHALL expõe que

²²⁰ Caso uma das partes integrantes da lide não possua recursos financeiros (critério de possibilidade das partes), não poderá arcar com as despesas e custos de um processo (critério de custas judiciais).

Um indivíduo de recursos limitados sabedor de que, no caso de perder a ação terá de pagar as custas de seu oponente bem como as suas, pode, facilmente, ser levado a aceitar um acordo não satisfatório, principalmente se seu oponente é suficientemente rico para não se preocupar com esses aspectos. E mesmo no caso de ter ganho de causa, aquilo que recebe, deduzidos os impostos, será, em geral, inferior a seu gasto real. Assim sendo, se foi induzido a levar seu caso adiante com gastos consideráveis, isto poderá representar uma vitória de Pirro.

221

Salienta-se que conforme for o modelo de assistência jurídica adotado em determinado ordenamento jurídico – em face de sua qualidade e garantia do serviço prestado – esse risco poderá ser consideravelmente potencializado ou suprimido.

Ademais, “*os dados do Projeto de Florença mostram claramente que a relação entre custos a serem enfrentados nas ações cresce na medida em que se reduz o valor da causa*”²²².

As “custas originárias” não sofrem considerável modificação frente à maioria das espécies de litígios, então, perante uma lide que envolva um valor de causa considerado quase insignificante ou outra em que esse possa apresentar uma grande quantia, observar-se-á que o valor das custas originárias podem não sofrer nenhuma ou pouca variação. Assim, esse fato desestimula a possibilidade de um indivíduo ingressar no sistema judiciário tradicional em busca de justiça quando o valor não é considerado alto, visto que não compensará o risco do processo poder ser julgado improcedente.

Por essa razão, muitos danos gerados e injustiças cometidas sequer chegam ao conhecimento dos juristas, o acesso à justiça se torna um privilégio e não um direito fundamental.

Assim, como um dos “elementos estranhos ao direito”, cita-se também a problemática do critério temporal em face dessa morosidade da justiça, intrinsecamente relacionada a questão das custas judiciais *latu sensu*. Para FIGUEIRA JÚNIOR²²³ alguns

²²¹ MARSHALL, T. H. op. cit., p. 82.

²²² CAPPELLETTI, Mauro. op. cit., p. 19.

²²³ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Acesso à Justiça e tutelas de urgência: o pleno acesso à ordem justa e a efetividade do processo. **Jurisprudência Catarinense**, nº. 73, Florianópolis, 1994. p. 27-37.

dos fatores que provavelmente geram esse cenário de morosidade extrema podem ser compreendidos como: uma quantidade elevada de causas em desproporção assustadora com os órgãos da justiça e seus respectivos auxiliares; o desajuste da legislação processual e da organização judiciária à realidade social; e os recursos tecnológicos precários e insuficientes.

Essa morosidade pode agravar o dispêndio com as custas judiciais e tornar a resolução do conflito absolutamente onerosa, e, deste modo, impulsionar a parte com poucos recursos financeiros à desistência do litígio. ARMELIN discorre sobre o assunto, ao afirmar que

[...] a questão da morosidade da prestação da tutela jurisdicional está vinculada também, e precipuamente à estrutura e composição do judiciário, bem assim às verbas que lhe são atribuídas. Com efeito, considerando-se que o processo é a única via de acesso à tutela jurisdicional e que o Juiz é o sujeito fundamental do processo, impede verificar qual a correlação existente entre o número de processos e o número de juízes, para aferir uma elementar condição para a celeridade da prestação daquela tutela. Isto porque a adequação da carga de trabalho à capacidade laborativa daquela a quem foi ela atribuída é pressuposto inarredável de um desempenho célere e perfeito desse mesmo trabalho.²²⁴

Quanto ao critério de impedimento referente à “possibilidade das partes”, observa-se que esse engloba uma gama de aspectos distintos que podem proporcionar vantagens e desvantagens estratégicas aos litigantes, dentre os quais: a capacidade econômico-financeira, a social e a cultural.

Quando um dos litigantes possui uma capacidade econômico-financeira consideravelmente maior do que a do outro litigante, poderá suportar os custos e a duração do litígio com maior facilidade, além de poder arcar com outros gastos que garantam uma apresentação de argumentos de modo mais eficiente.²²⁵

²²⁴ ARMELIN, Donaldo. Acesso à Justiça. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, v. 31. [2000] p. 173.

²²⁵ CAPPELLETTI, Mauro. op. cit., p. 21.

Se as vantagens dos recursos financeiros se mostram como uma poderosa arma em uma lide, as diferenças culturais, de meio social e de nível educacional podem ser ainda vistos como anteriores. Ocorre que muitos indivíduos sequer possuem algum conhecimento básico de quais são os seus direitos e qual deveria ser o procedimento quando um destes é violado.

Em profunda análise sobre a condição de desigualdade brasileira²²⁶, ARMELIN corrobora o entendimento apresentado ao apontar que:

[...] outras barreiras existem quanto ao acesso à justiça. Não apenas econômicos e sociais, mas também culturais. É verdadeiro truísmo afirmar que este país apresenta diferentes estágios de desenvolvimento, conforme as suas variadas regiões. O subdesenvolvimento com as suas seqüelas, como o analfabetismo e ignorância e outras, campeia com maior ou menos intensidade nos variados quadrantes do Brasil. Isso implica reconhecer que em certas regiões o acesso à justiça não chega sequer a ser reclamado por desconhecimento de direitos individuais e coletivos.²²⁷

Poder-se-ia asseverar que o desconhecimento relativamente aos direitos individuais e coletivos seria condizente somente aos indivíduos detentores de uma capacidade financeira menor, pois geralmente teriam um reduzido acesso à educação, contudo, a maioria dos indivíduos é carente de informações básicas sobre os seus direitos e deveres, e das verdadeiras implicações de um processo judicial, a revelar assim, considerável desvantagem. Por essa razão, compreende-se que o direito de acesso à justiça não consta somente como um conceito de “acesso ao judiciário”, reconhece-se a existência de etapas anteriores que precisam ser individualmente superadas.

²²⁶ Cf. Compreende-se que situações de desigualdade social podem ser visualizadas nas diversas sociedades que integram diferentes Estados.

²²⁷ ARMELIN, Donaldo. op. cit. p.181.

Ademais, para GALANTER²²⁸, o critério de “possibilidade das partes” ainda compreende a distinção entre “litigantes eventuais” e “litigantes habituais”, fundamentada na frequência de utilização do sistema judiciário.

As vantagens dos “litigantes habituais” podem ser definidas como: um melhor planejamento do litígio em razão de uma maior experiência com o Direito; ter uma maior quantidade de casos, o que proporciona uma economia de escala; a possibilidade de desenvolvimento de relações informais com os membros da instância decisória; a diluição dos riscos da demanda por um maior número de casos; e a elaboração de testes para as estratégias mais favoráveis em relação aos casos futuros.²²⁹

Observa-se que denominados “litigantes organizacionais”²³⁰ têm extrema vantagem em face dos “litigantes individuais”, a constituir uma situação desigual e dificilmente superável em uma lide em que esses estejam em conflito.

Deste modo, verifica-se que o acesso à justiça será mais efetivo quanto às causas dotadas de maior valor, derivadas da tutela de interesses individuais e com litigantes organizacionais.

Através da análise destes “elementos estranhos ao Direito”, conclui-se que em uma lide onde existam esses conteúdos impeditivos à afirmação e reivindicação dos direitos em questão, o acesso à justiça estará prejudicado, a gerar uma situação contrária a todos os fundamentos essenciais à dignidade da pessoa humana.

O recente despertar de interesse em torno do efetivo acesso à Justiça, através do “Projeto Florença”, originou três soluções possíveis – denominadas como “ondas renovatórias” por CAPPELLETTI –, que emergiram quase em seqüência cronológica, principalmente nos países ocidentais, denominados como “soluções práticas para os problemas de acesso à justiça”.

²²⁸ GALANTER. *Why the ‘Haves’ Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*. apud CAPPELLETTI, Mauro. . op. cit. p. 31.

²²⁹ Ibid. 31.

²³⁰ Normalmente compreendidos como os grandes escritórios de advocacia, Empresas, entre outros, e, conforme será exposto em capítulo próprio, a Defensoria Pública da União no Estado brasileiro.

3.1.2.2 As “ondas renovatórias” de acesso à justiça

Pode-se afirmar que a primeira solução para o acesso à justiça foi a assistência judiciária; já a segunda remetia às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses "difusos", especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e a terceira consistiria no "enfoque de acesso à justiça" com posicionamentos complementares aos primeiros.²³¹

Primeiramente, deve-se ressaltar que tais ondas renovatórias atuam sempre conjuntamente, através de um caráter cumulativo, de complementaridade, jamais de alternância e substituição.

A primeira “onda renovatória”, a assistência judiciária, objeto de análise em capítulo próprio, constitui-se como a prestação de serviços jurídicos aos indivíduos hipossuficientes economicamente, visto que para o ajuizamento de uma causa e conseqüente resolução de um litígio, principalmente através da via tradicional, o auxílio e a representação de um advogado são essenciais.

Nos países da família romano-germânica, em que a quantidade de normas e leis é extrema, e os procedimentos e ritos processuais extremamente específicos e rígidos, para a propositura de uma ação torna-se irremediável a presença de um advogado, ressalta-se que a representação de um profissional do Direito em juízo é normalmente obrigatória.

A segunda solução é referente aos interesses difusos e sua representação. Visa à ampliação da legitimação para agir, a reforma de procedimentos do processo civil (principalmente quanto à citação e coisa julgada), para que se possa adequá-lo com efetividade a uma visão coletiva e não somente individualista. Contudo, não são todos os titulares de um direito transindividual que poderão se apresentar em juízo, e, por essa razão há a necessidade de um representante oficial, com legitimidade processual e competente.

²³¹ CAPPELLETTI, Mauro. op. cit. p. 31.

CAPPELLETTI²³² considera tais direitos “*diversos daqueles dos pobres*”, entretanto, sabe-se que grande parte dos direitos difusos em questão também são referentes aos indivíduos hipossuficientes. DE SOUZA SANTOS revela semelhante compreensão quanto ao tema:

[...] este movimento transborda dos interesses jurídicos das classes mais baixas e estende-se já aos interesses jurídicos das classes médias, sobretudo aos chamados interesses difusos, interesses protagonizados por grupos sociais pouco organizados ou protegidos por direitos sociais emergentes cuja titularidade individual é problemática.²³³

A terceira “onda renovatória” tem uma visão complementar das primeiras, abrangendo uma dimensão diferenciada, conforme CAPPELLETTI,

“Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos “o enfoque do acesso à Justiça” por sua abrangência.²³⁴

Compreende-se que essa última solução visa à reforma de diversos procedimentos e tradições jurisdicionais que limitam e impedem o sistema judiciário, como: alterações nas formas de procedimento; mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais; o uso de serviço de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto juízes como defensores; modificações no direito substantivo destinadas a evitar ou facilitar sua solução; a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios.²³⁵

Verifica-se que essa última onda renovatória contribui ao perfazimento do acesso à justiça, a combater problemas graves do sistema jurídico como a morosidade, mediante instrumentos como a mediação, a conciliação e a arbitragem.

²³² CAPPELLETTI, Mauro. op. cit. p. 31.

²³³ DE SOUZA SANTOS, Boaventura. op. cit. p. 63.

²³⁴ CAPPELLETTI, Mauro. op. cit. p. 67-68.

²³⁵ Ibid.

Por fim, através da análise dessas três soluções práticas para os problemas de acesso à justiça, verifica-se que essas devem coexistir nas sociedades contemporâneas, pois, alcançam âmbitos diferenciados como um todo em prol do indivíduo e da sociedade.

Destarte, diante da predominância de somente uma dessas vias propostas no direito interno de um Estado, conclui-se que o campo de abrangência de acesso à justiça do indivíduo seria absolutamente limitado, razão para que todas as três soluções sejam igualmente consideradas. Quando os “elementos estranhos ao direito” são observados em sua universalidade, a gradativa transformação positiva da efetividade de um meio poderá ser observada em outro, duplicando-se o potencial dessas transformações quando observadas em cadeia.

3.1.2.3 A assistência jurídica e os seus diferentes modelos operacionais

A assistência jurídica, considerada como a primeira “onda renovatória” do “Movimento Mundial do Acesso à Justiça”, constitui-se como direito corolário do acesso à justiça e possibilita aos indivíduos que não têm meios de arcar com o pagamento dos honorários advocatícios a obtenção dos serviços de um representante judicial capacitado.

A assistência judiciária gratuita é exercida desde a Grécia Antiga, a predominar, em primeiro momento, através do modelo de “*múnus honorificum*”, no qual a mesma era exercida por advogados de modo gratuito. Contudo, esta prática caritativa não obteve os resultados pretendidos. Conforme DE SOUZA SANTOS,

A qualidade dos serviços jurídicos era baixíssima, uma vez que, ausente a motivação econômica, a distribuição acabava por recair em advogados sem experiência e por vezes ainda não plenamente profissionalizados, em geral sem

qualquer dedicação à causa. Os critérios de elegibilidade eram em geral estritos e, muito importante, a assistência limitava-se aos actos em juízo, estando excluída a consulta jurídica, a informação sobre os direitos.²³⁶

Observa-se que esse modelo caritativo tende a revelar ineficiência em diversos âmbitos, caracterizando-se como um modelo paliativo ao verdadeiro exercício de uma assistência jurídica gratuita que vise um efetivo acesso à justiça. Primeiramente, pode-se notar essa desvantagem em face da qualidade do serviço prestado, visto ser uma prática que geralmente não é exercida por advogados com ampla experiência, competência e considerável tempo de atuação; e em segundo plano, conseqüentemente ao primeiro, observa-se que “*para evitarem incorrer em excessos de caridade, os adeptos do programa geralmente fixaram estritos limites de habilitação para quem desejasse gozar do benefício*”²³⁷, e assim, a assistência judiciária se tornou praticamente inacessível em face de tais restrições.

Nota-se que a garantia do direito de assistência judiciária não consistia em um dever ao Estado visto ser anterior ao atual reconhecimento e previsão jurídica desse direito ao indivíduo. Contudo, após, observa-se que o direito de assistência judiciária gratuita, nestes moldes caritativos, foi devidamente positivado no ano de 1851, no “*Code de l'Assistance Judiciaire*” da França.

Consta na exposição de motivos do projeto de lei enviado pelo governo francês à Assembléia Nacional francesa, que em 22 de janeiro de 1851 viria a se tornar o primeiro “Código de Assistência Judiciária” da história, o seguinte entendimento:

'L'égalité des citoyens devant la loi si justement proclamée par toutes les constitutions et toutes les chartes, n'est malheureusement qu'un mot vide de sens à l'égard de l'homme qui est hors d'état de remplir la condition nécessaire pour invoquer le secours des lois et s'adresser régulièrement à leurs organes. Dire à quelqu'un: 'Vous ne pourrez pas présenter votre demande, quoiqu'elle soit juste'; ou lui dire: 'Vous ne pourrez la présenter qu'en déboursant une somme d'argent que vous n'avez pas'; c'est en réalité la même chose; il n'y a de

²³⁶ DE SOUZA SANTOS, Boaventura. op. cit. p.171.

²³⁷ CAPPELLETTI, Mauro. op. cit., p. 32.

différences qu'au point de vue de la théorie, il n'y en a point de vue de la pratique.²³⁸

Ressalta-se que em janeiro de 1972, a França substituiu o modelo adotado pelo “*securité sociale*”, no qual o custo dos honorários seria suportado pelo Estado, realizado não somente para alcançar as pessoas pobres, mas também as que se encontram em um nível um pouco acima da pobreza.²³⁹

Esse entendimento, entretanto, já havia sido adotado pela Alemanha, em 1919, ao originar um sistema de reembolso pelo Estado dos gastos dispensados na prestação dos serviços. E, ainda, em 1923, reconheceu-se também o direito ao recebimento de uma remuneração específica para os advogados germânicos que prestassem a assistência judiciária.²⁴⁰

Após, muitos outros países optaram por modelos semelhantes, sendo que a Inglaterra, ao criar o “*Legal Aid and Advice Scheme*”, através do estatuto de 1949, reconheceu ao “*Law Society*”, associação nacional de advogados, a deter relevância tanto pela prestação da assistência judiciária (assistência nos processos), como pelo aconselhamento jurídico.

Ressalta-se que é da união desses dois fatores, a assistência judiciária e o aconselhamento jurídico, que surge o entendimento semântico da palavra “assistência jurídica”, a “primeira onda renovatória” exposta no “Projeto Florença”.²⁴¹

A busca pelo modelo de assistência jurídica ideal compreende, atualmente, três modelos diferentes, quais sejam: 1) o “*Judicare*”; 2) o “*Salaried Staff Model*”; 3) os

²³⁸ ADIET, Loic RICHER, Laurent (org.) *Réforme de la Justice - Réforme de l'État*. Paris, *resses Universitaires de France*, 2003. apud ALVES, Cleber Francisco. **Justiça Para Todos! Assistência Jurídica Gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil**. Rio de Janeiro. Ed. Lúmen Júris. 2006.p.137.

²³⁹ CAPPELLETTI, Mauro. op. cit., p. 37.

²⁴⁰ ALVES, Cleber Francisco. op. cit., p. 47.

²⁴¹ Ibid.

sistemas híbridos, que adotam diversas modalidades diferentes de combinações entre modelo caritativo, o “*judicare*” e o “*Staff Model*”.²⁴²

O primeiro sistema, “*Judicare*”, originou-se na Alemanha, a partir da década de 1949, e é atualmente adotado por diversos países como a Áustria, a Inglaterra, a Holanda, a França e Portugal. Nas palavras de CAPPELLETTI,

“Trata-se de um sistema através do qual a assistência judiciária é estabelecida como um direito para todas as pessoas que se enquadrem nos termos da lei, *Os advogados particulares, então, pagos pelo Estado*. A finalidade do sistema *judicare* é proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado. O ideal é fazer uma distinção apenas em relação ao endereçamento da nota de honorários: o Estado, mas não o cliente, é quem a recebe.”²⁴³

Apesar do sistema “*judicare*” se constituir como um avanço ao já mencionado modelo caritativo, ainda não constitui um modelo ausente de limitações.

DE SOUZA SANTOS²⁴⁴, após a realização de estudos sociológicos sobre o modelo “*judicare*”, identificou as seguintes limitações: a assistência judiciária se concentra somente perante o processo já iniciado, apesar da previsão de que haveria a possibilidade de uma pré-fase na assistência judiciária relativa à consultoria jurídica, ou seja, antes que o litígio judicial fosse iniciado; a prestação do serviço é direcionada a superar as limitações econômicas do acesso ao judiciário, não considerando as limitações socioculturais, que envolvem ações afirmativas à educação jurídica dos cidadãos, com a conscientização dos novos direitos sociais de grupos específicos, como os trabalhadores, mulheres, inquilinos, consumidores, entre outros; a prestação da assistência judiciária é prestada aos cidadãos pobres sob uma natureza individualista, sem considerar seus problemas coletivos.

²⁴² O modelo “*Judicare*”, adotado por Portugal, e, o “*Salaried Staff Model*”, adotado pelo Brasil serão apresentados em capítulo próprio.

²⁴³ CAPPELLETTI, Mauro. op. cit. p. 31.

²⁴⁴ DE SOUZA SANTOS, Boaventura. op. cit. p. 171-172.

CAPPELLETTI²⁴⁵ identifica semelhantes limitações e acrescenta ainda outros, como a existência de um possível desconforto ao beneficiário, em face da ausência de prévio auxílio à compreensão de seus direitos, a denominada consultoria jurídica e a intimidação desses perante a perspectiva de comparecimento em um escritório de advocacia.

Ademais, ainda conforme entendimento de CAPPELLETTI²⁴⁶, ressalta-se prioritariamente, que os profissionais jurídicos que atuam no sistema de assistência jurídica são, em sua maioria, profissionais recém-formados, com pouca experiência no ambiente jurídico profissional, a gerar imensa desvantagem ao litigante hisposuficiente economicamente no decorrer do processo, em face dos litigantes organizacionais e com maior suporte financeiro.

O segundo modelo, “*Salaried Staff Model*”, apoia-se em advogados assalariados pelos cofres públicos e contratados pelo próprio Estado, que trabalham em regime de dedicação exclusiva. Salienta-se que esses advogados têm uma remuneração fixa, por horas trabalhadas e não por tarefas realizadas ou metas alcançadas.

Conforme ALVES, os Estados Unidos é o principal precursor desse modelo, compreendido através de suas duas ramificações: na primeira, o próprio poder público opta pela criação de organismos estatais destinados à prestação direta dos serviços de assistência jurídica, a contratar para tanto advogados que, neste caso, manterão vínculo funcional com o próprio Estado – tais organismos estatais normalmente são denominados de Defensorias Públicas; e, na segunda, os serviços podem ser prestados por entidades não estatais, normalmente sem fins lucrativos, que recebem subsídios dos cofres públicos para custeio de suas despesas, inclusive para o pagamento dos advogados contratados que possuem vínculo empregatício com respectivas entidades e não com o Estado, como os “*Neighborhood Law Office*”.²⁴⁷

O sistema misto, através do qual muitos países adotaram combinações diferentes de modelos de assistência jurídica, tendo em vista as limitações que cada um dos sistemas

²⁴⁵ CAPPELLETTI, Mauro. op. cit. p. 38-39.

²⁴⁶ Ibid.

²⁴⁷ ALVES, Cleber Francisco. op. cit. p.47.

apresentava individualmente, tornou-se o modelo predominante em países como a Suécia e a Província Canadense de Quebeque, os primeiros ordenamentos a adotarem um sistema combinado e a esses se seguiram a Austrália, a Holanda e a Grã-Bretanha.²⁴⁸

O sistema combinado ainda pode ser observado nos Estados Unidos e alguns países da América Latina, visto que a concessão de assistência jurídica muitas vezes é entendida como necessária somente nos litígios que versem sobre causas criminais. Assim, nos litígios das esferas civis, desprovidos do alcance do denominado “*Salaried Staff Model*”, a assistência jurídica seria exercida com caráter honorífico, “*pro bono publico*”, pelos profissionais liberais que exercem a advocacia.²⁴⁹

Para que a prestação da assistência jurídica gratuita seja efetiva e eficiente aos cidadãos, no âmbito interno, salienta-se ainda a possibilidade de interferência do sistema jurídico internacional. Como exemplo, cita-se o episódio ocorrido na Corte Européia para os Direitos do Homem, quando essa condenou a Irlanda (Eire X Irlanda, 1979) e a Itália (Ártico X Itália, 1980) por violação aos direitos assegurados na Convenção Européia dos Direitos do Homem.

Nota-se, através desse exemplo, que tanto a escolha do sistema a ser adotado em determinado ordenamento jurídico quanto a sua forma de estruturação e funcionamento serão indispensáveis ao efetivo acesso à justiça, e, quando insuficientes, poderão ser questionados, contestados, e submetidos até mesmo a sanções em razão das previsões no âmbito do direito internacional.

²⁴⁸ CESAR, Alexandre. op. cit. p.61.

²⁴⁹ ALVES, Cleber Francisco. op. cit. p.47.

3.2 A assistência jurídica em Portugal

No cenário jurídico lusitano, a primeira legislação referente à assistência judiciária foi a de 31 de julho de 1899²⁵⁰, por José Maria de Alpoim (Ministro da Justiça nos governos de José Luciano de Castro)²⁵¹, conforme o modelo francês disposto no primeiro "Código de Assistência Judiciária" da história.²⁵²

Atualmente a assistência judiciária está prevista principalmente na CRP de 1976, artigo 20º, n.º 1, a determinar que “*A todos é assegurado o acesso aos tribunais para defesa dos seus direitos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos*”. Ressalta-se, igualmente, o n.º 2 do artigo em pauta, a revelar um conteúdo complementar ao número anterior, “*Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade.*”

Nota-se que após as revisões constitucionais de 1982, 1992 e 1997, cumuladas às inúmeras adições legislativas posteriores, esse sistema é atualmente denominado como o ‘*acesso ao direito e aos tribunais*’ e abarca tanto a ‘*informação jurídica*’ como a ‘*protecção jurídica*’, a refletir um avanço legislativo e doutrinário igualmente observado nos demais Estados ocidentais. De acordo com DE SOUZA SANTOS,

“[...] a evolução do acesso ao direito e aos tribunais, através do regime de apoio judiciário, esteve sujeita nas últimas décadas a três rupturas. A primeira, em 1970, com a consagração de um regime de assistência judiciária aos mais pobres. A segunda, em 1987 com a entrada em vigor, a partir de Novembro de 1988, de um regime mais alargado de apoio judiciário (informação, consulta e patrocínio jurídico) e a atribuição à Ordem dos Advogados da nomeação de patronos com uma remuneração mais adequada à profissão. A terceira, em

²⁵⁰ MORAES, Guilherme Peña de. **Instituições da Defensoria Pública**. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 107.

²⁵¹ CONSELHO DISTRITAL DE LISBOA DA ORDEM DOS ADVOGADOS. **CONSULTA N.º 42/2008 - Apoio Judiciário**. Triênio 2008/2010, Vol. I. Disponível em: <http://pareceres.cdlisboa.org/docs/42-2008.html>. Acesso em: 15 de maio de 2014.

²⁵² Cf. Ver capítulo 3.1.2.3. p.110 e 111.

*2000, que entrou em vigor em 1º de Janeiro de 2001, com a desjudicialização, para a Segurança Social, do processo e da decisão de atribuição de apoio judiciário e para a Ordem dos Advogados da nomeação de patrono, e, ainda, com a tentativa de dignificação do patrocínio oficioso e da defesa oficiosa, pretendendo-se que a Ordem dos Advogados nomeie advogados, e não estagiários, nos processos em que a lei exige o patrocínio judiciário”.*²⁵³

Declara-se a personificação das mencionadas três primeiras rupturas através da precursora Lei n.º 7/70, de 09 de Junho, que estabeleceu um novo regime (regulamentado pelo decreto n.º 562/70, de 18 de novembro e pelo Decreto-Lei n.º 44/77, de 02 de fevereiro). Após, esse regime foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 387-B/87, de 29 de Dezembro de 1987, a configurar a mencionada segunda ruptura. Entretanto, a revogação desse mencionado Decreto-Lei n.º 387-B/87 pelo n.º 1 do artigo 56.º da Lei n.º 30-E/2000, de 20 de Dezembro de 2001 originou a então terceira mencionada ruptura.

Contudo, a complementar tal assertiva do doutrinador DE SOUZA SANTOS, como uma posterior quarta ruptura e conseqüente evolução jurídica notória²⁵⁴, menciona-se a atual e vigente Lei n.º 34/2004 de 29 de Julho²⁵⁵, que altera o regime de ‘*acesso ao direito e aos tribunais*’, o modelo de gestão do apoio judiciário e transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva n.º 2003/8/CE²⁵⁶.

Dispõe a citada lei, nos artigos 1º e 2º, que o ‘*sistema de acesso ao direito e aos tribunais*’ é designado à garantia de que a “*ninguém seja dificultado ou impedido, em razão da sua condição social ou cultural, ou por insuficiência de meios económicos, o conhecimento, o exercício ou a defesa dos seus direitos*”, como responsabilidade do

²⁵³ DE SOUZA SANTOS, Boaventura (dir. cient.); PEDROSO, João. (coord). **O acesso ao direito e à Justiça: um direito fundamental em questão**. Coimbra: Observatório permanente da Justiça portuguesa. Centro de Estudos Sociais. Faculdade Economia da Universidade de Coimbra. 2002. p. VI. Disponível em: <http://opj.ces.uc.pt/pdf/10.pdf> Acesso em: 15 de maio de 2014.

²⁵⁴ Cf. Ver Anexo n.º 3.

²⁵⁵ Somada às alterações introduzidas pela Lei n.º 47/2007, de 28 de Agosto de 2007 e regulamentada pela Portaria n.º 10/2007, de 03 de Janeiro, com as alterações introduzidas pela Portaria n.º 210/2008, de 29 de Fevereiro.

²⁵⁶ “Relativa à melhoria do acesso à justiça nos litígios transfronteiriços através do estabelecimento de regras mínimas comuns relativas ao apoio judiciário no âmbito desses litígios.” (EUR-Lex - Access to European Union law. **Directiva 2002/8/CE**. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/;jsessionid=BsymT9sGspMLPyGF8JXGZWYGrhP5hHyNhkwDy12YZbTWSsdJp1yz!-1588769171?uri=CELEX:32003L0008> Acesso em: 21 de maio de 2014.)

Estado, através de “*acções e mecanismos sistematizados de informação jurídica e de protecção jurídica*”.

A ‘*protecção jurídica*’ é “*um direito das pessoas singulares e coletivas sem fins lucrativos, que não tenham condições económicas de acederem ao direito e aos tribunais*”²⁵⁷. Compreende a ‘*consulta jurídica*’²⁵⁸, o ‘*apoio judiciário*’²⁵⁹ – que cumulados originam uma dinâmica mais abrangente, explanada no Direito brasileiro como a ‘assistência jurídica’ – e, ainda, a adição de um terceiro elemento, um sistema similar ao de ‘Justiça Gratuita’ no Brasil, intitulado em Portugal como integrante da ‘assistência judiciária’.²⁶⁰ Ou seja, no direito português ‘*a dispensa ou deferimento do pagamento de taxa inicial e ou subsequente, preparos para despesas e custas*’ ou a ‘*possibilidade de pagamento faseado de taxa de justiça e demais encargos com o processo*’ seriam duas opções legais integrantes na ‘*assistência judiciária portuguesa*’, enquanto no direito brasileiro, ‘a dispensa do pagamento das custas e emolumentos no decorrer do processo judicial’ seria denominada como a ‘Justiça Gratuita’.²⁶¹

Assevera-se que esses indivíduos específicos²⁶² que detêm o direito à ‘*protecção jurídica*’ devem demonstrar a ausência de capacidade econômica para suportar as despesas

²⁵⁷ INSTITUTO DA SEGURANÇA SOCIAL. **Guia Prático - Protecção Jurídica**. 9001. V4. 14.

Disponível em: http://www4.seg-social.pt/documents/10152/15011/proteccao_juridica Acesso em: 15 de maio de 2014.

²⁵⁸ “*Consulta jurídica - consulta com um advogado para esclarecimento técnico sobre o direito aplicável a questões ou casos concretos nos quais avulsem interesses pessoais legítimos ou direitos próprios lesados ou ameaçados de lesão (não se aplica às entidades sem fins lucrativos).*” (INSTITUTO DA SEGURANÇA SOCIAL. **Guia Prático – Protecção Jurídica**. 9001 – V4.14. Disponível em: http://www4.seg-social.pt/documents/10152/15011/proteccao_juridica Acesso em: 15 de maio de 2014.)

²⁵⁹ Assumida sob a nomenclatura de ‘assistência judiciária’ no Direito Brasileiro, o ‘*apoio judiciário*’, abrange a nomeação de ‘*patrono*’ – advogado – e a dispensa de pagamento de honorários, semelhantemente ao previsto no modelo brasileiro.

²⁶⁰ DE SOUZA SANTOS, Boaventura (dir. cient.); PEDROSO, João. (coord). op. cit. p. VI. Disponível em: <http://opj.ces.uc.pt/pdf/10.pdf> Acesso em: 15 de maio de 2014.

²⁶¹ *Ibid.*

²⁶² “*Cidadãos portugueses e da União Europeia; Estrangeiros e apátridas com título de residência válido num Estado membro da União Europeia; Estrangeiros sem título de residência válido num Estado membro da União Europeia – se as leis dos seus países de origem derem o mesmo direito aos portugueses; Pessoas que têm domicílio ou residência habitual num Estado membro da União Europeia diferente do Estado membro onde vai decorrer o processo (litígios transfronteiriços); Pessoas coletivas sem fins lucrativos - têm apenas direito ao apoio judiciário, nas modalidades de dispensa da taxa de justiça e demais encargos com o processo, nomeação e pagamento da compensação de patrono, pagamento da compensação de defensor officioso e atribuição de agente de execução.*” (INSTITUTO DA

relativas à ação judicial, a considerar o rendimento, o património e a despesa permanente do seu agregado familiar.²⁶³

Para a efetivação do conteúdo infra-constitucional disposto sobre a ‘*proteção jurídica*’, observa-se uma “*co-responsabilização do Estado e das entidades representativas das profissões forenses, designadamente a Ordem dos Advogados e a Câmara dos Solicitadores, pelo funcionamento eficaz do instituto*”²⁶⁴. Assim, o Estado é considerado responsável pela garantia da condizente remuneração aos profissionais que atuam no ‘*sistema de acesso ao direito e aos tribunais*’, através do Ministério da Justiça.

Conforme determinado no sistema em questão, o Estado poderá tanto arcar integralmente com as despesas acerca da demanda jurídica dos indivíduos hipossuficientes economicamente, como também proporcionar o pagamento dessas através de um parcelamento do valor total, a ser efetivado pelo requerente diretamente ao Ministério da Justiça, ou seja, facilitar o pagamento àqueles que não preencherem os critérios à primeira opção de injeção total, fato que demonstra um maior alcance desse direito essencial a todos os indivíduos.

Contudo, ressalta-se que na primeira opção o indivíduo economicamente hipossuficiente terá somente a ‘dispensa’ desse pagamento efetuado integralmente pelo Estado. Pois, caso a situação financeira do indivíduo beneficiário revele futuras alterações, durante certo lapso temporal após de findo o processo, deverá ocorrer um futuro ressarcimento ao Estado por parte desse indivíduo.

SEGURANÇA SOCIAL. **Guia Prático - Proteção Jurídica**. 9001. V4. 14. Disponível em: http://www4.seg-social.pt/documents/10152/15011/proteccao_juridica Acesso em: 15 de maio de 2014.)

²⁶³ INSTITUTO DA SEGURANÇA SOCIAL. **Guia Prático - Proteção Jurídica**. 9001. V4. 14. Disponível em: http://www4.seg-social.pt/documents/10152/15011/proteccao_juridica Acesso em: 15 de maio de 2014.

²⁶⁴ DE SOUZA SANTOS, Boaventura (dir. cient.); PEDROSO, João. (coord). op. cit. p. VI. Disponível em: <http://opj.ces.uc.pt/pdf/10.pdf> Acesso em: 15 de maio de 2014.

3.2.1 A operacionalidade fática da assistência jurídica portuguesa em face do direito fundamental social à saúde.

O sistema de ‘*acesso ao direito e aos tribunais*’ de Portugal revela as características basilares do modelo de assistência jurídica ora compreendido como *judicare*²⁶⁵, que deveria insurgir a possibilidade de reivindicação do indivíduo hipossuficiente economicamente acerca dos seus direitos, especialmente, o direito fundamental social à saúde, quando esse restar ausente ou negligenciado pelo Estado, seja em razão de ineficiência legislativa e administrativa ou devido às prejudiciais escolhas políticas mediante frequentes restrições econômicas.

Entretanto, a partir de DE SOUZA SANTOS, observa-se que a questão em pauta detém contornos ainda mais complexos, pois

[...] a consagração constitucional dos novos direitos econômicos e sociais e a sua expansão paralela à do Estado de um bem-estar transformou o direito ao acesso efetivo à justiça num direito charneira, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais. Uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos sociais e econômicos passariam a meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores. Daí a constatação de que a organização da justiça civil e em particular a tramitação processual não podem ser reduzidas a sua dimensão técnica, socialmente neutra, como era comum serem concebidas pela teoria processualística [...]²⁶⁶

A “*natureza comum de jusfundamentabilidade material e a de constitucionalização formal*”²⁶⁷ dos direitos de liberdade e dos direitos sociais não pressupõe a relevância necessária ao enquadramento dos últimos no “*regime jurídico-constitucional de protecção privilegiada*”²⁶⁸ e de aplicação imediata, principalmente aos

²⁶⁵ Cf. p.112 e 113.

²⁶⁶ DE SOUZA SANTOS, Boaventura. **Introdução à sociologia da administração da justiça**. [S.I.: s.n.]1989. p. 45-46.

²⁶⁷ NOVAIS, Jorge Reis. op. cit. 2010. p. 339.

²⁶⁸ NOVAIS, Jorge Reis. op.cit. 2010. p. 333 e 350.

direitos diretamente contemplados como integrantes do mínimo existencial, a acarretar aos direitos fundamentais sociais o rótulo de “*meras declarações políticas*”²⁶⁹, como exposto pelo autor DE SOUZA SANTOS.

NOVAIS repercute semelhante entendimento ao expor que

“[...] tratar os direitos sociais como beneficiando do regime de protecção próprio e comum dos direitos fundamentais significa, à partida, e independentemente das diferenciações que a respectiva especificidade justificar, poder beneficiar de uma elaboração, um enquadramento e uma experiência solidificada no Direito comparado ao longo das últimas décadas do Estado de Direito democrático. Ao invés, recusar-lhes um enquadramento dogmático comum e próprio dos direitos fundamentais significará a permanência da fragilidade, da incerteza e da imprevisibilidade que, em grande medida, têm caracterizado a dogmática dos direitos sociais entre nós. [...]”²⁷⁰

Nota-se a evidente “*desqualificação constitucional*”²⁷¹ de muitos direitos sociais que têm extrema relevância na vida do indivíduo, como o direito fundamental social à saúde, quiçá mais do que muitos constantes no Título II ou de natureza análoga, como o direito de antena ou o direito de greve.

