



CENTRO UNIVERSITÁRIO DO ESTADO DO PARÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO, POLÍTICAS PÚBLICAS E DESENVOLVIMENTO
REGIONAL

LEONARDO FADUL PEREIRA

**IGUALDADE FORMAL E SEGURANÇA JURÍDICA NAS DECISÕES JUDICIAIS
EM AÇÕES COLETIVAS PARA FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS: UM
ESTUDO DE CASOS DA SEÇÃO JUDICIÁRIA FEDERAL DO ESTADO DO PARÁ**

BELÉM

2014

LEONARDO FADUL PEREIRA

**IGUALDADE FORMAL E SEGURANÇA JURÍDICA NAS DECISÕES JUDICIAIS
EM AÇÕES COLETIVAS PARA FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS: UM
ESTUDO DE CASOS DA SEÇÃO JUDICIÁRIA FEDERAL DO ESTADO DO PARÁ**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Programa de Pós-Graduação do Centro Universitário do Estado do Pará.

Orientador: Prof. Dr. José Henrique Mouta Araújo.

Co-orientador: Prof. Dr. Jean Carlos Dias.

BELÉM

2014

LEONARDO FADUL PEREIRA

**IGUALDADE FORMAL E SEGURANÇA JURÍDICA NAS DECISÕES JUDICIAIS
EM AÇÕES COLETIVAS PARA FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS: UM
ESTUDO DE CASOS DA SEÇÃO JUDICIÁRIA FEDERAL DO ESTADO DO PARÁ**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Programa de Pós-Graduação do Centro Universitário do Estado do Pará.

Banca Examinadora

Prof.Dr. José Henrique Mouta Araújo
Orientador-CESUPA

Prof.Dr. Beclaute Oliveira Silva
Membro titular- Faculdade de Direito de Alagoas - UFAL

Prof.Dr. Jean Carlos Dias
Membro titular-CESUPA

Apresentado em: 28/11/2014

Conceito: Aprovado.

À minha amada mãe pelo exemplo de pessoa, pelos valores que me ensinou e pelas referências de exatidão que estão presentes em minha vida.

Ao meu filho Rafael fonte da minha paz e da minha alegria que torna os meus dias mais leves.

AGRADECIMENTOS

À minha família, por todo o apoio e o suporte que representa em minha vida, em especial a minha mãe pelo incentivo dado durante o curso, pois sem o seu apoio seria muito difícil vencer esse desafio.

Ao Professor Orientador José Henrique Mouta Araújo pelo debate e pela contribuição com seu conhecimento e experiência para o trabalho.

Ao curso de Pós-Graduação do CESUPA e aos professores pela dedicação na transmissão do conhecimento.

Aos meus colegas de sala, que tornaram a caminhada no curso um lugar descontraído e leve, propiciando um enriquecimento acadêmico.

À querida Juliana pelo o amor e pelo carinho durante a realização desse trabalho.

Aos Magistrados Federais Rafael Lima da Costa, Hind Ghassan Kayath e José Flávio Fonseca de Oliveira pela contribuição ao trabalho.

Ao acadêmico Victor Russo pela ajuda durante as pesquisas do trabalho.

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Rui Barbosa (1997).

RESUMO

Os direitos fundamentais sociais estão na Constituição Federal de 1988, tendo sua fundamentalidade assegurada através da positivação e da relação com os valores e com os objetivos inseridos no texto constitucional para o atendimento do princípio da dignidade da pessoa humana. São normas que estabelecem obrigações à prestação material por parte do Estado e estão expressas em um sentido principiológico. A igualdade formal e a segurança jurídica são valores inseridos no texto constitucional deve ser o norte na realização dos direitos sociais pelo Poder Público quando os indivíduos estiverem em uma mesma posição jurídica, impedindo tratamento desigual. A saúde como direito inerente a cidadania é indispensável a uma vida digna e dentro da assistência integral a proteção a vida estão os medicamentos, que são essenciais à cura e à recuperação do ser humano a ser prestados pelo Estado como direito social obrigacional. Esse estudo tem como objetivo demonstrar o tratamento desigual que é dado ao indivíduo e ao coletivo em determinadas decisões judiciais em ações coletivas para fornecimento de medicamentos na Seção Judiciária Federal do Estado do Pará. A técnica de pesquisa utilizada foi a de estudo de casos, constituindo-se de ações coletivas que tramitam na Seção Judiciária Federal do Estado do Pará, no período de 2011 a 2014. O resultado do trabalho demonstrou que houve violação parcial ao direito fundamental social à assistência terapêutica nas decisões judiciais analisadas. Concluiu-se que do ponto de vista do equilíbrio nas decisões judiciais, o direito fundamental social ao fornecimento de medicamentos foi respeitado parcialmente, isto é, apenas sobre a ótica processual individualista, mas não transcenderam para além da pessoa considerada isoladamente, alcançando a coletividade que, segundo os preceitos constitucionais sobre direitos fundamentais.

Palavras-Chave: Direito fundamental social à saúde. Acesso ao medicamento. Igualdade formal e segurança jurídica. Poder Judiciário. Ações coletivas.

ABSTRACT

The social rights are in the 1988 Constitution and they are fundamentally ensured by the positive provision and the relation to the constitutional value and objectives to attend the human dignity principle. Formal equality as a constitutional value must be the way to accomplish social rights by the Government. When individuals are of the same judicial position, they must avoid unequal treatment. Public health is a citizen right and it is necessary for a good life, which includes medicament treatment. It is essential for the human cure and recovery to be offered by the Government as a social right obligation. The present study attempts to demonstrate the unequal treatment between the individual and the collective in some judicials decisions in medicaments class action in the Federal Judiciary Section of the State of Para. The technical for this research were to study cases from this particularly Federal Justice that involved medicaments class action during the years of 2011 through 2014. The results brought that the judicials decisions researched partially violated the fundamental social right to remedy assistance. In conclusion, from the point of view of the judicials decisions balance, the social fundamental right to remedy assistance were partially respected when provided it to an individual, but not respected this right when did not provided it to the collective, according to the constitutional positive prescription about the fundamentals rights.

Key words: Social right to public health. Medicament access. Formal equality and legal certainty. Judiciary. Class action.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACP	-	Ação Civil Pública
<i>Caput</i>	-	Cabeça do artigo de lei
CF	-	Constituição Federal
CJF	-	Conselho de Justiça Federal
COMARE	-	Comissão Técnica e Multidisciplinar de Atualização do RENAME
INAMPS	-	Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social
HUJBB	-	Hospital Universitário João de Barros Barreto
HIV	-	Vírus de imunodeficiência humana
NOAS	-	Norma Operacional da Assistência à Saúde
NOB	-	Normas Operacionais Básicas
OMS	-	Organização Mundial da Saúde
RENAME	-	Relação Nacional de Medicamentos Essenciais
SBPT	-	Sociedade Brasileira de Pneumologia e Tisiologia
STA	-	Suspensão de Tutela Antecipada
STF	-	Supremo Tribunal Federal
SUDS	-	Programa de Desenvolvimento de Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde nos Estados
SUS	-	Sistema Único de Saúde
TRF 1 ^a	-	Tribunal Regional Federal 1 ^a Região

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
CAPITULO 1-ASPECTOS TEÓRICOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	15
1.1 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: APROXIMAÇÃO CONCEITUAL.....	15
1.2 DIMENSÕES SUBJETIVA E OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	18
1.3 FUNÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PERANTE O ESTADO.....	22
1.4 A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	24
1.5 A EFETIVAÇÃO E A APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	26
1.6 A ÉGIDE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	32
1.6.1 Direitos Sociais	34
CAPÍTULO 2-A IGUALDADE FORMAL E A SEGURANÇA JURÍDICA: A PERSPECTIVA DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	38
2.1 BASE TEÓRICA DO CONCEITO DE IGUALDADE.....	38
2.2 PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS: A ESTRUTURA DAS NORMAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	42
2.3 IGUALDADE COMO PRINCÍPIO.....	46
2.4 A IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	49
2.5 IGUALDADE FORMAL	52
2.5.1 Definição de possíveis critérios objetivos da igualdade formal	55
2.6 SEGURANÇA JURÍDICA E AS DECISÕES JUDICIAIS.....	59
CAPITULO 3- BREVE EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE SAÚDE, O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE, O ACESSO AO MEDICAMENTO E O JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DESSE DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL	64
3.1 BREVE EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE SAÚDE	64
3.2 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE.....	66
3.3 O MEDICAMENTO COMO BEM ESSENCIAL	72

3.4	O DEVER DO ESTADO AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO.....	75
3.5	O PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO	79
3.5.1	A efetividade da assistência terapêutica em ações coletivas.....	83
4	ANÁLISE	91
4.1	RESULTADOS.....	93
4.1.1	Ação Civil Pública n. 34365-69.2011.4.01.3900	93
4.1.2	Ação Civil Pública n. 9692-41.2013.4.01.3900	98
4.2	DISCUSSÃO.....	101
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	111
	REFERÊNCIAS.....	115
	ANEXO A- AÇÃO CIVIL PÚBLICA N. 34365-69.2011.4.01.3900 LIMINAR DEFERIDA NO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO	123
	ANEXO B- AÇÃO CIVIL PÚBLICA N. 9692-41.2013.4.01.3900 LIMINAR DEFERIDA	131
	ANEXO C- AÇÃO CIVIL PÚBLICA N. 34365-69.2011.4.01.3900 LIMINAR INDEFERIDA NA 5ª VARA FEDERAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO PARÁ.....	137

1 INTRODUÇÃO

O direito à saúde faz parte do direito fundamental do homem, isto significa que o Estado deve garantir condições de uma vida digna e de acesso universal e igualitário as ações de promoção, de proteção e de recuperação da saúde a todos aqueles habitantes do território que necessitem da prestação positiva.

A partir da ideia de igualdade formal exposta no artigo 5º da Constituição Federal, o legislador constituinte originário, criou o Sistema Único de Saúde - SUS (artigo 198 CF), introduzindo a noção de seguridade social, desvinculada do processo produtivo e das condições econômicas da população. O modelo de proteção abrangente, justa, equânime e democrática, garante a igualdade de acesso a todas as ações públicas de saúde, como direito fundamental, disponibilizando tudo que garanta a integralidade da assistência, condicionada à viabilidade técnica, científica, epidemiológica, ética e igualitária, como protocolos, regulamentos, incorporação de tecnologias e outros recursos capazes de atender as necessidades humanas básicas.

O sistema de proteção à saúde tem como características essenciais à regionalização (cada ente federativo conhece bem sua peculiaridade) e à descentralização das atribuições para que o sistema funcione harmonicamente.

Regionalizar implica um melhor conhecimento por parte de estados e municípios, dos problemas sociais e de saúde de suas localidades para que se possa então implementar uma política de saúde condizente. Quem passa a decidir as prioridades de cada região é o gestor, que leva em consideração as características geográficas, o fluxo da demanda, o perfil epidemiológico, a oferta de serviços e as necessidades expressas pelos usuários.

A descentralização da atenção à saúde, além de significar a possibilidade de se elaborarem projetos mais condizentes e compatíveis com a realidade local, permite a efetiva participação da comunidade de interferir na concepção do sistema, na sua implementação, no seu funcionamento, na aplicação dos recursos e na avaliação dos seus resultados.