Porém, à obtenção de um possível critério de classificação para essa dicotomia constitucional portuguesa, a doutrina construiu diversas teorias, entre as quais, ressalta-se a explanada por ANDRADE²⁷².

O autor expõe que os direitos do Título II e os análogos caracterizariam a existência de uma “*função primária de defesa da autonomia pessoal*”²⁷³, que incitaria posteriores prestações positivas, como dimensões instrumentais do direito, mas, relativamente aos direitos do Título III, os direitos fundamentais sociais, essas prestações constituiriam o seu núcleo principal e não o citado aspecto instrumental.

²⁶⁹ DE SOUZA SANTOS, Boaventura. op. cit. 1989 p. 45-46.

²⁷⁰ NOVAIS, Jorge Reis. op. cit. 2010. p. 339.

²⁷¹ NOVAIS, Jorge Reis. op. cit. 2010. p. 341.

²⁷² ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2ª ed. Coimbra : Livraria Almedina, 2001. p. 181-183.

²⁷³ A partir do conceito de José Joaquim Gomes Canotilho. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit., 1991. p. 395).

Deste modo, o regime do Título II e análogos seria aplicado aos direitos passíveis de efetivação ao nível constitucional e não aos que dependeriam de uma legislação ordinária à sua concretização enquanto “*direitos a prestações sujeitas a determinações políticas*”²⁷⁴.

Ainda para o autor, caso o regime dos direitos do Título II e análogos não forem concretizados no patamar constitucional, poderá existir legitimamente uma interpretação criadora, pois “*os tribunais devem dispor da liberdade necessária à determinação do conteúdo desses direitos*”²⁷⁵ com a exclusiva limitação de essa determinação corresponder material e racionalmente à CRP.²⁷⁶

Nesse entendimento existiria igualmente a legitimidade de efetuar um “*controlo intrínseco da atividade legislativa na matéria*”, a coagir o Legislativo em prol do interesse da coletividade quando ausente a legislação necessária ou incoerente com o conteúdo disposto constitucionalmente.

Já aos demais direitos fundamentais, em especial os direitos sociais, compreende-se a existência de uma delegação constitucional ao Poder Legislativo à definição e concretização desses direitos. Os direitos sociais teriam por base normas apenas “*medianamente vinculativas*”²⁷⁷, ou seja, o Estado teria o dever de efetivá-las – dentro de limites viáveis e disponíveis – e o posterior dever de preservar essa efetivação.

Razões pelas quais “*seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelos Tribunais e o conseqüente reexame das decisões legislativas, por atentar contra a filosofia constitucional de repartição dos poderes*”.²⁷⁸

Observa-se nas palavras de ANDRADE²⁷⁹, conforme o entendimento quanto ao assunto, que a aceitação da aplicabilidade imediata dos direitos sociais, como direitos subjetivos, implicaria na extração de “*conteúdos justiciáveis*” desses direitos, considerado

²⁷⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. op. cit., p. 190.

²⁷⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. op. cit., p. 185.

²⁷⁶ Ibid.

²⁷⁷ ALEXANDRINO, José de Melo. op. cit. p. 243.

²⁷⁸ Ibid.

²⁷⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. op. cit., p. 190.

pelo autor como “*inadmissível numa sociedade democrática, porque traria consigo uma ditadura da Constituição ou um injustificado e ilegítimo ‘governo de juízes’*”.

Desse modo, a tutela jurídico-constitucional dos direitos fundamentais sociais não revelaria a mesma intensidade observada nos direitos do Título II e análogos, seja quanto ‘*à protecção institucional*’ ou ‘*remédios disponíveis*’.²⁸⁰

Contudo, para ANDRADE, os direitos fundamentais sociais também não deveriam ser objeto de reivindicação e luta apenas política, pois, por ser intitulado como um direito fundamental, objetiva a “*defesa da dignidade das pessoas concretas*”, condicionado ao cumprimento do “*conteúdo mínimo de solidariedade social*”, e, conforme o alcance constitucional de cada direito social previsto na carta Magna, corresponderá às “*garantias típicas de juridicidade num Estado de Direito*”.²⁸¹

Assim, reconhece-se que a “*protecção jurídico constitucional típica dos direitos sociais repousa principalmente no mecanismo da inconstitucionalidade por omissão*”²⁸². Ou seja, diante da inatividade ou incoerência à concretização de um desses direitos fundamentais sociais, há um instrumento processual a ser acionado.

Entretanto, os titulares do direito social em questão não possuem a legitimidade, como requerentes constitucionalmente determinados, para a propositura do presente instrumento judicial, conforme disposto no art. 283 da CRP. Apenas o Presidente da República, o Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, os presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, poderão requerer que o Tribunal Constitucional que aprecie e verifique o a ausência de cumprimento da CRP por omissão das medidas legislativas necessárias à exequibilidade das normas constitucionais.

Assim, o indivíduo que sofrer uma lesão de direito em fase de uma omissão legislativa, poderá apenas solicitar a demanda aos citados requerentes constitucionalmente titulares dessa ação e aguardar. E, ainda, mesmo após a solicitação ser atendida e

²⁸⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. op. cit., p. 395.

²⁸¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. op. cit., p. 396.

²⁸² ANDRADE, José Carlos Vieira de. op. cit., p. 397.

encaminhada ao Tribunal Constitucional, a única competência desse será a de comunicar e notificar a omissão e inconstitucionalidade aos órgãos legislativos apontados.

Observa-se que, mesmo diante de um recurso processual à efetivação do direito fundamenta social, como o mecanismo da inconstitucionalidade por omissão, não há um meio jurídico puro que seja isento do aspecto político, subjetivo e variável. Afinal, questiona-se como uma demanda popular em prol da efetivação de direitos sociais poderá alcançar o Tribunal Constitucional através de seus requerentes legítimos e após ser verdadeiramente considerada pelos órgãos legislativos a suprir essa omissão, pois nas duas etapas pode ser observado um caráter facultativo às escolhas e decisões.

Para ANDRADE²⁸³, essa instabilidade subjetiva e facultativa existente nos meios e instrumentos previstos no Direito português, à busca dos cidadãos pela concretização de um direito social, é ainda vislumbrada perante prisma complementar em que “*a protecção institucional dos direitos sociais é, em grande medida, uma protecção política*”, principalmente diante de instrumentos como o direito de petição individual ou coletiva, o direito de voto e outros em alusão aos artigos 54º, nº. 5, alínea. d), 56º, nº. 2, alínea a), 63º, nº 2, 77º, nº. 2, 98º, previstos na CRP.

Contudo, diante da análise do caso concreto e da análise estrutural de cada direito fundamental em questão proporcionada pela tutela judiciária, a incluir o direito social à saúde, haverá dessemelhantes dimensões de natureza positiva ou negativa, a gerar, em praticamente todos esses direitos, somente diferentes graus de prestações estatais positivas a serem concretizadas. E, quando qualquer um dos direitos de ambos os Títulos II e III forem analiticamente decompostos, poderão também apresentar parcialmente a estrutura normativa típica do título diverso²⁸⁴, principalmente no caso concreto, pois são estruturas complexas e predispostas à dinâmica da subsunção normativa, onde cada elemento da norma se torna variável em intensidade.

Sendo assim, deveria ser prioritária a análise da essencialidade de concretização do direito social em questão, o direito fundamental social à saúde, especificadamente ao

²⁸³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. op. cit., p. 397.

²⁸⁴ NOVAIS, Jorge Reis. op. cit. 2010. p. 336

indivíduo ou grupo de indivíduos afetados, em face do princípio da dignidade da pessoa humana e como parte integrante ‘do seu mínimo existencial’²⁸⁵.

Nesse sentido, SÉRVULO CORREIA ²⁸⁶ expõe que o judiciário poderia excepcionalmente até modelar, em função das circunstâncias do caso concreto, lesões que evidenciassem uma afronta direta à dignidade da pessoa²⁸⁷, a corroborar a relevância da efetivação dos direitos condizentes à esse princípio basilar do Direito.

Assim, entre todos os demais direitos fundamentais sociais previstos e possivelmente concretizados, mediante prestações estatais positivas, a ausência da efetivação do direito fundamental social à saúde, especificadamente, gerará uma maior lesão ao indivíduo em questão do que em comparação com muitos outros direitos que poderão não lhe afetar diretamente. Afinal, dificilmente todos os indivíduos do Estado necessitarão, na mesma medida, de todas as prestações estatais positivas oferecidas, mas, dentre essas, existirão sempre as determinantes e essenciais a cada um, a incluir certamente, em algum momento da sua vida, o direito à vida e à saúde.

Ressalta-se que "*aos custos dos direitos sociais, estes são verificados em despesas públicas, suportadas pelo Estado, ou melhor, pelos contribuintes dos impostos*" ²⁸⁸, razão pela qual deveria o indivíduo, em face de qualquer ameaça ao seu direito, protagonizar o seu direito essencial de acesso à justiça.

²⁸⁵ A denominação exposta como ‘do seu mínimo existencial’, reflete um mínimo existencial individualizado, clarifica o entendimento de que a cada indivíduo ou grupo de indivíduos, principalmente quando portadores de alguma questão grave de saúde, haverá a necessidade de meios, tratamentos ou medicamentos específicos, que serão essenciais à sua saúde e à sua vida, a integrar de modo prioritário o seu rol específico de mínimo existencial. (grifo nosso)

²⁸⁶ SÉRVULO CORREIA, J. M. Interrelação entre os regimes constitucionais dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais e o sistema constitucional de autonomia do legislador e de separação e interdependência de poderes: teses. In: MIRANDA, Jorge (coord.) **Estudos em homenagem ao professor Dr. Armando M. Marques Guedes**. Coimbra: Coimbra, 2004.p. 970.

²⁸⁷ “*Os direitos fundamentais sociais dispõe, como vimos, de um conteúdo nuclear, ao qual se há-de reconhecer uma especial força jurídica, pela sua referência imediata à dignidade da pessoa humana, fundamento de todo o catálogo de direitos fundamentais.*” (Andrade, José Carlos Vieira de. op. cit., p. 371).

²⁸⁸ NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. In: Portugal. Tribunal Constitucional. **Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa**. Vol I. Coimbra, 2003. p.750.

Ainda, a prestação da assistência judiciária a partir do modelo *judicare* é prestada ao indivíduo hipossuficiente economicamente sob uma natureza individualista, sem considerar seus problemas coletivos, e, desse modo, perante uma demanda coletiva, o sistema de ‘*acesso ao direito e aos tribunais*’ de Portugal não poderá produzir uma resposta mais rápida e eficaz através do judiciário. Assim, não atuará como um sistema democrático em favor das minorias ou grupos específicos de indivíduos ameaçados em seu direito.

Constata-se, primeiramente, que apesar desse revelar um sistema eficaz de assistência jurídica, em contante evolução e aprimoramento prático-teórico, encontra-se limitado pelas características próprias do modelo *judicare* adotado, e, relativamente à reivindicação do direito fundamental social à saúde pelo indivíduo hipossuficiente economicamente ou grupo de indivíduos, principalmente perante opções político-financeiras estatais compreendidas como prejudiciais, é circunscrito pelo legado jurídico-normativo minimalista existente no Ordenamento Jurídico Português.

Assim, perante a necessidade do indivíduo hipossuficiente economicamente acionar o judiciário para a obtenção de qualquer medicamento essencial à sua saúde e sobrevivência, através do Estado, como um elemento crucial “do seu mínimo existencial” e à preservação do seu direito à vida, como corolários do princípio da dignidade da pessoa humana, encontrará barreiras jurídico-processuais intransponíveis.

3.3 A assistência jurídica gratuita no Brasil

No texto da CRFB de 05 de dezembro de 1988, sétima a reger o Brasil desde a sua Independência, constam as previsões magnas acerca do acesso à justiça²⁸⁹ e da assistência jurídica gratuita, sendo essa última personificada pela denominada Defensoria Pública, conforme artigo 5º, inciso LXXIV e artigo 134 do Título IV, Capítulo IV "Das Funções Essenciais à Justiça", Seção III - Da advocacia e da Defensoria Pública:

Art. 5º [...] LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)

§ 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. (Renumerado do parágrafo único pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 74, de 2013)

²⁸⁹ Cf. Frequentemente o inciso LV do artigo 5º da CRFB – “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes” – é compreendido como condizente ao direito de acesso à justiça, porém, nota-se uma vertente majoritariamente processual.

§ 4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal.(Incluído pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)

Por constarem em um patamar constitucional, tais previsões viabilizam a eficácia das demais disposições normativas inseridas na CRFB, relativamente aos direitos e garantias fundamentais e basilares do ser humano, conforme assevera MOREIRA NETO:

[...] as funções essenciais à justiça se constituem num conjunto de atividades políticas preventivas e postulatórias através das quais interesses juridicamente protegidos são identificados, acautelados, promovidos e defendidos por órgãos tecnicamente habilitados, sob garantias constitucionais.²⁹⁰

Assim, o advento constitucional da Defensoria Pública é tido como um marco histórico-jurídico brasileiro, uma evolução na concretização de direitos e garantias fundamentais ao indivíduo, já que a assistência jurídica ao indivíduo hipossuficiente economicamente finalmente é atribuída a uma instituição pública a partir do nível federal e com preceitos orientadores para sua organização regional.

Diante da concessão estatal de assistência jurídica gratuita nas fases judicial e extrajudicial, verifica-se também a necessidade de um procedimento específico ao pagamento das custas e emolumentos, requeridos no âmbito do Judiciário e igualmente dispendiosos financeiramente aos indivíduos hipossuficiente economicamente. Afinal, como outrora exposto, o acesso à justiça, através do acesso ao judiciário, prevê gastos diversos e cumulativos e taxativamente necessários além dos honorários advocatícios.

Ressalta-se então, a existência de um patrocínio estatal ao custeio dessas custas e emolumentos, como uma suspensão da exigência de sua cobrança durante a demanda judiciária em pauta, denominado como Justiça Gratuita. Assim, citam-se as notórias

²⁹⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais**. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*: n. 36, dez. 1991. p. 20.

dessemelhanças entre a justiça gratuita e a assistência jurídica gratuita outrora exposta, a partir do entendimento de MIRANDA,

[...] O benefício da justiça gratuita é direito à dispensa provisória de despesas, exercível em relação jurídica processual, perante o Juiz a que promete a prestação jurisdicional. É instituto de Direito pré-processual. A assistência jurídica [...] é Instituto de Direito Administrativo. Para o deferimento ou indeferimento do benefício da justiça gratuita é competente o juiz da própria causa. Para a assistência judiciária, a lei de organização judiciária é que determina qual o juiz competente.²⁹¹

Observa-se que embora constituam concessões estatais distintas, são complementares e conciliáveis²⁹², ambas necessárias aos indivíduos com maior carência financeira, conforme LIPPMANN,

[...] a assistência judiciária não se confunde com justiça gratuita. A primeira é fornecida pelo Estado, que possibilita ao necessitado o acesso aos serviços profissionais do advogado e dos demais auxiliares da justiça, inclusive os peritos, seja mediante a defensoria pública ou da designação de um profissional liberal pelo Juiz. Quanto à justiça gratuita, consiste na isenção de todas as despesas inerentes à demanda, e é instituto de direito processual. [...] Ambas são essenciais para que os menos favorecidos tenham acesso à Justiça, pois ainda que o advogado que se abstenha de cobrar honorários ao trabalhar para os mais pobres, faltam a estas condições para arcar com outros gastos inerentes à demanda, como custas, perícias, etc. Assim, frequentemente, os acórdãos, ao tratar da justiça gratuita, ressaltam seu caráter de Direito Constitucional.²⁹³

As normas estabelecidas no Direito positivo brasileiro, que concedem os benefícios da Justiça Gratuita aos indivíduos hipossuficientes economicamente, encontram-se na Lei Federal nº. 1.060, de 05 de fevereiro de 1950.

²⁹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967 - com a Emenda n.1, de 1969**. Tomo V (arts. 153, §2.º - 159), 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971. p. 642.

²⁹² MORAES, Guilherme Peña de. **Instituições da Defensoria Pública**. São Paulo – SP. Malheiros Editores LTDA. 1999. p. 59.

²⁹³ LIPPMANN, Ernesto. **Os Direitos fundamentais da Constituição de 1988**, São Paulo: Editora LTR, 1999. p. 40.

Contudo, conforme entendimento de BASTOS²⁹⁴ e outros doutrinadores, observa-se nessa lei a menção errônea dos legítimos conceitos de assistência judiciária e justiça gratuita, contrariamente ao ora exposto, a gerar extrema imprecisão técnico-jurídica e necessária correção. Nota-se a confusão conceitual primeiramente no artigo 3º da citada lei, a perpetuar pelos demais artigos,

[...] Art. 3º. A assistência judiciária compreende as seguintes isenções: I - das taxas judiciárias e dos selos; II - dos emolumentos e custas devidos aos Juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça; III - das despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais; IV - das indenizações devidas às testemunhas que, quando empregados, receberão do empregador salário integral, como se em serviço estivessem, ressalvado o direito regressivo contra o poder público federal, no Distrito Federal e nos Territórios; ou contra o poder público estadual, nos Estados; V - dos honorários de advogado e peritos. VI – das despesas com a realização do exame de código genético – DNA que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade. (Incluído pela Lei nº 10.317, de 2001) VII – dos depósitos previstos em lei para interposição de recurso, ajuizamento de ação e demais atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009). Parágrafo único. A publicação de edital em jornal encarregado da divulgação de atos oficiais, na forma do inciso III, dispensa a publicação em outro jornal. (Incluído pela Lei nº 7.288, de 1984)

Contudo, ainda que ausente a mencionada correção, a Lei n.º1.060/50 foi submetida a diversas adições e alterações posteriores, advindas de inúmeras leis devidamente recepcionadas pela CRFB, quas sejam: Lei nº 6.014, de 1973; Lei nº 6.205, de 29 de abril de 1975; Lei nº 6.465, de 1977; Lei nº 6.654, de 1979; Lei nº 7.288, de 1984; Lei nº 7.510, de 1986; Lei nº 7.871, de 1989; Lei nº 10.317, de 2001; Lei Complementar nº 132, de 2009.

Atualmente, o indivíduo que seja incapaz de arcar com os custos e emolumentos de um processo judicial no Brasil, poderá postular o seu direito à Justiça Gratuita, através de um requerimento comprovativo, a denominada “declaração de pobreza”.

²⁹⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1988/1989, vol 2. p. 375-376.

Assim a Lei n.º. 1.060 de 1950 permanece vigente e atual, apesar imprecisões técnico-jurídicas e do excessivo lapso de tempo existente entre a sua criação a data presente.

3.3.1 A Defensoria Pública como função essencial à justiça

Como detentora de uma “função essencial à justiça”, a Defensoria Pública é reconhecida constitucionalmente como responsável por um papel fundamental no Estado brasileiro, a viabilizar também a concretização do conceito de Estado Democrático de Direito no Brasil.

Ainda, conforme entendimento de ROBOREDO²⁹⁵, a Defensoria Pública é igualmente essencial porque “representa o ‘elo entre a sociedade e o Estado’, isenta de qualquer compromisso com o “interesse estatal”, a constituir um modelo neutro de representação jurídica ao indivíduo hipossuficiente economicamente, pois esse ato poderia ocorrer, inclusive, em oposição a qualquer ente estatal.

Dentro de seu múnus constitucional, a Defensoria Pública detém essa notória função ao prestar assistência jurídica tanto judicial como extrajudicial, integral e gratuita, por intermédio dos denominados defensores públicos, a todos aqueles que comprovarem insuficiência de recursos.

A assistência jurídica prestada pela Defensoria Pública, no âmbito judicial, engloba o ajuizamento de ações, a apresentação de recursos aos Tribunais e defesa perante o Poder Judiciário. Já no âmbito ‘extrajudicial’ compreende a orientação e o aconselhamento jurídicos, feitos pelo Defensor Público, além da conciliação e da

²⁹⁵ ROBOREDO, Carlos Eduardo Freire. **A Defensoria Pública e a sua essencialidade constitucional**. Livro de Estudos Jurídicos, t. IV, p. 115. [200-].

representação do assistido – indivíduo hipossuficiente economicamente representado pela Defensoria Pública – junto à Administração Pública.

Através da prestação de assistência jurídica nos citados âmbitos - judicial e extrajudicial -, a Defensoria Pública se torna vital ao processo de efetivação dos direitos humanos e fundamentais, a garantir a todos, sem acepção de pessoas, a busca pelos direitos previstos na CRFB. E, perante maior compreensão dessa assertiva, o conteúdo constitucional brasileiro ora promulgado, acerca da Defensoria Pública, necessitou de posteriores adequações, adições e alterações, a fim de que pudesse promover o acesso à justiça de modo condizente e otimizado.

Primeiramente, menciona-se a Proposta de Emenda Constitucional – PEC – nº. 45, aprovada e promulgada em 2004, após 10 anos de tramitação, a acrescentar o parágrafo segundo ao art. 134 da Constituição Federal, que assegura autonomia funcional e administrativa às Defensorias Públicas Estaduais.

Art. 134. [...] § 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º.²⁹⁶

Após, adveio a aprovação da PEC nº 207/2012 – de autoria da senadora Vanessa Grazziotin – por imensa maioria da Câmara dos Deputados, a confirmar a decisão do Senado Federal, na forma da Emenda Constitucional nº. 74, que outorga igualmente às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária.

²⁹⁶ BRASIL, Constituição (1988). op. cit.

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 74, DE 6 DE AGOSTO DE 2013

Altera o art. 134 da Constituição Federal.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O art. 134 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte § 3º:

"Art. 134. [...]

§ 3º Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal."(NR)

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.
Brasília, em 6 de agosto de 2013.

Recentemente, outra proposta de emenda constitucional foi aprovada por unanimidade pelo Senado Federal, a PEC nº. 4 de 2014²⁹⁷, anteriormente sob o nº. 00247 / 2013 na Câmara dos Deputados, onde também recebeu aprovação notável.

A PEC nº. 4 de 2014 em questão fixa o prazo de oito anos para que a União e os estados dotem todas as comarcas de defensores públicos, proporcionalmente à demanda pelo serviço e à respectiva população. Amplia a definição de Defensoria Pública, classificando-a como ‘instituição permanente e instrumento do regime democrático’.

Conforme BALESTRA,

[...] Como vamos garantir que saúde, educação e segurança tenham a qualidade que a nossa sociedade anseia se o principal direito – o de ter direitos – ainda não é totalmente garantido? O déficit total de defensores públicos no país é de mais de 10 mil, segundo levantamento feito no ano passado pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (Anadep) em parceria com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). Isso se reflete na realidade de quem mais precisa desse serviço, pode ser notado na superlotação das cadeias no País e no desrespeito diário ao cidadão mais simples que não pode fazer valer a sua voz.
[...]²⁹⁸

²⁹⁷ Cf. Ver Anexo nº. 4.

²⁹⁸ BALESTRA, Roberto. PEC das Defensorias: Um grande avanço para o País. **Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais**. Acesso em: 08 de maio de 2014. Disponível em: <http://www.anadef.org.br/ultimas-noticias/1-latest-news/3444-pec-das-defensorias-um-grande-avanco-para-o-pais>

Sabe-se que se em alguma comarca brasileira houver o serviço da Defensoria Pública, o Juiz, ao deferir a assistência judiciária, determinará que essa indique o defensor público que patrocinará a causa. Porém, enquanto o texto constitucional não for devidamente efetivado, relativamente à concretização Defensoria Pública, ressalta-se que meios paliativos de assistência jurídica ainda poderão ser dispostos no âmbito brasileiro.

Deste modo, o indivíduo hipossuficiente economicamente ainda poderá optar pela assistência judiciária advinda da nomeação de um advogado dativo requerida em juízo à OAB - conforme art. 5o, §2o, Lei 1.060/50, em moldes semelhantes ao modelo *judicare* adotado em Portugal –, de um dos advogados de um escritório modelo jurídico das faculdades de Direito brasileiras²⁹⁹, de um advogado particular de confiança ou, caso o valor da causa não seja maior do que o previsto em lei, poderá ainda recorrer diretamente aos Juizados Especiais.³⁰⁰

O Estado é responsável pela verba honorária devida ao advogado nomeado pelo juiz, com vistas a indenizar custos e serviços, devendo o advogado zelar pela qualidade de seu serviço, pois em caso de negligência no cumprimento de seus deveres, ficará sujeito à responsabilidade civil, disciplinar e até mesmo penal.

Contudo, ainda que esse modelo *pro bono* de assistência judiciária gratuita seja adotado no Brasil, como uma opção legal, mas paliativa, o exercício do advogado dativo revela inúmeras limitações, próprias do sistema que integra, o sistema *judicare*. Para o Defensor Público Marcos Mazotti,

²⁹⁹As Faculdades de Direito no Brasil proporcionam a assistência judiciária aos indivíduos hipossuficientes economicamente através da atuação de alunos em processo de aprendizado (devidamente supervisionados por professores inscritos como advogados na OAB), como prática jurídica necessária e prevista no conteúdo programático do curso de Direito.

³⁰⁰ Previsto pela Lei 9.099/95, possui procedimentos orais, simples, informais, econômicos processualmente e céleres (art. 2.º da Lei 9,099/95). Mas, não prevê a assistência jurídica, ou seja, os litigantes não serão obrigatoriamente assistidos por um advogado, salvo quando puderem arcar com o pagamento dos honorários advocatícios. Diante desse fato e da inexistência do requisito de miserabilidade, qualquer indivíduo da sociedade pode usufruir da operacionalidade dessa Instituição. Resta aparente a idéia de que pela pouca quantia em causa, ou pelos crimes de menor poder ofensivo abrangidos, a prestação dos serviços jurídicos pelo advogado não seriam necessários, mas, essa afirmação é prejudicial ao litigante. Verifica-se que essa Instituição, o Juizado Especial, atua de modo eficaz contra a morosidade da justiça, mas permanece insuficiente para suprir a ausência de conhecimento jurídico dos litigantes. Com a existência de uma imensa desigualdade no Brasil, torna-se arriscado que um indivíduo com ínfimo conhecimento jurídico litigue contra outro indivíduo assistido por um advogado.

[...] a atuação do Defensor Público tem a **vantagem da prévia aprovação em concurso público de provas e títulos, o que garante uma pré-seleção do profissional**. Tem, também, **como vantagem, a possibilidade de atuar antes da violação do direito do cidadão**. O sistema de nomeação de advogados tem a falha de apenas ser exercido quando já ocorreu a violação do direito, uma vez que tem como pressuposto a causa instaurada em juízo. **A composição prévia do litígio e a aconselhamento são as principais vantagem do sistema de Defensoria Pública como órgão, uma vez que o cidadão dispõe de um serviço público de atendimento anterior à demanda posta em juízo.** (destaque nosso)³⁰¹

O Defensor Público Carlos Eduardo Regilio Lima, a corroborar o entendimento acima exposto, ainda revela que

[...] são institutos jurídicos diversos a assistência judiciária gratuita, deferida pelo juízo, e a assistência jurídica integral e gratuita, prestado pela Defensoria Pública. Aquela, no âmbito federal, é deferida a todo aquele cujo rendimento mensal não ultrapasse cinco salários mínimos. Já a assistência jurídica gratuita, por nos prestada, é, em regra, deferida ao cidadão que tenha renda mensal familiar abaixo da faixa de isenção do imposto de renda. Várias são as vantagens da atuação da Defensoria Pública que, não por acaso, foi consagrada, pelo legislador constituinte, como instituição essencial à função jurisdicional do Estado (CF, art. 134), uma vantagem, por óbvio, **é a qualidade técnica dos defensores, que ingressam no serviço público após aprovação em concurso de provas e títulos, outra, é a independência funcional, igualmente prevista na Constituição Federal, que assegura aos defensores liberdade e independência de atuação, sem a possibilidade real de se verem perseguidos ou acuados por outros agentes estatais.** (destaque nosso)³⁰²

Observa-se que a análise do modelo de advogados dativos revelou grandes limitações, semelhantes ao do modelo *judicare* português, quais sejam: a imensa desvantagem dos advogados em face dos litigantes organizacionais; a ausência de suficiente qualificação dos advogados que prestam o serviço de assistência jurídica; e a

³⁰¹ MAZOTTI, Marcos. **Entrevista concedida pelo Defensor Público da União do Estado do Paraná**. Curitiba, 07 de dezembro. 2007.

³⁰² LIMA, Carlos Eduardo Regilio. **Entrevista concedida pelo Defensor Público-chefe da União do Estado do Paraná**. Curitiba, 07 de dezembro. 2007.

ausência de maior reconhecimento estatal na remuneração dos advogados que atuam no sistema.

3.3.2 Aspectos da Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública

O esboço constitucional da Defensoria Pública vem operacionalizado pela Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, alterada pela Lei Complementar nº 98, de 03 de dezembro de 1999. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, em cumprimento ao art. 134, § 1º, CF/88,

Art. 134. [...]§ 1º. Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para a sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes e garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.”³⁰³

A Lei Complementar nº. 98, de 03 de dezembro de 1999, estabeleceu os órgãos da Defensoria Pública-Geral da União, como a Subdefensoria Pública-Geral da União, o Conselho Superior da Defensoria Pública da União, a Corregedoria-Geral da Defensoria Pública da União, as Defensorias Públicas da União nos Estados e no Distrito Federal e os seus respectivos núcleos.

Conforme o art. 1º da LONDP – Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública –, a Defensoria Pública é a expressão e instrumento do regime democrático, incumbindo-lhe

³⁰³ BRASIL, Constituição (1988). op. cit.

a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, perante todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

Estabelece a nível federal a Defensoria Pública da União, a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios, e, com atuação nas matérias próprias da competência estadual, as Defensorias Públicas dos Estados.

A LONDP ainda elenca os três princípios institucionais da Defensoria Pública, a reiterar o teor da redação do art. 127, §1º da Constituição Federal, quais sejam: a unidade, pois a Defensoria Pública constitui um todo orgânico submetido a idênticos fundamentos, direção e finalidade; a indivisibilidade, ao expressar esta não se submete a rupturas e fracionamentos; e, a independência funcional, conforme a qual não deve haver subordinação hierárquica dos defensores no desempenho de suas funções, limitando-se exclusivamente pela lei.

Dentre os objetivos da Defensoria Pública, ressaltam-se, conforme conteúdo do art. 3º- A da CRFB: a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; a afirmação do Estado Democrático de Direito; a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Contudo, um panorama mais detalhado das funções institucionais da Defensoria Pública poderá ser contemplado diretamente no art. 4º³⁰⁴.

Ressalta-se igualmente o art. 14 da referida lei, que prevê o alcance da atuação da DPU no país, conforme a competência das matérias abarcadas, a mencionar que essa deverá ocorrer tanto nos Estados, como no Distrito Federal e Territórios, com competência perante o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, a Justiça Federal Comum, a Justiça do Trabalho, a Justiça Eleitoral, a Justiça Militar Federal e instâncias administrativas da União. Os demais artigos da mencionada lei serão apresentados conforme a operacionalidade do sistema for exposta.

³⁰⁴ Cf. Ver Anexo nº. 5.

3.3.3 A operacionalidade fática da assistência jurídica gratuita no Brasil – Defensoria Pública – em face do direito ao medicamento.

O panorama fático do Estado brasileiro, relativamente ao direito à saúde, incita diariamente nos indivíduos pátrios uma busca por seus direitos ora negados e negligenciados através do Judiciário. Incluem-se nessas demandas o devido acesso aos medicamentos essenciais, principalmente quando indispensáveis à sua sobrevivência com dignidade e pertencentes ao seu conceito individualizado de mínimo existencial.

“O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isso por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional.”³⁰⁵

Quando o Judiciário é acionado em razão dessa demanda, a resposta jurídica deverá decorrer de uma decisão fundamentada no Direito, em que a vida e a saúde constem como bens jurídicos protegidos com extremo rigor e objetividade.

Mas, no mencionado conceito exposto pelo Ministro Luiz Fux, relator do Recurso Especial n.º 607.381 de 2011, o qual defende que “o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição”³⁰⁶ assume um prisma excessivamente subjetivo – mediante domínio da consciência – para uma determinação de cunho objetivo, que por sua vez estará à mercê somente de critérios limitadores igualmente objetivos.

³⁰⁵ RE 607.381-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 31-5-2011, Primeira Turma, DJE de 17-6-2011.) No mesmo sentido: AI 553.712-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 19-5-2009, Primeira Turma, DJE de 5-6-2009; AI 604.949-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 24-10-2006, Segunda Turma, DJ de 24-11-2006

³⁰⁶ RE 607.381-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 31-5-2011, Primeira Turma, DJE de 17-6-2011.)

Afinal, o direito à saúde é personificado como um direito subjetivo³⁰⁷, oponível ao Estado, com eficácia imediata no ordenamento brasileiro e em que a responsabilidade dos Entes Federados configura litisconsórcio facultativo. Esse prisma quase ilimitado enseja constantes atuações por meio da assistência jurídica gratuita, com especial participação da Defensoria Pública e outros órgãos, como o Ministério Público, Procuradorias, entre outros, a representar juridicamente indivíduos hipossuficientes economicamente que não teriam a quem mais recorrer. A Defensoria Pública, tanto no âmbito estadual como no federal, representa diariamente os interesses de indivíduos privados de seus direitos mais elementares, viabilizando assim uma vida mais digna aos indivíduos mais carentes em nossa sociedade, pois interfere ativamente diante de falhas e ausências do Poder Executivo e Legislativo que comprometem a sociedade.

Nesse contexto, cita-se, primeiramente, o Processo TJ-SP nº 0003263-27.2013.8.26.0053³⁰⁸, em que a Defensoria Pública de São Paulo obteve o deferimento de um pedido liminar ao fornecimento do ‘bitartarato de cisteamine’ – medicamento disponível ao tratamento da ‘cistinose nefropática’, para 12 crianças e adolescentes. A cistinose nefropática é uma doença rara – existente em 01 de cada 100 mil pessoas –, ‘[...] sistêmica e progressiva, caracterizada pela formação de cristais de cistina nas células de vários órgãos, e que, sem tratamento, evolui com disfunção progressiva dos mesmos’, a debilitar os rins, tireóide, pâncreas, córneas e sistema nervoso.³⁰⁹ Conforme a Defensora Pública Renata Flores Tibyriçá, autora da ação,

“[...] nos Estados Unidos o medicamento é aceito pela *Food and Drugs Administration* e usado, sem restrições, desde 1994, sendo, conforme artigos

³⁰⁷ Compreendido como uma situação jurídica, personificada por uma norma, por meio da qual o titular tem direito a um determinado ato face ao destinatário.

³⁰⁸ Cf. Jurisprudências; 1. RECURSO ESPECIAL Nº 1.069.810 - RS (2008/0138928-4).

³⁰⁹ DEFENSORIA PÚBLICA DE SÃO PAULO. **Decisão liminar obtida pela Defensoria Pública de SP garante fornecimento de medicamentos para 12 crianças e adolescentes com cistinose nefropática – doença rara que ataca diversos órgãos.** Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=45570&idPagina=3086> Acesso em: 10 de março de 2014.

médicos científicos recentes e em revistas de renome, o que torna a cistinose hoje uma doença, apesar de incurável, totalmente tratável.³¹⁰

Contudo, o citado medicamento sequer obteve a avaliação e posterior aprovação na ANVISA, por motivos questionáveis, e, deste modo, não foi incluída na RENAME, prejudicando indivíduos que dele necessitam e, assim, a insurgir a presente ação proposta pela Defensoria Pública.

Observa-se que cumulativamente à possibilidade de atuação da Defensoria Pública em casos individuais, como o citado, em que a sentença revelou apenas o efeito *inter partes*³¹¹, milhares de outras ações são frequentemente propostas individualmente, por representantes jurídicos – advogados particulares –, para o fornecimento de medicamentos ausentes nas listas da RENAME e suas respectivas listas estaduais e municipais, às pessoas economicamente suficientes e com maior poder aquisitivo.

Verifica-se o exposto na decisão do Agravo de Instrumento n.º 5009779-51.2014.404.0000³¹², julgado pelo TRF – 4 (Tribunal Regional Federal da Quarta região), em que a parte autora busca igualmente o fornecimento do medicamento de ‘bitartarato de cisteamina’, Cystagon, para o tratamento de ‘cistinose nefropática’.

Na referida sentença, constam os pontos objetivos à decisão do magistrado em sua justificativa e, primeiramente, cita-se o em relação à ausência da aprovação do medicamento Cystagon pela ANVISA,

[...] verifica-se que a ausência de registro na ANVISA não se tornou empecilho para a possibilidade de concessão do medicamento Cystagon. Confira-se: AI nº 5020680-15.2013.404.0000, 4ª TURMA, Des. Federal CANDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, por unanimidade, juntado aos autos em 11/12/2013; AI

³¹⁰ DEFENSORIA PÚBLICA DE SÃO PAULO. **Decisão liminar obtida pela Defensoria Pública de SP garante fornecimento de medicamentos para 12 crianças e adolescentes com cistinose nefropática – doença rara que ataca diversos órgãos.** Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=45570&idPagina=3086> Acesso em: 10 de março de 2014.

³¹¹ Em que o benefício conquistado na decisão é limitado somente aos indivíduos assistidos e representados.

³¹² Cf. Jurisprudências; 2. AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5009779-51.2014.404.0000/PR – TRF - 4.

nº 5009406-54.2013.404.0000, 4ª TURMA, Juiz Federal CAIO ROBERTO SOUTO DE MOURA, por unanimidade, juntado aos autos em 26/07/2013; ED em APELREEX nº 5008683-89.2010.404.7000, 3ª TURMA, Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA, por unanimidade, juntado aos autos em 28/11/2013.³¹³

Afinal, mesmo diante de contínuos esforços de melhoria, a avaliação de um dossiê de registro de novos medicamentos pela ANVISA segue um rito³¹⁴ burocrático, condicionado, moroso, limitado e facultativo aos profissionais atuantes na época da avaliação, fato que, conseqüentemente, impede a inclusão desses novos medicamentos na lista RENAME com maior eficiência – mesmo perante a comprovação de que já obtiveram aprovações em diversos outros países e que o seu princípio ativo resulta positivamente ao tratamento das doenças em questão.³¹⁵

Dessa forma, não restaria razoável que o Estado impedisse o acesso e o fornecimento de um ‘medicamento novo’³¹⁶, perante avaliação de um dossiê de registro

³¹³ Cf. 7. Jurisprudências; 1. AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5009779-51.2014.404.0000/PR – TRF 4.

³¹⁴ Ressalta-se que a ANVISA está condicionada a prazos, definidos legalmente, através do Decreto nº 79.094, de 5 de janeiro de 1977, a regulamentar a Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976. (ANVISA. **Como a Anvisa avalia o registro de medicamentos novos no Brasil.** Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/content/Anvisa+Portal/Anvisa/Inicio/Medicamentos/Assunto+de+Interesse/Medicamentos+novos/Como+a+Anvisa+avalia+o+registro+de+medicamentos+novos+no+Brasil>. Acesso em: 26 de março de 2014.)

³¹⁵ “Medicamentos, no Brasil, são registrados na Anvisa, por sua Gerência-Geral de Medicamentos (GGMED). Esta inclui a Gerência de Medicamentos Novos, Pesquisa e Ensaios Clínicos (GEPEC), a Gerência de Medicamentos Similares (GEMES), a Gerência de Medicamentos Genéricos (GEMEG), a Gerência de Medicamentos Isentos, Fitoterápicos e Homeopáticos (GMEFH), a Unidade de Produtos Biológicos e Hemoderivados (UPBIH), a Unidade de Produtos Controlados (UPROC) e a Unidade de Farmacovigilância (UFARM). [...] Novos medicamentos, portanto, podem ser registrados em diferentes partes da GGMED. (ANVISA. **Como a Anvisa avalia o registro de medicamentos novos no Brasil.** Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/content/Anvisa+Portal/Anvisa/Inicio/Medicamentos/Assunto+de+Interesse/Medicamentos+novos/Como+a+Anvisa+avalia+o+registro+de+medicamentos+novos+no+Brasil>. (Acesso em: 26 de março de 2014.)

³¹⁶ “[...] O termo “medicamento novo”, sem outra adjetivação, é, na prática, utilizado para se referir a medicamentos novos com princípios ativos sintéticos e semi-sintéticos, associados ou não, que são os avaliados pela GEPEC. Quando se utiliza o termo “medicamento novo” sem outro complemento não se está referindo, portanto, a produtos biológicos, fitoterápicos, homeopáticos, medicamentos ditos “específicos”, medicamentos isentos de registro, e nem tampouco a cópias (genéricos e similares).” (ANVISA. **Como a Anvisa avalia o registro de medicamentos novos no Brasil.** Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/content/Anvisa+Portal/Anvisa/Inicio/Medicamentos/Assunto+de+Interesse/Medicamentos+novos/Como+a+Anvisa+avalia+o+registro+de+medicamentos+novos+no+Brasil>

pela ANVISA³¹⁷, aos indivíduos que necessitam com urgência desse princípio ativo para que continuem vivos e com uma maior possibilidade de terem uma vida com menor sofrimento e maior dignidade.

Para evidenciar a relevância do devido fornecimento de medicamentos aos indivíduos que necessitam e conseqüente preservação de condições mínimas a uma vida digna, observa-se a decisão do Recurso Especial nº. 1.069.810-RS, da 1ª Seção do STJ, proferida pelo relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 23 de outubro de 2013, que admite o bloqueio de verba pública para fornecimento de medicamento, razão pela qual o direito à saúde se sobrepõe ao da impenhorabilidade de verbas públicas.³¹⁸

“[...] 1. Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo, o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação.”³¹⁹

Porém, nesse patamar, o Poder Judiciário tende a usurpar o limite de suas funções diante dos Poderes Executivo e Legislativo, atuando com severa proeminência à concretização do direito fundamental à saúde – fornecimento de medicamentos –,

nto+de+Interesse/Medicamentos+novos/Como+a+Anvisa+avalia+o+registro+de+medicamentos+novos+no+Brasil. Acesso em: 26 de março de 2014.)

³¹⁷ “[...] A avaliação de um dossiê de registro costuma ser dividida em três partes: análise farmacotécnica, análise de eficácia, e análise de segurança. A análise farmacotécnica inclui a verificação de todas as etapas da fabricação do medicamento desde aquisição dos materiais, produção, controle de qualidade, liberação, estocagem, expedição de produtos terminados e os controles relacionados. Essa análise é feita por técnicos da própria Anvisa, em geral farmacêuticos, sendo rara a solicitação de pareceres a consultores ad hoc. O mesmo não ocorre quanto às avaliações de eficácia e segurança, feitas por meio da análise de estudos pré-clínicos (ou não-clínicos) e clínicos, estes subdivididos em fases I, II, III e, eventualmente, IV, nos casos de medicamentos já registrados em outros países para os quais dados de farmacovigilância pós-mercado já são disponíveis

(ANVISA. **Como a Anvisa avalia o registro de medicamentos novos no Brasil.** Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/content/Anvisa+Portal/Anvisa/Inicio/Medicamentos/Assunto+de+Interesse/Medicamentos+novos/Como+a+Anvisa+avalia+o+registro+de+medicamentos+novos+no+Brasil>. Acesso em: 26 de março de 2014.)

³¹⁸ Cf. Jurisprudência, 2. RECURSO ESPECIAL Nº 1.069.810 - RS (2008/0138928-4).

³¹⁹ Cf. Jurisprudência, 2. RECURSO ESPECIAL Nº 1.069.810 - RS (2008/0138928-4).

Igual entendimento mantém o STF no RE 393.175 – Min. Celso de Mello, de 1º de fevereiro de 2006.

inviabilizando a desejada harmonia desses poderes ao se sobrepor aos outros, a relevar, então, a ocorrência do fenômeno intitulado como “Ativismo Judicial”.

4 O ativismo judicial e a concretização do direito fundamental social à saúde

Os fenômenos jurídicos podem ser vislumbrados como um resultado lógico de uma seqüência de elementos e fatores diversos que coexistem na realidade fática, mas, tendem a diferir entre as épocas, a resultar sempre em um arranjo dissímil e inovador, tal qual o fenômeno do ativismo judicial.

Através dessa premissa, focalizar-se-á no fenômeno disposto em razão da sua atual relevância e gradativa ocorrência no cenário jurídico brasileiro como meio viável à concretização do direito fundamental social à saúde. Afinal, no Direito brasileiro esse é um direito fundamental subjetivo vinculante e oponível ao Estado, principalmente diante de omissão e negligência estatal, quando então o poder Judiciário poderá resguardar os preceitos constitucionais garantidos na CRBF.

“A irrupção do ativismo jurídico só poderá ser compreendida se relacionada a um movimento profundo, do qual ele é apenas umas das manifestações. Não se trata de uma transferência de soberania para o juiz, mas, sobretudo de uma transformação da democracia.

A grande popularidade dos juízes está diretamente ligada ao fato de que foram confrontados com uma nova expectativa política, da qual se consagraram como heróis, e que encarnam uma nova maneira de conceber a democracia.”³²⁰

Explanado por GARAPON, originalmente diante do contexto francês, observa-se a existência de pontos similares aos identificados na conjuntura brasileira. Nessa última, o citado ‘movimento profundo’ pode ser também representado pela atual crise dos Poderes Legislativo e Executivo, que ensejam a necessidade de uma reforma política emergencial, amplamente discutida hodiernamente. Somam-se ao fato os mais variados escândalos de corrupção de seus integrantes, a ausência de um efetivo controle de seus atos através dos

³²⁰ GARAPON, Antoine. **O juiz e a Democracia: O Guardião das Promessas**. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 39.

cidadãos e a predominância de um cenário isento das respectivas consequências punitivas aos casos de omissão e negligência perante o disposto na CRFB.

Cenário que revela ao indivíduo o Poder Judiciário como único meio viável à garantia de seus direitos fundamentais previstos na lei magna brasileira e legislação infraconstitucional, e como um último refúgio à concretização do seu conceito individualizado de mínimo existencial. Conforme palavras de RICOEUR, “A demanda da justiça vem do desamparo da política, o direito tornando-se a última moral comum em uma sociedade que não mais a possui.”³²¹

Contudo, o papel positivo desempenhado pelo Poder Judiciário, em sede desse fenômeno, poderá muitas vezes ter uma ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes, com um possível conflito entre esse e os Poderes Executivo e Legislativo. Ainda, conforme entendimento de URBANO, o ativismo judicial pode gerar também uma conotação pejorativa,

“[...] porque encerra em si uma idéia de uso abusivo da função judicial por parte dos juízes ou, mais do que isso, de verdadeira usurpação, por parte dos mesmos, da função legislativa.”³²²

Irrompe no presente estudo, conseqüentemente, a necessidade da análise de conceitos primários até aos mais complexos da teoria constitucional clássica e contemporânea, como meio indispensável ao estudo do citado fenômeno no âmbito do direito ao medicamento, no contexto jurídico brasileiro.

³²¹ RICOEUR, Paul. In GARAPON, Antoine. **O juiz e a Democracia: O Guardião das Promessas**. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 15.

³²² URBANO, Maria Benedita. «**Criativismo judicial**» e «**ativismo judicial**»: as duas faces de uma mesma função? In 35.º Aniversário da Constituição de 1976 (organizado pelo Tribunal Constitucional), Volume II, Coimbra, 2011. p. 01.

4.1 Notórias premissas

4.1.1 O neoconstitucionalismo no cenário brasileiro

A obra “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do direito – O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil”³²³ versa sobre o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, sob o aspecto que identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, fenômeno antecessor e viabilizador à ocorrência do ativismo judicial no Brasil.

A partir da concepção destas transformações, BARROSO³²⁴ as qualificou entre três diferentes grupos de marcos, quais sejam: o ‘marco histórico’, como a formação do Estado constitucional de Direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; o ‘marco filosófico’, como sendo o pós-positivismo, face à centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e o ‘marco teórico’, constituindo-se como o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. E da união desses fatores surgiu um processo extenso e profundo de ‘constitucionalização do Direito’.

³²³ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito - O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Disponível em:

http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art04102005.htm. Acesso em: 16 de setembro de 2014.

³²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito - O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Disponível em:

http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art04102005.htm. Acesso em: 16 de setembro de 2014.

Conforme exposto por BARROSO³²⁵, o marco histórico do novo direito constitucional na Europa continental e no Brasil foi absolutamente diferenciados, visto que no primeiro se constituiu como o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. A principal referência do desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), e a criação do seu Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951, gerando uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. No Brasil, adveio da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da CRBF, que promoveu a transição do Estado brasileiro de um regime autoritário para um Estado Democrático de Direito.

Perante a perspectiva do ‘marco filosófico’³²⁶, compreende-se que o positivismo surgiu da confluência do jusnaturalismo e do positivismo, duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito. Ressalta-se que o pós-positivismo surgiu em decorrência da superação histórica do primeiro e o fracasso político do segundo, abrindo caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação, a reaproximar o Direito e a filosofia.

Diante do ‘marco teórico’, BARROSO³²⁷ identificou três grandes transformações que modificaram o conhecimento convencional em relação à aplicação do direito constitucional: o reconhecimento de força normativa à Constituição; a expansão da

³²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito - O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Disponível em:

http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art04102005.htm. Acesso em: 16 de setembro de 2014.

³²⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito - O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Disponível em:

http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art04102005.htm. Acesso em: 16 de setembro de 2014.

³²⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito - O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Disponível em:

http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art04102005.htm. Acesso em: 16 de setembro de 2014.

jurisdição constitucional; e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

“The advent of new-constitutionalism, which is rooted in the perceived supremacy of the constitution - and has stressed the role and importance of constitutional principles and fostered judicial review of norms -, also explains the flourishing of judicial creativity.”³²⁸

Finally, the increasing importance of human rights, which gave rise to the expansion of constitutional justice - the human right's constitutional justice (<<Grundrechtsgerichtsbarkeit>>) -, constitutes another cause for the enlargement of the judiciary's role nowadays, particularly the role of constitutional judges.”³²⁹

O reconhecimento da força normativa à Constituição se constituiu como uma grande mudança de paradigma, visto que antes do fenômeno supra exposto a Constituição era vista somente como uma carta política. Conforme esse fenômeno do neoconstitucionalismo é que se reconheceu o caráter vinculativo e obrigatório das disposições constitucionais, entendendo-as como normas dotadas de imperatividade, atributo de todas as normas jurídicas, e, que em face de sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação e de cumprimento.

No que diz respeito à nova interpretação constitucional, deve-se primeiramente compreendê-la como uma modalidade de interpretação jurídica, visto que as normas constitucionais são normas jurídicas e compartilham de seus atributos, decorrência natural da atribuição de força normativa à Constituição. E, por esta razão, aplicam-se à interpretação constitucional os elementos tradicionais de interpretação do Direito, como o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico.

³²⁸ URBANO, Maria Benedita. **The Law of judges: attempting against Montesquieu'legacy or a new configuration for na old principle.** VIII World Congress of the International Association of Constitutional Law. México, 2010. p. 4.

³²⁹ CAPPELLETTI, Mauro, “**Des judges legislators?**”. In URBANO, Maria Benedita. **The Law of judges: attempting against Montesquieu'legacy or a new configuration for old principle.** VIII World Congress of the International Association of Constitutional Law. México, 2010. p. 5.

A interpretação jurídica tradicional, desenvolvida sobre duas grandes premissas (quanto ao papel da norma, que deveria oferecer, em seu relato abstrato, a solução para as questões jurídicas, e quanto ao papel do juiz, responsável por identificar a norma aplicável ao litígio a ser resolvido, revelando a solução nela contida), não consegue suprir a situação de carência judicial, visto que as categorias tradicionais da interpretação jurídica não são inteiramente ajustadas para a solução de um conjunto de problemas ligados à realização da vontade constitucional.

Dentre as diferentes categorias com as quais trabalha a nova interpretação, incluem-se as cláusulas gerais, os princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação, a refletir no criativismo judicial.³³⁰

Nota-se assim a verdadeira expansão da jurisdição constitucional no Brasil após o advento da CRBF, somando-se a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental, e a uma atuação mais criativa e ativista do Poder Judiciário.

4.1.2 As dessemelhanças entre o ativismo judicial e a judicialização da política

Ainda que perante prévia questão política em pauta, o ativismo judicial coexiste, muitas vezes, com a denominada “judicialização da política”, outro fenômeno inexoravelmente presente no contexto jurídico brasileiro e consequente do neoconstitucionalismo, razões que coincidem à necessidade de sua maior compreensão.

³³⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito - O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art04102005.htm. Acesso em: 16 de setembro de 2014.

No Brasil, logo após o revés da ditadura, com a promulgação da CRFB que abarcou um rol extenso de direitos fundamentais, observou-se o início da judicialização do cotidiano da sociedade brasileira, “[...] pois a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira”³³¹.

Nesse patamar, conforme BARROSO,

“Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial.”³³²

Afinal, “[...] o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes [...]”³³³, a demonstrar que seria um legítimo defensor da CRFB e dos direitos fundamentais em face da inércia e da omissão dos integrantes desses Poderes em suas respectivas competências.³³⁴

Salutar destacar que ambos são distintos entre si, afinal, o ativismo judicial é vislumbrado quando um magistrado escolhe agir desse modo, é uma ação, já a

³³¹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática**. Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf Acesso em: 21 de fevereiro de 2014.

³³² BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática**. Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf Acesso em: 21 de fevereiro de 2014.

³³³ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática**. Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf Acesso em: 21 de fevereiro de 2014.

³³⁴ Para BARROSO, outro elemento viabilizador à judicialização no Brasil poder ser definido pelo modelo de sistema de constitucionalidade adotado, evidenciado por MENDES (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 146.) como um dos mais abrangentes do mundo, pois reflete a união de disposições sobre o tema tanto europeias como americanas. Assim, praticamente, qualquer questão política ou moral poderá ser analisada pelo Supremo Tribunal Federal. (BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática**. Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf Acesso em: 21 de fevereiro de 2014.)

judicialização da política consiste num estado prévio, nesse sentido, cita-se o entendimento de BARROSO.³³⁵

“A judicialização do contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria.

Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.”³³⁶ (grifo nosso)

Ressalta-se que o fenômeno do ativismo judicial, atualmente, reflete contornos universais³³⁷, porém, não serão todas as criações judiciais assim nominadas, razão pela qual se requer, primeiramente, a observação profunda e pontual do seu respectivo advento no mundo jurídico e, após, dos elementos constituintes típicos dessa prática.

4.2 O panorama histórico-jurídico do ativismo judicial e seus elementos

A repercussão do ativismo judicial, perante perspectiva universal, advém do cenário histórico-jurídico estadunidense e conseqüente atuação de sua Suprema Corte, a

³³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática**. Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf Acesso em: 21 de fevereiro de 2014.

³³⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **O Direito a prestações de saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 803.

³³⁷ URBANO, Maria Benedita. op. cit. p. 02.

adentrar ao cenário europeu e brasileiro somente após a consolidação do “neoconstitucionalismo”, ocorrido em meados do século XX, que caracterizou o arquétipo constitucional do período pós-guerra na Europa ocidental.

Um dos seus primeiros indícios do ativismo judicial podem ser vislumbrados na obra de Édouard Lambert, de 1921, “*Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L’expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*”, e segue entrelaçado à história estadunidense, conforme declara URBANO³³⁸.

“Os primeiros sinais de um tal fenômeno podem ser vislumbrados em meados do séc. XIX, no *hallmark case Dred Scott v. Sanford*, de 1857. Mas é durante o período mais conturbado do *New Deal* (1935-37) que opôs a *Supreme Court* à Administração Roosevelt, que a discussão em torno dos alegados excessos cometidos pelos juízes no exercício da sua função assumiu proporções relevantes e alarmantes.”³³⁹

No ambiente declarado, o Presidente Roosevelt tentou alterar a composição de juízes da *Supreme Court*, através do *Court-packing plan*, a viabilizar a aprovação de políticas de cunho social do *New Deal*. E, ainda que não tenha obtido sucesso ao propósito inicial, constatou-se na doutrina jurídica e na sociedade que o judiciário poderia ir além de questões meramente positivistas e jurídicas, mas, às infiltradas na política, apesar da aparente inexistência de sua legitimidade democrática.³⁴⁰

Porém, como um fenômeno advindo de outro sistema, salutar destacar a notória diferença existente entre o cenário estadunidense imerso no sistema de *Common Law* e o sistema da família romano-germânica, no qual tanto o Brasil como Portugal estão inseridos.

³³⁸ URBANO, Maria Benedita. op. cit. p. 01.

³³⁹ URBANO, Maria Benedita. op. cit. p. 02.

³⁴⁰ URBANO, Maria Benedita. op. cit. p. 02.

No sistema de *Common Law* – vigente na Inglaterra, Estados Unidos e outros –, a jurisprudência ocupa posição fundamental como fonte de direito, assim, uma decisão judicial revela duas funções, conforme RAMOS,

“A decisão, antes de mais nada, define a controvérsia, ou seja, de acordo com a doutrina da “*Ires judicata I*” as partes não podem renovar o debate sobre as questões que foram decididas. Em segundo lugar, no sistema do *common Law*, consoante a doutrina do *stare decisis*, a decisão judicial também tem o valor de precedente.”³⁴¹

Os precedentes revelam a tendência jurisdicional do Direito nesses países, como parâmetros até então alcançados através de decisões proclamadas, na mesma intensidade em que nos países de *Civil Law* a lei disposta pelo legislador define os limites em que a jurisprudência existirá.³⁴²

Deste modo, nota-se a possibilidade da errônea caracterização de uma atitude judicial normal como de ativismo judicial nos países adeptos do *Common Law*, quando esta é analisada perante o viés do sistema de *Civil Law*. Afinal, no *Common Law* “existe uma proximidade bem maior entre a atuação do juiz e a do legislador”³⁴³, conforme igualmente aponta KELSEN,

“A função criadora de Direito dos tribunais, que existe em todas as circunstâncias, surge com particular evidência quando um tribunal recebe competência para produzir também normas gerais através de decisões com força de precedentes.”³⁴⁴

³⁴¹ **REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA DOS ESTADOS.** trad. Ellen Gracie Northfleet, São Paulo: Vellenich. Março de 2004 apud RAMOS, Elival da Silva. Parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 105.

³⁴² DAVID, René. op. cit., p. 120.

³⁴³ RAMOS, Elival da Silva. op. cit., p. 105.

³⁴⁴ **REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA DOS ESTADOS.** trad. Ellen Gracie Northfleet, São Paulo: Vellenich. Março de 2004 apud RAMOS, Elival da Silva. Parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 105.

Notórias dessemelhanças poderão ser igualmente observadas nos próprios países integrantes do sistema de *Civil Law*, tal qual a supressão do Direito Constitucional de um Estado diante da legislação comum da união econômica e política de Estados-membros independentes situados em um mesmo setor geográfico, a citar a União Européia. Uma das razões pelas quais, mesmo que o Brasil e Portugal sejam integrantes de um mesmo sistema, *Civil Law*, esses dois Estados poderão apresentar contornos normativos e fases históricas diversas na construção e na aplicação de seu Direito, como uma maior ou menor presença de ativismo judicial.

Vislumbra-se que esse fenômeno detém contornos múltiplos e variados, conforme a situação e particularidades do Estado em que possa ocorrer, pois o fundamento, o conteúdo legislativo, a história e a estrutura da cada um existirão de modo singular. Porém, ressalta-se que não será todo criativismo judicial que poderá ser compreendido como um ativismo judicial nos termos aqui apresentados.

A partir de detalhada e cuidadosa observação do fenômeno em pauta, URBANO³⁴⁵ sistematizou as aparições desse “criativismo judicial”, a classificá-lo em três modelos: o primeiro denominado como ‘criativismo tradicional, ortodoxo ou *soft*’; o segundo como o ‘criativismo borderline’; e o último, como o ‘criativismo patológico, heterodoxo ou *hard*’.

O primeiro revela um procedimento jurídico frequentemente natural em face da dinâmica positivista ora ultrapassada, tendo em vista que uma dosagem de criativismo judicial é necessária para a aplicação atual da norma ao caso concreto. URBANO³⁴⁶ complementa ainda que normalmente é uma “criação de direito subordinada à lei ou nos limites da lei”, sendo mais expressiva assim diante da necessidade de preenchimento de lacunas legislativas.

O segundo exemplo consubstancia-se por uma situação em que não será observada a criação de novas normas, porém, essas deverão ser criadas a instâncias do respectivo juiz constitucional.³⁴⁷ URBANO, cita como exemplo o âmbito do controle de constitucionalidade, em que ao juiz declarar uma norma inconstitucional surge a

³⁴⁵ URBANO, Maria Benedita. op. cit. p. 08-09.

³⁴⁶ Ibid.

³⁴⁷ URBANO, Maria Benedita. op. cit. p. 10.

possibilidade da criação de uma nova norma pelo legislador, conforme o conteúdo judicial definido na decisão. Ou seja, o Judiciário traça os limites e parâmetros à posterior atuação do legislador no assunto discutido.³⁴⁸

Na terceira e última manifestação, o criativismo patológico, heterodoxo ou *hard*, observar-se-à o grau de criativismo judicial compatível com o significado atribuído de “ativismo judicial”.³⁴⁹ URBANO³⁵⁰, classifica-o em duas vertentes: a primeira correspondente ao ativismo corretivo, em que os “juízes adaptam ou emendam normas existentes ao invés de as declarar inconstitucionais”³⁵¹; e a segunda, em que os juízes “criam normas gerais, ocupando por vezes espaços vazios deixados pelo legislador”, como uma “legislação judicial”³⁵², como “fontes primárias de direito”³⁵³.

Dentre inúmeras críticas ao ativismo judicial, consta a da ausência de legitimidade democrática dos juízes constitucionais. Nesse sentido, compreende-se alguns pontos marcantes a refutar essa teoria de ilegitimidade, sendo que a mais marcante afigura-se que

“[...] os juízes cumprem ou estão a desenvolver legitimamente a constituição e esta é do povo; os processos judiciais estão abertos a terceiros, como o *amicus curiae*; os juízes protegem os direitos fundamentais do povo; os tribunais estão mais abertos aos cidadãos do que as instituições políticas: os juízes constitucionais (e é sobretudo, se não exclusivamente neles que se pensa quando se fala em ‘governo dos juízes’) gozam de uma legitimidade democrática indirecta; os juízes constitucionais são os defensores das minorias desprezadas pelo circuito representativo (parlamento e governo), respondendo aos seus anseios, necessidades e interesses, etc.”³⁵⁴

As assertivas citadas justificam a existência de uma legitimidade democrática aos juízes e revelam uma atuação positiva em favor do povo e do indivíduo, especialmente enquanto vulnerável. Ressalta-se que, quando o magistrado atua ao modo definido como

³⁴⁸ URBANO, Maria Benedita. op. cit. p. 10.

³⁴⁹ URBANO, Maria Benedita. op. cit. p. 11.

³⁵⁰ Ibid.

³⁵¹ Ibid.

³⁵² Ibid.

³⁵³ URBANO, Maria Benedita. op. cit. p. 10.

³⁵⁴ Ibid.

ativismo judicial, porém, acionado e pautado por uma “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados”³⁵⁵ a mera definição de ativismo judicial tradicional precisa ser reavaliada.

Urge, deste modo, avaliar qual seria a repercussão do ativismo judicial quando realizado no âmbito do direito fundamental social à saúde, em face das inúmeras demandas judiciais, propostas pela Defensoria Pública, de cunho individual e coletivo que requerem a real garantia dos direitos dispostos constitucionalmente.

4.3 O ativismo judicial no âmbito do direito fundamental social à saúde no Brasil – a possibilidade e o benefício das demandas coletivas

A importância teórica da pesquisa proposta pode ser observada no enfoque da jurisdição, acionada através da Defensoria Pública, que resulta em ativismo judicial, como efetivo local em favor da garantia de conteúdo constitucional do direito fundamental social à saúde, principalmente aos indivíduos hipossuficientes economicamente, através do edificador princípio de acesso à justiça.

Relata BARCELLOS que, “[...] falar de eficácia jurídica dos comandos constitucionais que tratam do direito à saúde significa dizer que há um conjunto de prestações de saúde exigíveis diante do Judiciário por força e em consequência da Constituição.”³⁵⁶

³⁵⁵ BRASIL, Constituição (1988). op. cit.

³⁵⁶ SARLET. op. cit, p. 27.

Conforme observado anteriormente³⁵⁷, um amplo conceito constitucional é destinado ao ‘direito fundamental social à saúde’, a resultar na existência de múltiplas demandas judiciais propostas diariamente em que

“[...] sustenta-se que uma dimensão dúplice da dignidade manifesta-se enquanto simultânea expressão de autonomia da pessoa humana (vinculada à idéia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência), bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo – e principalmente – quando ausente a capacidade de autodeterminação [...].³⁵⁸

Nesse contexto, muitos indivíduos hipossuficientes economicamente buscam a atuação da Defensoria Pública perante o Judiciário diariamente como último meio à obtenção dos medicamentos necessários à proteção de sua saúde, autonomia, dignidade e vida. Porém, quando a busca por certo fármaco, através da Defensoria Pública, é realizada por uma quantidade relevante de indivíduos, transformando-se em incontáveis processos judiciais, questiona-se qual seria a real consequência desse fato ao Judiciário.

Vislumbra-se que quanto maior for o número de ações propostas à obtenção de um mesmo medicamento para cada indivíduo demandante – originalmente sob responsabilidade pública de fornecimento e distribuição pelos Entes Federados – será observado o fenômeno do ativismo judicial a cada decisão em que o magistrado ordenar à parte passiva do processo a sua concessão.

E, somar-se-ão outras demais variadas consequências como: o abarrotamento de ações no Judiciário, a intensificação da morosidade no sistema de justiça brasileiro; ameaça ao Princípio de economia processual; o acúmulo de idênticas despesas processuais custeadas pelo Estado; o posterior custeio estatal da remessa individual do medicamento para cada indivíduo que originou a ação processual; uma ameaça ao entendimento da reserva do possível; a intromissão judiciária no planejamento financeiro do Ente estatal; o

³⁵⁷ Cf. Ver capítulo 3.3.3.

³⁵⁸ SARLET. op. cit p. 49.

constante incentivo ao ciclo vicioso da obtenção individual do princípio ativo negado ou ausente da RENAME somente através do Judiciário.

Contudo, diante da exímia necessidade de efetivo acesso à justiça aos indivíduos que tem o condão legal à reivindicação e à devida preservação dos seus direitos constitucionais ora positivados, principalmente o seu direito fundamental social à saúde, perquire-se qual deveria ser a melhor iniciativa diante da negligência, corrupção e omissão estatal.

No “I Relatório Nacional de Atuações Coletivas da Defensoria Pública: um estudo empírico sob a ótica dos ‘consumidores’ do sistema de justiça”³⁵⁹, constam atuações inovadoras dessa conjuntura.

Diante de múltiplos casos individuais, patrocinados pela Defensoria Pública da União de Santa Catarina, a ensejar a obtenção do medicamento Trastuzumabe, denominado Herceptin, às pacientes acometidas de câncer de mama metastático com a apresentação de tumores com superexpressão do receptor HER2, a citada DPU-SC optou pelo ajuizamento de uma ação civil pública sobre a questão.

A demanda resultou da ausência de fornecimento, através do SUS, do citado medicamento Herceptin, considerado essencial ao tratamento da doença prolongada, conforme detalhado por meio de variadas provas técnicas, constante no Processo n.º 5007726-36.2011.404.7200, da 2ª Vara Federal de Florianópolis.

Observa-se inicialmente que, com o advento da Lei nº 11.448 de 2007, que alterou o art. 5º da Lei n.º 7.347 de 24 de julho de 1985, a Defensoria Pública obteve a legitimidade à propositura da ação civil pública, como um dos marcos de reconhecimento à sua relevante atuação em prol dos indivíduos hipossuficientes economicamente.³⁶⁰ Contudo, mesmo diante deste reconhecimento legal, ressalta-se que o tema ainda é questionado e discutido como preliminar de mérito.

³⁵⁹ ANADEP – Associação Nacional dos Defensores Públicos. **I Relatório Nacional de Atuações Coletivas da Defensoria Pública: um estudo empírico sob a ótica dos “consumidores” do sistema de justiça.** Coordenação de José Augusto Garcia de Sousa. Estudo realizado nos anos de 2012/2013, sob a gestão de André Luís Machado de Castro. Brasília: ANADEP, 2013.

³⁶⁰ Cf. Jurisprudências; 4. RECURSO ESPECIAL. LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Processo: REsp 1106515 MG 2008/0259563-1

Assim, primeiramente, observa-se no citado processo que a tese da ilegitimidade ativa da Defensoria Pública ao ajuizamento da presente ação, proposta pela parte passiva, não foi reconhecida, consoante decisão proferida em sede de primeiro grau e após, reiterada por meio da Justiça Federal da 4ª Região. A relatora do processo, Desembargadora Marga Inge Barth Tessler, firmou o entendimento de que a “Defensoria Pública, nos termos do art. 5º, inciso II³⁶¹, da Lei n. 7.347/85³⁶², possui legitimidade para propor ação civil pública objetivando o fornecimento, pelo Poder Público, do tratamento adequado ao câncer de mama”.³⁶³

Em sede de primeiro grau, foi acolhido na sentença o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, relativamente ao mérito, o pedido inicial foi julgado procedente, na data 28/2/2011, a condenar os réus a

³⁶¹ Cf. Sobre a ação civil pública: Lei n. 7.347/85. Art. 5º - Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (Redação dada pela Lei nº 13.004, de 2014)

§ 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei. § 2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes; § 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa. (Redação dada pela Lei nº 8.078, de 1990); § 4.º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990); § 5.º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei. (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990) ; § 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990). (grifo nosso)

³⁶² Cf. A Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 aborda os parâmetros da Ação Civil Pública. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências.

³⁶³ ANADEP – Associação Nacional dos Defensores Públicos. op.cit., p.73.

“[...] promoverem a inclusão, em programa compatível para realizar tratamento com o medicamento Trastuzumabe, de todas as mulheres residentes em Santa Catarina, já acometidas ou que venham a ser acometidas por câncer de mama metastático, que apresentem ou venham a apresentar, tumor(es) maior(es) do que 1,0 cm, com superexpressão do receptor HER2; e a manterem o tratamento das citadas pacientes com o medicamento Trastuzumabe, enquanto dele necessitarem [...]”.³⁶⁴

Ressalta-se que o Ministério Público Federal, igualmente constante do rol taxativo do art. 5º da Lei n.º 7.347 de 24 de julho de 1985, requereu o seu ingresso no feito, que ao ser deferido proporcionou a formação de litisconsórcio ativo superveniente.

Após, a União requereu a suspensão da execução de sentença por meio da interposição do recurso de ‘Agravo de Instrumento’, realizado em face da concessão da tutela antecipada no processo. Após, a subsequente decisão agravada teve como fundamentação principal a possibilidade de grave dano à ordem pública, na sua acepção político-administrativa.³⁶⁵

Contudo, posteriormente, tais argumentos foram refutados na decisão reformada pela Corte Especial do Tribunal, por maioria, em 30 de junho de 2011.³⁶⁶ Proveu-se nessa decisão o agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público, tornando a prevalecer a eficácia imediata da sentença de primeiro grau³⁶⁷.

Nesse caso, percebe-se que

³⁶⁴ ANADEP – Associação Nacional dos Defensores Públicos. op.cit., p.73-74.

³⁶⁵ ANADEP – Associação Nacional dos Defensores Públicos. op.cit., p. 74.

³⁶⁶ Cf. Jurisprudências; 3. SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA 0001633-14.2011.404.0000/SC.

³⁶⁷ Observa-se que o citado processo, resultou em decisões proferidas até outubro de 2014, em que ainda foram discutidos assuntos complementares, como possíveis multas e bloqueio de bens.

1. AGRAVO DE INSTRUMENTO - 2009.04.00.042655-9 (TRF)

2. AGRAVO DE INSTRUMENTO - 0019584-55.2010.404.0000 (TRF)

3. SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA - 0001633-14.2011.404.0000 (TRF)

4. AGRAVO DE INSTRUMENTO - 0004098-93.2011.404.0000 (TRF)

5. MEDIDA CAUTELAR INOMINADA - 0013429-02.2011.404.0000 (TRF)

6. Apelação/Reexame Necessário - 5007726-36.2011.404.7200 (Processo Eletrônico - E-Proc V2 - TRF)

7. Agravo de Instrumento - 5000211-79.2012.404.0000 (Processo Eletrônico - E-Proc V2 - TRF)

8. Agravo de Instrumento - 5003373-82.2012.404.0000 (Processo Eletrônico - E-Proc V2 - TRF)

9. Agravo de Instrumento - 5011567-37.2013.404.0000 (Processo Eletrônico - E-Proc V2 - TRF)

10. Agravo de Instrumento - 5018106-19.2013.404.0000 (Processo Eletrônico - E-Proc V2 - TRF)

11. Agravo de Instrumento - 5015521-57.2014.404.0000 (Processo Eletrônico - E-Proc V2 - TRF).

“[...] a Defensoria Pública se põe a favor do direito à vida, e os interesses são claramente difusos, como deixa bem claro o dispositivo da sentença de procedência (voltada não só para as mulheres que padecem atualmente de câncer de mama – de resto um grupo que já é o mais amplo e aberto possível –, mas também para as que vierem a padecer do mesmo mal). Não há, por óbvio, como deixar de reconhecer a legitimidade da Defensoria. Independentemente da decisão final de mérito, a invocação séria e bem fundamentada do direito à vida, como acontece no caso, supera amplamente toda e qualquer objeção de ordem formal. Não é só. Atuação mais adequada da Defensoria não poderia haver, pois a demanda coletiva foi elaborada a partir de casos individuais atendidos pela instituição, visando portanto dar uma solução global e muito mais efetiva para o grave problema das pessoas atendidas; além disso, é evidente que a ação beneficiará principalmente as mulheres carentes, sem qualquer chance de adquirir o medicamento Trastuzumabe (Herceptin), que apresenta um custo bastante alto. Aduza-se que a legitimidade da atuação da Defensoria Pública foi reconhecida pelo Ministério Público Federal, que se habilitou como litisconsorte ativo, e pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que rechaçou categoricamente, tanto em primeiro quanto em segundo graus, a tese da ilegitimidade. [...]”³⁶⁸

Observa-se que a possibilidade de atuação da Defensoria Pública na dimensão coletiva alcança indivíduos em situação de vulnerabilidade enquanto grupos sociais, a efetivar uma representação jurídica com maior eficácia e a representar a perseguição da efetiva cidadania. Afinal, os indivíduos hipossuficientes economicamente que têm acesso à Defensoria Pública estão condicionados à demonstração de renda limite, a excluir os demais que igualmente necessitam do medicamento requerido, mas que não possuem igualmente condições financeiras à sua obtenção. Ou seja, a atuação coletiva da Defensoria Pública pressupõe uma interferência jurídica com maior abrangência a todos os que estão em condições de vulnerabilidade, a refletir no exercício de cidadania plena.