Apesar do inegável avanço da Saúde no Brasil, ainda é um grande desafio para o Estado, no que diz respeito à melhoria das políticas social e econômica, reduzir os riscos de doenças e outros agravos, assegurando o acesso universal e

igualitário às ações e aos serviços, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde.

No tocante à recuperação da saúde o cidadão tem o direito de obter do serviço público após o diagnóstico, o encaminhamento a serviços especializados e a atenção terapêutica medicamentosa de acordo com as suas necessidades. O direito de acesso a esses medicamentos deve ser integral e garantido em todos os níveis de atenção às ações públicas de saúde, para que não haja descumprimento das normas constitucionais e os princípios que são os pilares do SUS.

Contudo, a dificuldade do SUS em garantir a proteção das políticas públicas de saúde à sociedade traçadas na Constituição e na Legislação, tem levado a população ao Judiciário brasileiro pleiteando prestações positivas de saúde, dentre essas a de fornecimento de medicamentos necessários à recuperação e à manutenção da saúde.

As ações judiciais para fornecimento de medicamento são baseadas em dispositivos constitucionais e em leis infraconstitucional que buscam garantir a efetividade desse direito fundamental, que é individual e é coletivo.

No entanto, a obtenção de decisões judiciais para fornecimento de medicamentos de forma singular ao indivíduo em oposição à coletividade, até mesmo em ações judiciais coletivas podem levar a exclusão social, ferindo o princípio de equidade postulado no Sistema Único de Saúde.

As decisões judiciais que adjudiquem os bens sociais em maior número a um indivíduo podem causar desigualdades, tratando de forma discriminatória pessoas em igualdade de condições perante a lei e, também, causando instabilidade na segurança jurídica no Estado de Direito.

Do ponto de vista jurídico, a justiça e a adequação da medida são importantes elementos que visam resguardar o direito fundamental à saúde, promovendo a igualdade entre todos, isto é, quando decisões judiciais não atendem a justiça social, a partir de critérios objetivamente considerados, é possível a existência de decisões que tratem os cidadãos de maneira distintas, pois através do Poder Judiciário procura-se agregar valores direcionados a todos e não apenas ao próprio sujeito. A necessidade individual não dispensa a perspectiva geral, para que o interesse de todos não seja sacrificado pelo interesse do indivíduo.

Vantagens pessoais que alcancem o sujeito isoladamente conspiram desfavoravelmente ao sentido de justiça social. A decisão judicial deve alcançar a perspectiva coletiva que atenda o bem comum e não apenas o interesse individual.

Assim, como conceber que determinadas decisões judiciais em ações coletivas para fornecimento de medicamentos possam gerar tratamento desigual entre a coletividade e o indivíduo para aquisição do direito fundamental à saúde?

O desejo acadêmico para a realização dessa pesquisa encontrou importância não só na atualidade do tema, mas por se apresentar como questão de relevância relacionada à igualdade e à segurança jurídica para a concretização do direito fundamental social à saúde em decisões judiciais nas ações coletivas para fornecimento de medicamentos e, também, em decorrência da atividade profissional exercida pelo pesquisador, próxima à Justiça Federal, que se depara com provimentos dessa natureza.

Nessa concepção, o presente trabalho tem como objetivo geral demonstrar o tratamento desigual que é dado ao indivíduo e ao coletivo em determinadas decisões judiciais em ações coletivas na Seção Judiciária Federal do Estado do Pará.

Os objetivos específicos do trabalho são: a) investigar as decisões judiciais em ações coletivas para fornecimento de medicamentos na Seção Judiciária Federal do Estado do Pará; b) mostrar os provimentos judiciais que violam o direito fundamental à saúde, ferindo a igualdade formal e a segurança jurídica; e c) abordar através da literatura os direitos fundamentais, o princípio da igualdade, a segurança jurídica, a saúde como cidadania, o papel do judiciário e o microsistema coletivo.

O objeto de conhecimento se fundamenta nas seguintes questões: 1) as decisões judiciais para fornecimento de medicamentos atendem o direito a integralidade da assistência terapêutica que faz jus a população? 2) a assistência terapêutica garantida como direito universal e gratuito através de ações judiciais atendem a todos de forma indistinta? 3) existem critérios objetivos e razoáveis utilizados nas decisões judiciais que diferenciam a decisão individual e a decisão coletiva? 4) de que forma o tratamento desigual nas decisões judiciais analisadas violam o direito fundamental à saúde? 5) as decisões judiciais se adequam processualmente aos pedidos feitos nas ações coletivas?

Foi realizada pesquisa na literatura brasileira e estrangeira no intuito de subsidiar o estudo e compreender a repercussão social das decisões judiciais.

Assim, o capítulo inicial abordará a aproximação do conceito de direitos humanos e fundamentais, as dimensões, as funções, a fundamentalidade, a efetividade e a aplicabilidade, a égide dos direitos fundamentais na Constituição Federal com ênfase aos direitos sociais.

O segundo capítulo apontará a base teórica do princípio da igualdade, a estrutura das normas constitucionais, a igualdade como princípio, a igualdade na Constituição Federal de 1988, sob a perspectiva formal e a definição dos critérios objetivos na igualdade formal que possivelmente delimitam tratamentos desiguais no caso concreto, além da segurança jurídica como princípio.

O terceiro capítulo tratará da evolução do conceito de saúde, do modelo de saúde no Brasil com a implementação do Sistema Único de Saúde, do dever do Estado em prestar a terapia medicamentosa àqueles que buscam ajuda, da atuação do Poder Judiciário na prestação material ao medicamento ante a dificuldade do SUS e da procura pelos indivíduos desse tratamento para a recuperação terapêutica, além do microssistema processual coletivo.

Para a realização do presente estudo a técnica de pesquisa utilizada foi a de estudo de casos, a partir da análise de processos em tramitação na 1^a, na 2^a e na 5^a Varas Federais da Seção Judiciária Federal do Estado do Pará⁴, únicas com competência cível, excluídas as Varas do Juizado Especial Federal, dentre as doze existentes, no período de 2011 a 2014.

Em relação a ações coletivas que envolvessem o fornecimento de medicamentos foram selecionados os processos que se aproximaram do objeto da pesquisa.

O estudo de casos será realizado através da análise e da discussão dos casos de acordo com os objetivos estabelecidos por esse estudo, com fins de agrupamento das ideias e interpretando-os a luz do referencial teórico.

¹ Competência cível definida pela Lei Federal n. 5010/67 com implantação através do Decreto-Lei n. 253/67.

² Competência cível definida pela Lei Federal n. 7.178/83 com implantação através do Provimento CJF n. 264/84

³ Competência cível definida pela Lei Federal n. 8.251/91 com implantação pela Resolução TRF 1^a Região n. 12/94. Vara passa a ter competência cível geral, de acordo com o artigo 4^o § 2^o da Portaria n. 200/2010, alterada pela Portaria n. 229/2010 (ambas alteradas pela Portaria n. 369/2010), e por Portaria 491/2011.

⁴ Informações extraídas do sítio do Tribunal Regional Federal da 1^a Região através do link: http://portal.trf1.jus.br/data/files/09/B6/08/D7/5500541039EEFD44F42809C2/Legisla_o%20Varas_2014-03-26.pdf. Acessado em 06 de março de 2014.

CAPITULO 1 – ASPECTOS TEÓRICOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

1.1 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: APROXIMAÇÃO CONCEITUAL.

Os direitos humanos e os direitos fundamentais foram construídos sob a égide de um conjunto de direitos indispensáveis à defesa da dignidade humana. São direitos exigíveis do Estado que podem ser obtidos de forma individual ou coletivamente.

Dessa forma, entende-se que os direitos humanos são assegurados pelo Estado no sentido de proteger e garantir via ordenamento jurídico, as condições mínimas para manter a vida, a integridade, a dignidade da pessoa humana e a liberdade do indivíduo.

Os direitos humanos são instrumentos internacionais escritos que reúnem um conjunto de direitos que visam à proteção do ser humano. Mas, também, outros direitos que, mesmo não escritos em convenções e declarações, subsidiam elementos para assegurar as liberdades, a igualdade e a dignidade da pessoa humana.

São decorrentes do reconhecimento da dignidade intrínseca a todo ser humano. Independem do reconhecimento formal dos poderes públicos – por isso são considerados naturais ou acima e antes da lei, embora devam ser garantidos por esses mesmos poderes (BORGES, 2006).

A partir dessa premissa, pode-se dizer que os direitos humanos são aqueles comuns a todos os seres humanos, sem distinção de raça, sexo, classe social, religião, etnia, cidadania política ou julgamento moral, estando inseridos em instrumentos internacionais, garantidos ou não no âmbito interno dos Estados.

Luño Perez (1998, p.46) qualifica direitos humanos:

Os direitos humanos são entendidos com um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências. O papel das políticas públicas na efetividade dos direitos humanos fundamentais de 2ª dimensão da dignidade, da liberdade e da igualdade humana, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional.

Brito Filho (2004, p. 37) define direitos humanos como: “o conjunto de direitos necessários à preservação da dignidade da pessoa humana”. Nessa concepção, o conjunto de direitos e garantias do ser humano tem por finalidade

básica o respeito à dignidade humana, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, visando o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

Esse conjunto de proteção, também, pode ser definido como direitos humanos fundamentais, conforme se extrai da lição de Sarlet (2001, p. 32)

Além dos aspectos já considerados, importa consignar, todavia, que os direitos humanos e os direitos fundamentais compartilham de uma fundamentalidade pelo menos no aspecto material, pois ambos dizem com o reconhecimento e proteção de certos valores, bens jurídicos e reivindicações essenciais aos seres humanos em geral ou aos cidadãos de determinado Estado, razão pela qual se poderá levar em conta tendência relativamente recente na doutrina, no sentido de utilizar a expressão 'direitos humanos fundamentais', terminologia que abrange as esferas nacional e internacional de posituação.

Portanto, a denominação direitos humanos fundamentais procura abraçar a ideia de proteção desses direitos independente do plano (nacional ou internacional) em que estejam situados e, principalmente, porque se traduzem na garantia do princípio da dignidade humana.

Essa definição é importante, pois relaciona os direitos humanos fundamentais sobre duas óticas: a primeira, com a garantia de não ingerência do Estado na esfera individual; e, também, considera a consagração da dignidade humana, tendo um reconhecimento universal por parte da maioria dos Estados, seja em nível constitucional, infraconstitucional, seja em nível de direito consuetudinário ou mesmo por tratados e convenções internacionais para assegurar a dignidade humana.

Brito Filho (2004, p. 35) apresenta a seguinte observação: "direitos fundamentais devem ser considerados como os reconhecidos pelo Estado, na ordem interna, como necessários à dignidade da pessoa humana".

O autor reconhece que a distinção entre direitos humanos (esses considerados como gênero) e os direitos fundamentais como direitos humanos materializados não pode ser enfrentada como se fosse uma relação hierarquizada. Destaca, ainda, que os direitos fundamentais são direitos reconhecidos no plano interno e que tem a eficácia de produzir os mesmos efeitos dos direitos humanos no plano internacional.