[...] A escolha constitucional outorgou à referida instituição não apenas a atribuição de defesa dos juridicamente necessitados em uma acepção individual, mas a própria responsabilidade (no sentido de um poder-dever) da tutela de seus direitos transindividualmente considerados enquanto grupos sociais. Restou esclarecido, deste modo, do ponto de vista jurídico-positivo, a existência da legitimidade da atuação da Defensoria no âmbito da tutela

³⁶⁸ ANADEP – Associação Nacional dos Defensores Públicos. op.cit., p.73-74.

coletiva como um meio de assegurar de maneira mais eficaz a proteção jurídica dos sujeitos potencialmente amparados pela Instituição. Em outras palavras isso significa dizer que, entendida a possibilidade jurídica de atuação pela Defensoria como um instrumento para a efetivação do próprio direito material, e considerando que o titular do direito protegido pela Instituição é um sujeito/grupo vulnerável, assegurar condições fáticas e jurídicas para a possibilidade real de atuação da Defensoria Pública significa, em proporção direta, proteger as pessoas mais vulneráveis.

Ao revés, o que deve nortear a análise da atribuição da instituição é a ideia do exercício pleno da cidadania. Daí porque qualquer vulnerabilidade dá margem à atuação da instituição. Qualquer cidadão, portanto, enquanto indivíduo, a despeito de sua situação econômica, por integrar alguma coletividade, pode estar sujeito à proteção jurídica da defensoria pública. Nesse sentido é que a instituição encontra-se plenamente legitimada para a defesa de interesses de sujeitos pertencentes a grupos como mulheres em situação de violência, idosos, crianças, estrangeiros, portadores de necessidades especiais, integrantes de minorias religiosas. Ou seja, todos os que puderem se encaixar como grupos sociais em situação de vulnerabilidade [...]”³⁶⁹.

Ressalta-se que a atuação da Defensoria Pública através da tutela coletiva reflete uma opção inquestionavelmente mais positiva em comparação com a tutela individual, entretanto, existem situações em que haverá a necessidade de uma análise pontual do caso específico, e individualmente, através do magistrado. Nessa ocorrência, vislumbra-se o benefício do acesso à justiça – compreendido como o acesso ao judiciário – em ocorrências díspares no âmbito do direito fundamental social à saúde.

Nesse contexto, enquadra-se a questão explanada no processo n.º 0802864-12.2012.8.12.0110/MS”, em que o assistido apresentou a necessidade específica de medicação diversa da constante na RENAME, pois o laudo médico atestou que os medicamentos disponibilizados pela rede pública lhe causam fortes efeitos colaterais.

“Apelação n.º 08028641220128120110 / 0802864-12.2012.8.12.0110 (TJ-MS).

3ª Turma Recursal Mista - 21/03/2014
Relator(a): Marcelo Andrade Campos Silva

³⁶⁹ BOSON, Erik Palácio. **A defensoria pública como instituição articuladora do direito como padrão de reconhecimento.** In: Revista da Defensoria Pública da União. Defensoria Pública da União. n. 6. Brasília: DPU, 2013. p. 12

Apelante : Município -Prefeitura Municipal de Campo Grande/ms
Procuradora : Viviani Moro (OAB: 7198/MS)
Apelado : Ari Vieira Guimarães
Def.Pub.1ª Inst : A Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul (OAB: 101/MS)

SÚMULA DO JULGAMENTO - EMENTA - RECURSO INOMINADO - JUIZADO DA FAZENDA PÚBLICA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - NECESSIDADE ESPECIAL DEVIDAMENTE COMPROVADA - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO - SENTENÇA MANTIDA. Trata-se de recurso em face da sentença que condenou o apelante a fornecer o medicamento Calcitrol (nome comercial Zemplar), por prazo indeterminado. É cediço que em demandas envolvendo estado e os cidadãos, para o fornecimento de medicamentos e realização de tratamentos, colidem, invariavelmente, dois princípios: o da dignidade da pessoa humana e o da reserva do possível. Uma vez instalada a antinomia entre princípios, a solução passa pela aplicação da técnica da cedência recíproca, cabendo ao julgador a verificação do valor preponderante, no caso concreto.

Em que pese o parecer desfavorável da CATES, verifica-se que a apelada demonstrou a necessidade específica da medicação pleiteada, porquanto o laudo médico de f. 14 atestou que os medicamentos disponibilizados pela rede pública causam fortes efeitos colaterais. A doença em questão, a insuficiência renal crônica em estágio final, associada com hiperparatireoidismo implica em severo controle dos índices de cálcio e fósforo no organismo, que podem levar à óbito o paciente. Não se pode olvidar que o Estado tem de assegurar um mínimo existencial a todos os cidadãos, sendo-lhe vedado conceder condições especiais a determinada pessoa, que não se revelarem imprescindíveis. Desta feita, a sentença de procedência deve ser mantida.

Do dispositivo Ante o exposto, conheço do recurso e lhe nego provimento, para manter a sentença por seus próprios fundamentos. Consigna-se, ainda, neste acórdão, que o fornecimento da medicação fica condicionada à apresentação junto à unidade de saúde do receituário original, a cada trimestre, sob pena de suspensão, nos termos do Ofício Circular 126.567.1310/2009, da Corregedoria Geral de Justiça do TJMS. Por ser o apelante o Município de Campo Grande, deixo de em condenar em custas, em razão do art. 24, I, do Regimento de Custas do TJMS e quanto aos honorários de sucumbência, arbitro-os em R\$ 1.000,00 (mil reais), em favor do Fundo da Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul, nos termos do art. 20, § 4º do CPC e do Enunciado Fazendário nº 06 do FONAJE. É o voto. [...]”.

Compreende-se, assim, o ativismo judicial como também consequência do debilitado cenário observado na atualidade, mas, imensamente prejudicial enquanto somente resultante da micro justiça, a gerar possíveis situações jurídicas desiguais. A denominada micro justiça, entretanto, é completamente aceitável diante de casos peculiares, como o do Processo 0802864-12.2012.8.12.0110 (TJ-MS) exposto acima, entre possíveis outros.

As ações coletivas, desse modo, surgem como um grande avanço no panorama jurídico, pois, evitarão a propositura de inúmeras ações individuais, fato compatível com a

efetivação do acesso à justiça e economia processual, e, ainda, esquivar a ocorrência de possíveis julgamentos díspares nessa matéria essencial do direito fundamental social à saúde, ao modo que possa garantir maior segurança jurídica.

Nesse contexto, vislumbra-se que o Poder Judiciário pode vir a se tornar, legitimamente, espaço de exercício democrático, representando a vontade de grupos minoritários e sem acesso às estruturas políticas do Legislativo e Executivo, que se encontram à margem da efetividade das previsões constitucionais.

“[...]diversamente do filósofo, para quem, de certo modo, é fácil exigir uma contenção e um distanciamento no trato da matéria, - para a jurisdição constitucional, quando provocada a intervir na solução de determinado conflito versando sobre as diversas dimensões da dignidade, não existe a possibilidade de recusar a sua manifestação, sendo, portanto, compelida a proferir uma decisão, razão pela qual já se percebe que não há como dispensar uma compreensão (ou conceito) jurídica da dignidade da pessoa humana, já desta e à luz do caso examinado pelos órgãos judiciais – haverão de ser extraídas determinadas conseqüências jurídicas. [...]”³⁷⁰

Observa-se que, com o advento da CRFB, o Poder Judiciário, motivado pela concretização dos direitos fundamentais e princípios basilares do Direito através de demandas coletivas, não mais configura um papel passivo quanto às políticas públicas negligenciadas pelos demais Poderes. Conforme SARMENTO,

[...] O Judiciário não só pode como deve assegurar, mesmo contra a vontade dos poderes políticos, o conteúdo básico dos direitos fundamentais prestacionais, uma vez que a garantia efetiva deles é condição para a vida digna e constitui pré-requisito para a própria democracia.³⁷¹

³⁷⁰ E. Denninger in SARLET. op. cit, p. 41.

³⁷¹ SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto e Constituição**. In: Revista de Direito Administrativo. V. 240. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 72.

O Poder Judiciário, nas palavras de GRAU³⁷², torna-se verdadeiramente o aplicador último do direito, pois, caso a Administração Pública, um particular, ou ainda o Legislativo, de quem se reclama a correta aplicação do direito, se nega a fazê-lo, o Poder Judiciário poderá ser acionado para o fim de aplicá-lo.

Pois, quando o direito fundamental social à saúde, não é efetivado em face da ausência de harmonia na dinâmica e na atuação dos três poderes principais, avilta-se uma profunda análise crítica dessa teoria, cumulada à sua possível readaptação. Nesse contexto, CLÈVE disserta, que

“[...] zelar pela observância dos direitos fundamentais significa, para o Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, proteger a maioria permanente (Constituinte) contra a atuação desconforme da maioria eventual, conjuntural e temporária (legislatura)”.³⁷³

Assim, a atuação dos juízes detém validade atemporal, pois defendem o conteúdo proclamado pela Constituinte, que por sua vez deveria nortear a atuação e as prioridades dos demais poderes, tendo em vista que reflete a vontade da maioria eventual. E, ademais, possibilita a concretização dos interesses das minorias e pessoas vulneráveis, conforme o entendimento isonômico, momento em que a atuação da Defensoria Pública torna-se vital a uma concretização consciente e atual desses interesses.

Mas, ainda que perante intensa e extensa demonstração dos benefícios alcançados pela população através dessa dinâmica alcançada por meio do Judiciário quando acionado pela Defensoria Pública, questiona-se as verdadeiras implicações possíveis à autonomia e à independência dos demais Poderes Executivo e Legislativo. Assim, o panoramara apresentado nunca estará isento de possíveis críticas,

³⁷² GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 335.

³⁷³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais**, p. 25. *Apud.* SCHULMAN, Gabriel. **Jurisdição Constitucional e Democracia na Constituição Brasileira: entre o Ativismo Judicial e a Auto-Contenção**.

"[...] chegando a ser desconcertante, ao menos para alguns observadores europeus, o activismo brasileiro, numa tentativa de dar efectividade ao texto constitucional, onde, nalguns casos, o princípio da separação de poderes não sai incólume."³⁷⁴

Afinal, uma intromissão desregrada do Poder Judiciário poderia abalar o basilar Princípio da Separação dos Poderes, a prejudicar a configuração do proclamado e essencial Estado Democrático de Direito.

4.4 O princípio da Separação dos Poderes e a teoria de freios e contrapesos

A teoria do Poder Constituinte³⁷⁵ assevera que a origem do ordenamento jurídico advém de um ato de soberania, que conseqüentemente não poderá ser limitado ou subjugado, porém, ao mesmo tempo, enfatiza a proposta de institucionalização do poder, agora exercido pelos órgãos e através da forma prevista na Constituição, a consagrar um dos princípios regentes do Estado Constitucional, o Princípio da Separação dos Poderes.³⁷⁶ Os primeiros traços desse princípio podem ser observados nas manifestações de teóricos como Aristóteles, Platão, as magistraturas de Roma ou ao Estado estamental,³⁷⁷ entretanto, apenas com as revoluções liberais do séc. XVII lhe foi conferida a formulação com a qual

³⁷⁴ LOUREIRO, João Carlos. op. cit. p. 34-35.

³⁷⁵ Teoria primeiramente esboçada por Emmanuel Joseph Sieyès em seu opúsculo "*Qu'est-ce que Le Tier État?*", em meados do processo político que culminaria com a Revolução de 1789. (RAMOS, Elival da Silva. op. cit. p. 111)

³⁷⁶ RAMOS, Elival da Silva. loc. cit.

³⁷⁷ NOVAIS, Jorge Reis. op. cit. p. 86.

se tornou conhecida, especialmente a partir da obra de “Charles-Louis de Secondat, *Baron de La Brède Et de Montesquieu*”³⁷⁸, *O Espírito das Leis*. Segundo CLEVE,

“[...] No Capítulo VI do Livro XI, de *O espírito das leis*, Charles Louis de Secondat, a pretexto de descrever a Constituição da Inglaterra, faz a defesa enfática da monarquia limitada, em que as três funções estatais então por ele identificadas (legislativa, executiva e judiciária) são atribuídas a órgãos distintos, dotados de prerrogativas de independência institucional (Poderes), disso resultando um sistema de freios e contrapesos inibidor de abusos e altamente benéfico à liberdade individual”.³⁷⁹

A divisão dos poderes apresentada deveria ocorrer de modo rígido, em que cada um dos poderes teria uma função e composição próprias: o executivo (rei e ministros), o legislativo (parlamento), e o judicial (corpo de magistrados).³⁸⁰ O conteúdo disposto na citada obra reflete a busca por um modelo institucional que pudesse evitar a reconcretização do absolutismo e seus malefícios³⁸¹, “associada à filosofia política e iluminista liberal”³⁸², assim a liberdade individual seria protegida.

Especial destaque é conferido à existência do mecanismo político em que o poder possa ser limitado, ou seja, não exista um poder absoluto, conforme disserta Montesquieu,

³⁷⁸ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Organização de Poderes em Montesquieu - com especial referência à doutrina de Jorge Miranda**. In: Estudos de homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda. Vol. 2: Direito constitucional e justiça constitucional. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

³⁷⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais**, p. 25. Apud SCHULMAN, Gabriel. **Jurisdição Constitucional e Democracia na Constituição Brasileira: entre o Ativismo Judicial e a Auto-Contenção**.

³⁸⁰ NOVAIS, Jorge Reis. op. cit. p. 86.

³⁸¹ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Organização de Poderes em Montesquieu - com especial referência à doutrina de Jorge Miranda**. In: Estudos de homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda. Vol. 2: Direito constitucional e justiça constitucional. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 297.

³⁸² MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 5ª. ed., Tomo III. Coimbra, 2004, p. 376. apud AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Organização de Poderes em Montesquieu - com especial referência à doutrina de Jorge Miranda**. In: Estudos de homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda. Vol. 2: Direito constitucional e justiça constitucional. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 297.

“[...] A liberdade política só se encontra nos governos moderados. Mas ela nem sempre existe nos Estados moderados; só existe quando não se abusa do poder; mas trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites. Quem, diria! Até a virtude precisa de limites. Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder. Uma constituição pode ser tal que ninguém seja obrigado a fazer as coisas a que a lei não obriga e a não fazer aquelas que a lei permite.”³⁸³

Nessa assertiva, refletida na frase “*Le pouvoir arrête Le pouvoir*”, advém um dos brilhantes pensamentos proclamados pelo autor, afinal, perante ilimitação de um poder concedido ou conquistado, raramente poderá ser contemplado um arranjo político benéfico e justo aos cidadãos, e em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Contudo, o critério de separação de poderes em pauta deve estar sujeito ao seu condicionamento histórico do séc. XVIII, em que menções como ao ‘império da lei’ ou ao ‘princípio da legalidade’ exprimem uma fase de transição gradual histórica, em que a atribuição da função legislativa ao parlamento permite à burguesia “o desenvolvimento da ‘guerra de posições’ contra o Executivo”.³⁸⁴

Nesse momento histórico ocorria a valoração do conjunto legislativo e da classe burguesa e o advento do Estado de Direito Liberal. Mas, a conjuntura teórica de equilíbrio entre todos os três poderes ainda não era possível, afinal, após a histórica expansão prejudicial do poder Executivo, haveria de existir um limite confiável aos seus possíveis abusos, e essa função limitadora foi direcionada ao Poder Legislativo.

Atualmente, tendo em vista a evolução histórica da concretização de um Estado Democrático de Direito³⁸⁵ no Brasil, direcionado aos direitos e garantias sociais³⁸⁶, e em que os direitos humanos e fundamentais possam fundamentar com eficácia as funções dos três Poderes do Estado, o mecanismo de interação entre esses em prol dos indivíduos ainda demonstra um completo desequilíbrio.

³⁸³ SECONDAT, Charles-Louis de. (Barão de La Brède e de Montesquieu). **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 166 - 167.

³⁸⁴ NOVAIS, Jorge Reis. op. cit. p. 86.

³⁸⁵ Cf. Ver capítulo 1.1.1

³⁸⁶ RAMOS, Elival da Silva. op. cit. p. 111

Contemplado no art. 2º. da CRFB³⁸⁷, a tripartição dos poderes revela uma escolha díspar aos traços originais da teoria de Separação dos Poderes – igualmente contemplada no art. 60, §4º. ³⁸⁸ – em que o representante do Poder Executivo detém funções legislativas³⁸⁹, sendo até mesmo exclusivas³⁹⁰.

Perante essa possível quebra da rigidez absoluta na separação de funções observadas entre os três Poderes do Estado Brasileiro, o STF – Supremo Tribunal Federal – , declarou na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.367-1/DF, que a adoção do citado Princípio não invoca o modelo abstrato integralmente, mas o núcleo essencial de um modelo concreto, consagrado pelo Poder Constituinte originário no arranjo institucional proclamado na CRFB. ³⁹¹

Assevera-se que o conteúdo disposto na CRFB deveria nortear a atuação dos três poderes, tendo em vista ser a expressão do Poder Constituinte e consagrar tanto a

³⁸⁷ “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” BRASIL, Constituição (1988). op. cit.

³⁸⁸ “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] III - a separação dos Poderes. BRASIL, Constituição (1988). op. cit. 2014.

³⁸⁹ “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional”. BRASIL, Constituição (1988). op. cit. 2014.

“Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.” BRASIL, Constituição (1988). op. cit. 2014.

³⁹⁰ “Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas; II - disponham sobre: a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios; c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI; f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.” BRASIL, Constituição (1988). op. cit. 2014.

³⁹¹ AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. **Organização de Poderes em Montesquieu** – Com especial referência à doutrina de Jorge Miranda. In: Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. Org. Marcelo Rebelo de Sousa ... [et al.]. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 314.

democracia como o Estado Democrático de Direito. Porém, observa-se no panoramara atual do Estado brasileiro um constante desrespeito aos objetivos traçados e aos direitos fundamentais consagrados na CRFB perante a negligência e a omissão dos Poderes Legislativo e Executivo, a prejudicar diariamente os indivíduos, principalmente no âmbito do direito fundamental social à saúde.

Razão pela qual se questiona atualmente a existência de um verdadeiro equilíbrio entre os Poderes do Estado brasileiro, e, ainda mais, a de um equilíbrio condizente ao princípio da dignidade da pessoa humana.

4.4.1 Da otimização na dinâmica entre os três poderes clássicos a uma maior concretização do Princípio da dignidade da pessoa humana.

Perante observação das sociedades contemporâneas, constata-se a existência de um desequilíbrio social constante, em que muitos indivíduos se encontram à margem, com poucos traços vívidos da preservação de seu mínimo existencial, o que invariavelmente acarreta uma ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

“[...]Depuis toujours il existe un déséquilibre entre le grand et le petit, le fort et le faible, le riche et le pauvre, le citoyen et l’État. Cette constatation a conduit La Fontaine, à exprimer cette situation dans la fable, << Le pot de terre et le pot de fer >>. Lui-même s’était inspiré du fabuliste grec Esope qui avait écrit: << La vie est pleine de danger pour le pauvre, quand un maître puissant habite près de chez lui (Esope Nevelet p. 318) >>. Ce déséquilibre s’est aggravé au fil du temps avec l’établissement de règles régissant les rapports des hommes entre eux. Ces règles ignorées par la plupart, avaient tendance à profiter à ceux qui en avaient connaissance. De nos jours, plus que jamais, en raison de l’importance du

nombre des textes anciens et nouveaux qui régissent nos concitoyens, le droit est présent dans toutes les activités quotidiennes.”³⁹²

Essa condição de vulnerabilidade poderá ser agravada diante de uma condição precária de saúde, tendo em vista que a sua ausência acarreta um risco direto à vida de qualquer indivíduo. Assim, o indivíduo que esteja na base da pirâmide social de qualquer sociedade, com evidente limitação social e econômica, a apresentar uma situação de vida em que a sua saúde esteja prejudicada – a depender diretamente de tratamentos, intervenções ou medicamentos à manutenção de uma vida digna –, sem uma teia social de apoio próxima e apta – ou a verdadeira efetivação dos compromissos estatais referentes à políticas públicas de saúde –, estará à mercê de um sofrimento descomunal, sem ter a quem recorrer.

Diante da negligência e da omissão dos Poderes estatais que afetam diretamente a sociedade e em maior grau os indivíduos mais vulneráveis, questiona-se o real cumprimento do pacto social anteriormente firmado através do Poder Constituinte, refletido no conteúdo da CRFB. Pois, ainda que em uma democracia prevaleça a vontade de uma maioria, haverá de ter quem olhe pelos interesses das minorias que dependem da efetividade dessas políticas públicas estatais – igualmente financiadas pela sociedade –, e que sofrem diariamente com a ausência do seu cumprimento digno, ainda mais enquanto um grupo social extremamente frágil.

E é diante desse quadro que o verdadeiro acesso à justiça é tido como essencial, quando há quem possa lutar e defender os direitos desses indivíduos que se encontram em estado de vulnerabilidade e sequer tem o conhecimento de quais são verdadeiramente os seus direitos – a considerar que o direito fundamental social à saúde foi devidamente contemplado tanto na Constituição de Portugal como na do Brasil.

³⁹² CERVEAU, Bernard; TRIBONDEAU, Daniel. **L'assurance de protection juridique: un moyen moderne d'accès au droit et à la justice**. Daniel Tribondeau. Paris : L'Argus, 1991. p. 09.

Se a Constituição contém normas nas quais estabeleceu fins públicos prioritários, e se tais disposições são normas jurídicas, dotadas de superioridade hierárquica e de centralidade no sistema, não haveria sentido em concluir que a atividade de definição das políticas públicas – que irá, ou não, realizar esses fins – deve estar totalmente isenta ao controle jurídico. Em suma: não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo.³⁹³

Afinal, conforme exposto, a grande contribuição do acesso à justiça, através da assistência jurídica gratuita, seria a de garantir o direito ao medicamento, àqueles que necessitam da análise judicial individual do caso perante variadas possíveis questões como: diante de falha ou erro da administração pública ao fornecimento desse princípio ativo ao indivíduo; da ausência do medicamento que deveria ser fornecido pelo Estado nos postos de entrega; em especial da comprovação de efeito colateral advindo da administração constante do medicamento fornecido pelo Estado, sendo necessária a dispensação de outro princípio ativo similar entre outros casos específicos.

Mas, o grande destaque está na possibilidade de que, no Direito brasileiro, outra dimensão do acesso à justiça possa ser acionada ao alcance de um número maior de indivíduos necessitados, - ao mesmo tempo que inibe a ocorrência do ativismo judicial imoderado em cada uma das múltiplas ações individuais propostas com idênticos pedidos, compreendida por CAPPELLETTI como as atuações em prol de um grupo ou coletividade, a segunda onda renovatória do acesso à justiça³⁹⁴. Por meio dessas ações de cunho coletivo, as decisões judiciais poderão deter um maior alcance, a permitir a ideia de universalização e direito da igualdade. Conforme BARROSO,

“O único problema é que esta política pública elaborada pela Administração muitas vezes pode não atender a determinadas necessidades individuais, ou pode não atender às necessidades de um determinado grupo, de um determinado segmento. Pois bem. Penso - e essa é a minha sugestão principal - que, neste caso, o debate deve ser convertido, de um debate individual, para um debate coletivo. A partir deste momento, o que se deve decidir não é se uma pessoa deve merecer o provimento da sua postulação judicial; o que o Judiciário tem que decidir é se todas as pessoas que estão naquela situação merecem ser

³⁹³ BARCELLOS, op. cit., p. 92.

³⁹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. op. cit. p. 31.

atendidas, porque, aí, em vez de se atender uma pessoa, cria-se uma política pública para atender àquela necessidade. Mas, sobretudo, essa transformação da ação individual em uma ação coletiva permite que se realize a idéia de universalização e a idéia de igualdade. Vai-se realizar e se atender aquele direito para todo mundo, ou não, mas não se vai criar um modelo em que o atendimento passa a ser lotérico - depende de ter informação, depende de cair em um determinado juízo. Portanto, uma política pública, não o atendimento a varejo de prestações individuais.³⁹⁵ (grifo nosso)

Contudo, o rol de legitimados à propositura dessas ações de cunho coletivo no Direito brasileiro é taxativo, e, ainda assim, deverá ser proposto pelo legitimado que possa refletir a vontade e a necessidade do grupo de indivíduos de modo íntegro e veraz. Nesse diapasão, destacam-se a atuação do Ministério Público e, principalmente, a atuação da Defensoria Pública.

Constatou-se que a Defensoria Pública, que atualmente detém independência operacional e financeira do Poder Executivo, por ser uma “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal”³⁹⁶ poderá atuar em prol da sociedade de modo único.

Pontua-se que o contato diário dos capacitados defensores públicos com as questões expostas pelos indivíduos hipossuficientes economicamente, em condição de vulnerabilidade, viabiliza um diálogo atual e transparente de quais são as suas principais demandas. Afinal, sendo o Poder Judiciário a última alternativa do indivíduo à concretização dos seus direitos fundamentais previstos na CRFB³⁹⁷ e o único capacitado à

³⁹⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. BARROSO, Luis Roberto. Audiência Pública. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf. Acesso em: 10/09/2014.

³⁹⁶ BRASIL, Constituição (1988). op. cit. 2014.

³⁹⁷ “A judicialização no Brasil decorre do modelo constitucional brasileiro e, portanto, em alguma medida ela é inevitável. Constitucionalizar é tirar uma matéria da política e trazê-la para dentro do Direito. E, portanto, existem prestações que o Judiciário não pode se negar a apreciar - e é muito bom que seja assim. Porém, a judicialização tem uma óbvia faceta negativa. É que, na medida em que uma matéria precise ser resolvida mediante uma demanda judicial, é sinal que ela não pôde ser

limitar o abuso ou a omissão dos Poderes Legislativo e Executivo, conforme o entendimento do sistema de freios e contrapesos, o único e o melhor modo do indivíduo hipossuficiente economicamente ter o seu acesso ao judiciário será através da Defensoria Pública.

Quando o Poder Judiciário é acionado por uma demanda coletiva, proposta pela Defensoria Pública, a representar o interesse de indivíduos prejudicados, o processo possibilitará a intimação das partes, quando ocorrerá a oportunidade ao Poder Público, de modo transparente e no espaço público, defender a sua política pública e demonstrar possíveis impedimentos econômicos ou, acatar o pedido e atuar diretamente em prol dos indivíduos.³⁹⁸ Ou seja, existirá sempre a possibilidade de um diálogo ou conciliação antes do possível ativismo judicial, em que a Defensoria Pública, como representante jurídica direto dos interesses constitucionais do povo e de suas minorias, atuará como auxílio ao Poder Judiciário à sua função de limitação do abuso de poder dos outros Poderes do Estado. Nesse sentido, CAPPELLETTI expõe:

“Esse *“Big Judiciary”* só ofereceria benefícios para a representatividade do sistema político ao tornar-se guardião da administração pública. Seguindo-se o modelo de controles e contrapesos (*checks and balance*), de equilíbrio de forças e controle recíproco, tender-se-ia a evitar a concentração de poderes no legislativo ou no executivo, como já registrou a história nos casos da Itália pré-fascista, Alemanha de Weimar e França da Quarta República (Cappelletti, 1993). Nesse sentido, um sistema de controles recíprocos seria um avanço ao sistema de rígida separação dos poderes.

Do ponto de vista de uma democracia “não-utópica” – para usar o termo de Cappelletti – e do descrédito no princípio majoritário, **o poder judiciário pode vir a se tornar representativo da vontade de grupos minoritários, sem acesso ao processo político**, caso firme um compromisso público com a comunidade e

atendida administrativamente; é sinal que ela não pôde ser atendida pelo modo natural de atendimento das demandas, que é, por via de soluções legislativas, soluções administrativas e tem um direito fundamental e esse direito não foi observado, é muito bom poder ir ao Poder Judiciário e merecer esta tutela.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. BARROSO, Luis Roberto. Audiência Pública. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf. Acesso em: 10/09/2014.) .

³⁹⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. BARROSO, Luis Roberto. Audiência Pública. Disponível em: [ttp://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf). Acesso em: 10/09/2014.

seus sentimentos de equidade e justiça e, acima de tudo, mantenha-se permeável às demandas dos indivíduos.³⁹⁹

E é justamente através desse íntegro e veraz equilíbrio de forças e do controle recíproco entre os três poderes que o verdadeiro objetivo do Estado poderá ocorrer, pois o legítimo limite e tarefa desse deverá ser, principalmente, a concretização do Princípio da dignidade da pessoas humana,

“[...] É justamente neste sentido que assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplici esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade [...]”.⁴⁰⁰

Assim, o Princípio da Separação dos Poderes e a sua imposição de equilíbrio não deterá contornos meramente abstratos, não será perseguido somente como a obtenção de medidas iguais e separadas de poder, mas, deverá evidenciar uma dinâmica eficaz que possa valorizar o ser humano, que é a razão do Estado existir.

³⁹⁹ AGUIAR, Thais Florencio de. *op. cit.*

⁴⁰⁰ SARLET. *op. cit.* p. 47.

Conclusão

Compreende-se nas sociedades contemporâneas que muitas vezes a “sobrevivência física” do indivíduo, representada por seu direito à saúde e à vida, pode ser prejudicada em virtude da limitação de sua “sobrevivência moral”, contemplada por seu direito de acesso à justiça, e, deste modo, mediante a convergência de tantas privações de necessidades básicas em um único indivíduo, torna-se inquestionável a ofensa direta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

No presente estudo, diante da exposição da concretização do Estado Democrático de Direito, em seus diferentes âmbitos, fases e perspectivas até a atualidade, e a sua relação intrínseca com a real compreensão e consolidação histórica do direito de acesso à justiça e do direito fundamental social, compreendeu-se a relevância desses como direitos humanos e fundamentais e como elementos essenciais ao exercício integral da cidadania, que se coaduna com a efetivação e o perfazimento dos princípios basilares do Direito.

Através desses precedentes, evidenciou-se que o significado do princípio da dignidade da pessoa humana alcança a todos os seres humanos indiscriminadamente, a ensinar, posteriormente, a compreensão atual e a profunda conexão desse princípio com o direito à saúde e o efetivo acesso à justiça.

Quando ao mínimo existencial, compreendido como um direito de complexa natureza “dupla face”, constatou-se que esse poderá diferir de um indivíduo para outro, afinal, para o indivíduo que necessita de um medicamento específico para que possa continuar a viver, ou viver com dignidade, excepcionalmente esse medicamento integrará o seu mínimo existencial, a perfazer um conceito individualizado de mínimo existencial.

Constatou-se ainda que o direito à saúde na CRFB, assim como na carta magna portuguesa, constam como uma necessária previsão constitucional dos direitos fundamentais sociais, contudo, nota-se salutar distinção entre essas.

Observou-se no cenário português que os direitos de liberdade representaram uma relevante demanda histórica no período da consolidação da Assembleia Constituinte da CRP, pós-regime fascista e revolucionário, a influenciar a presente dicotomia entre os direitos elencados no TÍTULO II - (Direitos, liberdades e garantias), e os do TÍTULO III

(Direitos e deveres económicos, sociais e culturais), em que a concessão de um “*regime jurídico-constitucional de protecção privilegiada*” foi conferida somente ao rol de direitos do TÍTULO II e análogos.

Ressaltou-se que o direito à saúde na constituição portuguesa, entretanto, integra o rol dos direitos do TÍTULO III e que apesar do acesso ao medicamento ser regido por meio de muitas regras normativas e decisões políticas advindas do Ministério da Saúde português, e relevantemente, pelo INFARMED, Portugal é avaliado como um dos Estados em que a espera pelos medicamentos inovadores e essenciais é a mais longa na União Europeia.

No Brasil, contrariamente, a Assembleia Nacional Constituinte objetivou instituir um Estado Democrático que assegurasse o exercício dos direitos que constituem o âmago da proteção da dignidade da pessoa humana, com especial referência aos direitos sociais, a refletir diretamente na previsão constitucional do direito à saúde como um direito subjetivo oponível ao Estado, com eficácia imediata no ordenamento brasileiro e de responsabilidade dos Entes Federados brasileiros sob litisconsórcio facultativo.

Relativamente ao direito ao medicamento, evidenciou-se que a relação de produtos essenciais e indispensáveis ao atendimento da maior demanda dos problemas de saúde no Brasil é analisada e autorizada pela ANVISA, representada atualmente através da RENAME, que se consubstancia como o instrumento norteador às metas de assistência farmacêutica no SUS. Contudo, observou-se que o Ministério da Saúde no Brasil publicou, até o presente momento, somente a 8ª atualização da RENAME, a evidenciar que a atualização da regulamentação ocorre geralmente de 2 em 2 anos, no mínimo, a refletir um descompasso com a evolução farmacêutica, atual problemática no Brasil quanto à obtenção de novos medicamentos, que podem representar a cura ou o prolongamento de vida digna aos indivíduos mais vulneráveis da sociedade, a causar sofrimento e ofensa direta à dignidade da pessoa humana.

Diante dessa questão, tornou-se necessário o estudo do acesso à justiça, como um direito humano e fundamental, e, principalmente, do seu corolário, a assistência jurídica gratuita, como um possível modo legítimo dos indivíduos hipossuficientes economicamente invocarem os seus direitos fundamentais quando negados, principalmente o direito ao medicamento.

No quesito da assistência jurídica gratuita em Portugal, observou-se a adoção do modelo *judicare* e as suas conseqüentes limitações, normativas e operacionais, a demonstrar que, apesar da impossibilidade direta de reivindicação judiciária no âmbito do direito à saúde, a operacionalidade do modelo português de assistência jurídica também expõe extremos contrastes com o vigente no Brasil.

No Brasil, constatou-se que o modelo vigente é o “*Salaried Staff Model*”, representado pela Defensoria Pública, reconhecida constitucionalmente como uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, a atuar como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, através da orientação jurídica. Garente igualmente a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos, nos âmbitos judicial e extrajudicial.

Contudo, concluiu-se que a viabilidade jurídica ao pedido de concretização do direito à saúde via judicial enseja diariamente o ativismo judicial, principalmente perante demandas individuais. Assim, o papel positivo desempenhado pelo Poder Judiciário ao concretizar o direito à saúde através de decisões judiciais, poderá, muitas vezes, perfazer uma ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes, com um possível conflito entre o Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo.

Porém, observou-se no Brasil a possibilidade de atuação da Defensoria Pública igualmente na dimensão coletiva, a alcançar indivíduos em situação de vulnerabilidade enquanto grupos sociais. Comprovou-se que esse fato permite a ideia de universalização e o direito da igualdade, a efetivar uma representação jurídica com maior eficácia e inibir a ocorrência do ativismo judicial imoderado em cada uma das múltiplas ações individuais propostas com idênticos pedidos diariamente.

Nesse contexto, o sistema de freios e contrapesos demonstra novos contornos, em que a Defensoria Pública atua como auxílio veraz ao Poder Judiciário brasileiro, para que o princípio da separação dos poderes e a sua imposição de equilíbrio não evidencie contornos meramente abstratos, mas, uma dinâmica eficaz que valorize o ser humano, a razão do Estado e a do Direito existirem.

Referências

- ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Editorial Trotta, 2002.
- AGUESSEAU, Henri-François d'. Méditations philosophiques sur l'origine de la justice. [S.l.]: Yverdon, 1780. Tome I.
- AFONSO DA SILVA, José. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- ALEXANDRINO, José de Melo. A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2006.
- ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008.
- AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez & Escolha. Em Busca de critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e Decisões Trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. Organização de Poderes em Montesquieu – Com especial referência à doutrina de Jorge Miranda. In: Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. Org. Marcelo Rebelo de Sousa ... [et al.]. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- ANADEP - Associação Nacional dos Defensores Públicos. I Relatório Nacional de Atuações Coletivas da Defensoria Pública: um estudo empírico sob a ótica dos “consumidores” do sistema de justiça. Coordenação de José Augusto Garcia de Sousa. Estudo realizado nos anos de 2012/2013, sob a gestão de André Luís Machado de Castro. Brasília: ANADEP, 2013.
- ANCEL, Marc. Utilidade e Métodos do Direito Comparado. Trad. Sérgio José Porto. Porto Alegre: Fabris, 1980.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 2ª ed. Coimbra : Livraria Almedina, 2001.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. apud ALVES, Cleber Francisco. Justiça Para Todos! Assistência Jurídica Gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris. 2006.
- BARBOSA, Ana Paula. Die Menschenwürde im deutschen Grundgesetz und in der brasilianischen Verfassung von 1988. Ein Rechtsvergleich. Münster-Berlin: LIT, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula. A Eficácia dos Principais Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRETO, Vicente de Paulo. Separata do Boletim de Ciências Económicas. Reflexões sobre os direitos sociais. Coimbra : [s.n.], 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010

BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988/1989, vol 2.