Dessa forma, os conceitos de direitos humanos e de direitos fundamentais antes de mais nada se aproximam no sentido de viabilizar a proteção da dignidade

da pessoa humana. Não são direitos sobrepostos ou hierarquizados, são garantias materializadas no âmbito internacional através de documentos escritos e no plano interno se revelam como primado de uma Constituição que tem por fim respeitar a evolução do ser humano como sujeito de direitos fundamentais.

Nesse sentido, Perez Luño (1998, p. 44) diferencia o conceito de direitos humanos e de direitos fundamentais:

Assim, se tem insistido na propensão doutrinal e normativa em se reservar o termo 'direitos fundamentais' para designar os direitos positivados a nível interno, enquanto que a fórmula 'direitos humanos' seria a mais usual para denominar os direitos naturais positivados nas declarações e convenções internacionais, assim como aquelas exigências básicas relacionadas com a dignidade, liberdade e igualdade da pessoa que não tem alcançado um estatuto jurídico positivo.

Importante ressaltar que os direitos fundamentais devem seguir dois critérios formais para a sua caracterização são: os direitos nomeados e especificados no instrumento constitucional; e, os que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança, seja por serem imutáveis, seja por terem suas mudanças permitidas apenas por emenda constitucional.

Não há uma significativa diferenciação entre direitos humanos e fundamentais, considerando que o sujeito da proteção de ambos será o ser humano. Os direitos fundamentais referem-se aos direitos positivados na esfera do direito constitucional, já a expressão direitos humanos relaciona-se com os documentos de direito internacional, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional.

Importante frisar que divergências existem, mas são acadêmicas e servem para estabelecer dois marcos importantes: os direitos humanos situam-se no plano internacional e são universais; e, os direitos fundamentais são aqueles reconhecidos no plano interno que garantem a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana, impondo ao Estado uma abstenção e, também, obrigando o Poder Público a prestações positivas.

Diante dessas premissas, por suas dimensões subjetiva e objetiva os direitos fundamentais são diretrizes normativas utilizadas no campo da saúde, objeto desse trabalho, haja visto ser um direito de cidadania e dever do estado previsto na Constituição Federal de 1988.

1.2 DIMENSÕES SUBJETIVA E OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Os direitos fundamentais subjetivos surgiram como uma defesa do indivíduo perante o Estado, no que se refere a não interferência estatal, separavam a sociedade e o próprio Estado como realidades distintas. O escopo da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, concebidos à época da teoria liberal, era de salvaguardar a sociedade da interferência indevida do Estado na esfera de liberdade do indivíduo.

Portanto, sob a ótica da dimensão subjetiva, os direitos fundamentais são direitos individuais que reconhecem aos titulares um dever de exigir do Estado um comportamento de não interferir ou de abstenção em relação ao cidadão. Os titulares impõem interesses próprios sobre o Estado a fim de obrigá-lo a um não fazer.

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, por sua vez, quando apenas analisada do ponto de vista do indivíduo, completa somente a ideia de direito subjetivo, centrado na noção da prerrogativa do indivíduo realizar seus interesses através de uma norma jurídica que o ordenamento jurídico reconhece.

Sobre essa ótica individualista apresentada, Andrade (1976) esclarece que a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais possui as seguintes características: individualidade, universalidade, permanência e fundamentalidade.

Os direitos fundamentais são considerados sobre o aspecto da individualidade, porque se referem aos seres humanos individualmente considerados. Isso significa dizer que apesar de haver situações em que não se ligam apenas a um indivíduo, são, também, direitos individuais, baseados na dignidade humana, que considera a individualização da pessoa.

A universalidade como predicado dos direitos fundamentais empresta a tais direitos a qualidade de direitos de igualdade, ou seja, são direitos que não valem apenas para alguns indivíduos, mas, também, para a coletividade.

Por permanência, os direitos fundamentais são aqueles que se perpetuam no tempo, não tem prazo de validade na ordem jurídica as quais são instituídos, podendo vigor desde que seja o desejo da coletividade.

Finalmente, a fundamentalidade que na explicação de Andrade (1976, p. 136) significa que

Os direitos fundamentais têm de ser, ainda, como o nome exige, fundamentais. Referimo-nos aqui, naturalmente, à fundamentalidade do ponto de vista substancial, que corresponde à sua importância para a salvaguarda da dignidade da pessoa humana num certo tempo e lugar, definida, por isso, de acordo com a consciência jurídica geral da comunidade.

Apesar da dimensão subjetiva ter destaque e relevância jurídica para a explicação dos direitos fundamentais, esta não comporta satisfatoriamente todas as explicações sobre as consequências jurídicas decorrentes desses direitos.

Assim, apesar das bases teóricas e das finalidades dos direitos fundamentais estarem diretamente relacionadas a uma dimensão subjetiva, destaca-se que esses direitos possuem também uma dimensão objetiva em face dos axiomas constitucionais, cabendo ao Estado observar esses direitos, bem como impondo a coletividade o respeito.

A partir dessa constatação, impende destacar que o direito objetivo é dito como conjunto de normas de conduta que devem ser observadas por todos, individual e coletivamente, caracterizando-se como o poder de fazer algo.

Sarlet (2005, p. 14) esclarece que

(...) ficando consignado que os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos. Pela dimensão objetiva, os direitos fundamentais são normas negativas direcionadas ao Estado. Para o indivíduo é concedido liberdade de ação a partir daquilo que é extraído do Poder Público.

Sarlet (2005, p. 15), também, escreve que

Desde já, percebe-se que, com o reconhecimento de uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, não se está fazendo referência ao fato de que qualquer posição jurídica subjetiva pressupõe, necessariamente, um preceito de direito objetivo que a preveja. Assim, podemos partir da premissa de que ao versarmos sobre uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não estamos considerando esta no sentido de um mero “reverso da medalha” da perspectiva subjetiva. A faceta objetiva dos direitos fundamentais significa, isto sim, que às normas que prevêm direitos subjetivos é outorgada função autônoma, que transcende esta perspectiva subjetiva, e que, além disso, desemboca no reconhecimento de conteúdos normativos e, portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais.

Tem-se, portanto, que o direito fundamental subjetivo caracteriza-se como valores assegurados e como desdobramento da perspectiva jurídico-objetiva, das normas negativas para o poder público, no que tange ao status fundamental da liberdade e da igualdade da pessoa.

Mesmo diante desse efeito, outros efeitos jurídicos podem surgir como desdobramentos dos direitos fundamentais, a partir da discussão da ótica jurídico-objetiva, para imprimir mais eficácia jurídica.

Como primeiro desdobramento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, tem-se o reconhecimento da função de garantidora para todo o ordenamento jurídico. Isto significa dizer que, os direitos fundamentais se irradiam para o Estado e para a sociedade, promovendo obrigações e garantindo a efetividade dos valores constitucionais reconhecidos.

Assim, as normas que definem os direitos fundamentais passam a ir mais além do aspecto subjetivo, sendo obrigatórias e irradiantes para o Poder Público e a sociedade como sujeitos desses direitos, como funções reguladoras dos direitos individuais contra o arbítrio do Estado.

Outro desdobramento do aspecto da dimensão objetiva dos direitos fundamentais está em ensejar um dever de proteção pelo Estado dos direitos fundamentais contra agressões dos próprios poderes públicos, de particulares ou de outros Estados.

Portanto, isto cria um direito à prestação relacionado ao direito de defesa, permite aos órgãos políticos usar de medidas que julgarem mais convenientes para proteger os bens jurídicos abrigados pelas normas definidoras de direitos fundamentais, levando em consideração os meios disponíveis, os interesses envolvidos e as prioridades políticas. Legitima o Estado a restringir direitos subjetivos individuais, a fim de preservar o interesse a comunidade, não olvidando, contudo, a obrigação de preservar aquele núcleo intangível dos direitos restringidos.

Por fim, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais fornece parâmetros para a formulação e instituição de órgãos estatais, com fins de promoção e realização dos direitos fundamentais.

Para corroborar a ideia acima, Hesse (1998, p. 228-229) afirma que:

O significado objetivo dos direitos fundamentais é reconhecido “para garantias, que não contém, em primeiro lugar, direitos individuais, ou, que em absoluto, garantem direitos individuais, não obstante estão, porém, incorporados nos catálogos de direitos fundamentais.

Além disso, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais está relacionada ao Estado Democrático de Direito, em que as constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam, conforme se extrai do pensamento de Maders (2010, p. 26).

Quando assume a forma democrática, o Estado de Direito objetiva a igualdade de maneira a não somente limitar a ação estatal para evitar abusos, mas para transformar a comunidade. A lei, no Estado Democrático de Direito, não é mais tida com um caráter de sanção ou promoção, mas de re-estruturação das relações sociais. Por isso se diz que o Estado Democrático de Direito agrega novas características ao núcleo liberal acrescido da questão social, pois visa a efetivar a igualdade substancial dos cidadãos, garantindo-lhes condições mínimas de vida.

Canotilho (1993), ao comentar sobre a Constituição Federal de 1988, discorre que a denominação de Estado Democrático de Direito não foi questão meramente terminológica. Houve a preocupação em qualificar o Estado de Direito em democrática para que não se deixasse a Carta Constitucional com aspecto puramente formal, até mesmo contrária a democracia.

Qualificar com o termo democrático o Estado de Direito implica que além de uma democracia formal, haverá uma democracia material assentada na ideia de igualdade, que exigem prestações positivas do Estado.

Feitas essas constatações, cumpre traçar a linha que divide as dimensões objetivas e subjetivas dos direitos fundamentais, seguindo o pensamento de Steinmtz (2001, p. 38).

A vinculação aos direitos fundamentais tem dupla dimensão: primeiramente, é uma vinculação negativa, porque o legislador não poderá intervir nos direitos fundamentais, restringindo-os, ou autorizar que um outro poder público intervenha (Executivo e Judiciário), sem fundamento constitucional; e, depois, é uma vinculação positiva, porque cabe ao legislador criar as estruturas normativas configuradoras, reguladoras, procedimentais, organizatórias para a plena eficácia dos direitos fundamentais. A vinculação negativa fundamenta-se na dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, enquanto uma esfera individual livre de ingerência estatal, exceto em hipótese justificada constitucionalmente. A vinculação positiva funda-se na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, obrigando o legislador a tomar providências que garantam a vigência e a eficácia ótima desses direitos.

Esse dever de proteção se mostra associado, porém não exclusivamente, aos direitos à vida, à liberdade e à integridade física, sendo que o Estado deve

adotar medidas – incluindo de ordem penal – que protejam efetivamente os direitos fundamentais.

Correspondem, portanto, a proteção efetiva dos direitos fundamentais na ordem jurídica estabelecida no Estado, em que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais fornece a força normativa suficiente para que as prestações positivas do Poder Público sejam asseguradas, bem com os efeitos jurídicos, dando plena eficácia a esses direitos como dever estatal.

Cumprir ressaltar que a perspectiva subjetiva não está pautada somente em uma perspectiva de troca com a dimensão jurídicos-subjetiva, pois aquela concede ao cidadão o poder de decidir e de agir por existir independentemente da dimensão objetiva, tratando de assegurar a normatividade e a efetividade aos direitos fundamentais como função autônoma.

A partir dessas constatações, pode-se dizer que as duas dimensões dos direitos fundamentais garantem que a posição que o sujeito de direito ocupa, lhe assegura a proteção estatal, pelo menos é essa expectativa que se tem no Estado Democrático de Direito, em face da valorações desses direitos. A função deles é estabelecer um conjunto de mandamentos que criam deveres negativos e positivos ao Poder Público em respeito à dignidade da pessoa humana.

Assim, a existência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é a tradução dos efeitos jurídicos dos direitos fundamentais que estão além do aspecto subjetivo, cabendo ao Estado o seu cumprimento e ao cidadão, na falta deste, o dever de exigir a execução do direito fundamental.

1.3 FUNÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PERANTE O ESTADO

Em uma concepção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos que tem como objetivo garantir a dignidade da pessoa humana desempenham eles diversas funções na sociedade, onde, merece destaque, a função de defesa ou de liberdade e a função de prestação.

Observar-se que as funções múltiplas desempenhadas pelos direitos fundamentais não permitem uma classificação unívoca. Assim, as espécies de direitos fundamentais mais frequentemente assinaladas são: direitos de defesa (ou direitos de liberdade) e direitos à prestação (ou direitos cívicos).

Jellinek (2002) apresenta a teoria do *status*, em que os direitos fundamentais garantem ao indivíduo quatro posições jurídicas diversas face ao Estado, posições essas que denominou de *status*.

O *status* negativo liga-se à esfera de liberdade, através da satisfação dos interesses dos indivíduos. Sob esse prisma, as ações são livres por não estarem disciplinadas ou proscritas. De acordo com o *status* positivo, ao indivíduo é atribuído capacidades jurídicas para demandar do Estado prestações positivas em face do cidadão.

Para o *status* passivo, o indivíduo está em posição de sujeição frente ao Estado, encontrando-se em uma situação em que deve cumprir com determinadas obrigações. E, por fim, o *status* ativo, em que o cidadão pode participar do Estado através de alguma competência recebida.

Essa teoria dos quatro *status* de Jellinek foi sofrendo depurações ao longo dos anos. Para Andrade (1976, p. 68), o *status* negativo, pode ser compreendido como direitos de defesa ou de liberdade que impõe ao Estado um dever de abstenção, isto é,

Significa dever de não-interferência ou de não-intromissão, respeitando-se o espaço reservado à autodeterminação do indivíduo; nessa direção, impõe-se ao Estado a abstenção de prejudicar, ou seja, o dever de respeitar os atributos que compõem a dignidade da pessoa humana.

Para Canotilho (1993, p. 541), os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos em uma dupla perspectiva:

(1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Ekmekdjian (1993), reitera que o homem, predestinado a viver em companhia de outros homens, deve fazer concessão de parte de sua liberdade primitiva, a fim de viver em sociedade. Essas “liberdades” individuais cedidas, se unificam, transformando-se em poder, o qual passa a ser exercido por representantes dos indivíduos.

Assim, o poder e a liberdade acabam sendo fenômenos sociais contraditórios, que podem se anular-se reciprocamente, de modo que ao Direito

cabe uma regulamentação visando pedir tanto a anarquia quanto à arbitrariedade, garantindo a segurança jurídica nas relações sociais.

Nesse contexto, surge a Constituição Federal, a qual veio para organizar a forma de Estado e os poderes que vão exercer as funções estatais, e da mesma forma consagra os direitos fundamentais que devem ser exercidos pelos indivíduos, inclusive contra eventuais ilegalidades e arbitrariedades cometidas pelo próprio Estado, consagrando a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, a constitucionalização dos direitos fundamentais não se limitou somente a uma enunciação formal de princípios, porém representou a plena positivação de direitos, garantindo assim que qualquer indivíduo pode exigir sua tutela diante do Poder Judiciário a fim de fazer prevalecer os fundamentos democráticos.

Desse modo, a pilastra-mestra na construção de um Estado Democrático de Direito, que visa a garantia de igualdade substancial dos cidadãos, é o respeito aos direitos fundamentais, especialmente pelas autoridades públicas. A previsão dos direitos fundamentais volta-se basicamente para a proteção à dignidade humana em seu sentido mais amplo e sua funcionalidade na defesa dos cidadãos.

Portanto, cabe ao Estado além do dever de não interferência na esfera da liberdade individual, assegurada pelos direitos de defesa, a obrigação de dispor de meios materiais para sua concretização e no campo fático condições que viabilizem o exercício efetivo dessas liberdades fundamentais.

Esses direitos a uma prestação positiva visam, também, a liberdade do cidadão através do Estado, considerando que a continuidade e a manutenção da sua liberdade estão adstritas a uma posição ativa do Poder Público, como previsto na Magna Carta.

1.4 A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Sobre a fundamentalidade dos direitos em estudo observa-se uma distinção dos direitos fundamentais em formalmente constitucionais e materialmente fundamentais.

A fundamentalidade formal alcança todos os direitos reconhecidos e consagrados pela Constituição, já que são enunciados em normas positivadas sob a

forma constitucional. A Constituição Federal dispõe no artigo 5º, § 1º que esses direitos têm aplicação imediata. Nesse sentido, Sarlet (2009, pp. 74/75) destaca que

a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, de tal sorte que – nesse sentido – se cuida de direitos de natureza *supralegal*; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF) [...]; c) por derradeiro, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, § 1º, da CF).

A Constituição Federal de 1988 reconhece a fundamentalidade de direitos fundamentais que não estejam previstos no seu texto, conforme dispõe o artigo 5º, § 2º, impondo ao Estado a sua efetividade e aplicabilidade na mesma proporção daqueles que são admitidos e positivados no texto constitucional.

Inobstante não necessariamente ligada à fundamentalidade formal, é por intermédio do direito constitucional positivo (art. 5º, par. 2º, da CF) que a noção da fundamentalidade material permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes de seu texto e, portanto, apenas materialmente fundamentais, assim como a direitos fundamentais situados fora do catálogo, mas integrantes da Constituição formal, ainda que possa controverter-se a respeito da extensão do regime de fundamentalidade formal a estes direitos apenas materialmente fundamentais. (SARLET, 2009, pp. 86-87).

A fundamentalidade material, segundo Canotilho (2007), também é aquela que decorre do conteúdo dos direitos fundamentais e são constitutivos das estruturas do Estado e da sociedade. Decorrem do fato de serem elementos da Constituição material. Segue o autor dizendo que serão considerados fundamentais direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objeto e importância aos diversos tipos de direitos formalmente fundamentais.

Relevante destacar que a fundamentalidade material, segundo seu conteúdo, varia de um Estado para outro, considerando que o que pode ser fundamental para um pode não ser para outro, trata-se de uma variável cultural. Contudo, existem direitos fundamentais universais e consensuais, que são albergados pelo Estado como indispensáveis, como a liberdade, à igualdade, à dignidade da pessoa humana e o direito à vida.

Tem-se que a fundamentalidade material pode ensejar a abertura da Constituição a direitos fundamentais que não se encontram positivados em seu

texto, direitos materialmente, mas não formalmente fundamentais, que possuem um caráter de universalidade, consensualidade e atemporais à preservação da dignidade humana.

Portanto, os direitos fundamentais não são simplesmente preceitos constitucionais sem eficácia e aplicabilidade, são normas providas de características que ostentam uma fundamentalidade própria que apontam para a proteção desses direitos.

1.5 A EFETIVAÇÃO E A APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Não é suficiente que os direitos fundamentais estejam reconhecidos no âmbito interno de que cada Estado nos documentos escritos. Faz-se necessário viabilizar a efetivação e aplicabilidade das normas constitucionais para que façam valer os direitos.

Esses dois termos têm relevante significado na concretização do conteúdo da Constituição e dos direitos fundamentais. A eficácia importa na vinculação do cumprimento da norma no campo fático, pois segundo Serrano (1999, p. 20)

Los fines expresados por una norma se alcanzan. Esta primera acepción de la eficacia, a la que llamaremos *efectividad*, implica una concepción instrumental del ordenamiento jurídico al servicio de determinados fines y caracteriza a la norma jurídica desde punto de vista de su virtualidade para alcanzar un fin, su idoneidade como instrumento para lograr determinado objetivo.

Segundo Serrano (1999), a aplicabilidade da norma se situa em um sistema de forma momentânea, sendo aplicada a um determinado caso, estando intimamente vinculada a vigência da norma.

Portanto, essas diferenciações utilizadas pelo autor servem para demonstrar o objetivo claro do instrumento que será utilizado para alcançar a concretização das normas constitucionais. Não basta que as normas constitucionais estejam descritas no texto constitucional, elas precisam ganhar força para concretização dos direitos fundamentais.

Assim, utilizando a classificação de Silva (2007), a mesma que é adotada pelo Supremo Tribunal Federal – STF, tem-se que a eficácia e a aplicabilidade das normas constitucionais são: plena, contida e limitada, o que se passa a expor, corroborando o pensamento com decisões do STF.

Pela primeira, as normas constitucionais têm aplicabilidade imediata e direta. São aquelas que receberam do constituinte normatividade completa sem a necessidade de complementação ulterior para ter eficácia. Produzem os efeitos necessários as situações e aos comportamentos que o legislador pretendeu regular, conforme se infere de parte do voto do Ministro Luiz Fux

O cerne do mandado de segurança *sub examine* desdobra-se em **dois** aspectos fundamentais. O *primeiro* diz respeito à possibilidade de efetivação de substitutos de serventias como titulares de cartório, cuja vacância tenha se dado após a vigência da Constituição da República de 1988. A questão que se coloca é saber se o art. 236, § 3º, da CFRB/88 afigura-se como norma de eficácia contida, somente vindo a ter eficácia plena quando regulamentado pela Lei Federal nº 8.935, de 21 de novembro de 1994, ou como norma de eficácia plena, resultando na aplicabilidade imediata de seus preceitos. (...)

Quanto ao *primeiro* tema, entendo que a outorga de delegação registral ou notarial, para legitimar-se constitucionalmente, pressupõe a indispensável aprovação em concurso público de provas e títulos, por tratar-se de regra constitucional que decorre do texto fundado no impositivo art. 236, § 3º, da Constituição da República, o qual, indubitavelmente, constitui-se norma de eficácia plena. Vale a pena conferir o que dispõe o retromencionado artigo, *in verbis*:

“Art. 236, §3º. O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.”

Com efeito, não se pode deixar de classificar a norma do artigo em epígrafe como norma autoaplicável, a irradiar efeitos desde sua promulgação, em 1988. (BRASIL, 2014c).

A contida é de aplicabilidade imediata e direta, de forma integral, mas passível de restrição por meio legal que limitem sua eficácia e aplicabilidade. Portanto, autoaplicáveis, cabendo ao legislador infraconstitucional atuar nas hipóteses em que pretende limitar a eficácia de certas normas.

Nesse sentido, destaca-se trecho do voto da Ministra Cármen Lúcia

O art. 5º, inc. XIII, da Constituição da República é norma de aplicação imediata e eficácia contida que pode ser restringida pela legislação infraconstitucional. Inexistindo lei regulamentando o exercício da atividade profissional dos substituídos nesta impetração, qualquer um pode exercê-la. ‘É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais a lei estabelecer’ (art. 5º, inc. XIII, da Constituição, grifos nossos).