BEDIN, Gilmar Antônio. Direitos Humanos e Acesso à Justiça: Aspectos Nacionais e Internacionais. [S.I.: s.n.] 2007.

BLUNTSCHLI, Johann Kaspar. Théorie générale de l'état. Tradução de Armand de Riedmatten. Paris : Libr. Guillaumin, 1877.

BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 7ª. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BOSON, Erik Palácio. A defensoria pública como instituição articuladora do direito como padrão de reconhecimento. In: Revista da Defensoria Pública da União. Defensoria Pública da União. n. 6. Brasília. DPU, 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Para entender a gestão do Programa de Medicamentos de dispensação em caráter excepcional / Conselho Nacional de Secretários de Saúde.– Brasília : CONASS, 2004.

BRONZE, Fernando José. Lições de Introdução ao Direito. 2. Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

CABRITA, Maria João. Em busca de uma teoria da justiça. Cultura: Revista de História e Teoria das ideias. Pereira, José Esteves; Gouveia, António Camões (organizadores). IIª Série. Vol XIII\2000\1.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e vinculação do legislador. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

_____. Estado de Direito. Cadernos Democráticos. 1. ed. Lisboa: Gradiva, 1999.

_____. Direito Constitucional. 5. ed. Lisboa: Almedina, 1991.

_____. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1988.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. Teoria e Prática do Direito Comparado e Desenvolvimento: Estados Unidos X Brasil. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

CESAR, Alexandre. Acesso à justiça e cidadania. Cuiabá: UFMT, 2002.

CHAUI, Marilena. Filosofia. São Paulo: Ática, 2002.

DAVID, René. Os grandes Sistemas de Direito Contemporâneo, 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DE CRUZ, Peter. Comparative Law in a Changing World. 2. ed. London. CaCavendish Publishing, 1999.

DEODATO, Sérgio. Direito da saúde : colectânea de legislação anotada. Coimbra: Almedina, 2012.

DE SOUZA SANTOS, Boaventura. Introdução à sociologia da administração da justiça. [S.I.: s.n.], 1989.

DE SOUZA SANTOS, Boaventura (dir. cient.); PEDROSO, João. (coord). O acesso ao direito e à Justiça: um direito fundamental em questão. Coimbra: Observatório permanente da Justiça portuguesa. Centro de Estudos Sociais. Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. 2002.

FORGES, Jean-Michel de. Le droit de la santé. 4. ed. Paris: PUF, 2000.

GARAPON, Antoine. O juiz e a Democracia: O Guardião das Promessas. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GARRO, Alejandro M. (2000), "Acesso à Justiça para os pobres na América Latina". In: J. Méndez, G. O'Donnell e P. S. Pinheiro (org.). Democracia, Violência e Injustiça: o Não-Estado de Direito na América Latina. São Paulo: Paz e Terra.

GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 3. ed. Lisboa: Fundacao Calouste Gulbenkian, 2001.

GOMES DA SILVA, Manuel. Esboço de uma concepção personalista do Direito. Lisboa: [s.n.], 1965.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 335.

HELLER, Agnes. Além da justiça. Rio de Janeiro: Brasileira, 1998.

IHERING, Rudolf von. A luta pelo direito. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2006.

KANT, Immanuel apud SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

KELSEN, Hans. Teoria Geral do direito e do Estado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. Teoría general del Estado. Barcelona; Madrid; Buenos Aires: Editorial Labor, 1934.

KRELL, Andreas Joaquin. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: S.A. Fabris Editor, 2002.

LOPES, Maurício Antônio Ribero apud CRUZ, José Rogério da, e Tucci. Garantias do processo civil: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988. 1. ed. 2. tir. São Paulo: RT, 1999.

LOUREIRO, João Carlos. Direito à (proteção da) saúde. In: Revista da Defensoria Pública. Ano 1. Nº. 1. jul./dez. 2008. p.35 a 73.

MALDONADO, Maurílio. Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no estado brasileiro. Instituto do Legislativo Paulista, São Paulo, [200-]. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/web/instituto/sep_poderes.pdf>. Acesso em 15 de junho de 2007.

MARTINS, Afonso D'Oliveira. A Constituição e a Crise. In: SOUSA, Marcelo Rebelo de (editor literário). Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de; ROSSO NELSON, Rocco Antonio Rangel. Neoconstitucionalismo e ativismo judicial: limites e possibilidades da jurisdição constitucional. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Ano 21, no. 30 (jul.-set/2013).

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do Sistema de Direitos Fundamentais. In: MIRANDA Jorge; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio. (Coords.) Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana. São Paulo. Editora Quartier Latin, 2008.

_____. Manual de Direito Constitucional. 5ª. ed., Tomo III. Coimbra, 2004, p. 376.

MORAES, Guilherme Peña de. Instituições da Defensoria Pública. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MOREAU, Jacques; TRUCHET, Didier. Droit de la santé publique. 4. ed. Paris: Dalloz, 1998.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo: n. 36, dez. 1991. p. 20.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. In: Portugal. Tribunal Constitucional. Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa. Coimbra, 2003.

NEVES, Castanheira. A Revolução e o direito. Coimbra: Editora Coimbra, 1976.

NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma Teoria do Estado de Direito. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. Direitos Sociais - Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

PASTORE, Suzana Vereta Nahoum. O direito de acesso à justiça: Os rumos da efetividade. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, v.12, n.49, out./dez: São Paulo, 2004.

PERLATTO, Fernando. Contemporâneos - Revista de artes e Humanidades. A Constituição de 1988: um marco para a História da Nova República brasileira. nº. 3. Nov-Abr de 2009.

PETTIT RAIDÓS, Philip. Republicanismo: Uma teoria sobre la libertad y el gobierno. Tradução de Toni Doménech. Barcelona. [s.n.],1997.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In: LEITE, George Salomão (Org.). Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1967 - com a Emenda n.1, de 1969. Tomo V (arts. 153, §2.º - 159), 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971.

RAWLS, John. Uma teoria de Justiça. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA DOS ESTADOS. trad. Ellen Gracie Northfleet, São Paulo: Vellenich. Março de 2004 apud RAMOS, Elival da Silva. Parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão. SARLET, Ingo Wolfgang (Coordenador). Direitos fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____ e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Revista de Doutrina da 4ª Região, n. 24, Porto Alegre, 2008.

SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In: Revista de Direito Administrativo. V. 240. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. pres. Francisco Ayala; epílogo de Manuel García-Pelayo. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SECONDAT, Charles-Louis de. (Barão de La Brède e de Montesquieu). O espírito das leis. Trad. de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.166-167.

SÉRVULO CORREIA, J. M. Interrelação entre os regimes constitucionais dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais e o sistema constitucional de autonomia do legislador e de separação e interdependência de poderes: teses. In: MIRANDA, Jorge (coord.) Estudos em homenagem ao professor Dr. Armando M. Marques Guedes. Coimbra: Coimbra, 2004.

STEICHEN, Pascale. Evolution du droit à la qualité da la vie: de la protection de la santé à la promotion du bien-tre. Revue Juridique de l'Environnement. n. 3. Limoges: Centre de la Recherche Scientifique, 2000.

TAVARES, Francisco de Sousa. A busca da justiça continua. Fundação: Of. Gráficas do Jornal do Fundão], 1975. p. 28.

TAVARES DA SILVA, Suzana. Direitos fundamentais na arena global. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011.

TOEBES, Brigit C. A. The right to health as a human right in international law. Antwerpen. Groningen. Oxford. 1999.

TOMAZI, Nelson Dacio. Sociologia. 2. ed. São Paulo: Atual, 2000.

TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VAINER, Bruno Zilberman. Assistência judiciária gratuita: um desafio de nosso tempo. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. v.12, n.48, jul./set., São Paulo, 2004.

VERDÚ, Pablo Lucas. Curso de derecho político. v.II. Madri: Editorial Tecnos, 1986. p.230-231 apud SILVA, José Afonso da. AFONSO DA SILVA, José. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIEIRA, José Roberto. Medidas provisórias em matéria tributária: as catilinares brasileiras. Tese (Doutor em Direito Tributário). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1999.

WERNECK VIANNA, Luiz. Esquerda brasileira e tradição republicana: estudos de conjuntura sobre a era FHC-Lula. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

Endereços eletrônicos:

ANVISA. Como a Anvisa avalia o registro de medicamentos novos no Brasil. Disponível em:

<http://portal.anvisa.gov.br/wps/content/Anvisa+Portal/Anvisa/Inicio/Medicamentos/Assunto+de+Interesse/Medicamentos+novos/Como+a+Anvisa+avalia+o+registro+de+medicamentos+novos+no+Brasil>

Acesso em: 26 de março de 2014.

BALESTRA, Roberto. PEC das Defensorias: Um grande avanço para o País. Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais. Disponível em:

<http://www.anadef.org.br/ultimas-noticias/1-latest-news/3444-pec-das-defensorias-um-grande-avanco-para-o-pais>. Acesso em: 08 de maio de 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito - O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em:

http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art04102005.htm. Acesso em: 16 de setembro de 2014.

CADEAU, Emmanuel. Direito internacional e Direito comunitário do medicamento: limites e potencialidades (tentativa de comparação). Revista de direito sanitario. Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitario. Nucleo de Pesquisas em Direito Sanitario da USP. Sao Paulo, vol.1, n.1, p.54-75, jul. 2002. Disponível em: <http://bases.bireme.br/cgi-bin/wxislind.exe/iah/online/?IsisScript=iah/iah.xis&src=google&base=LILACS&lang=p&nextAction=lnk&exprSearch=396180&indexSearch=ID> Acesso em: 21 de outubro de 2013.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Momentos Marcantes da Constituinte. Constituição Cidadã - Discurso proferido pelo Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, Deputado Ulysses Guimarães, em 27 de julho de 1988, em defesa do Projeto de Constituição, em segundo turno de apreciação, das críticas de que o País seria ingovernável, caso o texto fosse aprovado.

Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/Ulysses-Guimaraes-constituicao-cidada.pdf>.

CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Ministério da Saúde publica a 8ª edição da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - Rename. Disponível em: <http://portal.crfsp.org.br/noticias/4813-rewrite-2013.html> Acesso em 11 de maio de 2014.

DE SOUZA SANTOS, Boaventura (dir. cient.); PEDROSO, João. (coord). O acesso ao direito e à Justiça: um direito fundamental em questão. Coimbra: Observatório permanente da Justiça portuguesa. Centro de Estudos Sociais. Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. 2002. p. VI. Disponível em: <http://opj.ces.uc.pt/pdf/10.pdf> Acesso em: 15 de maio de 2014.

DEFENSORIA PÚBLICA DE SÃO PAULO. Decisão liminar obtida pela Defensoria Pública de SP garante fornecimento de medicamentos para 12 crianças e adolescentes com cistinose nefropática – doença rara que ataca diversos órgãos. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=45570&idPagina=3086> Acesso em: 10 de março de 2014.

DIGESTO. Diário da República eletrônico. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://dre.pt/comum/html/legis/dudh.html>.

EUR-Lex - Access to European Union law. Directiva 2002/8/CE. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?jsessionid=BsymT9sGspMLPyGF8JXGZWYGrhP5hHyNhkwDyl2YZbTWSsdJp1yz!-1588769171?uri=CELEX:32003L0008> Acesso em: 21 de maio de 2014.

EUROPA. Sínteses da legislação da UE. Carta dos Direitos Fundamentais. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:pt:PDF>.

INFARMED. Comparticipação. Disponível em: http://www.infarmed.pt/portal/page/portal/INFARMED/PERGUNTAS_FREQUENTES/MEDICAMENTOS_USO_HUMANO/AVALIACAO_ECONOMICA_E_COMPARTICIPACAO/MEDICAMENTOS_COMPARTICIPADOS_SPR Acesso em: 22 de janeiro de 2014.

INFARMED. Sobre o Infarmed. Disponível em: http://www.infarmed.pt/portal/page/portal/INFARMED/PERGUNTAS_FREQUENTES/SOBRE_INFARMED. Acesso em: 12 de novembro de 2013.

INSTITUTO BRASILEIRO DE ALTOS ESTUDOS DE DIREITO PÚBLICO. Constituição Federal: 20 Anos. Disponível em: <http://www.altosestudios.com.br/?p=40598>.

INSTITUTO DA SEGURANÇA SOCIAL. Guia Prático – Proteção Jurídica. 9001 – V4.14. Disponível em: http://www4.seg-social.pt/documents/10152/15011/proteccao_juridica Acesso em: 15 de maio de 2014.

KUNTZ, Rolf. Declaração de Quebec e resolução de Genebra atropelam o ultraliberalismo. MINISTÉRIO DA SAÚDE. ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Disponível em: http://www.anvisa.gov.br/hotsite/genericos/noticias/2001/250401.htm#25_1

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. PROTOCOLO ADICIONAL À CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS EM MATÉRIA DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS ECULTURAIS, “PROTOCOLO DE SAN SALVADOR”. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm.

PLANALTO.GOV.BR.CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 03 de janeiro de 2013.

PLANALTO.GOV.BR. LEI COMPLEMENTAR Nº 141, DE 13 DE JANEIRO DE 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp141.htm Acesso em: 20 de abril de 2013.

PORTAL BRASIL. SUS democratiza o acesso do cidadão aos serviços de saúde, Fonte: Ministerio da Saúde. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/saude/2009/11/sus-democratiza-o-acesso-do-cidadao-aos-servicos-de-saude> Acesso em 03 de janeiro de 2014.

PORTAL DA SAÚDE. História do Serviço Nacional de Saúde. Disponível em: <http://www.portaldasaude.pt/portal/conteudos/a+saude+em+portugal/servico+nacional+de+saude/historia+do+sns/historiadosns.htm> Acesso em: 22 de novembro de 2013

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html Acesso em: 09 out. 2014.

SECRETARIA-GERAL - MINISTÉRIO DA SAÚDE - PORTUGAL. Legislação - Medicamentos, Participação e Farmácias. Disponível em: <http://www.sg.min-saude.pt/sg/conteudos/legisaude/legis+medicamentos.htm>

_____. Audiência Pública. BARROSO, Luis Roberto.

Disponível em:

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf. Acesso em: 10/09/2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. A Constituição e o Supremo. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201814>. Acesso em: 03 de abril de 2013.

THE VALUE OF INNOVATION. The "Patients W.A.I.T."

Disponível em: [http://www.apifarma.pt/eventos/Documents/Lisbon%20-%20Apifarma%20Conference%20-%202013%2006%2028%20w-o%20\(2\).pdf](http://www.apifarma.pt/eventos/Documents/Lisbon%20-%20Apifarma%20Conference%20-%202013%2006%2028%20w-o%20(2).pdf). Acesso em: 25 de dezembro de 2013

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/o-que-e-a-oms.html>.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/o-que-e-a-oms.html>.

Anexos

1. Art. 5º. - LEI COMPLEMENTAR Nº 141, DE 13 DE JANEIRO DE 2012.

“Art. 5º A União aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos desta Lei Complementar, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual. § 2.º Em caso de variação negativa do PIB, o valor de que trata o caput não poderá ser reduzido, em termos nominais, de um exercício financeiro para o outro. Art. 6.º - Os Estados e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea “a” do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios. Art. 7.º - Os Municípios e o Distrito Federal aplicarão anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea “b” do inciso I do caput e o § 3º do art. 159, todos da Constituição Federal. Art. 8.º - O Distrito Federal aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) do produto da arrecadação direta dos impostos que não possam ser segregados em base estadual e em base municipal.” (PLANALTO.GOV.BR. LEI COMPLEMENTAR Nº 141, DE 13 DE JANEIRO DE 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp141.htm Acesso em: 20 de abril de 2013.)

2. Art. 198 – CRFB.

“Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes

diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade. § 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. (Parágrafo único renumerado para § 1º pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.(Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) § 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:(Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) I - os percentuais de que trata o § 2º; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) IV - as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União.(Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) § 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 51, de 2006) § 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias. (Incluído pela

Emenda Constitucional nº 51, de 2006) (Vide Medida provisória nº 297. de 2006) § 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 63, de 2010) § 6º Além das hipóteses previstas no § 1º do art. 41 e no § 4º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício. Incluído pela Emenda Constitucional nº 51, de 2006”. (PLANALTO.GOV.BR.CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 03 de janeiro de 2013.)

3. LEGISLAÇÃO COMPLEMENTAR – APOIO JUDICIÁRIO, Portugal.

“Portaria n.º 419-A/2009, de 17 de abril (Regula o modo de elaboração, contabilização, liquidação, pagamento, processamento e destino das custas processuais, multas e outras penalidades); Portaria n.º 10/2008, de 03 de janeiro, alterada pelas Portarias n.ºs 210/2008, de 29 de fevereiro e 654/2010, de 11 de Agosto e 319/2011, de 30 de dezembro (Procede à regulamentação da Lei 34/2004, de 29 de julho, na redação dada pela Lei n.º 47/2007, de 28 de agosto, nomeadamente quanto à fixação do valor da taxa devida pela prestação de consulta jurídica, à definição das estruturas de resolução alternativa de litígios às quais se aplica o regime de apoio judiciário, à definição do valor dos encargos para efeitos do disposto no n.º 2 do artigo 36.º da lei referida, à regulamentação da admissão dos profissionais forenses no sistema de acesso ao direito, à nomeação de patrono e de defensor e ao pagamento da respetiva compensação); Portaria n.º 11/2008, de 03 de janeiro (Adequa o modelo de requerimento de proteção jurídica aprovado pela Portaria n.º 1085-

B/2004, para as pessoas singulares e para as pessoas coletivas sem fins lucrativos - que podem apenas beneficiar da modalidade de apoio judiciário - às alterações introduzidas pela Lei n.º 47/2007, de 28 de agosto à Lei n.º 34/2004, de 29 de julho); Decreto-Lei n.º 71/2005, de 17 de março (Regula a proteção jurídica no âmbito de litígios transfronteiriços); Portaria n.º 1085-A/2004, de 31 de agosto, na redação dada pela Portaria n.º 288/2005, de 21 de março, e pela Lei n.º 47/2007, de 28 de agosto (Fixa os critérios de prova e de apreciação da insuficiência económica para a concessão de proteção jurídica); Lei n.º 34/2004, de 29 de julho, na redação dada pela Lei n.º 47/2007, de 28 de agosto (Altera o regime de acesso ao direito e aos tribunais e transpõe para a ordem jurídica nacional a Diretiva n.º 2003/8/CE, do Conselho, de 27 de janeiro, relativa à melhoria do acesso à justiça nos litígios transfronteiriços através do estabelecimento de regras mínimas comuns relativas ao apoio judiciário no âmbito desses litígios); Portaria n.º 1423-I/2003, de 31 de dezembro (Aprova o Regulamento do Documento Único de Cobrança. Revoga a Portaria n.º 797/99 de 15 de setembro)”. (INSTITUTO DA SEGURANÇA SOCIAL. Guia Prático - Proteção Jurídica. 9001. V4. 14. Disponível em: http://www4.seg-social.pt/documents/10152/15011/proteccao_juridica Acesso em: 15 de maio de 2014.)

4. PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 274, DE 2013.

(Dos Senhores Mauro Benevides, Alessandro Molon e Andre Moura). Altera o “Capítulo IV - Das Funções Essenciais à Justiça” do “Título IV – Da Organização dos Poderes” e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal. As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto constitucional: Art. 1º. Modifique-se o “Capítulo IV – Das Funções Essenciais à Justiça”, do “Título IV – Da Organização dos Poderes”, que passa a vigorar com a seguinte redação: “TÍTULO IV. Da Organização dos Poderes. (...). CAPÍTULO IV. Das Funções Essenciais à Justiça. (...). SEÇÃO III. Da Advocacia (N.R.). Art. 133. (...) SEÇÃO IV. Da Defensoria Pública. Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do

Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal. (...). § 3º - São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se-lhe também, no que couber, o disposto no art. 93.” (NR). Art. 2º. Adicione-se ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias o art. 98, com a seguinte redação: “Art. 98. O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população. § 1º No prazo de oito anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no caput deste artigo. § 2º Durante o decurso do prazo previsto no § 1º deste artigo, a lotação dos defensores públicos ocorrerá, prioritariamente, atendendo às regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional.” Art. 3º. Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

5. Art. 4º. – CRFB.

Art. 4º: São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: I – prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus; II – promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos; III – promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico; IV – prestar atendimento interdisciplinar, por meio de órgãos ou de servidores de suas Carreiras de apoio para o exercício de suas atribuições; V – exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou

extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses; VI – representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos; VII – 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; VIII – exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal; IX – impetrar habeas corpus, mandado de injunção, habeas data e mandado de segurança ou qualquer outra ação em defesa das funções institucionais e prerrogativas de seus órgãos de execução; X – promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela; XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado; XII - (VETADO); XIII - (VETADO); XIV – acompanhar inquérito policial, inclusive com a comunicação imediata da prisão em flagrante pela autoridade policial, quando o preso não constituir advogado; XV – patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública; XVI – exercer a curadoria especial nos casos previstos em lei; XVII – atuar nos estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes, visando a assegurar às pessoas, sob quaisquer circunstâncias, o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais; XVIII – atuar na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas; XIX – atuar nos Juizados Especiais; XX – participar, quando tiver assento, dos conselhos federais, estaduais e municipais afetos às funções institucionais da Defensoria Pública, respeitadas as atribuições de seus ramos; XXI – executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de

seus membros e servidores; XXII – convocar audiências públicas para discutir matérias relacionadas às suas funções institucionais.

§ 1º (VETADO). § 2º As funções institucionais da Defensoria Pública serão exercidas inclusive contra as Pessoas Jurídicas de Direito Público. § 3º (VETADO). § 4º O instrumento de transação, mediação ou conciliação referendado pelo Defensor Público valerá como título executivo extrajudicial, inclusive quando celebrado com a pessoa jurídica de direito público. § 5º A assistência jurídica integral e gratuita custeada ou fornecida pelo Estado será exercida pela Defensoria Pública. § 6º A capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público. § 7º Aos membros da Defensoria Pública é garantido sentar-se no mesmo plano do Ministério Público. § 8º Se o Defensor Público entender inexistir hipótese de atuação institucional, dará imediata ciência ao Defensor Público-Geral, que decidirá a controvérsia, indicando, se for o caso, outro Defensor Público para atuar. § 9º O exercício do cargo de Defensor Público é comprovado mediante apresentação de carteira funcional expedida pela respectiva Defensoria Pública, conforme modelo previsto nesta Lei Complementar, a qual valerá como documento de identidade e terá fé pública em todo o território nacional. § 10. O exercício do cargo de Defensor Público é indelegável e privativo de membro da Carreira. § 11. Os estabelecimentos a que se refere o inciso XVII do caput reservarão instalações adequadas ao atendimento jurídico dos presos e internos por parte dos Defensores Públicos, bem como a esses fornecerão apoio administrativo, prestarão as informações solicitadas e assegurarão acesso à documentação dos presos e internos, aos quais é assegurado o direito de entrevista com os Defensores Públicos. (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

Jurisprudências

1. AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5009779-51.2014.404.0000/PR – TRF - 4

RELATOR	: LUÍS ALBERTO D AZEVEDO AURVALLE
AGRAVANTE	: UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO
AGRAVADO	: KELVIN ARTHUR MEERT DA SILVA
	: MIRIAM MEERT
ADVOGADO	: CARLOS RODRIGO BIAGGI DE OLIVEIRA
MPF	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
INTERESSADO	: ESTADO DO PARANÁ

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União contra decisão que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela (Evento 35 - DECLIM1), em ação na qual a parte autora busca o medicamento *Cystagon* (*bitartarato de cisteamina*) para tratamento de sua moléstia, nos seguintes termos:

"Ante o exposto, defiro o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, no sentido de determinar aos réus União e Estado do Paraná que promovam os atos necessários para o regular fornecimento administrativo do medicamento CYSTAGON (BITARTARATO DE CISTEAMINA) cápsulas, conforme indicação médica e pelo tempo de manutenção da prescrição, sendo que a dose inicial deve ser fornecida no prazo máximo de 15 (quinze) dias.

*No caso de descumprimento injustificado da ordem judicial no prazo determinado, comino multa diária no importe de R\$ 1.000,00 (mil reais), sem prejuízo da responsabilização administrativa e penal, esta decorrente de eventual desobediência da ordem judicial. **Intimem-se.***

3. Cumpra-se com urgência, devendo ser expedido mandado para a citação e intimação, com anotação de urgente para o seu cumprimento (plantão).

4. Cite-se a parte ré, para, querendo, apresentar resposta, no prazo legal.

5. *Proceda a Secretaria aos atos necessários para a liberação dos honorários para o médico ora nomeado, devendo ser expedido ofício ao Corregedor-Geral, comunicando que os honorários periciais fixados ultrapassaram o limite máximo estabelecido na Resolução 558/07 do CJF, tendo em vista a especialização da perita e a complexidade do exame determinado (art. 3º, § 1º, da Resolução 558/07 do CJF).*

6. *Cumpridos os itens anteriores, aguarde-se para o prazo para a apresentação de contestação."*

A parte agravante, em apertada síntese, pede atribuição de efeito suspensivo ao agravo, alegando que não há autorização da ANVISA para o tratamento da doença em questão, bem como a impertinência do debate sobre a questão da responsabilidade pelo custeio da aquisição do medicamento pelo SUS junto ao âmbito do pedido da parte autora, cuja pretensão está restrita ao fornecimento de determinada droga, e certamente não se estende à questão de quem deve ser encarregado de custear ou indenizar a dita aquisição. No mais, requer o afastamento/ redução da multa diária fixada (R\$1.000,00).

É o relatório. Decido.

Inicialmente, verifico tratar-se de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, não devendo o presente recurso ser convertido em agravo retido, conforme a alteração promovida no art. 527, inc. II, do CPC pela Lei n.º 11.187, de 19 de outubro de 2005, e sim processado como agravo de instrumento, consoante a exceção prevista no mesmo dispositivo legal. É que, embora a regra, atualmente, seja o agravo retido nos autos, são ressalvadas as hipóteses de decisões que possam causar à parte lesão grave e de difícil reparação, caso em que será admitida a interposição do agravo por instrumento.

No caso concreto, tratando-se de antecipação de tutela, é manifesta a possibilidade de a postergação da decisão causar lesão grave e de difícil reparação à parte.

Admito, assim, o processamento do agravo via instrumento.

Quanto à legitimidade passiva, esta Corte sedimentou jurisprudência, com base na legislação incidente (art. 198 da CF; Lei 8.080/90; Portarias do MS nº 2.577/06, nº 204/07 e nº 2.981/09; Leis nº 12.401/11 e nº 12.466/11; Decreto nº 7.508/11), no sentido de que a responsabilidade dos Entes Federados configura litisconsórcio facultativo e, portanto, a ação pode ser proposta contra um ou mais entes da federação, responsáveis solidários.

Nessa linha as seguintes decisões:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDICAMENTO. SUS CHAMAMENTO. UNIÃO. DESNECESSIDADE.

A responsabilidade é solidária entre as três esferas de governo, o que autoriza a propositura da ação contra um, alguns ou todos os responsáveis solidários, conforme opção do interessado e respeitados os limites subjetivos da lide. Não há a configuração de litisconsórcio necessário. A

propositura da ação contra mais de um dos entes responsáveis pelo SUS forma mero litisconsórcio facultativo.

(AGRAVO DE INSTRUMENTO Processo: 2009.04.00.032245-6 UF: SC; TERCEIRA TURMA; D.E. 02/06/2010; Relatora MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA)

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. CHAMAMENTO AO PROCESSO.

Se a parte escolhe litigar somente contra um ou dois dos entes federados, não há a obrigatoriedade de inclusão dos demais.

Agravo desprovido.

(AGRAVO DE INSTRUMENTO; Processo: 0005769-88.2010.404.0000 UF: SC; TERCEIRA TURMA; D.E. 12/05/2010; Relator CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ)

"PROCESSUAL CIVIL. MEDICAMENTOS. LEGITIMIDADE. SOLIDARIEDADE. LITISCONSÓRCIO PASSIVO FACULTATIVO.

Havendo solidariedade passiva entre os entes federados no que se refere ao fornecimento de medicamentos, não há falar em litisconsórcio passivo necessário.

Tratando-se da hipótese de litisconsórcio facultativo e excluído o ente que justificava a tramitação do feito da Justiça Federal, correta a decisão que determina a devolução dos autos à Justiça Estadual."

(AGRAVO DE INSTRUMENTO 0004517-50.2010.404.0000 UF: SC; QUARTA TURMA; D.E. 24/05/2010; Relatora MARGA INGE BARTH TESSLER)

Assim, os entes demandados têm legitimidade para figurar no polo passivo, em face do litisconsórcio passivo facultativo, reconhecido o direito do cidadão de escolher contra quem pretende litigar.

Quanto ao mérito da causa, tenho que o direito fundamental à saúde encontra-se garantido na Constituição, descabendo as alegações de mera norma programática, de forma a não lhe dar eficácia. A interpretação da norma constitucional há de ter em conta a unidade da Constituição, máxima efetividade dos direitos fundamentais e a concordância prática, que impede, como solução, o sacrifício cabal de um dos direitos em relação aos outros. Em se tratando de fornecimento de medicamentos ou realização de procedimentos, deve-se observar determinados parâmetros:

- a) eventual concessão da liminar não pode causar danos e prejuízos relevantes ao funcionamento do serviço público de saúde;
- b) o direito de um paciente individualmente não pode, a priori, prevalecer sobre o direito de outros cidadãos igualmente tutelados pelo direito à saúde;
- c) o direito à saúde não pode ser reconhecido apenas pela via estreita do fornecimento de medicamentos;
- d) havendo disponível no mercado, deve ser dada preferência aos medicamentos genéricos, porque comprovada sua bioequivalência, resultados práticos idênticos e custo reduzido;
- e) o fornecimento de medicamentos deve, em regra, observar os protocolos clínicos e a 'medicina das evidências', devendo eventual prova pericial, afastado 'conflito de interesses' em relação ao médico, demonstrar que tais não se aplicam ao caso concreto;

f) medicamentos ainda em fase de experimentação, não enquadrados nas listagem ou protocolos clínicos devem ser objeto de especial atenção e verificação, por meio de perícia específica, para comprovação de eficácia em seres humanos e aplicação ao caso concreto como alternativa viável.

Nos termos do art. 273 do CPC, "*o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação*".

No tocante à verossimilhança, verifica-se que a documentação do processo originário dá conta de que a parte autora encontra-se em tratamento perante o Hospital Pequeno Príncipe (conveniado ao SUS), havendo indicação por médico conveniado ao SUS, Dra. Evelise Tessori Vargas, CRM 15848, para a utilização do medicamento, conforme atestado acostado aos autos (Evento 01 - RECEIT10).

Ainda, a perícia médica judicial (Evento 33 - LAUDPERI1) informa a gravidade da doença, além de que foram esgotadas as possibilidades de tratamentos medicamentosos com os fármacos previstos nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do Ministério da Saúde. Menciona que o fármaco não tem registro na ANVISA, e relata que a cisteamina é a única droga disponível que, comprovadamente, reduz a acumulação prejudicial de cistina no corpo, proporcionando benefícios e retardando a doença, inclusive, podendo-se evitar a insuficiência renal crônica. Conclui asseverando que não há outro medicamento no mercado, aprovado pela ANVISA, com a mesma indicação.

Nesse contexto, diante da excepcionalidade do caso concreto (Síndrome de Fanconi na Infância - Cistinose Infantil, doença genética rara, ainda sem cura e de difícil tratamento) e por já ter sido realizada perícia médica que indica o tratamento, entendo que deva ser mantida a tutela deferida no primeiro grau de jurisdição.

Ademais, embora se considere o registro na ANVISA como requisito, em regra, necessário para o acolhimento do pedido de fornecimento de medicamento, entendo que o mesmo, diante da hipótese sob análise, poderá vir a ser flexibilizado, não sendo óbice intransponível, na esteira de precedente desta 4ª Turma (AC nº 5000883-77.2010.404.7107, Rel. Des. Federal Silvia Goraieb), que por sua vez, fez referência às decisões do Supremo Tribunal Federal na Suspensão de Segurança 4304/CE e na Suspensão de Segurança 4316/RO.

Ainda, em casos análogos deste TRF, *mutatis mutandis*, verifica-se que a ausência de registro na ANVISA não se tornou empecilho para a possibilidade de concessão do medicamento *Cystagon*.

Confira-se: AI nº 5020680-15.2013.404.0000, 4ª TURMA, Des. Federal CANDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, por unanimidade, juntado aos autos em 11/12/2013; AI nº 5009406-54.2013.404.0000, 4ª TURMA, Juiz Federal CAIO ROBERTO SOUTO DE MOURA, por unanimidade, juntado aos autos em 26/07/2013; ED em APELREEX nº 5008683-89.2010.404.7000, 3ª TURMA, Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA, por unanimidade, juntado aos autos em 28/11/2013.

Diante dos fundamentos referidos, tenho por evidenciada a verossimilhança para a manutenção da medida de urgência deferida até a prolação da sentença. Dessa forma, o argumento de grave lesão à ordem pública não subsiste ao confronto com *opericulum in mora* e o fundado receio de lesão grave ou de difícil reparação ao autor, evidenciando a urgência da medida.

Ainda, faço a ressalva de que se trata de proteção à saúde e à vida, prevalecendo essa proteção sobre a genérica alegação de dano ao erário público e mesmo ante eventual risco de perigo de irreversibilidade. Como bem destacou TEORI ALBINO ZAVASCKI, "*a vedação contida no § 2º do artigo 273 deve ser relativizada, sob pena de eliminar-se, quase por inteiro, o próprio instituto da antecipação. Sempre que houver um confronto entre o risco de dano irreparável ao direito da autora e o risco de irreversibilidade da medida antecipatória, deverá o Juiz formular a devida ponderação entre os bens jurídicos em confronto, para o que levará em especial consideração a relevância dos fundamentos que a cada um deles dá suporte, fazendo prevalecer a posição com maior chance de vir a ser, ao final do processo a vencedora.*" (Antecipação da tutela. 1. ed. S. Paulo: Saraiva, 1997, p. 88.)

No caso dos autos, não vislumbro urgência ou perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação que poderá ser ocasionado à agravante com a manutenção da tutela antecipada, na medida em que dano expressivamente maior poderia ser experimentado pela parte agravada em caso de indeferimento da medida (risco de óbito e de outras implicações graves).

No que concerne à impertinência do debate sobre a questão da responsabilidade pelo custeio da aquisição do medicamento pelo SUS junto ao âmbito do pedido da parte autora, entendo que sem razão a agravante. Tal matéria, certamente, é pertinente ao deslinde do feito; entretanto, não cabe aqui declarar o direito do réu, que cumpriu a tutela, em ressarcir-se dos demais réus quanto às despesas pelo cumprimento desta, ainda que reconhecida a solidariedade.

É certo que os réus são solidários nesta ação, e, a partir dessa solidariedade, é que deverão, administrativamente, proceder à repartição/ressarcimento dos valores de compra do medicamento entre si, haja vista ser medida de cunho administrativo que não deve ser resolvido na esfera judicial, mas na executiva.

Quanto à multa diária pelo descumprimento da decisão judicial, assiste razão à agravante, porquanto fixada em valor bem superior ao que determina este Tribunal Regional Federal, razão pela qual reduzo o valor das *astreintes* para R\$ 100,00 por dia de descumprimento.

Ante o exposto, **defiro parcialmente o pedido de efeito suspensivo, apenas para reduzir a multa diária.**

Intimem-se, sendo que a parte agravada para resposta.

Após, vista ao MPF.

Após, voltem conclusos para julgamento.

Porto Alegre, 09 de maio de 2014.

Desembargador Federal Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle

2. RECURSO ESPECIAL Nº 1.069.810 - RS (20080138928-4)

RELATOR	:	MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
RECORRENTE	:	NEIDA TEREZINHA GARLET BELLE
ADVOGADO	:	NORA LAVÍNIA CAMPOS CRUZ - DEFENSORA PÚBLICA
RECORRIDO	:	ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR	:	JULIANA FORGIARINI PEREIRA E OUTRO (S)
INTERES.	:	MUNICÍPIO DE DONA FRANCISCA
ADVOGADO	:	SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO DE MEDIDA NECESSÁRIA À EFETIVAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA OU À OBTENÇÃO DO RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE. ART. 461, § 5º. DOCPC. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE CONFERIDA AO JULGADOR, DE OFÍCIO OU A REQUERIMENTO DA PARTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. ACÓRDÃO SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DOCPC E DA RESOLUÇÃO 08/2008 DO STJ.

1. Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo, o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação. 2. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 08/2008 do STJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da PRIMEIRA Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Ari Pargendler, Eliana Calmon, Arnaldo Esteves Lima e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentaram, oralmente, os Drs. ANTONIO DE MAIA E PÁDUA, pela recorrente, e GUILHERME DE ESCOBAR GUASPARI, pelo recorrido.

Brasília/DF, 23 de outubro de 2013 (Data do Julgamento).
NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - MINISTRO RELATOR

RECURSO ESPECIAL Nº 1.069.810 - RS (20080138928-4)

RELATOR	:	MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
RECORRENTE	:	NEIDA TEREZINHA GARLET BELLE
ADVOGADO	:	NORA LAVÍNIA CAMPOS CRUZ - DEFENSORA PÚBLICA
RECORRIDO	:	ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR	:	JULIANA FORGIARINI PEREIRA E OUTRO (S)
INTERES.	:	MUNICÍPIO DE DONA FRANCISCA
ADVOGADO	:	SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

RELATÓRIO

1. Trata-se de Recurso Especial interposto por NEIDA TEREZINHA GARLET BELLE, com fulcro no art. 105, III, a da Constituição Federal, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que deu provimento ao Agravo de Instrumento interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, ora recorrido, para afastar o bloqueio de verbas públicas determinado pelo Juízo de Primeiro Grau, no caso de inadimplemento da obrigação de fornecer medicamentos.
2. Nas razões do Apelo Raro, aduz a recorrente violação aos arts. 461, § 5o. e 461-A do CPC., sustentando que a determinação de bloqueio nas contas do Estado do valor necessário à aquisição da medicação, confere maior eficácia e agilidade na prestação jurisdicional.
3. Não foram apresentadas contrarrazões (fls. 104).

4. Admitido o Recurso Especial na origem, subiram os autos à apreciação desta Corte Superior.
5. O ilustre Ministro LUIZ FUX, Relator primevo do presente feito, submeteu o Recurso Especial ao procedimento do art. 543-C do CPC – Recurso Repetitivo –, afetando-o a esta 1a. Seção desta Corte Superior (art. 2o., § 1o. da Resolução 08/2008 do STJ).
6. Às fls. 608/610, foi deferido, pelo eminente Ministro LUIZ FUX, o pedido de tutela, realizado pelo MPF, para que o medicamento seja fornecido com continuidade.
7. Cumpridas as formalidades da norma processual civil quanto aos Recursos Repetitivos, o Ministério Público Federal, representado pelo ilustre Subprocurador-Geral da República MOACIR GUIMARÃES MORAIS FILHO, opinou pelo provimento do Recurso Especial, nos termos da seguinte ementa:
- 1. Processual civil. Recurso especial representativo da controvérsia. Fornecimento de medicamento necessário ao tratamento de saúde, sob pena de bloqueio ou seqüestro de verbas do Estado a serem depositadas em conta-corrente. Violação ao art. 461, § 5o. e 461-A, ambos do CPC.*
- 2. Parecer do MPF pelo conhecimento e provimento do recurso especial, para que o acórdão recorrido seja reformado, a fim de restabelecer a sanção de bloqueio de verbas públicas fixada pela decisão interlocutória de primeiro grau (fls. 626).*
8. É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.069.810 - RS (20080138928-4)

RELATOR	:	MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
RECORRENTE	:	NEIDA TEREZINHA GARLET BELLE
ADVOGADO	:	NORA LAVÍNIA CAMPOS CRUZ - DEFENSORA PÚBLICA
RECORRIDO	:	ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR	:	JULIANA FORGIARINI PEREIRA E OUTRO (S)
INTERES.	:	MUNICÍPIO DE DONA FRANCISCA
ADVOGADO	:	SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

VOTO

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO DE MEDIDA NECESSÁRIA À EFETIVAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA OU À OBTENÇÃO DO RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE. ART. 461, § 5o. DOCPC. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE CONFERIDA AO JULGADOR, DE OFÍCIO OU A REQUERIMENTO DA PARTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. ACÓRDÃO SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPCE DA RESOLUÇÃO 08/2008 DO STJ.

1. Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo, o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação.

2. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPCE da Resolução 08/2008 do STJ.

1. Cinge-se a presente controvérsia em saber se é possível ao Juiz, tendo em vista as disposições constitucionais e processuais a respeito da matéria, determinar, em ação ordinária, o fornecimento de medicamento para portadores de doença grave, sob pena de bloqueio ou sequestro de verbas do Estado a serem depositadas em conta corrente.

2. Dispõe o art. 461, § 5o. do Código de Processo Civil:

Art. 461 - Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

(...). § 5o. - Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

3. Ve-se da leitura do artigo supracitado que o legislador possibilitou ao Magistrado, de ofício ou a requerimento da parte, determinar a medida que, ao seu juízo, mostrar-se mais adequada para tornar efetiva a tutela almejada. A norma apenas previu algumas medidas cabíveis na espécie, não sendo, contudo, taxativa a sua enumeração.

4. Dessa forma, é lícito ao Julgador, diante das circunstâncias do caso concreto, aferir o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela, tendo em vista o fim da norma e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas. Mormente no caso em apreço, no qual a desídia do ente estatal frente ao comando judicial emitido pode resultar em grave lesão à saúde ou mesmo por em risco a vida da parte demandante.

5. Sendo certo, portanto, que o sequestro ou o bloqueio da verba necessária à aquisição dos medicamentos objeto da tutela deferida no Juízo Singular, mostra-se válida e legítima.

6. Frise-se, ainda que, *a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente. O meio de coerção tem validade quando capaz de subjugar a recalcitrância do devedor. O Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder do Estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por ele eclipsados* (AgRg no REsp 1002335/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 22.09.2008).

7. Não se deve olvidar, também, a prevalência da tutela ao direito subjetivo à saúde sobre o interesse público, que, no caso, consubstancia-se na preservação da saúde da demandante com o fornecimento dos medicamentos adequados, em detrimento dos princípios do Direito Financeiro ou Administrativo. Vale transcrever as disposições insertas nos arts. 60. e 196 da Carta Magna:

Art. 60. - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

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

8. Não desconheço que há entendimentos judiciais não raras vezes subordinando a eficácia de princípios constitucionais ao implemento de normas de hierarquia inferior, como que invertendo a famosa *pirâmide kelseniana*, ao fazer com que a Constituição seja interpretada a partir de dispositivos que lhe são subalternos; nessa prática judicial, se retira dos princípios constitucionais a sua decantada *força normativa* e praticamente se os devolve à pretérita fase positivista da exegese constitucional, que o mestre PAULO BONAVIDES chama de *velha hermenêutica* (Curso de Direito Constitucional, São Paulo, Malheiros, 2008), quando os princípios eram considerados *exteriores à normatividade da Constituição*.

9. Autores como o professor KONRAD HESSE (A Força Normativa da Constituição, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Fabris, 1991) e o professor NOBERTO BOBBIO (A Era dos Direitos, tradução Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1992), que elaboraram sofisticado sistema intelectual para a compreensão jurídica do poder normativo da Constituição, tornam-se, nesse ambiente, meros propositores de abstracionismos ou de ideias generosas, mas vazias, promessas sonoras, mas improváveis e frases pomposas que não passam de sons inúteis.

10. Tenho afirmado, em várias oportunidades, que a interpretação constitucional não pode ficar a mercê de provimentos ordinários (As Normas Escritas e os Princípios Jurídicos, Fortaleza, Curumin, 2005), *tanto por causa da sua supremacia*, como já proclamava o Professor RAUL MACHADO HORTA (Direito Constitucional, Belo Horizonte, DelRey, 1999), quanto por causa da manifesta insuficiência do quadro normativo para dar conta da complexa trama social das relações jurídicas, consoante magistralmente revelado pelo Professor LOURIVAL VILANOVA (As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo, São Paulo, Max Limonad, 1997).

11. Corroborando o posicionamento ora esposado, trago à colação excerto do voto condutor do acórdão proferido pela egrégia 1ª Turma, nos autos do REsp. 840.912/RS, de relatoria do ilustre Ministro TEORI ZAVASCKI, DJ de 23.04.2007, que bem destacou o ponto constitucional da questão ora controvertida:

4. Todavia, o regime constitucional de impenhorabilidade dos bens públicos e da submissão dos gastos públicos decorrentes de ordem judicial a prévia indicação orçamentária deve ser conciliado com os demais valores e princípios consagrados pela Constituição. Estabelecendo-se, entre eles, conflito específico e insuperável, há de se fazer um juízo de ponderação para determinar qual dos valores conflitantes merece ser específica e concretamente prestigiado. Ora, a jurisprudência do STF tem enfatizado, reiteradamente, que o direito fundamental à saúde prevalece sobre os interesses financeiros da Fazenda Pública, a significar que, no confronto de ambos, prestigia-se o primeiro em prejuízo do segundo. É o que demonstrou o Min. Celso de Mello, em decisão proferida no RE 393.175, de 1º/02/06 (transcrita no Informativo 414, do STF):

Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246/SC), 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. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem

ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.

Cumpra não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acessouniversal e igualitário à assistência médico-hospitalar.

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, "Comentários à Constituição de 1988", vol. VIII/4332-4334, item n. 181, 1993, Forense Universitária) - não pode converter-se em promessa constitucionalinconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas - preventivas e de recuperação -, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República.

O sentido de fundamentalidade do direito à saúde - que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas - impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.

Ve-se, desse modo, que, mais do que a simples positivação dos direitos sociais - que traduz estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica (JOSÉ AFONSO DA SILVA, "Poder Constituinte e Poder Popular", p. 199, itens ns. 20/21, 2000, Malheiros) -, recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculadas à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição.

Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito - como o direito à saúde - se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder docidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional.

Cumprе assinalar, finalmente, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anomalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante.

Todas essas razões levam-me a acolher a pretensão recursal deduzida nos presentes autos, ainda mais se se considerar que o acórdão ora recorrido diverge, frontalmente, da orientação jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal firmou no exame da matéria em causa (RTJ 171/326-327, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – AI 462.563/RS, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – AI 486.816-AgR/RJ, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – AI 532.687/MG, Rel. Min. EROS GRAU – AI 537.237/PE, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - RE 195.192/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – RE 198.263/RS, Rel. Min. SYDNEY SANCHES – RE 237.367/RS, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – RE 242.859/RS, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – RE 246.242/RS, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – RE 279.519/RS, Rel. Min. NELSON JOBIM – RE 297.276/SP, Rel. Min. CEZAR PELUSO – RE 342.413/PR, Rel. Min. ELLEN GRACIE – RE 353.336/RS, Rel. Min. CARLOS BRITTO – AI 570.455/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.):

"PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS.5º, CAPUT, E 196)- PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

- O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que

visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

- O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE.

- O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES.

- O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àqueles portadores do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF." (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO)"

5. Nessa linha de entendimento, deve-se concluir que em situações de inconciliável conflito entre o direito fundamental à saúde e o daimpenhorabilidade dos recursos da Fazenda, prevalece o primeiro sobre o segundo. Sendo urgente e impostergável a aquisição do medicamento, sob pena de grave comprometimento da saúde da demandante, não teria sentido algum submetê-la ao regime jurídico comum, naturalmente lento, da execução por quantia certa contra a Fazenda Pública. Assim, pode-se ter por legítima, ante a omissão do agente estatal responsável pelo fornecimento do medicamento, a determinação judicial do bloqueio de verbas públicas como meio de efetivação

do direito prevalente. Assinale-se que, no caso concreto, não se põe em dúvida a necessidade e a urgência da aquisição do medicamento.

12. Ressalte-se, por fim, que a medida necessária à efetivação da tutela específica ou à obtenção do resultado prático equivalente, deve ser concedida apenas em caráter excepcional, onde haja nos autos comprovação de que o Estado não esteja cumprindo a obrigação de fornecer os medicamentos pleiteados e a demora no recebimento acarrete risco à saúde e à vida do demandante.

13. As Turmas que compõem esta egrégia 1ª. Seção já se manifestaram em diversos julgados nessa mesma linha de entendimento, confirmam-se:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. ARTS. 461, § 5º, E 461-A DO CPC. BLOQUEIO DE VALORES. POSSIBILIDADE. 1. É possível o bloqueio de verbas públicas e a fixação de multa (astreintes) para garantir o fornecimento de medicamentos pelo Estado. 2. Recurso especial provido (REsp. 1.058.836/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL, DJe 01.09.2008).

PROCESSUAL CIVIL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. ANÁLISE DE VIOLAÇÃO DE ARTIGO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INVIABILIDADE. BLOQUEIO DE VALORES EM CONTAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. 1. É vedado ao STJ analisar violação de dispositivo constitucional, por se tratar de competência reservada pela Constituição Federal ao Supremo Tribunal Federal. 2. Possibilidade de bloqueio de valores em contas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos pelo Estado. 3. Agravo Regimental não provido (AgRg no REsp. 1.063.825/RS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 19.12.2008).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. MEDIDAS EXECUTIVAS. BLOQUEIO DE VALORES DE VERBAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE (ART. 461, § 5º, DO CPC). MEDIDA EXCEPCIONAL. PRECEDENTES DO STJ. DESPROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL. 1. O entendimento pacífico desta Corte Superior é no sentido de que é possível ao juiz - de ofício ou a requerimento da parte -, em casos que envolvam o fornecimento de medicamentos a portador de doença grave, determinar medidas executivas para a efetivação da tutela, inclusive a imposição do bloqueio de verbas públicas, ainda que em caráter excepcional. 2. Nesse sentido, os seguintes precedentes: EREsp 770.969/RS, 1ª Seção, Rel. Min. José Delgado, DJ de 21.8.2006, p. 224; EREsp 787.101/RS, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 14.8.2006, p. 258. 3. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp. 936.011/RS, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJe 12.05.2008).

ADMINISTRATIVO. CUSTEIO DE TRATAMENTO MÉDICO. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. APRECIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. I - O atual entendimento desta Colenda Primeira Turma é no sentido da possibilidade do bloqueio de valores em contas públicas para garantir o custeio de tratamento médico ou fornecimento de medicamentos indispensáveis à manutenção da saúde e da vida. Precedentes: EREsp nº 770.969/RS, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, Primeira Seção, DJ de 21.08.2006; EREsp nº 787.101/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Seção, DJ de 14.08.2006; REsp nº 832.935/RS, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 30.06.2006. II - Inviável a apreciação dos fundamentos adotados pelo STF na apreciação da Suspensão de Tutela Antecipada - STA 91, seja porque tal argumentação fora trazida apenas nesta sede regimental como verdadeira emenda à petição de recurso especial, afrontando os Princípios da Preclusão, da Eventualidade e da Complementaridade, seja porque tais fundamentos são de ordem eminentemente constitucional, cujo exame é reservado ao Supremo Tribunal Federal, não podendo esta Corte nesta sede especial sobre eles se manifestar sequer a título de prequestionamento. III - Agravo regimental improvido (AgRg na REsp. 920.468/RS, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ 31.05.2007).

14. Da mesma forma, no âmbito desta egrégia 1a. Seção, porém, com diversa composição dos pares, a matéria ora em debate já foi objeto de discussão, como se vê da seguinte julgada, dentre outros:

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PRESERVAÇÃO DA SAÚDE E FORNECIMENTO DE REMÉDIOS. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. ART. 461, § 5º, DO CPC. INEXISTÊNCIA DO APONTADO DISSENSO PRETORIANO. PRECEDENTES. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NÃO-PROVIDOS. 1. Em exame embargos de divergência manejados pelo Estado do Rio Grande do Sul, em impugnação a acórdão que entendeu cabível o bloqueio de verbas públicas em situações excepcionais, tais como a necessidade imediata da preservação da saúde da pessoa humana, mediante o fornecimento de medicação em caráter de urgência, sob risco de óbito do solicitante. O aresto embargado, proferido pela 2ª Turma, tem a ementa seguinte (fl. 111):

"ADMINISTRATIVO PROCESSUAL CIVIL. CUSTEIO DE TRATAMENTO MÉDICO. MOLÉSTIA GRAVE. BLOQUEIO DE VALORES EM CONTAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. ART. 461, § 5º DO CPC. 1. Além de prever a possibilidade de concessão da tutela específica e da tutela pelo equivalente, o CPC armou o julgador com uma série de medidas coercitivas, chamadas na lei de "medidas necessárias", que têm como escopo o de viabilizar o quanto possível o cumprimento daquelas tutelas. 2. As medidas previstas no § 5º do art. 461 do CPC foram antecedidas da

*expressão "tais como", o que denota o caráter não-exauriente da enumeração. Assim, o legislador deixou ao prudente arbítrio do magistrado a escolha das medidas que melhor se harmonizem às peculiaridades de cada caso concreto.*3. *Submeter os provimentos deferidos em antecipação dos efeitos da tutela ao regime de precatórios seria o mesmo que negar a possibilidade de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, quando o próprio Pretório Excelso já decidiu que não se proíbe a antecipação de modo geral, mas apenas para resguardar as exceções do art. 1º da Lei 9.494/97.*4. *O disposto no caput do artigo 100 da CF/88 não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor, de modo que, ainda que se tratasse de sentença de mérito transitada em julgado, não haveria submissão do pagamento ao regime de precatórios.*5. *Em casos como o dos autos, em que a efetivação da tutela concedida está relacionada à preservação da saúde do indivíduo, a ponderação das normas constitucionais deve privilegiar a proteção do bem maior que é a vida.*6. *Recurso especial improvido.*"(REsp 770.969/RS, DJ 03/10/2005, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira)A título de paradigma, o Estado requerente indicou o Resp 766.480/RS, o qual, segundo alega, dispõe não ser possível o seqüestro de dinheiro ou de outros bens públicos. Confira-se:

*"PROCESSUAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. MEIOS DE COERÇÃO AO DEVEDOR (CPC, ARTS. 273, § 3º E 461, § 5º). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. IMPOSSIBILIDADE.*1. *É cabível, inclusive contra a Fazenda Pública, a aplicação de multa diária (astreintes) como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva de obrigação de fazer ou entregar coisa, nos termos dos artigos 461 e 461A do CPC. Nesse sentido é a jurisprudência do STJ, como se pode verificar, por exemplo, nos seguintes precedentes: AgRg no Ag 646240/RS, 1ª T., Min. José Delgado, DJ de 13.06.2005; RESP 592132/RS, 5ª T., Min. José Arnaldoda Fonseca, DJ de 16.05.2005; AgRg no RESP 554776/SP, 6ª T., Min. Paulo Medina, DJ de 06.10.2003; AgRg no REsp 718011/TO, 1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 30.05.2005.*2. *Todavia, não se pode confundir multa diária (astreintes), com bloqueio ou seqüestro de verbas públicas. A multa é meio executivo de coação, não aplicável a obrigações de pagar quantia, que atua sobre a vontade do demandado a fim de compeli-lo a satisfazer, ele próprio, a obrigação decorrente da decisão judicial. Já o seqüestro (ou bloqueio) de dinheiro é meio executivo de sub-rogação, adequado a obrigação de pagar quantia, por meio do qual o Judiciário obtém diretamente a satisfação da obrigação, independentemente de participação e, portanto, da vontade do obrigado.*3. *Em se tratando da Fazenda Pública, qualquer obrigação de pagar quantia, ainda que decorrente da conversão de obrigação de fazer ou de entregar coisa, está sujeita a rito próprio (CPC, art. 730 do CPC e CF, art. 100 da CF), que não prevê, salvo excepcionalmente (v.g., desrespeito à ordem de pagamento dos precatórios judiciais), a possibilidade de execução direta por expropriação mediante seqüestro de dinheiro ou de qualquer outro bem público, que são impenhoráveis.*4. *Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.*"(REsp 766.480/RS, DJ

03/10/2005, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Zavascki)2. Em situações reconhecidamente excepcionais, tais como a que se refere ao urgente fornecimento de medicação, sob risco de perecimento da própria vida, a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é reiterada no sentido do cabimento do bloqueio de valores diretamente na conta corrente do Ente Público.3. Com efeito, o art. 461, § 5º, do CPC ao referir que o juiz poderá, de ofício ou a requerimento da parte, para a efetivação da tutela específica ou para obtenção do resultado prático equivalente, “determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas ou cousas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”, apenas previu algumas medidas cabíveis na espécie, não sendo, contudo, taxativa a sua enumeração. De tal maneira, é permitido ao julgador, à vista das circunstâncias do caso apreciado, buscar o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela almejada, tendo em vista o fim da norma e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas. É possível, pois, em casos como o presente, o bloqueio de contas públicas.4. Tal como se evidencia, não há divergência jurisprudencial a ser dirimida, ao contrário, como restou demonstrado, o acórdão embargado está em absoluta sintonia com o entendimento aplicado à questão por este Superior Tribunal de Justiça, que admite, em situações excepcionais, o bloqueio direto de verbas públicas.5. No caso, a autorização excepcional para o bloqueio de valores públicos objetivou o fornecimento de medicação, em caráter de urgência, à parte suplicante, sob pena de comprometimento da própria vida.6. Embargos de divergência não-providos (EREsp 770.969/RS, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ 21.08.2006).

15. Ante o exposto, dá-se provimento ao Recurso Especial, a fim de anular o acórdão recorrido, restabelecendo a decisão do Juízo de Primeiro Grau quedeterminou o bloqueio de verbas públicas como medida coercitiva para o devido cumprimento da obrigação de fornecer o medicamento à ora recorrente.

16. Por tratar-se de Recurso Representativo da Controvérsia, sujeito ao procedimento do art. 543-C do Código de Processo Civil, determino, após a publicação do acórdão, a comunicação à Presidência do STJ, aos Ministros dessa Colenda Primeira Seção, aos Tribunais Regionais Federais, bem como aos Tribunais de Justiça dos Estados, com fins de cumprimento do disposto no parágrafo 7o. do art. 543-C do Código de Processo Civil (arts. 5o., II, e 6o. da Resolução 08/2008 do STJ). É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 20080138928-4	PROCESSO ELETRÔNICO	REsp 1.069.810/RS
Números Origem: 10700005433 70021465851 70023271802		
PAUTA: 23/10/2013	JULGADO: 23/10/2013	

Relator Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. **FLAVIO GIRON**

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	NEIDA TEREZINHA GARLET BELLE
ADVOGADO	:	NORA LAVÍNIA CAMPOS CRUZ - DEFENSORA PÚBLICA
RECORRIDO	:	ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR	:	JULIANA FORGIARINI PEREIRA E OUTRO (S)
INTERES.	:	MUNICÍPIO DE DONA FRANCISCA
ADVOGADO	:	SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO -
Serviços - Saúde - Tratamento Médico-Hospitalar e/ou Fornecimento de Medicamentos

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentaram, oralmente, os Drs. **ANTONIO DE MAIA E PÁDUA**, pela recorrente, e **GUILHERME DE ESCOBAR GUASPARI**, pelo recorrido.

**3. SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA Nº 0001633-14.2011.404.0000
(TRF) /0001633-14.2011.404.0000**

Originário: ACÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 2009.72.00.011736-3 (SC)

Data de autuação: 17/03/2011

Relator: Des. Federal VILSON DARÓS - PRESIDENTE

Órgão Julgador: PRESIDENTE

Órgão Atual: ARQUIVO GERAL

Localizador: PJI16599

Situação: ARQUIVADO

Competência: Presidência

Assuntos:

1. Tratamento Médico-hospitalar e/ou Fornecimento de Medicamentos
2. Antecipação de Tutela / Tutela Específica

REQUERENTE: UNIÃO FEDERAL

Advogado: Procuradoria-Regional da União

REQUERIDO: JUÍZO SUBSTITUTO DA 2A VF DE FLORIANÓPOLIS

INTERESSADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

INTERESSADO: ESTADO DE SANTA CATARINA

Advogado: Queila de Araujo Duarte Vahl

INTERESSADO: DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAO

DECISÃO

Trata-se de pedido formulado pela União colimando a imediata suspensão dos efeitos da tutela antecipada deferida nos autos da Ação Civil Pública nº 2009.72.00.011736-3, pelo Juízo Federal Substituto da 2ª Vara Federal de Florianópolis/SC.

Na ação originária, ajuizada pela Defensoria Pública da União, com ingresso posterior, no polo ativo, do Ministério Público Federal, buscam os autores provimento jurisdicional para condenar a União e o Estado de Santa Catarina a fornecer o medicamento Trastuzumabe (Herceptin) para a rede pública de saúde a todas as mulheres, residentes no Estado de Santa Catarina, acometidas pelo câncer de mama que apresentem tumores com superexpressão do receptor HER2, no Estado de Santa Catarina.

A parte dispositiva da sentença foi proferida nos seguintes termos:

(...)

III - Dispositivo

ANTE O EXPOSTO:

A) ACOLHO o pedido de antecipação dos efeitos da tutela. Por conseguinte, DETERMINO aos réus que comecem a tratar, com o fármaco Trastuzumabe, as mulheres residentes em Santa Catarina, já acometidas ou que venham a ser acometidas por câncer de mama metastático, que apresentem ou venham a apresentar, tumor(es) maior(es) do que 1,0 cm, com superexpressão do receptor HER2, incluindo-as em programa no qual deverão ser mantidas enquanto necessitarem do medicamento/tratamento. Para esse fim:

A.1) DETERMINO ao réu Estado de Santa Catarina que - em 20 dias, contados da intimação desta decisão/sentença:

A.1.1) LEVANTE/CADASTRE todas as mulheres interessadas/necessitadas em realizar o tratamento com o Trastuzumab;

A.1.2) CLASSIFIQUE, POR ORDEM DE URGÊNCIA, e motivadamente, os casos levantados/cadastrados;

A.1.3) DEFINA AS QUANTIDADES necessárias de medicamento e a data e local em que deverão estar disponíveis para cumprir esta decisão; e

A.1.4) FIXE, DE COMUM ACORDO COM A UNIÃO, o competente cronograma para início dos primeiros tratamentos em no máximo 60 dias e, de tal forma, que os casos menos urgentes identificados/cadastrados não tardem a iniciar o tratamento em mais de 90 dias, contados da intimação desta decisão/sentença;

A.2) DETERMINO, também, ao réu Estado de Santa Catarina, que, em 30 dias, contados da intimação desta decisão/sentença, COMPROVE em juízo as providências retro (itens "A.1.1", "A.1.2", "A.1.3" e "A.1.4"), sob pena de responder por multa de R\$ 100.000,00, acrescida de R\$ 5.000,00/dia enquanto perdurar o inadimplemento, ficando sua destinação para ser decidida no curso do processo de execução, com a participação de associações adiante, que comprovarem íntima ligação com o tratamento dos portadores de câncer;

A.3) DETERMINO à União que ADQUIRA e ENTREGUE ao Estado de Santa Catarina a medicação necessária dentro do cronograma que este vier a estabelecer para iniciar os tratamentos, bem como de, instituir - em até 60 dias - a competente APAC para custear os tratamentos a serem executados;

A.4) DETERMINO ao Estado de Santa Catarina que assumam a EXECUÇÃO do tratamento nos pacientes que se enquadrarem nas condições indicadas na presente decisão/sentença; (grifei)

B) ACOLHO os pedidos dos autores e julgo o processo com resolução do mérito - art. 269, I, CPC. Por conseguinte, confirmo a antecipação dos efeitos da tutela, nos termos retro, para CONDENAR definitivamente os réus a:

B.1) PROMOVEREM A INCLUSÃO, em programa compatível para realizar tratamento com o medicamento Trastuzumabe, de todas as mulheres residentes em Santa Catarina, já acometidas ou que venham a ser acometidas por câncer de mama metastático, que apresentem ou venham a apresentar, tumor(es) maiores do que 1,0 cm, com superexpressão do receptor HER2; e a

B.2) MANTEREM o tratamento das citadas pacientes com o medicamento Trastuzumabe, enquanto dele necessitarem.

*Condeno, finalmente, os réus, nos termos do art. 94 da Lei 8.078/90, c/c os arts. 19 e 21, ambos da Lei 7.347/85, a promoverem a PUBLICAÇÃO da parte dispositiva retro desta sentença, pelo menos em um jornal de grande circulação no Estado de Santa Catarina, **comprovando esta providência nos autos em até 30 dias contados da intimação desta decisão/sentença.***

(...)

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Florianópolis, 28 de fevereiro de 2011.

*Hildo Nicolau Peron
Juiz Federal Substituto*

O Requerente defende a necessidade de serem imediatamente suspensos os efeitos da tutela deferida na sentença, sob pena de lesão à ordem e economia públicas, além de alertar para o potencial efeito multiplicador caso mantida a decisão ora atacada.

Sustenta que a decisão atacada causa graves danos aos bens jurídicos tutelados pela Lei nº 8.437/92, especialmente porque acaba por adentrar no mérito das políticas públicas adotadas no tratamento do câncer. Por consequência, acrescenta que a manutenção da decisão hostilizada força a promoção de modificações dos protocolos de tratamentos disponíveis pelo SUS.

Alerta para o risco de conferir tratamento privilegiado às mulheres portadoras de câncer de mama residentes no Estado de Santa Catarina, causando inevitável prejuízo às demais pacientes do restante do Brasil. Diz, também, que o fornecimento de forma ampla e gratuita do medicamento em questão causa diminuição da capacidade financeira do Estado de disponibilizar outros benefícios à população.

Comenta que a rede de atenção oncológica disponível à população está em conformidade com os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde - SUS e está sendo implantada continuamente para oferecer atenção integral aos pacientes tanto no acesso a consultas e exames como para os tratamentos especializados. Aponta para o fato de que o medicamento a ser fornecido carece de estudos técnicos indispensáveis para a averiguação da sua real utilidade/necessidade.

Pede, por fim, a suspensão dos efeitos da liminar deferida na Ação Civil Pública nº 2009.72.00.011736-3/SC.

É o relatório. Decido.

No caso em tela, a suspensão dos efeitos da tutela antecipada deferida na sentença proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 2009.72.00.011736-3/SC foi requerido pela União para o fim de preservar a ordem e a economia públicas.

No tocante à suspensão, cabe salientar que o pedido deve ser dirigido à Presidência dos tribunais e está respaldada no que dispõem as Leis nºs 8.437/92, 9.494/97 e 12.016/09, que tratam da suspensão da execução da decisão concessiva de liminar, de tutela antecipada e, ainda, de segurança concedida liminar ou definitivamente.

O pressuposto fundamental para a concessão da medida suspensiva é a preservação do interesse público diante de ameaça de lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. É deferida nos casos em que determinado direito judicialmente reconhecido pode ter seu exercício suspenso para submeter-se, mesmo que temporariamente, ao interesse público e evitar que grave dano aos bens legalmente tutelados venha a ocorrer.

Especificamente sobre essa questão, trago à colação excerto do valioso artigo elaborado pela eminente Des. Federal Marga Barth Tessler, publicado na Revista do TRF da 4ª Região, Nº 54, p. 15-34:

"...

O princípio da supremacia do interesse público então, no mínimo, não pode ganhar preferência ou impor-se temporariamente sem alguma reflexão, pois, na relação entre os princípios, eles recebem conteúdo de sentido por meio de um processo dialético de complementação e limitação. Um aspecto importante a destacar é que no incidente de Suspensão de Segurança não se perquire da legalidade da sentença ou liminar hostilizada, não se pretende reformá-la antes, apenas e tão-somente, suspender-lhe os efeitos. Consequência disso é que não há necessidade de se investigar longamente sobre acerto da decisão, sua juridicidade, embora tal aspecto possa ser enfrentado como elemento de reforço na argumentação. Não pode, todavia, ser desconsiderado, em hipótese alguma, se já houve pronunciamento judicial relevante sobre a matéria. Decorre disso a peculiaridade da natureza jurídica da decisão suspensiva. ..." (grifei)

Veja-se, pois, na análise do pedido de suspensão de liminar ou sentença, que os aspectos atinentes ao mérito da ação devem ser utilizados apenas em complemento à argumentação, porquanto o fundamento primordial é a ameaça de lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública.

Acrescente-se que a suspensão somente tem cabimento em situações de excepcional gravidade, vale dizer, a decisão combatida deve se mostrar potencialmente lesiva em face dos interesses públicos legalmente protegidos pela legislação de regência.

No mais, o requerimento de suspensão não comporta dilação probatória, razão pela qual o pedido deve estar acompanhado com todos os documentos pertinentes à apreciação da alegada lesão decorrente dos efeitos da medida judicial impugnada.

Fixados os parâmetros que norteiam a apreciação do pedido de suspensão, e verificados os termos da exposição feita na inicial, os quais foram cotejados com os documentos carreados aos autos, é forçoso concluir que há elementos que convençam pela existência da grave lesão noticiada, caso mantidos os efeitos da tutela antecipada deferida por ocasião da prolação da sentença.

No caso dos autos, a medida judicial postulada pelos autores busca, em última instância, garantir o direito à saúde, este, aliás, decorre da proteção constitucional do direito à vida, o mais

fundamental de todos os direitos, constituindo num dos pilares que norteiam o ordenamento jurídico vigente. Ditos direitos, aliás, possuem aplicabilidade imediata, de forma que sua eficácia não pode ser condicionada ou mesmo postergada sob o pretexto de que a existência de limites orçamentários impedem a implementação daqueles direitos tidos como fundamentais pela ordem constitucional vigente.

Com relação à responsabilidade pelo fornecimento do medicamento destinado ao tratamento do câncer de mama, vale lembrar o preceito constitucional que estabelece a saúde como sendo um direito de todos e dever do Estado, o qual deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, além do acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196). Essas ações e serviços, aliás, são considerados pelo texto constitucional vigente como relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (art. 197).

A Magna Carta, a propósito, quando trata da organização político-administrativa do Estado, estabelece que a saúde é de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios (inc. I, art. 23, da CF/88).

Em observância às normas constitucionais citadas, a Lei 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências, não desonera a União nem qualquer outro ente político na tutela do direito à saúde.

A partir disso, cabe verificar quais medidas tomadas pelo Poder Público para dar efetividade aos preceitos constitucionais em questão, especialmente as iniciativas tomadas para o combate do câncer.

Quanto a isso, o Relatório de Gestão 2009, elaborado pela Secretaria de Atenção à Saúde, vinculado ao Ministério da Saúde, expõe com precisão os meios disponibilizados pelo Poder Público para o tratamento das pessoas com câncer, nas suas diversas formas. Vejamos:

"Política Nacional de Atenção Oncológica

O Ministério da Saúde, por meio do seu Instituto Nacional de Câncer (INCA), estimou 466.730 casos novos de câncer, no Brasil, em 2009, incluindo-se 115.010 casos de pele não melanoma.

A mortalidade por câncer, no cenário atual, ocupa a segunda posição no Brasil, sendo devido, principalmente, aos cânceres de pulmão, estômago, intestino grosso, próstata e mama.

Considerando que o câncer é um problema de saúde pública e visando a promover um atendimento integral e integralizado aos usuários do Sistema Único de Saúde (SUS), o Ministério da Saúde, em 1998, publicou a Portaria GM/MS nº 3.535, na qual se estabeleciam os critérios para a habilitação de hospitais como Centros de Alta Complexidade em Oncologia (CACON), classificados como I, II e III.

Com a maturidade do sistema e a experiência adquirida de 1998 a 2005, nas áreas do Controle do Câncer, inclusive da Oncologia, houve a necessidade de se superar as distorções e deficiências observadas. Então, em dezembro de 2005, pela Portaria GM/MS 2.439, foi instituída a Política Nacional de Atenção Oncológica, com o objetivo de se adequar a prevenção e o tratamento dos doentes de câncer às necessidades de cada região do Brasil. Com esta Política, pensou-se em uma Rede de Atenção Oncológica regional ou estadual que interligue a atenção básica à de média e de alta complexidade e, com isso, facilitar o acesso do público a todas as ações de controle do câncer. E a Portaria SAS/MS nº 741, de 19/12/05, estabeleceu as normas e critérios para a

habilitação dos hospitais que integrem a alta complexidade na Rede de Atenção Oncológica e definiu os parâmetros assistenciais, em termos de número de casos e de procedimentos necessários para cobertura cirúrgica, radioterápica e quimioterápica do câncer.

Atualmente, a Rede de Atenção Oncológica está composta por estabelecimentos habilitados como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (UNACON) e Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (CACON). Sendo que os estabelecimentos habilitados como UNACON e CACON devem oferecer assistência especializada e integral ao paciente com câncer, atuando no diagnóstico e tratamento do paciente. Essa assistência abrange sete modalidades integradas: diagnóstico, cirurgia oncológica, radioterapia, quimioterapia (oncologia clínica, hematologia e oncologia pediátrica), medidas de suporte, reabilitação e cuidados paliativos.

A diferença entre UNACON e CACON é um nível de exigência maior em termos de estrutura física e de recursos materiais e humanos, que variam conforme o atendimento aos tipos de câncer mais prevalentes no Brasil ou de todos os tipos de câncer.

A evolução das habilitações na alta complexidade em Oncologia, no SUS, de 1999 a 2009, observando-se que em setembro de 1999 eram 181 CACON pelo modelo da Portaria GM/MS nº 3.535/98, não existindo UNACON. A partir de setembro de 2007, pelo modelo assistencial da Portaria SAS/MS nº 741/05, existiam 27 CACON e esse número aumentou para 41, em dezembro de 2009. Com relação à UNACON com Serviço de Radioterapia, em setembro de 2007, eram 77 habilitados e em dezembro de 2009, esse número aumentou para 83. Com relação à UNACON (sem Serviço de Radioterapia), eram 77 em setembro de 2007, e, em dezembro de 2009, passou a ser de 125. Provisoriamente, estão autorizados 9 hospitais gerais com cirurgia oncológica e 21 Serviços Isolados de Radioterapia e de Quimioterapia.

Em 2009, a alta complexidade na Rede de Atenção Oncológica estava composta por 249 hospitais habilitados como UNACON ou CACON, sem a contagem dos 9 hospitais gerais com cirurgia oncológica, distribuídos, por região.