A regra constitucional é a liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão. (BRASIL, 2014b).

Por fim, as normas de eficácia limitada são aquelas que possuem normatividade suficiente para regular os comportamentos, deixando ao legislador

infraconstitucional o dever de complementação e de regulamentação das matérias, ficando a cargo também dele a obrigação de especificá-las. Ressalta-se que essas normas para terem efeitos dependem da ação do legislador e dos órgãos estatais, mas não significa que não produzem desde já os efeitos garantidos pelo constituinte.

É no aspecto da eficácia limitada que reside o dilema quanto à aplicabilidade das normas constitucionais, considerando que estas não são desprovidas totalmente de normatividade, produzindo efeitos jurídicos, inclusive retirando do sistema jurídico normas com elas incompatíveis, como a declaração de inconstitucionalidade, além de apresentar elementos suficientes para interpretação e para aplicação de outras normas que estruturam o ordenamento jurídico.

O STF mantém a posição de que as normas de eficácia limitada são dotadas de aplicabilidade, conforme se vê de parte do voto abaixo que é atual da Relatoria da Ministra Rosa Weber, cabendo ao legislador o dever de regulamentar ou de complementar por instrumentos jurídicos infraconstitucionais.

Na esteira do consignado na decisão agravada, a jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que o art. 37, X, da Magna Carta já foi objeto de regulamentação, no âmbito federal, pela Lei 10.331/2001, com as alterações promovidas pela Lei 10.697/2003.

(...)

Assim, no caso, à míngua de norma de eficácia limitada pendente de regulamentação, não há lastro para a concessão da pretendida ordem injuncional coletiva. (BRASIL, 2014a).

Virgílio Afonso da Silva (2010) critica a classificação apresentada por José Afonso da Silva, pois afirma que a classificação por ele apresentada é incompatível com a ideia de direitos fundamentais, considerando que traduz a noção de normas constitucionais que podem e aquelas que não podem ser limitadas e, ainda, entre aquelas que precisam e as que não precisam de regulamentação constitucional.

Regulamentação é, ao mesmo tempo, uma restrição, já que regular o exercício de um direito implica excluir desse exercício aquilo que a regulamentação deixar de fora; e, além disso, toda restrição é, ao mesmo, regulação, já que não se restringe direito fundamental sem fundamentação, mas sempre com o objetivo de harmonizar o exercício de todos eles. (SILVA, 2010, p. 209).

Em que pese a crítica de Virgílio Afonso da Silva, regulamentar ou restringir norma de eficácia plena avança na discussão de que a norma de eficácia plena não é imediata, o que seria complementar uma norma que já vem no texto constitucional com os elementos suficientes para ser eficaz.

Portanto, para Virgílio as normas constitucionais que regulam os direitos fundamentais são todas passíveis de restrição e de regulamentação, o que se choca com o pensamento de José Afonso da Silva e do Supremo Tribunal Federal que adota a classificação deste último.

Assim, para José Afonso da Silva a eficácia e a aplicabilidade das normas constitucionais que versam sobre os direitos fundamentais estão definidas sobre planos de aplicação imediata ou restringíveis, mas com eficácia desde a sua entrada em vigor.

Outro aspecto que os autores acima entram em choque é quanto a diferenciação entre eficácia e a aplicabilidade das normas constitucionais. Para Virgílio quando a norma não tem eficácia não pode ser aplicada, ou seja, a aplicação da norma contém uma dimensão fática, que está ausente, portanto, na definição de eficácia. Para José Afonso da Silva, eficácia e a aplicabilidade são fenômenos convergentes, aproximando-se do pensamento de Serrano, independente do campo fático.

Nesse sentido, percebe-se uma relação próxima entre a efetividade e a aplicabilidade para concretização dos direitos fundamentais, considerando que a norma constitucional existe para assegurar no plano fático os direitos fundamentais, sem exigir, necessariamente, a sua ocorrência para a norma possuir eficácia.

Esse aspecto formal proposto por José Afonso da Silva não dispensa o aplicador e o intérprete em realizar uma análise, também, das normas constitucionais quanto aos seus efeitos sob o conteúdo material, principalmente em relação à concretização dos direitos prestacionais positivos.

Portanto, no campo dos direitos a uma prestação positiva do Estado através da efetividade e da aplicabilidade das normas constitucionais, cumpre ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo materializar e concretizar os direitos fundamentais voltadas para o indivíduo que permita uma condição melhor de vida, a fim de atender a dignidade humana.

Cabe ao Poder Judiciário, mas não somente na ausência dos poderes acima mas também como função de efetivar e aplicar o texto constitucional, a implementação desses direitos em uma atuação ativa, a fim de manter o equilíbrio do sistema democrático brasileiro diante do papel constitucional que lhe foi outorgado. Aliás, a ideia de *checks and balances* da Revolução Americana

prescreve que a existência dos três poderes deve ser harmônicos entre si para manter o equilíbrio entre os poderes estatais.

Assim, no campo da efetivação dos direitos fundamentais, cumpre a investigação que abrange o exame da norma constitucional que prescreve a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (artigo 5º, § 1º da CF) pelos Poderes Constitucionalmente instituídos, bem como a hipótese de concretização de direitos prestacionais diretamente do texto constitucional, sem a necessidade de interferência legislativa infraconstitucional.

Nesse sentido, modelo ponderativo apresentado por Alexy (2011, p. 229) objetiva desmistificar o absolutismo que permeia a interpretação dos limites contrapostos à efetivação dos direitos fundamentais sociais.

A discussão acerca da efetividade dos direitos fundamentais sociais suscita duas ordens de questões. Sendo que, a primeira se circunscreve ao vácuo produzido nesta seara em razão de omissões legislativas e à dificuldade de combatê-la por meio dos instrumentos jurídicos disponíveis (mandado de injunção, ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão e arguição de descumprimento de preceito fundamental). A segunda se refere à problemática encontrada na imposição judicial, ao administrador público, de obrigações tendentes a efetivar direitos fundamentais sociais.

Sabe-se que a imposição ao Estado de prestações positivas tem encontrado obstáculos que podem ser sintetizados em três tópicos: (a) ferimento ao princípio da separação dos poderes, (b) infração à discricionariedade administrativa e (c) o limite da “reserva do possível”, representada pela escassez de recursos (*reserva do possível fática*) e pela competência parlamentar em matéria orçamentária (*reserva do possível jurídica*).

A concretização dos direitos prestacionais, além dos limites jurídicos impostos pelo princípio da separação dos poderes e pela discricionariedade administrativa, envolve problemas de natureza econômica, o que acarreta reflexos distintos em termos de eficácia e efetividade, mas que nos direitos a prestação material encontra obstáculos como esses apresentados por Alexy.

Esses obstáculos encontram as suas raízes no Estado liberal, o qual se caracterizou pela consagração dos direitos civis e políticos, cuja efetividade dependia tão-somente da abstenção estatal, o qual foi substituído pelo Estado Social, qualificado pelo imperativo constitucional de implementação dos direitos de igualdade ou direitos fundamentais sociais, que visam à proteção da dignidade da pessoa humana dentro da igualdade preconizada pelo Estado Democrático de Direito.

Os direitos fundamentais se tornaram o eixo das Constituições contemporâneas que positivaram no texto obrigações sociais ao Estado que dependem da entrega do bem social pelos Poderes estatais. Assim, a atuação estatal em áreas vulneráveis, tais como saúde e educação, deve ser entendida como obrigação irrenunciável.

A partir desta constatação, infere-se que o papel do Poder Público é dar plena eficácia e aplicabilidade ao texto constitucional a fim de garantir: i) igualdade substancial; ii) concretização das prestações positivas; e, iii) a irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais para todos.

Portanto, a fundamentalidade dos direitos prestacionais, estejam eles formalmente previstos ou não, perfaz na garantia de proteção em face de limitações não justificadas por parte do Estado. A tutela jurisdicional deverá garantir a discricionariedade política do administrador público, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais é entendido no conceito de mínimo existencial, assim como um exame preciso de ponderação, racionalidade e proporcionalidade acerca dos óbices levantados pelo Estado na limitação da aplicabilidade, efetividade e, também, na implementação desses direitos. Do contrário, é papel do Judiciário atuar na tutela de direitos sociais, como a saúde, dentre outros.

Com base nesse contexto, Sarlet (2009, p. 268) afirma que

Da mesma forma, em face do dever de respeito e aplicação imediata dos direitos fundamentais em cada caso concreto, o Poder Judiciário encontra-se investido do poder-dever de aplicar imediatamente as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, assegurando-lhes sua plena eficácia. (SARLET, 2009, p. 268)

Caso não fosse assim, haveria frustração dos objetivos constitucionais, pois a omissão do administrador público se tornaria mais eficaz do que a vontade do constituinte, pois, a inexistência de prestações positivas por parte do Estado seria mais vinculante do que a própria norma constitucional.

Dessa forma, apesar da implementação dos direitos prestacionais se submeter à discussão da reserva do possível, que limita e condiciona à efetividade desses direitos, esta não pode ser o escudo ou barreira de proteção ao Estado para não dar efetividade aos direitos subjetivos e objetivamente assegurados na Constituição Federal.

A razoabilidade na aplicação dos direitos prestacionais elencados no texto constitucional, não depende de intermediação legislativa ordinária, devem ser

concebidos como posições jurídicas *prima facie* (mandados de otimização), que comportam graus variados de eficácia a depender do resultado da ponderação com os interesses colidentes no caso concreto, tendo sempre em conta a máxima eficácia dos direitos fundamentais sociais.

A ponderação deve corresponder a interesses colidentes e não a interesses que convergem para um mesmo sentido. Isto quer dizer, que não cabe ao Poder Público na efetivação e concretização dos direitos fundamentais escolher a quem entregar uma prestação positiva social, como saúde e educação, que esteja na mesma posição ou *status*, como proposto por Jellinek.

Dessa forma, o aplicador e o intérprete das normas de direitos fundamentais devem consagrar a maior efetividade possível do texto constitucional ou das normas infraconstitucionais para que os valores ou preceitos alcancem a normatividade pretendida pelo legislador, assegurando acima de tudo que o direito se realize como parte do ordenamento jurídico garantidor do Estado Democrático de Direito.

1.6 A ÉGIDE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

A Constituição Federal de 1988, no período de redemocratização pós-ditadura, no Brasil, realizou a efetivação teórico-legal das ideias de direitos humanos, apesar de discutida há muito tempo.

No direito brasileiro, a conceituação de direitos humanos se assemelha muito à dos direitos e garantias fundamentais protegidos pela Carta Magna de 1988. Além disso, o respeito aos direitos humanos está estreitamente ligado ao princípio democrático substancial.

O Brasil define em sua Carta Magna a forma de governo republicana, impondo a indissolução federal de entidades autônomas entre si, denominadas Estados e Municípios, proclama o povo como fonte de emanção do poder legítimo (expressão principal do Estado Democrático) com a decisão de escolher seus governantes por meio do voto e garante a proteção dos direitos individuais e coletivos da sociedade diante do mesmo Estado.

Os objetivos visados pelo Estado brasileiro compreendem a construção do que a Carta Magna denomina uma sociedade livre, justa e solidária (DROPA, 2003, s/p).

Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988).

Assim, o texto constitucional reservou o Título II para os direitos e garantias fundamentais, dividindo-os em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos

Desse modo, o legislador constituinte estabeleceu espécies ao gênero direitos e garantias fundamentais pela Constituição de 1988, como aqueles que estão relacionados aos direitos reservados à pessoa humana, sua personalidade, a exemplo da vida, da dignidade, honra, da liberdade; e, aqueles caracterizados como liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Democrático de Direito, visando à melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social a qual é um dos fundamentos do estado democrático, naquilo que é denominado de dirigismo constitucional.

O dirigismo constitucional faz parte do direito constitucional brasileiro, sendo que os direitos fundamentais sociais que aparecem na Magna Carta estão na qualidade de princípios, constituindo-se em metas para a formulação de políticas públicas.

“A constituição programática (diretiva ou dirigente) se caracteriza por conter normas definidoras de tarefas e programas de ação a serem concretizados pelos poderes públicos. As constituições dirigentes têm como traço comum a tendência, em maior ou menor medida, a serem uma *constituição total*.” (NOVELINO, 2009, p. 113).

Sarlet (2009) diz que o dirigismo constitucional no Brasil desenvolve importante papel para realização dos direitos fundamentais. Isto significa dizer que a Constituição Federal possui matriz assentada no Estado Democrático de Direito e em um Estado Social que assegura a vinculação das normas constitucionais, incluindo-se nessa categoria aquelas que versam sobre os direitos sociais.

Por mais que a Constituição Federal possa traçar metas para a criação de políticas públicas, no que refere aos direitos sociais, não lhe cabe o papel de restringir em aspectos absolutos a discricionariedade administrativa.

A Constituição dispõe acerca dos fins a serem auferidos pelo Estado, cabendo a este os meios para operacionalizar os direitos fundamentais sociais e os meios adequados. Seja qual for o viés escolhido pelo Estado, deve garantir o cumprimento das diretrizes previstos no texto da Carta Magna.

1.6.1 Direitos Sociais.

Os direitos sociais são direitos subjetivos que na qualidade de fundamentais estão albergados pela juridicidade e visam modificar a realidade social em prol do bem-estar individual e coletivo, gerando mandamentos impositivos de ordem material ao Estado com o objetivo de alcançar à justiça social, o que de certo encontra fundamento no pensamento de Piovesan (2010, p. 102)

A justiça social é um componente central à concepção do direito ao desenvolvimento. A realização do direito ao desenvolvimento, inspirado no valor da solidariedade, há de prover igual oportunidade a todos no acesso a recursos básicos, educação, saúde, alimentação, moradia, trabalho e distribuição de renda.

Os direitos sociais estão previstos nos artigos 6º e 7º da Constituição Federal de 1988, em que o legislador constituinte os elencou expressamente sob a égide da dimensão positiva que tem por objeto um fazer do Estado, ou seja, uma prestação fática da concretização do seu objeto para fins de realização da igualdade de todos. Os direitos sociais, previstos nos referidos artigos, como a educação, moradia e saúde não são simples recomendações ou preceitos constitucionais desprovidos de eficácia normativa.

Já na seara da classificação que os direitos sociais ocupam, Bonavides (2003) os coloca inseridos dentre aqueles de segunda geração (dimensões) e decorrem do princípio da igualdade. Exigem, segundo o autor, uma prestação positiva do Estado para sua implementação, pois não se tratam de mera abstenção e de normas programáticas.

(...) os direitos fundamentais da segunda geração tendem a tornar-se tão justificáveis quanto os da primeira; ou pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia

recusada com aquela facilidade de argumentação no caráter programático da norma.

Assim, os direitos sociais por não terem caráter programáticos, são de eficácia e de aplicabilidade imediata, não dependendo de regulamentação e complementação posterior pela legislação infraconstitucional.

Clève (2003) aponta para dois tipos de direitos sociais: subjetivo frágil quando a Constituição não cria situações subjetivas de vantagem para o particular e a subjetiva forte, quando desde já a Magna Carta é impositiva quanto à prestação material.

O autor acima menciona que a doutrina aponta outra classificação que contempla a distinção dos direitos sociais: direitos sociais derivados e direitos sociais originários a prestações materiais.

Os direitos prestacionais originários seriam aqueles que permitem desde logo ao intérprete encontrar na disposição constitucional uma dimensão subjetiva forte. Portanto, são direitos desde logo usufruíveis pelo cidadão e que, por isso, podem, mesmo sem regulamentação, ser reclamados perante o Poder Judiciário. Outros, ao contrário, são direitos prestacionais derivados, porque no campo constitucional, produzem uma dimensão subjetiva fraca, que demanda portanto atuação do legislador. (CLÈVE, pp. 7-8, 2003).

Assim, direitos sociais derivados são aqueles em que as prestações já se encontram materializadas pelo legislador. Asseguram a participação em direitos já existentes, em que a fundamentação se debruça no princípio da igualdade do Estado Social. Isto significa dizer que, o Poder Público quando adjudica bens sociais aos indivíduos ou a coletividade, não excluirá outros na mesma posição, pois havendo desigualdade, acarreta ao titular exigir o direito subjetivo.

Os originários são aquelas prestações que emanam diretamente da norma constitucional, sem intervenção legislativa, gerando posições subjetivas aos titulares. São direitos de eficácia plena e com aplicação imediata através da disposição contida no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal. Estarão sempre aptos a ocasionar a efetividade que o texto constitucional dispõe.

O desiderato dos direitos sociais, como direitos a prestações, consiste precisamente em realizar e garantir os pressupostos materiais para uma efetiva fruição das liberdades, razão pela qual, consoante já assinalado, podem ser enquadrados naquilo que se denominou de *status positivus socialis*. (SARLET, 2009, p. 271).

Portanto, os direitos fundamentais sociais são direitos subjetivos que exigem do Estado prestações positivas que possam dar concretude e materialidade à obtenção dos bens sociais, não só dos indivíduos, mas da coletividade.

Se os direitos humanos foram originariamente constituídos como forma de proteção contra o risco de abusos e arbítrios praticados pelo Estado, concretizando-se somente por intermédio desse mesmo Estado, os direitos sociais surgiram juridicamente como prerrogativas dos segmentos mais desfavoráveis – sob a forma normativa de obrigações do Executivo, entre outros motivos porque, para que possam ser materialmente eficazes, tais direitos implicam uma intervenção ativa e continuada por parte dos poderes públicos. A característica básica dos direitos sociais está no fato de que, forjados numa linha oposta ao paradigma kantiano de uma justiça universal, foram formulados dirigindo-se menos aos indivíduos tomados isoladamente como cidadãos livres e anônimos e mais na perspectiva dos grupos, comunidades, corporações e classes a que pertencem. Ao contrário da maioria dos direitos individuais tradicionais, cuja proteção exige apenas que o Estado jamais permita sua violação, os direitos sociais não podem simplesmente ser “atribuídos” aos cidadãos; cada vez mais elevados à condição de direitos constitucionais, os direitos sociais requerem do Estado um amplo rol de políticas públicas dirigidas a segmentos específicos da sociedade – políticas essas que têm por objetivo fundamentar esses direitos e atender às expectativas por eles geradas com sua positivação. (FARIA, 1994, p. 54)

Essa positivação dos direitos sociais assegurou a sua fundamentalidade formal. Infere-se que esta tem relação direta com os valores e objetivos traçados no texto Constitucional, tendo íntima ligação com o princípio da dignidade humana que um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Ademais, há na vertente dos direitos sociais a fundamentalidade material, considerando que o direito constitucional brasileiro autoriza a abertura a outros direitos fundamentais que não estejam previstos expressamente no texto, isto é, fora do catálogo, além daqueles sociais que se relacionam com as liberdades fundamentais, igualdade e dignidade da pessoa humana. Esta faz parte do conteúdo dos direitos fundamentais e compõe a estrutura do Estado e da sociedade.

Portanto, em obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como o respeito aos direitos fundamentais consagrados pela Constituição de 1988 e ao lado destes os direitos sociais, o Estado tem o dever de promover e de proporcionar o exercício desses direitos para que as pessoas consigam, por exemplo, ter acesso a ações e serviços de saúde.

Isto porque, a Constituição Federal possui um caráter dirigente, refletindo a realidade em que foram criadas e mantendo a força normativa e efetiva das suas prescrições para a realização dos objetivos constitucionalmente delineados pelo legislador constituinte.

Assim, sob o prisma dos direitos sociais, o Estado brasileiro contém na Constituição Federal, uma das legislações mais avançadas no mundo. Contudo, apesar da positivação desses direitos, o Brasil encontra dificuldade em concretizar e efetivar direitos como a saúde, em virtude de aspectos fáticos e econômicos.

Para corroborar o exposto acima, pesquisas realizadas em junho de 2014 pelo Instituto Datafolha e publicado na Revista Istoé (2014, p. 52) mostram

(...) que 93% da população está insatisfeita com o setor. Os principais problemas enfrentados na área da saúde incluem filas de espera, falta de acesso aos serviços públicos e má gestão de recursos. De acordo com o estudo, a saúde é apontada como a área de maior importância para 87% dos brasileiros, mas a falta de leitos, de equipamentos e de médicos criou situação preocupante nos Países.

Isto demonstra que estes direitos sociais não têm sido respeitados pelo Estado, motivando o indivíduo a buscar o Judiciário, considerando que esses direitos são subjetivos e são exigíveis do Poder Público pela natureza prestacional decorrente do texto constitucional.

Qualquer que seja a espécie (saúde, educação, moradia, entre outros), os direitos sociais são imperativos e são fundamentados tanto na construção filosófica das liberdades individuais e da igualdade como direitos fundamentais, quanto positivados no texto constitucional com fins de garantir a prestação material pelo Estado e para preservar a segurança jurídica como pilares da democracia e da cidadania.

CAPÍTULO 2 – A IGUALDADE FORMAL E A SEGURANÇA JURÍDICA: A PERSPECTIVA DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

2.1 BASE TEÓRICA DO CONCEITO DE IGUALDADE.

A bandeira da liberdade e da igualdade levantada como ideal nas Revoluções Liberais (inglesa e francesa) e no Estado Liberal concebiam todos os homens livres e formalmente iguais, assegurando a estabilidade do Estado através da segurança jurídica presente na Constituição. A concepção de igualdade formal do homem aproximou o Estado da sociedade.

O ideal das Revoluções Liberais era coibir a existência de privilégios e de uma estrutura hierárquica segmentada baseada em estratificação social, a qual pugnava pela equiparação formal de direitos.

Todavia, a igualdade no Estado Liberal, por mais que fosse importante para abolir os privilégios das classes dominantes (clero e nobreza), ficava relegada a segundo plano quando comparada com a liberdade, uma vez que para a dominação burguesa a isonomia não era substancial para o novo regime.

O Estado liberal, que teve como um de seus pensadores Locke, era garantidor da liberdade individual, da propriedade privada e da proteção aos direitos das pessoas, aquelas com propriedades de bens e de poder político. Os súditos e os soberanos firmavam o *contrato social*, “fórmula associativa pela qual cada cidadão abria mão de parcela de sua liberdade natural em prol de uma nova forma de liberdade – a liberdade convencional” (BINENBOJM, 2004, p. 20).