Considerando que a necessidade de cobertura é definida a partir de 1.000 casos novos anuais de câncer (exceto de pele não melanótico), como condição mínima para um hospital em oncologia, a necessidade era de que a Rede de Atenção Oncológica do Brasil tivesse 352 estabelecimentos de saúde, porém em termos estruturais, para mais de 350.000 casos novos anuais estimados para o Brasil, havia em 2009, 249 habilitações em Oncologia, o que poderia ser

considerado mais do que suficiente, visto que muitos estabelecimentos atendem mais do que 1.000 casos novos anuais e o hospital que atender mais de 1.000 casos novos anuais é contado como tantas vezes o seu número de casos seja múltiplo de 1.000, a exemplo do INCA, que matricula cerca de 8.000 casos novos anuais, correspondendo, assim, a 08 hospitais habilitados.

Isso é justificado no Anexo III da Portaria SAS 741, que estabelece os parâmetros para o planejamento e avaliação da Rede de Alta Complexidade em Oncologia.

Desde a publicação da Política Nacional de Atenção Oncológica verificou-se um déficit de radioterapia no país e a análise, estado a estado, revela problemas de abrangência (número de especialidades cirúrgicas e procedimentos mais complexos de radioterapia, como a radiocirurgia) ou de suficiência (produção aquém da estimada como necessária, como procedimentos cirúrgicos e de iodoterapia do carcinoma diferenciado da tireóide), situações cobertas pela Central Nacional de Regulação de Alta Complexidade, pela qual se mantém a cobertura interestadual de procedimentos de alta complexidade não só em Oncologia, mas, também, em Ortopedia, Neurocirurgia e Cirurgia Cardíaca. Além disso, em radioterapia, tem-se procurado corrigir esse déficit com o aumento de turnos de operação dos serviços e a abertura de novos serviços ou ampliação dos existentes.

Também, a simplificação dos critérios de habilitação em Oncologia, para aumentar a oferta de serviços cirúrgicos para a assistência aos casos de cânceres prevalentes (de mama, de próstata, da genitália feminina e do aparelho digestivo) e as metas do "Mais Saúde", buscam alcançar a oferta do necessário e corrigir as distorções.

Nota-se que em todos os estados federativos existe, pelo menos, um hospital habilitado na área de alta complexidade em Oncologia, o que não era essa a realidade do país, em anos anteriores.

O levantamento da produção de 2005 até 2009, dos estabelecimentos de saúde na Rede de Atenção Oncológica (Tabela 34 e Gráficos 10) demonstra que houve crescimento de 26,71% da frequência e de 48,31% dos gastos federais com cirurgia oncológica; de 11,29% da frequência e de 22,42% dos gastos federais com radioterapia; de 31,37% da frequência e de 41,72% dos gastos federais com quimioterapia; e de 28,61% da frequência e de 176,19% dos gastos com a iodoterapia do carcinoma diferenciado da tireóide.

No período analisado, a equalização da oferta de serviços especializados se demonstra pelos aumentos progressivos na produção e nos gastos federais com os procedimentos oncológicos. Aumentos estes também justificados pela organização racional da alta complexidade na Rede de Atenção Oncológica, baseada na necessidade e não na oferta de serviços especializados, com ampliação do número de hospitais habilitados, e melhoria no acesso assistencial, no sistema de informações e na revisão e adequação dos procedimentos da Tabela do SUS.

Esclarece-se que quando da alteração da Portaria GM/MS nº 3.535/98 para o modelo atual dado pelas Portarias GM/MS 2.439/05 e SAS/MS nº 741/05, foram identificados os seguintes desafios que a Política Nacional de Atenção Oncológica teria que superar:

- Desenvolver parâmetros de necessidade e protocolos técnicos e operacionais, dada a quantidade, amplitude e abrangência dos procedimentos.
- Ofertar acesso a procedimentos de média complexidade (consultas e exames);
- Estabelecer portas de entrada e regular o acesso assistencial - inadequado por inexistente ou deficiente;
- Garantir a integralidade da assistência estabelecida pelas políticas atuais;
- Conscientizar os gestores (secretarias de saúde) da importância de suas ações na condução das políticas públicas publicadas pelo nível central;
- Garantir o acesso aos serviços do SUS com base nas reais necessidades da população usuária do SUS;
- Conscientizar os profissionais do SUS da importância de se efetuar um tratamento humanizado e de qualidade;
- **Trabalhar em consonância com o Poder Judiciário para evitar as inúmeras ações judiciais para antecipação de tutela para um determinado indivíduo e para um determinado medicamento oncológico ou não. As demandas judiciais impõem procedimentos ou medicamentos ainda não técnico-cientificamente estabelecidos, têm aumentado a cada ano, desorganizam o SUS, torna o SUS complementar do Sistema Suplementar e prejudicam o andamento das ações do Ministério da Saúde;** (grifei)
- Regularizar a situação dos serviços isolados de radioterapia e de quimioterapia do país.

Ressalta-se que aos poucos a Política em referência está sendo incorporada nas Redes estaduais e é necessária uma parceria entre os três entes federados para avaliação das redes de oncologia. O Ministério da Saúde no intuito de finalizar com os serviços isolados, em 2009, publicou a Portaria SAS/MS nº 62, permitindo que um serviço isolado se associe a um hospital, garantindo-se os serviços gerais e especializados e com isso, a integralidade da assistência, por meio da habilitação de um Unacon."

(http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/relatorio_gestao_sas_2009.pdf)

Nota-se, portanto, que a rede pública oferece tratamento integral para o câncer e está disponível a qualquer pessoa que esteja disposta a recorrer ao Sistema Único de Saúde - SUS. E mais, os critérios estabelecidos estão em constante modificação para superar as distorções e deficiências detectadas ao longo do tempo. Exemplo disso, é a instituição da Política Nacional de Atenção Oncológica, criada com o objetivo de adequar a prevenção e o tratamento levando em consideração às necessidades de cada região do Brasil.

Vale atentar, também, para a preocupação consignada no dito relatório com relação às antecipações de tutela ordenando a adoção de procedimentos e/ou a aquisição de determinado medicamento. A preocupação do Ministério da Saúde se deve ao fato de que os inúmeros

provimentos jurisdicionais impõem a adoção de procedimentos ou medicação cujos resultados nem sempre estão cientificamente comprovados.

Aliás, especificamente sobre o fármaco Trastuzumabe, há referência na decisão proferida nos autos da ação civil pública em questão de estudos indicando o aumento da sobrevida livre da doença e/ou a diminuição dos riscos de reaparecimento da doença. Os próprios laudos acostados aos autos da ação originária, pelo que se depreende, apontam nesse sentido.

Ocorre que o Ministério da Saúde emitiu a Nota Técnica 2010, onde demonstra sua preocupação em adotar este medicamento enquanto pendente de estudos mais complexos sobre o seu real benefício no tratamento do câncer de mama.

Sobre o teor da referida nota técnica, vale transcrever o seguinte trecho:

(...)Assim, a quimioterapia adjuvante com a inclusão de Trastuzumabe não é proposta terapêutica inquestionável; não está claro o esquema quimioterápico ideal para se incluir o Trastuzumabe - porém já é do domínio comum que a monoterapia com Trastuzumabe é um esquema inferior à terapia combinada; que ainda não há consenso sobre a dose a ser utilizada nem a duração do tratamento; e que estratégia seqüencial (a do caso em pauta) está sendo questionada no mundo todo por mostrar-se menos efetiva do que inicialmente pensando. Além do mais, os estudos não possuem um perfil de seleção homogênea de pacientes, e, por isso, é difícil, atualmente, definir o perfil dos que poderiam ter um ganho real com o Trastuzumabe. E os estudos para obter nível de evidência científica relevante necessitam ser reproduzidos em populações distintas das quais foram originalmente reportadas, o que não ocorreu ainda. (...)

Os resultados dos estudos demonstram eficácia do Trastuzumabe em termos de sobrevida livre de doença em um a dois anos, quando em comparação com a observação em mulheres com câncer de mama inicial HER2 positivo. Entretanto, as limitações dos estudos não permitem concluir que este benefício seja mantido no seguimento de quatro a cinco anos ou mais. Alguns estudos com seguimento entre quatro e cinco anos não demonstraram vantagem em termos de sobrevida livre de doença ou sobrevida global com a adição do Trastuzumabe após a quimioterapia adjuvante. Todos os estudos destacam o risco aumentado de toxicidade cardíaca e os efeitos em médio e longo prazo da insuficiência cardíaca desencadeada pelo Trastuzumabe ainda demandam estudos de melhor qualidade para verificação adequada.

Quanto à finalidade paliativa, aplicável à doença incurável (metastática ou recidivada), a razão pelo qual o Trastuzumabe foi aprovado para uso no mercado se deve a um único trabalho na fase III para pacientes em primeira linha de tratamento (...), que usou Trastuzumabe (2mg/Kg/semana) associado ao paclitaxel para aqueles que haviam recebido antraciclina na adjuvância; ou Trastuzumabe, antraciclina e ciclofosfamida, para as que não receberam antraciclina na adjuvância. (...) O estudo excluiu todas as pacientes com tumor bilateral, derrame pleural ou ascite, metástases ósseas, metástases cerebrais não tratadas, e aquelas com histórico de gestação ou exposição a qualquer tipo de teste terapêutico nos últimos 30 dias. O estudo não comparou demais esquemas quimioterápicos, que poderiam ser de melhor administração, com perfil de toxicidade bem conhecido, uma vez que nestes casos a finalidade é paliativa, e com desfecho invariavelmente fatal. Outra questão é que na prática médica cotidiana, as condições clínicas das pacientes estão longe de serem comparáveis às pacientes recrutadas para o estudo, e, portanto a reprodutibilidade dos resultados não será possível.(...) Assim, até o momento, a melhor evidência científica disponível sugere apenas que a adição do Trastuzumabe seria superior em termos de sobrevida livre de progressão da doença, mas não em termo de sobrevida global. A toxicidade cardíaca, representada principalmente por insuficiência cardíaca, demanda monitoramento adicional durante todo o período de tratamento e seus efeitos em médio e longo prazo deverão ser descritos pelos estudos futuros em andamento."

Mais adiante conclui:

"Resumindo, a proposta de novos medicamentos/procedimentos/tratamentos médico-hospitalares é contínua, devendo ser a sua incorporação feita de forma responsável e crítica, o que é adotado em todo o mundo, mormente nos países civilizados. A base dessa incorporação é, essencialmente, a sua efetividade, ou seja, o quanto a nova tecnologia impacta em termos da sobrevida livre de doença (um dos fatores de avaliação da qualidade de vida) e da sobrevida global dos doentes (o resultado final mais relevante para a taxa de mortalidade de uma doença ao longo do tempo). Em geral, a pressão para a incorporação se faz com a nova tecnologia ainda em fase experimental (estudos clínicos de fase II ou III), que tanto pode se confirmar com não se confirmar à análise sistemática dos estudos, em conjunto, ou quando a nova tecnologia se aplica de forma rotineira, fora dos estudos controlados. Agregar o Trastuzumabe (Herceptin) aos esquemas de quimioterapia adjuvante ainda é pendente dos resultados definitivos dos estudos investigacionais de fase III realizados, particularmente comparações entre o HERA com o FinHer. E, embora o Trastuzumabe seja prescrito como monoquimioterapia paliativa ou em associação a hormonioterapia paliativa, ainda não são claros os critérios que indiquem quais os doentes que se beneficiam dessa combinação ou a magnitude do eventual benefício para o tratamento combinado." (http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/cgmac_trastuzumabe_out2010.pdf):

Logo, não há que se falar em eventual omissão do Poder Público em implementar medidas e recursos voltados para o tratamento do câncer. Aliás, da leitura da sentença não há qualquer referência de que as medidas atualmente adotadas no tratamento das pacientes com câncer de mama sejam ineficazes, nem mesmo há menção sobre os medicamentos disponibilizados pela rede pública no combate da doença.

Todavia, repara-se que o comando antecipatório não apenas determina aos réus para disponibilizarem o tratamento às mulheres, residentes no Estado de Santa Catarina, acometidas por câncer de mama metastático, com o fármaco Trastuzumabe, mas também estabelece procedimento diverso daquele disponibilizado às demais pacientes dos outros estados da federação, cuja eficácia não está sendo questionada na ação originária.

Diante disso, entendo que a medida judicial ora combatida, nos termos em que deferida, pode causar grave dano à ordem pública, na sua acepção política-administrativa, conforme defendido pela União. Isso porque, pelos elementos constantes nos autos, as medidas adotadas pelo Poder Público para o tratamento do câncer estão em constante aperfeiçoamento visando à redução do número de ocorrências. Exemplo disso são as campanhas de prevenção bem como a existência de estabelecimentos habilitados em todo o país como UNACON e CACON, os quais oferecem assistência especializada e integral aos pacientes com câncer.

E mais, com relação ao fármaco Trastuzumabe, pela leitura da Nota Técnica 2010, nota-se que a preocupação e prudência por parte do Ministério da Saúde em oferecer tal medicamento estão ligadas à ausência de estudos científicos mais abrangentes acerca da efetiva eficácia do seu emprego no tratamento do câncer de mama, se comparado aos demais remédios oferecidos pela rede pública.

Essa constatação supera eventual alegação de que a recusa do Poder Público estaria ligada a restrições orçamentárias e confirma a necessidade de serem suspensos os efeitos da tutela antecipada não só por representar risco de causar grave lesão à ordem administrativa, mas também à saúde pública.

No mais, a manutenção dos efeitos da decisão em tela mostra-se mais grave se for considerada a hipótese de outras ações civis, porventura ajuizadas nos demais Estados, venham a

deferir provimento antecipatório determinando a aquisição de medicamento e a adoção de tratamento até mesmo diverso daquele estabelecido na decisão ora combatida, ou, então, em desacordo com as medidas adotadas pelo Poder Público para o combate do câncer de mama. Estará instaurado, nesse caso, verdadeiro caos na rede pública de saúde.

Por fim, é importante esclarecer que o risco de lesão aos bens jurídicos antes citados resta configurado nos estritos limites da ação civil pública originária, por conter comando genérico com o fim de atender a todas as pacientes com câncer de mama residentes no Estado de Santa Catarina. De outra parte, as ações individuais que por acaso contenham comando judicial semelhante, desde que acompanhadas de prova da efetiva necessidade de ministrar o medicamento em questão (laudo pericial, por exemplo), devem ser analisadas em conformidade com elementos constantes nos autos da respectiva ação.

Em face do exposto, **defiro o pedido** de suspensão dos efeitos da tutela antecipada deferida na sentença proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 2009.72. 00.011736-3/SC.

Intime-se. Publique-se.

Transitada em julgado, arquivem-se.

Porto Alegre, 23 de março de 2011.

Desembargador Federal VILSON DARÓS

Presidente

AGRAVO (INOMINADO, LEGAL) EM SUEXSE Nº 0001633-14.2011.404.0000/SC 

RELATOR : Des. Federal VILSON DARÓS

REL. ACÓRDÃO : Des. Federal LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON

AGRTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

AGRAVANTE : DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAO

AGRDO : UNIÃO FEDERAL

ADVOGADO : Procuradoria-Regional da União

INTERESSADO : ESTADO DE SANTA CATARINA

ADVOGADO : Queila de Araujo Duarte Vahl

EMENTA

ADMINISTRATIVO. AGRAVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. NATUREZA JURÍDICA. FORNECIMENTO DE TRASTUZUMABE A PACIENTES DO ESTADO DE SANTA CATARINA ACOMETIDAS DE CÂNCER DE MAMA METASTÁTICO COM TUMORES COM SUPEREXPRESSÃO DO RECEPTOR HER2. AUSÊNCIA DE GRAVE LESÃO À ORDEM E À SAÚDE PÚBLICA.

1. O direito à saúde, previsto no art. 196, erigido à categoria de direito social fundamental, insere-se no rol dos direitos prestacionais, que reclamam do Estado uma ingerência positiva, objetivando a igualdade de todos no plano material, corolário do Estado de Direito Social, o qual exige um comportamento ativo para a obtenção da justiça social.

2. Tratando-se de medida excepcional, o instituto da suspensão de tutela antecipada, ao confrontar o interesse público com as garantias e direitos sociais fundamentais, demanda análise política do operador do direito, que envolve juízo acerca da razoabilidade e oportunidade de sobrepor o interesse público aos interesses dos particulares. O pedido de suspensão não objetiva a reforma da decisão ou sua anulação; não tendo natureza jurídica de recurso, não pode ser utilizado como sucedâneo recursal, restringindo-se sua análise aos elementos que contenham potencialidade de lesão aos interesses acautelados no art. 4º da Lei nº 8.437/92.

3. A partir de 2005, com a instituição da Política Nacional de Atenção Oncológica, instituída pela Portaria GM/MS nº 2.349, de 8 de dezembro de 2005, o tratamento de câncer é feito por meio das unidades de Assistência de Alta Complexidade - UNACON - e Centros de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia - CACON - e engloba a oferta de atendimento integral aos usuários do SUS, incluída, além de consultas e exames, a outorga de medicamentos no contexto do tratamento ministrado no âmbito daquelas unidades de saúde, sendo dever de cada uma delas fornecer a medicação prescrita pelo médico, conforme a situação manifestada pelo paciente.

4. A decisão que determina a fornecimento de Trastuzumabe (Herceptin) a pacientes com câncer metastático com superexpressão do receptor HER2 em todo o Estado de Santa Catarina não causa grave vulneração da ordem pública, pois nela não se descuidou das cautelas previstas na política pública para o combate ao câncer, prevendo-se a distribuição no âmbito de tratamento a ser ministrado às pacientes previamente classificadas e cadastradas, inclusive por ordem de urgência.

5. Não configurada a alegada grave lesão à saúde pública, uma vez que a perícia realizada nos autos da ação civil pública, assim como a manifestação do Centro de Pesquisas Oncológicas - CEPON da Secretaria da Saúde do Estado de Santa Catarina atestam os benefícios do uso de Trastuzumabe, não havendo, no âmbito do SUS, tratamento com igual eficácia.

6. O cotejo dos parâmetros a serem observados pelo Poder Judiciário na análise de pedidos de fornecimento de remédios, conforme estabelecidos no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, em 17-3-2010, Relator o Ministro Gilmar Mendes, com a situação concreta também autoriza a manutenção da tutela antecipada, pois que se trata de medicamento novo no âmbito do SUS, porém com registro na ANVISA (Herceptin), comprovadamente eficaz no combate à doença, inexistente substitutivo outro para o tratamento do câncer de mama que apresenta tumores com superexpressão do receptor HER2.

7. O SUS não disponibiliza tratamento adequado ao tipo de câncer em comento.

8. Hipótese de grave lesão à ordem ou à saúde públicas, é reformada a decisão que suspendeu a antecipação de tutela deferida na ação civil pública.

9. Agravo da Defensoria Pública não conhecido por intempestivo. Agravo do Ministério Público Federal provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, não conhecer do agravo da Defensoria Pública e, por maioria, dar provimento ao agravo do Ministério Público Federal, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre/RS, 30 de junho de 2011.

Desembargador Federal LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON

Relator para Acórdão

AGRAVO (INOMINADO, LEGAL) EM SUEXSE Nº 0001633-14.2011.404.0000/SC

RELATOR : Des. Federal VILSON DARÓS

AGRTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

AGRAVANTE : DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAO

AGRDO : UNIÃO FEDERAL

ADVOGADO : Procuradoria-Regional da União

INTERESSADO : ESTADO DE SANTA CATARINA

ADVOGADO : Queila de Araujo Duarte Vahl

RELATÓRIO

Trata-se de agravos interpostos pelo Ministério Público Federal e pela Defensoria Pública da União contra decisão que deferiu o pedido de suspensão dos efeitos da antecipação da tutela deferida na sentença prolatada nos autos da Ação Civil Pública nº 2009.72.00.011736-3/SC.

Objetivando a reforma do julgado, o Ministério Público Federal procura demonstrar a eficácia do medicamento Trastuzumabe (Herceptin) para o tratamento das pacientes com câncer de mama. Afirma que a manutenção da decisão atacada representa risco à saúde, pois a resolução da demanda exige a prevalência do direito à vida e o consentâneo dever estatal de promovê-lo. Sustenta que o risco de lesão à ordem administrativa somente será afastado mediante o emprego dos melhores meios para a recuperação das pacientes. Defende a restauração da tutela antecipada, como medida de preservar o direito à vida.

A Defensoria Pública da União, por sua vez, além de endossar os argumentos lançados pelo MPF, afirma que a manutenção da tutela antecipada não gera qualquer risco à saúde ou à ordem públicas. Pelo contrário, entende que a hipótese dos autos representa a oportunidade de uniformizar o tratamento dispensado às pacientes acometidas de câncer de mama, fortalecendo, por conseguinte, a estabilidade das relações entre os particulares e o Estado, evitando decisões judiciais contraditórias e a multiplicação de ações idênticas.

Requerem a reforma do julgado pela Corte Especial.

É o relatório. Em mesa.

VOTO

Intempestividade do agravo interposto pela DPU

Inicialmente, entendo que o agravo interposto pela Defensoria Pública da União é intempestivo. Explico.

Conforme o disposto no § 3º, do artigo 4º, da Lei nº 8.437/1992, do despacho que conceder ou negar a suspensão, caberá agravo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte a sua interposição.

Com relação ao prazo para a interposição de agravo contra a decisão proferida pelo Presidente de Tribunal em sede de pedido de suspensão de tutela antecipada, restou assentado no âmbito do Supremo Tribunal Federal que tal prazo não admite o benefício da contagem em dobro prevista no artigo 188 do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, *verbis*:

SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO A AGRAVO REGIMENTAL EM VIRTUDE DE SUA INTEMPESTIVIDADE. TENTATIVA DE DAR TRÂNSITO A RECURSO INTERPOSTO NO DÉCIMO DIA APÓS A INTIMAÇÃO, AO FUNDAMENTO DE APLICAR-SE À ESPÉCIE O DISPOSTO NO ART. 188 DO CPC. Entendimento assentado neste Tribunal de que o preceito do artigo 4º, § 3º, da Lei 8437/92 é taxativo ao assentar o prazo de cinco dias tanto para o agravo regimental a ser interposto pelo ente público, em razão do indeferimento do pedido de suspensão, quanto para o recurso do interessado que tivesse suspensa a decisão que lhe era favorável. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STA 46 AgR-AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 22/04/2010, DJe-091 DIVULG 20-05-2010 PUBLIC 21-05-2010 EMENT VOL-02402-01 PP-00009)

Cumpra também registrar que, muito embora os art. 44, inc. I, da LC 80/94 confira prerrogativa aos membros da Defensoria Pública de serem intimados pessoalmente dos atos processuais, compartilho do entendimento de que havendo a indicação da data de recebimento dos

autos no setor responsável daquele órgão conta-se a partir daí o prazo para a prática dos atos processuais.

Pois bem, no caso dos autos, a certidão de fl. 120 indica que os presentes autos foram remetidos à Defensoria Pública da União na data de 08 de abril de 2011. À mesma folha, observa-se que a DPU após seu carimbo de recebimento no dia 12 de abril (terça-feira) do corrente ano.

Iniciado o prazo para recorrer em 13 de abril, o último dia para a interposição do recurso seria dia 17 de abril (domingo), porém restou prorrogado para o primeiro dia útil seguinte, ou seja, em 18 de abril (segunda-feira). Ocorre que o agravo em questão somente foi apresentado no dia 25 de abril, conforme registro de protocolo de petição de fl. 121. Vale dizer, o presente agravo foi manejado após ter escoado o prazo de cinco dias para recorrer.

Assim sendo, não conheço do agravo interposto pela Defensoria Pública da União.

Da decisão agravada

Inconformado com o deferimento do pedido de suspensão apresentado pela União, o Ministério Público Federal interpôs agravo objetivando a reforma da decisão desta Presidência para o fim de manter os efeitos da tutela antecipada deferida na sentença prolatada nos autos da Ação Civil Pública nº 5005622.23.2010.404.7001/PR.

A decisão agravada foi proferida nos seguintes termos (fls. 66-72):

Trata-se de pedido formulado pela União colimando a imediata suspensão dos efeitos da tutela antecipada deferida nos autos da Ação Civil Pública nº 2009.72.00.011736-3, pelo Juízo Federal Substituto da 2ª Vara Federal de Florianópolis/SC.

Na ação originária, ajuizada pela Defensoria Pública da União, com ingresso posterior, no polo ativo, do Ministério Público Federal, buscam os autores provimento jurisdicional para condenar a União e o Estado de Santa Catarina a fornecer o medicamento Trastuzumabe (Herceptin) para a rede pública de saúde a todas as mulheres, residentes no Estado de Santa Catarina, acometidas pelo câncer de mama que apresentem tumores com superexpressão do receptor HER2, no Estado de Santa Catarina.

A parte dispositiva da sentença foi proferida nos seguintes termos:

(...)

III - Dispositivo

ANTE O EXPOSTO:

A) ACOLHO o pedido de antecipação dos efeitos da tutela. Por conseguinte, DETERMINO aos réus que comecem a tratar, com o fármaco Trastuzumabe, as mulheres residentes em Santa Catarina, já acometidas ou que venham a ser acometidas por câncer de mama metastático, que apresentem ou venham a apresentar, tumor(es) maior(es) do que 1,0 cm, com superexpressão do receptor HER2, incluindo-as em programa no qual deverão ser mantidas enquanto necessitarem do medicamento/tratamento. Para esse fim:

A.1) DETERMINO ao réu Estado de Santa Catarina que - em 20 dias, contados da intimação desta decisão/sentença:

A.1.1) *LEVANTE/CADASTRE todas as mulheres interessadas/necessitadas em realizar o tratamento com o Trastuzumab;*

A.1.2) *CLASSIFIQUE, POR ORDEM DE URGÊNCIA, e motivadamente, os casos levantados/cadastrados;*

A.1.3) *DEFINA AS QUANTIDADES necessárias de medicamento e a data e local em que deverão estar disponíveis para cumprir esta decisão; e*

A.1.4) *FIXE, DE COMUM ACORDO COM A UNIÃO, o competente cronograma para início dos primeiros tratamentos em no máximo 60 dias e, de tal forma, que os casos menos urgentes identificados/cadastrados não tardem a iniciar o tratamento em mais de 90 dias, contados da intimação desta decisão/sentença;*

A.2) *DETERMO, também, ao réu Estado de Santa Catarina, que, em 30 dias, contados da intimação desta decisão/sentença, COMPROVE em juízo as providências retro (itens "A.1.1", "A.1.2", "A.1.3" e "A.1.4"), sob pena de responder por multa de R\$ 100.000,00, acrescida de R\$ 5.000,00/dia enquanto perdurar o inadimplemento, ficando sua destinação para ser decidida no curso do processo de execução, com a participação de associações adiante, que comprovarem íntima ligação com o tratamento dos portadores de câncer;*

A.3) *DETERMINO à União que ADQUIRA e ENTREGUE ao Estado de Santa Catarina a medicação necessária dentro do cronograma que este vier a estabelecer para iniciar os tratamentos, bem como de, instituir - em até 60 dias - a competente APAC para custear os tratamentos a serem executados;*

A.4) *DETERMINO ao Estado de Santa Catarina que assuma a EXECUÇÃO do tratamento nos pacientes que se enquadrarem nas condições indicadas na presente decisão/sentença; (grifei)*

B) *ACOLHO os pedidos dos autores e julgo o processo com resolução do mérito - art. 269, I, CPC. Por conseguinte, confirmo a antecipação dos efeitos da tutela, nos termos retro, para CONDENAR definitivamente os réus a:*

B.1) *PROMOVEREM A INCLUSÃO, em programa compatível para realizar tratamento com o medicamento Trastuzumabe, de todas as mulheres residentes em Santa Catarina, já acometidas ou que venham a ser acometidas por câncer de mama metastático, que apresentem ou venham a apresentar, tumor(es) maiores do que 1,0 cm, com superexpressão do receptor HER2; e a*

B.2) *MANTEREM o tratamento das citadas pacientes com o medicamento Trastuzumabe, enquanto dele necessitarem.*

Condeno, finalmente, os réus, nos termos do art. 94 da Lei 8.078/90, c/c os arts. 19 e 21, ambos da Lei 7.347/85, a promoverem a PUBLICAÇÃO da parte dispositiva retro desta sentença, pelo menos em um jornal de grande circulação no Estado de Santa Catarina, comprovando esta providência nos autos em até 30 dias contados da intimação desta decisão/sentença.

(...)

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Florianópolis, 28 de fevereiro de 2011.

Hildo Nicolau Peron

Juiz Federal Substituto

(...)

É o relatório. Decido.

No caso em tela, a suspensão dos efeitos da tutela antecipada deferida na sentença proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 2009.72.00.011736-3/SC foi requerido pela União para o fim de preservar a ordem e a economia públicas.

(...)

Fixados os parâmetros que norteiam a apreciação do pedido de suspensão, e verificados os termos da exposição feita na inicial, os quais foram cotejados com os documentos carreados aos autos, é forçoso concluir que há elementos que convençam pela existência da grave lesão noticiada, caso mantidos os efeitos da tutela antecipada deferida por ocasião da prolação da sentença.

No caso dos autos, a medida judicial postulada pelos autores busca, em última instância, garantir o direito à saúde, este, aliás, decorre da proteção constitucional do direito à vida, o mais fundamental de todos os direitos, constituindo num dos pilares que norteiam o ordenamento jurídico vigente. Ditos direitos, aliás, possuem aplicabilidade imediata, de forma que sua eficácia não pode ser condicionada ou mesmo postergada sob o pretexto de que a existência de limites orçamentários impedem a implementação daqueles direitos tidos como fundamentais pela ordem constitucional vigente.

Com relação à responsabilidade pelo fornecimento do medicamento destinado ao tratamento do câncer de mama, vale lembrar o preceito constitucional que estabelece a saúde como sendo um direito de todos e dever do Estado, o qual deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, além do acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196). Essas ações e serviços, aliás, são considerados pelo texto constitucional vigente como relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (art. 197).

A Magna Carta, a propósito, quando trata da organização político-administrativa do Estado, estabelece que a saúde é de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios (inc. I, art. 23, da CF/88).

Em observância às normas constitucionais citadas, a Lei 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências, não desonera a União nem qualquer outro ente político na tutela do direito à saúde.

A partir disso, cabe verificar quais medidas tomadas pelo Poder Público para dar efetividade aos preceitos constitucionais em questão, especialmente as iniciativas tomadas para o combate do câncer.

Quanto a isso, o Relatório de Gestão 2009, elaborado pela Secretaria de Atenção à Saúde, vinculado ao Ministério da Saúde, expõe com precisão os meios disponibilizados pelo Poder Público para o tratamento das pessoas com câncer, nas suas diversas formas. Vejamos:

"Política Nacional de Atenção Oncológica

O Ministério da Saúde, por meio de seu Instituto Nacional de Câncer (INCA), estimou 466.730 casos novos de câncer, no Brasil, em 2009, incluindo-se 115.010 casos de pele não melanoma.

A mortalidade por câncer, no cenário atual, ocupa a segunda posição no Brasil, sendo devido, principalmente, aos cânceres de pulmão, estômago, intestino grosso, próstata e mama.

Considerando que o câncer é um problema de saúde pública e visando a promover um atendimento integral e integralizado aos usuários do Sistema Único de Saúde (SUS), o Ministério da Saúde, em 1998, publicou a Portaria GM/MS nº 3.535, na qual se estabeleciam os critérios para a habilitação de hospitais como Centros de Alta Complexidade em Oncologia (CACON), classificados como I, II e III.

Com a maturidade do sistema e a experiência adquirida de 1998 a 2005, nas áreas do Controle do Câncer, inclusive da Oncologia, houve a necessidade de se superar as distorções e deficiências observadas. Então, em dezembro de 2005, pela Portaria GM/MS 2.439, foi instituída a Política Nacional de Atenção Oncológica, com o objetivo de se adequar a prevenção e o tratamento dos doentes de câncer às necessidades de cada região do Brasil. Com esta Política, pensou-se em uma Rede de Atenção Oncológica regional ou estadual que interligue a atenção básica à de média e de alta complexidade e, com isso, facilitar o acesso do público a todas as ações de controle do câncer. E a Portaria SAS/MS nº 741, de 19/12/05, estabeleceu as normas e critérios para a habilitação dos hospitais que integrem a alta complexidade na Rede de Atenção Oncológica e definiu os parâmetros assistenciais, em termos de número de casos e de procedimentos necessários para cobertura cirúrgica, radioterápica e quimioterápica do câncer.

Atualmente, a Rede de Atenção Oncológica está composta por estabelecimentos habilitados como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (UNACON) e Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (CACON). Sendo que os estabelecimentos habilitados como UNACON e CACON devem oferecer assistência especializada e integral ao paciente com câncer, atuando no diagnóstico e tratamento do paciente. Essa assistência abrange sete modalidades integradas: diagnóstico, cirurgia oncológica, radioterapia, quimioterapia (oncologia clínica, hematologia e oncologia pediátrica), medidas de suporte, reabilitação e cuidados paliativos.

A diferença entre UNACON e CACON é um nível de exigência maior em termos de estrutura física e de recursos materiais e humanos, que variam conforme o atendimento aos tipos de câncer mais prevalentes no Brasil ou de todos os tipos de câncer.

A evolução das habilitações na alta complexidade em Oncologia, no SUS, de 1999 a 2009, observando-se que em setembro de 1999 eram 181 CACON pelo modelo da Portaria GM/MS nº 3.535/98, não existindo UNACON. A partir de setembro de 2007, pelo modelo assistencial da Portaria SAS/MS nº 741/05, existiam 27 CACON e esse número aumentou para 41, em dezembro de 2009. Com relação à UNACON com Serviço de Radioterapia, em setembro de 2007, eram 77 habilitados e em dezembro de 2009, esse número aumentou para 83. Com relação à UNACON (sem Serviço de Radioterapia), eram 77 em setembro de 2007, e, em dezembro de 2009, passou a ser de 125. Provisoriamente, estão autorizados 9 hospitais gerais com cirurgia oncológica e 21 Serviços Isolados de Radioterapia e de Quimioterapia.

Em 2009, a alta complexidade na Rede de Atenção Oncológica estava composta por 249 hospitais habilitados como UNACON ou CACON, sem a contagem dos 9 hospitais gerais com cirurgia oncológica, distribuídos, por região.

Considerando que a necessidade de cobertura é definida a partir de 1.000 casos novos anuais de câncer (exceto de pele não melanótico), como condição mínima para um hospital em oncologia, a necessidade era de que a Rede de Atenção Oncológica do Brasil tivesse 352 estabelecimentos de saúde, porém em termos estruturais, para mais de 350.000 casos novos anuais estimados para o Brasil, havia em 2009, 249 habilitações em Oncologia, o que poderia ser

considerado mais do que suficiente, visto que muitos estabelecimentos atendem mais do que 1.000 casos novos anuais e o hospital que atender mais de 1.000 casos novos anuais é contado como tantas vezes o seu número de casos seja múltiplo de 1.000, a exemplo do INCA, que matricula cerca de 8.000 casos novos anuais, correspondendo, assim, a 08 hospitais habilitados.

Isso é justificado no Anexo III da Portaria SAS 741, que estabelece os parâmetros para o planejamento e avaliação da Rede de Alta Complexidade em Oncologia.

Desde a publicação da Política Nacional de Atenção Oncológica verificou-se um déficit de radioterapia no país e a análise, estado a estado, revela problemas de abrangência (número de especialidades cirúrgicas e procedimentos mais complexos de radioterapia, como a radiocirurgia) ou de suficiência (produção aquém da estimada como necessária, como procedimentos cirúrgicos e de iodoterapia do carcinoma diferenciado da tireóide), situações cobertas pela Central Nacional de Regulação de Alta Complexidade, pela qual se mantém a cobertura interestadual de procedimentos de alta complexidade não só em Oncologia, mas, também, em Ortopedia, Neurocirurgia e Cirurgia Cardíaca. Além disso, em radioterapia, tem-se procurado corrigir esse déficit com o aumento de turnos de operação dos serviços e a abertura de novos serviços ou ampliação dos existentes.

Também, a simplificação dos critérios de habilitação em Oncologia, para aumentar a oferta de serviços cirúrgicos para a assistência aos casos de cânceres prevalentes (de mama, de próstata, da genitália feminina e do aparelho digestivo) e as metas do "Mais Saúde", buscam alcançar a oferta do necessário e corrigir as distorções.

Nota-se que em todos os estados federativos existe, pelo menos, um hospital habilitado na área de alta complexidade em Oncologia, o que não era essa a realidade do país, em anos anteriores.

O levantamento da produção de 2005 até 2009, dos estabelecimentos de saúde na Rede de Atenção Oncológica (Tabela 34 e Gráficos 10) demonstra que houve crescimento de 26,71% da frequência e de 48,31% dos gastos federais com cirurgia oncológica; de 11,29% da frequência e de 22,42% dos gastos federais com radioterapia; de 31,37% da frequência e de 41,72% dos gastos federais com quimioterapia; e de 28,61% da frequência e de 176,19% dos gastos com a iodoterapia do carcinoma diferenciado da tireóide.