A liberdade é fruto da condição humana. No estado de natureza, a liberdade, a vida e a propriedade são inerentes aos direitos naturais dos homens, conforme exposto por Locke (2002, p. 15)

Para compreendermos corretamente o poder político e ligá-lo à sua origem, devemos levar em conta o estado natural em que os homens se encontram, sendo este um estado de total liberdade para ordenar-lhes o agir e regular-lhes as posses e as pessoas de acordo com sua conveniência, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir permissão ou depender da vontade de qualquer outro homem.

Ainda segundo Locke (2002, p. 15), o estado de liberdade que se encontra o homem permite o estado de igualdade

Estado também de igualdade, no qual qualquer poder e jurisdição são recíprocos, e ninguém tem mais do que qualquer outro; nada há, pois, de mais evidente que criaturas da mesma espécie e da mesma ordem, todas aquinhoadas aleatoriamente com as mesmas

vantagens da natureza e com uso das mesmas faculdades, terão também de ser iguais umas às outras sem subordinação ou sujeição; a menos que o senhor de todas, através de uma declaração explícita de sua vontade, dispusesse uma mais alta que a outra, conferindo-lhe, por indicação evidente e clara, direito indiscutível ao domínio e à soberania.

A criação de um governo (contrato social) está condicionada a aceitação daqueles que contratam para a criação de uma autoridade civil. Os indivíduos outorgam aos governantes certos poderes, que também são limitados, e em resposta esperam garantias e liberdade aos direitos individuais.

Já para Rousseau (1998), os homens em estado de natureza nascem livres e iguais, mas a propriedade privada cria a sociedade, dando início as desigualdades entre os homens, que denominava de moral ou política.

Portanto, de acordo com o pensamento do filósofo Rousseau (1998, p. 223) “o que homem perde pelo contrato social é sua liberdade natural e um direito ilimitado a tudo que o seduz e que ele pode alcançar. O que com ele ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo que possui”.

Diferentemente de Locke, Rousseau pensava que o estado de natureza não comportava mudanças e não enxergava a propriedade como um direito natural do homem. A sociedade era o embrião que corrompe o homem. Através do pacto social o homem perde a liberdade natural e ganha a liberdade civil e a propriedade de tudo que tem. Apesar das divergências de ideias, Locke e Rosseau parecem efetivamente ter contribuído, cada um à sua maneira, para a construção do Estado Liberal.

O Estado liberal se contrapôs ao antigo regime monárquico, constitucionalizando direitos naturais e sendo fundamental às Revoluções Burguesas e à proteção de direitos individuais, que antecederiam a própria existência do Estado, e os direitos humanos de primeira geração, dando a configuração jurídica ao liberalismo (BINENBOJM, 2004).

Foi nesse contexto de revolução, que foi aprovado pela Assembleia Nacional francesa, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que concretizou no artigo 1º a igualdade de direitos entre os homens, buscando tratamento jurídico, ao menos formal, para todos, já que a isonomia real ou de fato seria inviável de realizar os interesses burgueses que dominavam a época.

Assim é que a classe burguesa, por então estar alijada do processo político e não da propriedade de bens, esforçou-se em implementar e

perpetuar um sistema, inicialmente político censitário, que aliasse, de forma indissolúvel, riqueza e poder político. (BASTOS, 2007, pp.27/28)

No caso da França, ressalta-se que no período revolucionário a igualdade formal, por mais abstrata que fosse, cumpriu o conjunto de ideias capazes de impor limites à Monarquia, transferindo à decisão à maioria política e garantindo a classe burguesa a participação no processo político. A igualdade dos homens subsumia a lei abstratamente, posto que ela não alcançava de fato a todos e este era o desejo da burguesia.

Outro ponto importante ressaltar, é que o movimento constitucionalista francês, além de consagrar os direitos de 1ª geração ou dimensão indispensáveis as liberdades e a igualdade, constitucionalizou direitos de 2ª geração ou dimensão como saúde e educação, como se observa da Constituição Francesa de 1791, no Título Primeiro denominado de “Disposições Fundamentais garantidas pela Constituição”, principalmente àqueles relativos à saúde e à educação:

A Constituição garante como direitos naturais e civis que:

(...)

Será criado e organizado um estabelecimento geral de socorros públicos para criar as crianças expostas, aliviar os pobres enfermos e prover trabalho aos pobres válidos que não o teria achado.

Será criada uma instrução pública comum a todos os cidadãos, gratuita em relação àquelas partes de ensino indispensáveis para todos os homens, e cujos estabelecimentos serão distribuídos gradualmente numa relação que combine com a divisão (administrativa) do reino. (FRANÇA, 1791)

O resultado da constitucionalização de diversos direitos na Constituição Francesa de 1791 era equiparar todos indistintamente e uniformemente aos mandamentos normativos, suprimindo, aparentemente, a desigualdades jurídicas, apesar de o Estado Liberal manter a essência da diferenciação fática.

A ideia de igualdade estava conectada com a normatização proclamada na lei, entretanto, tratava-se de mera disposição conferida ao indivíduo. Garantia-se, assim, no Estado Liberal, a proibição de tratamento diferenciado na criação e na edição de leis. As desequiparações não estariam abrigadas na norma jurídica e, também, não seriam aplicadas.

Para Gomes (2003), a igualdade perante a lei no Estado Liberal era a elaboração de um espaço neutro, com o objetivo de desenvolvimento livre do

indivíduo. Afirma o autor ainda que esse espaço ficava suscetível a formulação de desigualdades intoleráveis entre as pessoas.

Portanto, o espaço neutro não passava de um artifício da classe política dominante, a burguesia, para conquistar o espaço necessário ao exercício do livre comércio e a imposição da força do mercado dentro de um Estado não intervencionista e não opressor como o antigo regime.

Sob essa perspectiva, o Estado Liberal perdeu gradativamente força, em que pese à mudança radical de paradigma quanto à estrutura de governo e de formação de poderes, padrões desconhecidos à época. Sofreu crítica pelo individualismo na condução da democracia que proclamaram, pois a igualdade era subjacente à liberdade e abstrata. A defesa da liberdade e da propriedade restringia-se aos cidadãos com posses e com poder político.

Portanto, o Estado Liberal visava garantir a força do mercado, as liberdades e as censitárias, “Nesse universo o mercado possuirá relevância ímpar, afinal, é por meio dele que se dá o processo vital de venda e compra e a apropriação, circulação e acúmulo de bens da vida” (BASTOS, 2007, p. 29).

A igualdade neste contexto, como afirma Gomes, criava um campo social delimitado para os indivíduos, um espaço de segurança na lei, mas que comprometido pela liberdade da classe burguesa visava a expansão dos interesses de mercado.

Foi assim, portanto, que a ordem liberal estruturada com base na igualdade meramente formal, considerando que não concebia a igualdade de fato, e na liberdade segmentada pela riqueza perdeu força às vicissitudes e à complexidade das transformações do mundo. Primeiro, a revolução industrial, em que a pressão por bens sociais eclodia, questionando a distorção dos pilares teórico do movimento liberal; depois, vieram as guerras mundiais, em que os Estados Modernos usaram a força política e a ideologia como norte para solapar direitos fundamentais.

Outro fator importante para mudança na ordem liberal é apresentado por Marinoni (2010) quando afirma que a concepção dogmática da formulação do direito pelo legislativo, como pensado na Revolução Francesa e no dogma da separação dos poderes, não foi adiante em virtude de dois fatos históricos: o primeiro, à conformação da variedade dos sistemas jurídicos dos países que adotaram a *civil law*; e, principalmente, em razão do advento do constitucionalismo clássico, de

inspiração burguesa e garantidor das liberdades e igualdades (formais) individuais ligadas a riqueza, a propriedade e ao processo político censitário.

O Estado Liberal Clássico reformulou sua essência para um ideal mais social, ou importa dizer menos centralizador, ante suas próprias inconsistências. Movido pela pressão popular, teve que aderir ao Estado mais próximo do social, isto é, às necessidades humanas, além daquelas desenhadas inicialmente à proteção da propriedade privada, liberdade e igualdade.

Portanto, o Estado Liberal Clássico evolui – gradualmente - para o social. Para manter a estrutura e as instituições capitalistas, imperioso era atender e era prover necessidades vitais que o mercado não estava preparado para suprir.

O Estado Social, assim, deixa de ser apenas o mero *government by law* e pretende se transformar no complexo *government by policies*, na medida em que pretende preocupar-se com certos fins a serem alcançados, metas sociais e não apenas econômicas. O papel que se propõe é superar suas funções tradicionais de ‘proteção’ e ‘repressão’, legislando para o futuro e adotando uma nova técnica de controle social: a promocional. (BASTOS, 2007, pp. 37/38).

O *Welfare State* é a “consolidação e expansão dos sistemas de proteção social”, o qual ação estatal redefiniu “um padrão de regulação das relações sociais e de trabalho” (Mattos & Silva, p. 136), garantindo custeio e execução de políticas públicas como saúde, educação, seguridade social, entre outros, através do papel que a igualdade formal, impregnada de valores, assegura no Estado Democrático de Direito e na garantia da segurança jurídica, através da elaboração e da aplicação da norma dos direitos fundamentais, primando pela realização da dignidade humana.

2.2 PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS: A ESTRUTURA DAS NORMAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Na composição do ordenamento jurídico, os princípios são normas, assim como as regras, que inferem o seu real valor, que inferem o seu real valor, por isso com elas não se confundem. Isto não significa dizer que se encontram em grau de hierarquia, mas oferecem uma interpretação aberta aos preceitos constitucionais dos direitos fundamentais.

Quando os princípios são inseridos no âmbito da ordem jurídica positivada, passam a estruturar e a normatizar os valores comungados em uma sociedade organizada. Refletem uma posição jurídica do direito no Estado.

São de máxima importância para dar coerência ao sistema, pois, como se observa, o intérprete poderá deparar-se em situação na qual os critérios de interpretação jurídica não têm força para resolver os conflitos de normas ou a própria norma requerer o reforço e o apoio de um princípio para poder ter a sua aplicação em um caso concreto.

Dworkin (2010, p. 36) diz que:

Denomino de 'princípios' um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.

O autor acima reconhece que os princípios guardam uma razão fundamental que dá coesão ao sistema jurídico e, por isso, devem ser sempre um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, tendem a solucionar de forma mais justa as questões jurídicas complexas e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.

Para a distinção entre princípios e regras, utiliza-se nesse estudo as ideias que Dworkin e que Alexy apresentam no campo do direito.

Para Dworkin (2007), as regras são padrões normativos do tipo "tudo ou nada", isto significa dizer que havendo a hipótese de incidência da regra, ou ela é válida e a normatividade dela é aceita ou não é válida e não é aceita. Quando houver colisão entre regras, uma delas será afastada por não ser válida. Já os princípios, não se vinculam a decisão, contendo fundamentos que são conjugados com fundamentos oriundos de outros princípios.