No período analisado, a equalização da oferta de serviços especializados se demonstra pelos aumentos progressivos na produção e nos gastos federais com os procedimentos oncológicos. Aumentos estes também justificados pela organização racional da alta complexidade na Rede de Atenção Oncológica, baseada na necessidade e não na oferta de serviços especializados, com ampliação do número de hospitais habilitados, e melhoria no acesso assistencial, no sistema de informações e na revisão e adequação dos procedimentos da Tabela do SUS.

Esclarece-se que quando da alteração da Portaria GM/MS nº 3.535/98 para o modelo atual dado pelas Portarias GM/MS 2.439/05 e SAS/MS nº 741/05, foram identificados os seguintes desafios que a Política Nacional de Atenção Oncológica teria que superar:

- Desenvolver parâmetros de necessidade e protocolos técnicos e operacionais, dada a quantidade, amplitude e abrangência dos procedimentos.
- Ofertar acesso a procedimentos de média complexidade (consultas e exames);
- Estabelecer portas de entrada e regular o acesso assistencial - inadequado por inexistente ou deficiente;
- Garantir a integralidade da assistência estabelecida pelas políticas atuais;
- Conscientizar os gestores (secretarias de saúde) da importância de suas ações na condução das políticas públicas publicadas pelo nível central;
- Garantir o acesso aos serviços do SUS com base nas reais necessidades da população usuária do SUS;
- Conscientizar os profissionais do SUS da importância de se efetuar um tratamento humanizado e de qualidade;

- Trabalhar em consonância com o Poder Judiciário para evitar as inúmeras ações judiciais para antecipação de tutela para um determinado indivíduo e para um determinado medicamento oncológico ou não. As demandas judiciais impõem procedimentos ou medicamentos ainda não técnico-cientificamente estabelecidos, têm aumentado a cada ano, desorganizam o SUS, torna o SUS complementar do Sistema Suplementar e prejudicam o andamento das ações do Ministério da Saúde; (grifei)

- Regularizar a situação dos serviços isolados de radioterapia e de quimioterapia do país.

Ressalta-se que aos poucos a Política em referência está sendo incorporada nas Redes estaduais e é necessária uma parceria entre os três entes federados para avaliação das redes de oncologia. O Ministério da Saúde no intuito de finalizar com os serviços isolados, em 2009, publicou a Portaria SAS/MS nº 62, permitindo que um serviço isolado se associe a um hospital, garantindo-se os serviços gerais e especializados e com isso, a integralidade da assistência, por meio da habilitação de um Unacon."

(http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/relatorio_gestao_sas_2009.pdf)

Nota-se, portanto, que a rede pública oferece tratamento integral para o câncer e está disponível a qualquer pessoa que esteja disposta a recorrer ao Sistema Único de Saúde - SUS. E mais, os critérios estabelecidos estão em constante modificação para superar as distorções e deficiências detectadas ao longo do tempo. Exemplo disso, é a instituição da Política Nacional de Atenção Oncológica, criada com o objetivo de adequar a prevenção e o tratamento levando em consideração às necessidades de cada região do Brasil.

Vale atentar, também, para a preocupação consignada no dito relatório com relação às antecipações de tutela ordenando a adoção de procedimentos e/ou a aquisição de determinado medicamento. A preocupação do Ministério da Saúde se deve ao fato de que os inúmeros provimentos jurisdicionais impõem a adoção de procedimentos ou medicação cujos resultados nem sempre estão cientificamente comprovados.

Aliás, especificamente sobre o fármaco Trastuzumabe, há referência na decisão proferida nos autos da ação civil pública em questão de estudos indicando o aumento da sobrevivência livre da doença e/ou a diminuição dos riscos de reaparecimento da doença. Os próprios laudos acostados aos autos da ação originária, pelo que se depreende, apontam nesse sentido.

Ocorre que o Ministério da Saúde emitiu a Nota Técnica 2010, onde demonstra sua preocupação em adotar este medicamento enquanto pendente de estudos mais complexos sobre o seu real benefício no tratamento do câncer de mama.

Sobre o teor da referida nota técnica, vale transcrever o seguinte trecho:

(...)

Assim, a quimioterapia adjuvante com a inclusão de Trastuzumabe não é proposta terapêutica inquestionável; não está claro o esquema quimioterápico ideal para se incluir o Trastuzumabe - porém já é do domínio comum que a monoterapia com Trastuzumabe é um esquema inferior à terapia combinada; que ainda não há consenso sobre a dose a ser utilizada nem a duração do tratamento; e que estratégia seqüencial (a do caso em pauta) está sendo questionada no mundo todo por mostrar-se menos efetiva do que inicialmente pensando. Além do mais, os estudos não possuem um perfil de seleção homogênea de pacientes, e, por isso, é difícil, atualmente, definir o perfil dos que poderiam ter um ganho real com o Trastuzumabe. E os estudos para obter nível de evidência científica relevante necessitam ser reproduzidos em populações distintas das quais foram originalmente reportadas, o que não ocorreu ainda. (...)

Os resultados dos estudos demonstram eficácia do Trastuzumabe em termos de sobrevida livre de doença em um a dois anos, quando em comparação com a observação em mulheres com câncer de mama inicial HER2 positivo. Entretanto, as limitações dos estudos não permitem concluir que este benefício seja mantido no seguimento de quatro a cinco anos ou mais. Alguns estudos com seguimento entre quatro e cinco anos não demonstraram vantagem em termos de sobrevida livre de doença ou sobrevida global com a adição do Trastuzumabe após a quimioterapia adjuvante. Todos os estudos destacam o risco aumentado de toxicidade cardíaca e os efeitos em médio e longo prazo da insuficiência cardíaca desencadeada pelo Trastuzumabe ainda demandam estudos de melhor qualidade para verificação adequada.

Quanto à finalidade paliativa, aplicável à doença incurável (metastática ou recidivada), a razão pelo qual o Trastuzumabe foi aprovado para uso no mercado se deve a um único trabalho na fase III para pacientes em primeira linha de tratamento (...), que usou Trastuzumabe (2mg/Kg/semana) associado ao paclitaxel para aqueles que haviam recebido antraciclina na adjuvância; ou Trastuzumabe, antraciclina e ciclofosfamida, para as que não receberam antraciclina na adjuvância. (...) O estudo excluiu todas as pacientes com tumor bilateral, derrame pleural ou ascite, metástases ósseas, metástases cerebrais não tratadas, e aquelas com histórico de gestação ou exposição a qualquer tipo de teste terapêutico nos últimos 30 dias. O estudo não comparou demais esquemas quimioterápicos, que poderiam ser de melhor administração, com perfil de toxicidade bem conhecido, uma vez que nestes casos a finalidade é paliativa, e com desfecho invariavelmente fatal. Outra questão é que na prática médica cotidiana, as condições clínicas das pacientes estão longe de serem comparáveis às pacientes recrutadas para o estudo, e, portanto a reprodutibilidade dos resultados não será possível.

(...)

Assim, até o momento, a melhor evidência científica disponível sugere apenas que a adição do Trastuzumabe seria superior em termos de sobrevida livre de progressão da doença, mas não em termo de sobrevida global. A toxicidade cardíaca, representada principalmente por insuficiência cardíaca, demanda monitoramento adicional durante todo o período de tratamento e seus efeitos em médio e longo prazo deverão ser descritos pelos estudos futuros em andamento."

Mais adiante conclui:

"Resumindo, a proposta de novos medicamentos/procedimentos/tratamentos médico-hospitalares é contínua, devendo ser a sua incorporação feita de forma responsável e crítica, o que é adotado em todo o mundo, mormente nos países civilizados. A base dessa incorporação é, essencialmente, a sua efetividade, ou seja, o quanto a nova tecnologia impacta em termos da sobrevida livre de doença (um dos fatores de avaliação da qualidade de vida) e da sobrevida global dos doentes (o resultado final mais relevante para a taxa de mortalidade de uma doença ao longo do tempo). Em geral, a pressão para a incorporação se faz com a nova tecnologia ainda em fase experimental (estudos clínicos de fase II ou III), que tanto pode se confirmar com não se confirmar à análise sistemática dos estudos, em conjunto, ou quando a nova tecnologia se aplica de forma rotineira, fora dos estudos controlados. Agregar o Trastuzumabe (Herceptin) aos esquemas de quimioterapia adjuvante ainda é pendente dos resultados definitivos dos estudos investigacionais de fase III realizados, particularmente comparações entre o HERA com o FinHer. E, embora o Trastuzumabe seja prescrito como monoquimioterapia paliativa ou em associação a hormonioterapia paliativa, ainda não são claros os critérios que indiquem quais os doentes que se beneficiam dessa combinação ou a magnitude do eventual benefício para o tratamento combinado."

(http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/cgmac_trastuzumabe_out2010.pdf)

Logo, não há que se falar em eventual omissão do Poder Público em implementar medidas e recursos voltados para o tratamento do câncer. Aliás, da leitura da sentença não há qualquer referência de que as medidas atualmente adotadas no tratamento das pacientes com

câncer de mama sejam ineficazes, nem mesmo há menção sobre os medicamentos disponibilizados pela rede pública no combate da doença.

Todavia, repara-se que o comando antecipatório não apenas determina aos réus para disponibilizarem o tratamento às mulheres, residentes no Estado de Santa Catarina, acometidas por câncer de mama metastático, com o fármaco Trastuzumabe, mas também estabelece procedimento diverso daquele disponibilizado às demais pacientes dos outros estados da federação, cuja eficácia não está sendo questionada na ação originária.

Diante disso, entendo que a medida judicial ora combatida, nos termos em que deferida, pode causar grave dano à ordem pública, na sua acepção política-administrativa, conforme defendido pela União. Isso porque, pelos elementos constantes nos autos, as medidas adotadas pelo Poder Público para o tratamento do câncer estão em constante aperfeiçoamento visando à redução do número de ocorrências. Exemplo disso são as campanhas de prevenção bem como a existência de estabelecimentos habilitados em todo o país como UNACON e CACON, os quais oferecem assistência especializada e integral aos pacientes com câncer.

E mais, com relação ao fármaco Trastuzumabe, pela leitura da Nota Técnica 2010, nota-se que a preocupação e prudência por parte do Ministério da Saúde em oferecer tal medicamento estão ligadas à ausência de estudos científicos mais abrangentes acerca da efetiva eficácia do seu emprego no tratamento do câncer de mama, se comparado aos demais remédios oferecidos pela rede pública.

Essa constatação supera eventual alegação de que a recusa do Poder Público estaria ligada a restrições orçamentárias e confirma a necessidade de serem suspensos os efeitos da tutela antecipada não só por representar risco de causar grave lesão à ordem administrativa, mas também à saúde pública.

No mais, a manutenção dos efeitos da decisão em tela mostra-se mais grave se for considerada a hipótese de outras ações civis, porventura ajuizadas nos demais Estados, venham a deferir provimento antecipatório determinando a aquisição de medicamento e a adoção de tratamento até mesmo diverso daquele estabelecido na decisão ora combatida, ou, então, em desacordo com as medidas adotadas pelo Poder Público para o combate do câncer de mama. Estará instaurado, nesse caso, verdadeiro caos na rede pública de saúde.

Por fim, é importante esclarecer que o risco de lesão aos bens jurídicos antes citados resta configurado nos estritos limites da ação civil pública originária, por conter comando genérico com o fim de atender a todas as pacientes com câncer de mama residentes no Estado de Santa Catarina. De outra parte, as ações individuais que por acaso contenham comando judicial semelhante, desde que acompanhadas de prova da efetiva necessidade de ministrar o medicamento em questão (laudo pericial, por exemplo), devem ser analisadas em conformidade com elementos constantes nos autos da respectiva ação.

*Em face do exposto, **defiro o pedido** de suspensão dos efeitos da tutela antecipada deferida na sentença proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 2009.72. 00.011736-3/SC.*

Da leitura da decisão hostilizada, tenho que não merece provimento o agravo interposto pelo Ministério Público Federal. Isso porque os argumentos lançados no recurso e os documentos que o acompanham não são capazes de infirmar os fundamentos da decisão atacada. Vejamos.

É inegável que frequentemente surgem novos medicamentos visando combater os males que atormentam os pacientes acometidos de doenças das mais variadas. Em tese, com o lançamento

de um novo medicamento surge grande expectativa, crença mesmo, acerca da possibilidade dele ser mais eficaz do que aquele(s) que já se encontra(m) em uso no combate de certa moléstia. Diria que a consequência lógica é que realmente seja, pois resultado de pesquisas mais aprimoradas proporcionadas pelo surgimento de novas tecnologias.

De outra parte, também é incontestável que o poder público não possui, por assim dizer, a mesma agilidade para oferecer todo o tipo de novo medicamento que surge. Aliás, não somente por questões burocráticas ou orçamentárias determinado medicamento não é disponibilizado em curto espaço de tempo pela rede pública de saúde a todos que apresentem a doença para o qual o fármaco se destina. Pode-se afirmar que, por questões de saúde pública, deve a administração pública agir de forma responsável, devendo empregar todos os esforços possíveis para obter informações precisas e seguras sobre a exata eficácia de todos os medicamentos que serão por ela disponibilizados àqueles que procuram por tratamento.

Sua atuação, por conseguinte, deve ocorrer de forma cautelosa, sob pena de suas escolhas causarem sérios prejuízos à saúde pública. Justamente por aquele que tem o dever de zelar.

Óbvio que nessa política também está em discussão a questão financeira. Porém, não creio que essa seja preponderante, pois o custo para manter doente um contingente da população por certo é mais oneroso para toda a sociedade do que simplesmente disponibilizar um novo medicamento àqueles que procuram a rede pública de saúde.

Exemplo dessa atuação responsável do poder público foi a campanha de combate e prevenção da Gripe A (H1N1), realizada no ano de 2010, coordenada pelo Ministério da Saúde. Na ocasião, vale lembrar, diversas ações civis públicas foram ajuizadas buscando compelir o estado a incluir na campanha toda a população residente no país, e não somente aqueles grupos eleitos como prioritários. Muitos sustentavam que a estratégia adotada estava equivocada e alertavam que sua manutenção possivelmente resultaria em milhares de óbitos.

Esta Corte Especial, inclusive, apreciou a questão envolvendo a discussão sobre a campanha de vacinação nos autos da Suspensão de Liminar nº 0011099-66.2010.404.0000/PR. Naquele feito, constata-se que não houve reparos à estratégia para o combate do vírus INFLUENZA - H1N1, elaborada pelo Ministério da Saúde. Vejamos:

SUSPENSÃO DE LIMINAR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SAÚDE PÚBLICA. ORDEM DE VACINAÇÃO. PRIORIDADE. INFORMAÇÕES E DADOS TÉCNICOS. NECESSIDADE. INTERVENÇÃO. ASSOCIAÇÃO. 'AMICUS CURIAE'. PRETENSÃO DIVERSA. 1. A intervenção na qualidade de "amicus curiae" cinge-se a apresentação de informações úteis à formação do convencimento e análise da situação fática discutida nos autos. Tarta-se de colaborador informar da Corte. Pretensão específica e veiculação de pedidos nos autos indicam atuação diversa, que não se coaduna com o pretensão requerida. 2. Descabe ao Judiciário, na estreita via do mandado de segurança e, ainda, em sede de agravo de suspensão de liminar, determinar a vacinação de grupos não definidos pelo Ministério da Saúde. Imperiosa determinação embasada em pesquisas técnicas e acompanhamento de possíveis alterações no quadro epidemiológico. Caracteriza violação à ordem administrativa que elencou prioridades de populações na vacinação contra doença endêmica. (TRF4, SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA Nº 0011099-66.2010.404.0000, Presidente, Des. Federal MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA, POR MAIORIA, D.E. 05/07/2010)

Dita campanha, como todos tem conhecimento, foi concluída com êxito e todas as previsões catastróficas que se faziam não foram confirmadas.

Ora, no caso dos autos, não há qualquer evidência de que os meios e recursos disponibilizados pela rede pública de saúde para o tratamento do câncer de mama sejam ineficazes. De outro lado, há perspectiva de que o medicamento em questão provavelmente possa trazer mais benefícios às pacientes. Contudo, para o Ministério da Saúde, os resultados obtidos ainda não são suficientes a ponto de justificar o seu fornecimento pela rede pública.

Quanto a isso, o parecer elaborado pela Câmara Técnica de Medicamentos - CATEME, da Associação Catarinense de Medicamentos, documento originariamente apresentado nos autos da ação civil pública em questão e cujas cópias foram juntadas a este feito pela recorrente às fls. 107/109, somente vem a corroborar a Nota Técnica 2010, do Ministério da Saúde, reproduzida na decisão atacada. Transcrevo:

"(...) A duração ideal do tratamento, bem como a melhor dose entre as duas disponíveis são duas questões em aberto.

A pesquisa científica caminha dessa maneira. Muitas vezes os benefícios demoram a ser demonstrados e por vezes não o são realmente. Infelizmente, todos sabem, o interesse da indústria farmacêutica é sempre aprovar o medicamento e disseminar seu uso. Temos que questionar sempre os resultados, tentar entender o que estão nos vendendo e poder decidir pelo melhor para o nosso paciente.

Os dados sobre o uso de trastuzumabe foram convincentes para os órgãos reguladores na Europa e nos Estados Unidos da América. A proposta não é a de "importar" opiniões ou pontos de vistas, mas temos um deficiência marcante no que diz respeito às nossas estatísticas e a pesquisa clínica no Brasil encontra-se em fase de implantação.

(...)

Em conclusão, existem sim diversas questões em aberto relacionados ao uso do trastuzumabe. No momento este medicamento é amplamente aceito como eficaz em pacientes com câncer de mama avançado e inicial que sejam HER2 positivo.(...)"

Vale acrescentar, ainda, que a assertiva de que o fármaco Trastuzumabe não encontra substituto para o tratamento do câncer de mama resta abalada diante da constatação de que existem medicamentos alternativos disponibilizados pelo SUS e adequados para o tratamento da doença, conforme se extrai da resposta aos quesitos formulados pelo MPF na ação civil pública em questão (vide item 10, fl. 113-v).

Por fim, conforme frisado na decisão hostilizada, os riscos aos bens jurídicos em questão restam configurados nos estritos limites da ação civil pública em tela, pois determina a aquisição do fármaco Trastuzumabe para ser fornecido a todas as pacientes residentes no Estado de Santa Catarina interessadas/necessitadas em realizar o tratamento para o câncer de mama.

Ante o exposto, voto por não conhecer do agravo interposto pela Defensoria Pública da União, pois intempestivo, e negar provimento ao agravo do Ministério Público Federal.

É o voto.

AGRAVO (INOMINADO, LEGAL) EM SUEXSE Nº 0001633-14.2011.404.0000/SC

RELATOR : Des. Federal VILSON DARÓS
AGRTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVANTE : DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAO
AGRDO : UNIÃO FEDERAL
ADVOGADO : Procuradoria-Regional da União
INTERESSADO : ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : Queila de Araujo Duarte Vahl

VOTO-VISTA

Fundamentou-se a decisão agravada na possibilidade de grave dano à ordem pública, na sua acepção político-administrativa, em face das políticas públicas adotadas para o tratamento de câncer, além do fato de a Nota Técnica 2010 do Ministério da Saúde mencionar a necessidade de estudos científicos mais abrangentes acerca da eficácia do fármaco Trastuzumabe em comparação com os demais remédios fornecidos pelo governo, configurando também lesão à saúde pública, sobretudo na hipótese de multiplicidade de provimentos antecipatórios de igual natureza em ações civis públicas com o mesmo escopo.

Despiciendo invocar-se o art. 196 da Constituição Federal que erige o direito à saúde à categoria de direito social fundamental, atribuindo ao Estado o dever de adotar políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e garantam a todos o acesso igualitário e universal a ações e serviços para a promoção, recuperação e proteção da saúde.

Insere-se o direito à saúde no rol dos direitos prestacionais, os quais reclamam do Estado uma prestação positiva, objetivando a igualdade de todos no plano material, corolário do Estado de Direito Social, o qual exige um comportamento ativo do Estado para a obtenção da justiça social. Tratando-se de direito fundamental, as normas constitucionais pertinentes são de aplicação imediata, na dicção do art. 5º, §1º, da Constituição, cuja previsão resulta num comando ao poder público no sentido de reconhecer esta eficácia adicional dos direitos fundamentais - incluídos os direitos sociais prestacionais - aplicando-os imediatamente como regra geral, figurando eventual inaplicabilidade do direito exceção à regra, aceitável apenas mediante a devida fundamentação no caso concreto.

Por outro lado, importa, para bem delinear os contornos da lide, atentar para o fato de que se trata de pedido de suspensão de antecipação de tutela para a qual devem estar presentes exclusivamente os requisitos elencados no art. 4º da Lei nº 8.437/92, que se destinam a preservar o poder público da execução de medidas que possam causar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Por sua própria natureza, o provimento compreende medida excepcional e está adstrito aos elementos que contenham potencialidade de lesão aos interesses acautelados na lei, eventualmente existentes na decisão impugnada. Assim sendo, o instituto da suspensão de antecipação de tutela, ao confrontar o interesse público com as garantias e direitos sociais fundamentais, demanda análise política do operador do direito, que envolve juízo acerca da razoabilidade e oportunidade de sobrepor o interesse público aos interesses dos particulares.

Veja-se que o próprio legislador, ao normatizar as hipóteses de suspensão, vale-se de conceitos indeterminados (grave lesão à ordem, à segurança, à saúde, à economia), oportunizando ao julgador interpretá-los conforme os critérios balizadores do caso concreto; porque, na esfera da

suspensão de antecipação de tutela, não se discute a legalidade ou acerto da decisão impugnada, mas tão-somente a lesividade aos bens jurídicos tutelados pela norma.

O pedido de suspensão não objetiva a reforma da decisão ou sua anulação; suas razões não visam à análise do conteúdo jurídico da decisão, nem devolvem ao Presidente do Tribunal, a quem é dirigido, o conhecimento da matéria em toda sua extensa; apenas no que pertine à potencialidade de lesão ao interesse público. Não tendo natureza jurídica de recurso, não pode ele ser utilizado como sucedâneo recursal, conforme entendimento jurisprudencial, adiante exemplificado:

"Na linha de orientação firme desta Corte Especial, não cabe enfrentar, na via estreita da suspensão de liminar e de sentença ou de segurança, questão de mérito objeto do processo principal, porque tal instituto não possui natureza jurídica de recurso. Precedentes" (AgRg na SS 1.865, Corte Especial, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe 04-08-2009)

"(...) o pedido de suspensão de liminar não possui natureza jurídica de recurso, ou seja, não propicia a devolução do conhecimento da matéria para eventual reforma. Trata-se de um instrumento processual de cunho eminentemente cautelar, que tem por finalidade a obtenção de providência absolutamente drástica, excepcional e provisória (...)" (AgRg 39-SC, Rel. Min. Edson Vidigal, Corte Especial, 07-06-2004, transitada em julgado 12-08-2004)

Estabelecidas as premissas sobre as quais deve ser analisada a questão posta nos autos, verifico não se configurar a hipótese de grave lesão à ordem ou à saúde pública.

Em primeiro lugar, a alegação de que o serviço prestado pelas unidades de saúde teria sua organização comprometida ao ter modificados os protocolos de tratamento do SUS não procede. A dispensação de medicamentos para o combate ao câncer, até 1998, era feita em farmácias do próprio SUS, mediante apresentação de receituário médico de consultório particular ou de hospital público e privado. Contudo, a partir de 2005, com a instituição da Política Nacional de Atenção Oncológica, instituída pela Portaria GM/MS nº 2.349, de 8 de dezembro de 2005, esses remédios não constam mais de relação de medicamentos básicos ou excepcionais uniformizadora de sua utilização, mas inserem-se dentro de procedimentos identificados para o tratamento de cada tipo da doença.

A organização do sistema de saúde adotado para o tratamento de câncer, desde então, é feita por meio das unidades de Assistência de Alta Complexidade - UNACON - e Centros de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia - CACON - e engloba a oferta de atendimento integral aos usuários do SUS, incluída, além de consultas e exames, a outorga de medicamentos no contexto do tratamento ministrado no âmbito daquelas unidades de saúde, sendo dever de cada uma delas fornecer a medicação prescrita pelo médico, conforme a situação manifestada pelo paciente.

Nesse contexto, o controle da necessidade de determinado fármaco e de seus destinatários, em face da nova sistemática criada pelo SUS, como acima referido, tornou-se mais rigoroso, na medida em que não basta apenas a apresentação de receituário médico pelo paciente, mas a submissão a tratamento oncológico que assim o determine.

A decisão que antecipou a tutela ora examinada não descuidou de tais cautelas, pois não determinou a entrega do Trastuzumabe aleatoriamente, mas no âmbito de tratamento a ser ministrado às pacientes previamente classificadas e cadastradas, inclusive por ordem de urgência.

Não se vislumbra, assim, grave vulneração da ordem pública, na via excepcional da suspensão. A exigência de que seja dispensado tratamento mais eficaz no combate de doença recidivante justifica-se, sobretudo, porque resta demonstrado nos autos que as medidas adotadas atualmente pelo SUS para o tratamento de câncer de mama metastático com tumores com superexpressão do receptor HER2 não são tão eficazes como os resultados obtidos com o uso do Trastuzumabe.

Por outro lado, a alegada grave lesão à saúde pública decorrente do fato de que a o Trastuzumabe não teria sua eficácia plenamente comprovada cede ante a perícia realizada nos autos

da ação civil pública que, resumidamente concluiu que o Trastuzumabe tem ação em pacientes que apresentem expressão aumentada ou ampliação no gene de oncoproteína HER2, com tumores maiores do que 1cm e sua adição ao arsenal de tratamento do câncer de mama pode trazer benefícios em termos de sobrevida, tempo livre de progressão no caso de doença avançada.

O próprio Centro de Pesquisas Oncológicas - CEPON, órgão da Secretaria da Saúde do Estado de Santa Catarina, em ofício juntado às fls. 82 e 83 dos autos afirma que:

Em pacientes com tumor positivo para HER-2 com tumor > 1 cm ou linfonodos positivos recomendamos esquema de quimioterapia baseado em TRASTUZUMABE. Deve-se discutir individualmente o tratamento adjuvante em pacientes com tumor < 1cm.

Nas pacientes com doença totalmente avançada ou metastática, a utilização de TRASTUZUMABE com ou sem anastrozol mostrou taxa de resposta de 20,3% x 6,8% e aumento do tempo livre de progressão 4,8 meses x 2,4 meses em favor da combinação mas sem aumento da sobrevida global.

Atualmente, a comunidade científica determina a utilização de TRASTUZUMABE em todas as pacientes portadoras de câncer de mama HER-2 positivo.

2) No CEPON estão disponíveis apenas regimes quimioterápicos tradicionais que não contemplam as pacientes portadoras de câncer de mama HER2 positivo.

O TRASTUZUMABE é utilizado em todos os grandes centros oncológicos do mundo.

A rede de oncologia do Estado utiliza TRASTUZUMABE obtido por ação judicial. Em 2005, estavam disponíveis os dados sobre o T2M no tratamento curto prazo, mas não se dispunha de dados de longo prazo.

Durante os últimos anos, esses resultados foram publicados.

Existem vários planos de tratamento no SUS (Cacon e Unacons) para câncer de mama com custos variáveis, mas para câncer de mama que apresenta HER2+ obrigatoriamente tem que ser usado o anticorpo monoclonal (Herceptin), pois qualquer outro plano instituído não terá resultado eficiente. Em centros que tratam este tipo de tumor com outros planos o fazem sem critério ético.

Reafirmo que não existe no SUS plano padronizado para câncer de mama (HER2+).

Ademais, vê-se nas fls. 85 a 94 laudos periciais produzidos em ações ordinárias nos quais é demonstrada a eficácia do medicamento em tela.

Pertinente referir, a propósito do tema, o julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, em 17-3-2010, tendo como Relator o Ministro Gilmar Mendes, em que foram estabelecidos parâmetros a serem observados pelo Poder Judiciário na análise de pedidos como o que ora se analisa.

O primeiro aspecto a considerar é a existência, ou não, de uma política estatal que abranja a prestação de saúde postulada. Se esta existir, o Judiciário, ao determinar o seu cumprimento, não está criando nova política, mas alcançando direito público subjetivo ao jurisdicionado. Se a prestação não estiver entre as políticas do SUS, necessário distinguir se a sua recusa decorre de omissão legislativa ou administrativa, de decisão da administração de não fornecê-la ou de vedação legal a sua dispensação.

O segundo aspecto compreende a identificação da motivação para o não-fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS e sua ausência nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas. Se houver tratamento alternativo para a moléstia, deve ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS, sem deconsiderar-se "a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso".

Em terceiro lugar, não havendo tratamento na rede pública, necessário perquirir se a prestação postulada envolve tratamento experimental ou novo. Os tratamentos experimentais, feitos em laboratório ou centros médicos de ponta envolvem drogas que não foram aprovadas ou

avaliadas, não sendo possível obrigar o SUS a custeá-las. Quanto aos novos tratamentos, dificilmente a burocracia administrativa consegue acompanhar sua evolução, a aprovação é muito lenta, acabando por excluir o acesso de pacientes do SUS a tratamento há muito prestado pela iniciativa privada.

Conclui o Exmo. Relator, no referido julgamento, que "a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. No entanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão da medida cautelar".

O cotejo dos critérios acima com a situação concreta também autorizam a introdução do Tratumabe no tratamento do tipo de câncer vertido nos autos; trata-se de medicamento novo no âmbito do SUS, porém com registro na ANVISA (Herceptin), comprovadamente eficaz no combate à doença, não havendo substitutivo outro para o tratamento do câncer de mama que apresenta tumores com superexpressão do receptor HER2; constatação, aliás, não infirmada pelos agravados, e o SUS não disponibiliza tratamento adequado ao tipo de câncer em comento.

Diante de tais circunstâncias e atentando para as peculiaridades do instituto da suspensão da antecipação de tutela, que recomendem a medida em situações excepcionais, entendo não existir na hipótese vertente grave lesão à ordem ou à saúde públicas, devendo ser reformada a decisão recorrida.

Em face do exposto, voto no sentido de não conhecer do agravo da Defensoria Pública da União e dar provimento ao agravo do Ministério Público Federal.

Desembargador Federal LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO DE 26/05/2011
SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA Nº 0001633-14.2011.404.0000/SC
ORIGEM: SC 200972000117363

INCIDENTE : AGRAVO
RELATOR : Des. Federal VILSON DARÓS
PRESIDENTE : Des. Federal Vilson Darós
PROCURADOR : Dr. João Carlos de Carvalho Rocha
REQUERENTE : UNIÃO FEDERAL
ADVOGADO : Procuradoria-Regional da União
REQUERIDO : JUÍZO SUBSTITUTO DA 02A VARA FEDERAL DE FLORIANÓPOLIS
INTERESSADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
: DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAO
INTERESSADO : ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : Queila de Araujo Duarte Vahl

Certifico que o(a) CORTE ESPECIAL, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

INICIADO O JULGAMENTO, APÓS O VOTO DO DES. FEDERAL VILSON DARÓS, RELATOR, NÃO CONHECENDO DO AGRAVO INTERPOSTO PELA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, POR INTEMPESTIVO, E NEGANDO PROVIMENTO AO AGRAVO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, NO QUE FOI ACOMPANHADO PELOS DES. FEDERAIS ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO, MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE, TADAAQUI HIROSE, JOEL ILAN PACIORNIK E RÔMULO PIZZOLATTI, PEDIU VISTA O DES. FEDERAL LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON. AGUARDAM OS DES. FEDERAIS PAULO AFONSO BRUM VAZ, NÉFI CORDEIRO, CELSO KIPPER, LUÍS ALBERTO D AZEVEDO AURVALLE E RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA. AUSENTES, OCASIONALMENTE, POR MOTIVO JUSTIFICADO, OS DES. FEDERAIS MARGA INGE BARTH TESSLER, CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ E ALVARO EDUARDO JUNQUEIRA.

PEDIDO DE : Des. Federal LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON
VISTA
VOTANTE(S) : Des. Federal VILSON DARÓS
: Des. Federal ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO
: Des. Federal MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE
: Des. Federal TADAAQUI HIROSE
: Des. Federal JOEL ILAN PACIORNIK
: Des. Federal RÔMULO PIZZOLATTI
AUSENTE(S) : Des. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER
: Des. Federal CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ
: Des. Federal ALVARO EDUARDO JUNQUEIRA

Diana Vieira Mariani

Diretora Substituta de Secretaria

INCIDENTE : AGRAVO
RELATOR : Des. Federal VILSON DARÓS
PRESIDENTE : Des. Federal Marga Inge Barth Tessler
PROCURADOR : Dr(a) Maria Emília Corrêa da Costa
REQUERENTE : UNIÃO FEDERAL
ADVOGADO : Procuradoria-Regional da União
REQUERIDO : JUÍZO SUBSTITUTO DA 02A VARA FEDERAL DE
FLORIANÓPOLIS
INTERESSADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
: DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAO
INTERESSADO : ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : Queila de Araujo Duarte Vahl

Certifico que o(a) CORTE ESPECIAL, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

PROSSEGUINDO O JULGAMENTO, APÓS O VOTO-VISTA DO DES. FEDERAL LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON, NÃO CONHECENDO DO AGRAVO DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO E DANDO PROVIMENTO AO AGRAVO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, NO QUE FOI ACOMPANHADO PELA DES. FEDERAL SILVIA GORAIEB E PELOS DESEMBARGADORES FEDERAIS PAULO AFONSO BRUM VAZ, CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS, CELSO KIPPER E LUÍS ALBERTO D AZEVEDO AURVALLE, E DO VOTO DO DES. FEDERAL NÉFI CORDEIRO ACOMPANHANDO O RELATOR, A CORTE ESPECIAL, POR UNANIMIDADE, DECIDIU NÃO CONHECER DO AGRAVO DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO E, POR MAIORIA, DAR PROVIMENTO AO AGRAVO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, VENCIDOS PARCIALMENTE OS DESEMBARGADORES FEDERAIS VILSON DARÓS, RELATOR, ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO, MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE, TADAAQUI HIROSE, JOEL ILAN PACIORNIK, RÔMULO PIZZOLATTI E NÉFI CORDEIRO. LAVRARÁ O ACÓRDÃO O DES. FEDERAL LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON.

RELATOR : Des. Federal LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON
ACÓRDÃO : Des. Federal LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON
VOTO VISTA : Des. Federal LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON
VOTANTE(S) : Des. Federal PAULO AFONSO BRUM VAZ
: Des. Federal CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ
: Des. Federal NÉFI CORDEIRO
: Des. Federal VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS
: Des. Federal CELSO KIPPER
: Des. Federal LUÍS ALBERTO D AZEVEDO AURVALLE
: Des. Federal SILVIA GORAIEB

Maria Alice Schiavon- Diretora de Secretaria

4. RECURSO ESPECIAL. LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Processo: REsp 1106515 MG 2008/0259563-1

Processo:REsp 1106515 MG 2008/0259563-1
Relator(a):Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA
Julgamento:16/12/2010
Órgão Julgador:T1 - PRIMEIRA TURMA
Publicação:DJe 02/02/2011
Ementa

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ART. 134 DA CF. ACESSO À JUSTIÇA. DIREITO FUNDAMENTAL. ART. 5º, XXXV, DA CF. ARTS. 21 DA LEI 7.347/85 E 90 DO CDC. MICROSSISTEMA DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INSTRUMENTO POR EXCELÊNCIA. LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA RECONHECIDA ANTES MESMO DO ADVENTO DA LEI 11.448/07. RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICA DO DIREITO QUE SE PRETENDE TUTELAR. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A Constituição Federal estabelece no art. 134 que "A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV". Estabelece, ademais, como garantia fundamental, o acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF), que se materializa por meio da devida prestação jurisdicional quando assegurado ao litigante, em tempo razoável (art. 5º, LXXVIII, da CF), mudança efetiva na situação material do direito a ser tutelado (princípio do acesso à ordem jurídica justa).

2. Os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado Microsistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplos, com o qual se comunicam outras normas, como os Estatutos do Idoso e da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que visam tutelar direitos dessa natureza, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados para "propiciar sua adequada e efetiva tutela" (art. 83 do CDC).

3. Apesar do reconhecimento jurisprudencial e doutrinário de que "A nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais" (REsp 700.206/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 19/3/10), a ação civil pública é o instrumento processual por excelência para a sua defesa.

4. A Lei 11.448/07 alterou o art. 5º da Lei 7.347/85 para incluir a Defensoria Pública como legitimada ativa para a propositura da ação civil pública. Essa e outras alterações processuais fazem parte de uma série de mudanças no arcabouço jurídico-adjetivo com o objetivo de, ampliando o acesso à tutela jurisdicional e tornando-a efetiva, concretizar o direito fundamental disposto no art. 5º, XXXV, da CF.

5. In casu, para afirmar a legitimidade da Defensoria Pública bastaria o comando constitucional estatuído no art. 5º, XXXV, da CF.

6. É imperioso reiterar, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça, que a legitimatio ad causam da Defensoria Pública para intentar ação civil pública na defesa de interesses transindividuais de hipossuficientes é reconhecida antes mesmo do advento da Lei 11.448/07, dada a relevância social (e jurídica) do direito que se pretende tutelar e do próprio fim do ordenamento jurídico brasileiro: assegurar a dignidade da pessoa humana, entendida como núcleo central dos direitos fundamentais.

7. Recurso especial não provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves (Presidente), Hamilton Carvalhido, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro Relator.