Verifica-se que diferentemente das regras, os princípios têm uma dimensão de peso, em que havendo a colisão entre princípios, dar-se-á a um princípio maior peso que o outro, sem que haja a perda da validade. Dworkin (2007, p. 39) apresenta a diferença

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

Portanto, os princípios, no campo das ciências jurídicas são exigências de justiça e equidade distinguindo a norma do texto, com vocação imediatamente finalísticas para proteção dos direitos fundamentais, o que leva a ideia de que a positivação dos princípios jurídicos, diferenciando-os das demais normas, é que desempenha papel significativo na construção do Estado Democrático de Direito, devendo ser observados quando da criação das leis, assim como no momento da interpretação e aplicação da norma no caso concreto, a partir da ordem instituída pelo Estado.

Em contrapartida, Alexy (2011, p. 90) afirma que os princípios jurídicos são uma espécie de normas jurídicas que estabelecem mandados de otimização aplicáveis em graus, conforme as condições normativas e fáticas

(...) que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Para este autor, os princípios apresentam uma dimensão de peso, não determinando consequências normativas de maneira direta, diferentemente das regras. Através da aplicação dos princípios nos casos concretos é que os define como regras colidentes.

Tem-se que a aplicação de um princípio a um caso concreto é tida como uma cláusula de reserva (ALEXY, 2011). Portanto, são normas que não conflitam entre si como as regras, mas colidem no sentido de que quando um princípio proíbe e o outro permite, a resolução do caso concreto está na ponderação de um sobre o outro.

Essa ponderação permite que o conflito entre princípios seja resolvido através da formulação de uma regra de prevalência. A tensão entre essa prevalência entre princípios é o que diferencia das regras na solução do caso concreto, considerando que quando houver conflito entre regras, é necessário observar se a regra está dentro ou fora do sistema jurídico, enquanto que o conflito entre princípios já está internamente nessa ordem jurídica para resolver o caso.

Identificar os princípios como mandado de otimização com aplicação em vários graus está de acordo com as opções normativas e fáticas. Portanto, o caráter normativo dos princípios está delineado em sua possibilidade de aplicação efetiva a um caso concreto, não resolvido por uma regra qualquer disponível no ordenamento jurídico.

Alexy se aproxima do pensamento de Dworkin ao dizer que a distinção entre princípios e regras está no campo qualitativo e não em grau. Isto quer dizer que a ideia de princípios está na compreensão destes como mandamentos de otimização, considerando que são normas que estabelecem a realização de algo em possibilidades de maior medida, dentro das condições fáticas e jurídicas que estiverem presentes no caso concreto.

Isto significa dizer que as regras diferentemente dos princípios, resolvem as obrigações e os direitos de forma definitivas, isto é, valendo a regra resolve-se a questão exatamente dentro da medida, sem possibilidades de ampliar o campo de aplicação.

Assim, compreende-se que os princípios estão em um patamar acima das demais normas, considerando que impõem a maneira pela qual o conteúdo do ato será executado em relação aos direitos fundamentais sociais. Estes funcionam impondo limites e conteúdo as demais normas, servem de guia, enquanto as outras normas não conseguem direcionar integralmente aqueles inferiores.

Os princípios são fontes primárias do direito, porque exercem um caráter fundamental no sistema jurídico e porque são dimensões de moralidade em que respondem a diversas possibilidades para construção do direito, isto é, com a dimensão de peso ou importância no caso concreto, diferentemente das regras que são espécies normativas do “tudo ou nada” (DWORKIN, 2007).

Enfatiza-se a relevância da diferenciação entre regras e princípios no trabalho, considerando que os direitos fundamentais sociais de cunho prestacionais são identificados, na sua maior parte, como princípios diretamente ligados as liberdades e a igualdade.

Isto implica dizer que os princípios quando aplicados ao caso concreto dão maior amplitude e efetividade ao texto em relação aos direitos fundamentais sociais, tomando por base uma relação entre regras e princípios, considerando que estes permitem a aplicação com maior peso diante do caso concreto.

A formação do arcabouço jurídico ou do sistema legal, a partir dos princípios, tem como destinatários tanto o legislador como o aplicador. São normas, diferentemente das regras, que constituem a essência do sistema constitucional, dando normatividade e efetividade aos preceitos legais e constitucionais para proteção dos direitos fundamentais.

Portanto, os direitos fundamentais devem ser assegurados constitucionalmente e são princípios morais oriundos de uma visão política e jurídica com comandos obrigatórios para o Estado, utilizando-se da igualdade formal, que na corrente pós-positivista está associada ao núcleo das liberdades do homem, assegurando a dignidade da pessoa humana.

2.3 IGUALDADE COMO PRINCÍPIO

A dignidade humana como conteúdo dos direitos fundamentais deve ser encarada como uma qualidade essencial à vida. Não há vida sem dignidade, e assim os dois preceitos encontram-se em situação de igualdade como princípios de direito. Vida e dignidade são valores essencialmente independentes e necessariamente correlatos, em um paradoxo necessário para a manutenção do seu conteúdo e do mais alto grau de importância como determinantes da posituação jurídica.

Dworkin (2005a) esclarece que os direitos que asseguram a liberdade individual das pessoas estão em convergência com o princípio da igualdade em um nível fundamental. Assim, para o autor os direitos individuais [liberdades] somente podem ser concebidos e fazerem sentido quando estiverem em sintonia com aquilo que a igualdade pede.

O autor acima apresenta suas ideias em uma vertente liberal, consubstanciada no princípio igualitário abstrato da igualdade de recursos, pois se trata de uma igualdade distributiva a ser alcançada pela escolha de cada pessoa e da igualdade que exige igual consideração.

Para Dworkin (2005a), a igualdade de recursos é compreendida em sentido amplo como sendo aquelas que as pessoas são detentoras de predicados pessoais como força, talento, caráter, inteligência, mas que nem sempre tem oportunidades para desenvolver tais talentos, afetando a distribuição de recursos na sociedade.

Ainda na visão do autor, a distribuição igualitária de riqueza não significa distribuição justa, cabendo ao Estado, considerando que cada um é responsável por suas escolhas, formular instrumentos que viabilizem aos indivíduos alcançarem os objetivos planejados e as possibilidades disponíveis na vida privada.

Sobre a igual consideração pode-se dizer que a igualdade é um princípio abstrato em que o Estado deve aceitar como ideal político, pois segundo Dworkin

(2005a, p. 169): “o governo deve agir para tornar melhor a vida daqueles a quem governa, e deve demonstrar igual consideração pela vida de todos”.

O que este princípio demonstra é que a vida de cada pessoa deve ter igual consideração na vida política do Estado e como as autoridades tratam as pessoas. Esta concepção remete a uma igualdade abstrata e formal que tem como meta a redução das desigualdades sociais.

Em cima do pensamento de Dworkin, Furquim (2010, p. 55) escreve que: “As nossas autoridades agem em nosso nome e têm como responsabilidade tratar a todos como iguais. Esta é a origem da virtude soberana do estado de tratar a todos com *igual consideração e respeito*”.

Portanto, o Estado como entidade politicamente organizada, busca em nome de todos promover tratamento com igual consideração como ideal político, pois isso é a virtude soberana e imprescindível na vida política de qualquer comunidade.

Além disso, Dworkin (2005a) entende que a igualdade compõe um conjunto de outros princípios, como a liberdade, considerando que este princípio representa um avanço político para obter a justiça individual.

O mesmo autor considera que a liberdade não deve entrar em conflito com a igualdade, porque “Qualquer conflito genuíno entre a liberdade e a igualdade – qualquer conflito entre a liberdade e os requisitos da melhor concepção do princípio igualitário abstrato – é uma querela que a liberdade deve perder” (DWORKIN, 2005a, p. 172).

Para Dworkin (2005a), a liberdade representa um aspecto fundamental à distribuição igualitária, no sentido de que a liberdade só se alcança através da igualdade. Nesse caso, a liberdade não está no sentido de que tudo é permitido, mas como mecanismo de viabilização da igualdade dentro da sociedade.

Portanto, para que seja possível alcançar uma situação mais igualitária na sociedade, é preciso garantir que não existe conflito genuíno entre as liberdades e a igualdade, pois para se ter a liberdade de exercer os direitos fundamentais, é preciso que o Estado a reconheça [liberdade] com igual consideração da vida daqueles quem governa como meta política na distribuição de recursos.

A sociedade tem a mesma quantidade de recursos para todos e para isso Dworkin (2005a) acredita que é possível viver em sociedade, desde que o Estado e a política consigam harmonizar a distribuição dos recursos da forma como a justiça exige, tratando todos com igual consideração. E esse tratamento com igual respeito,

tanto abrange os direitos individuais quanto o bem-estar geral do indivíduo na vida política do Estado.

Sobre a igual consideração em que repousa a vida política do governo em relação aos cidadãos, Dworkin (2005b, p. 305) diz que “O liberalismo baseado na igualdade considera fundamental que o governo trate seus cidadãos como iguais e somente defende a neutralidade moral quando a igualdade a exige”.

Portanto, a liberdade e os direitos individuais devem ser exercitados e assegurados pelo Estado, intervindo somente para proteger que a liberdade de um não prejudique a dos demais.

Na visão de Dworkin (2005a), o Estado deve tratar as pessoas como iguais sem impor sacrifícios ou restrições com fundamento em um argumento de que o cidadão não pode receber tratamento diferenciado, sob pena de estar abandonando seu senso de igual valor.

Dessa forma, o liberalismo igualitário tem importância para efetivação dos direitos sociais que envolvem a saúde pública, considerando que os direitos de cunho prestacionais devem receber do Estado igual consideração para todos aqueles que aguardam por uma ação positiva.

O que se compreende da teoria de Dworkin é que a vida política e o Estado devem proporcionar possibilidades igualitárias suficientes para que cada indivíduo possa, diante das obrigações materiais e positivas do Estado, ter igual consideração nas decisões políticas.

Para corroborar com a ideia exposta acima, Dworkin (2005a, p. 253) afirma que: “A interpretação preferida da consideração igualitária influirá não só no projeto de todas as instituições fundamentais do governo, mas também nas decisões específicas tomadas por essas instituições”.

Desse modo, as instituições ao afastar a igual consideração, promovendo o tratamento desigual, deve dispor de critérios objetivos, capazes de distinguir a situação que se procura regular⁵. Isto quer dizer que os indivíduos devem ter acesso aos bens sociais, resultando na efetivação dos direitos fundamentais.

Assim, tem-se duas formas liberais para alcançar a igualdade entre os cidadãos: a primeira com foco na igualdade formal do Estado Democrático de Direito, impregnado de valores nas normas constitucionais, e em parte do

⁵ No item 2.5.1 desse capítulo, procurar-se-á demonstrar quais os possíveis critérios objetivos passíveis de tratamento diferenciado a partir da igualdade formal.

igualitarismo liberal proposto por Dworkin, que destaca que a igual consideração com todos deve ser igualitária e que seja distribuído de modo justo.

Com base no pensamento do autor supra citado, entende-se que a igual consideração, como princípio, é padrão normativo e decisório, devendo ser seguido tanto na fase formulação das normas quanto da aplicação.

O aspecto jurídico da igualdade informa que os seres humanos são iguais, independentemente das diferenças que os distinguem. Juridicamente falando, é desejável que as pessoas sejam tratadas como iguais, sendo dever do Estado, como meta política, a busca pela redução das desigualdades sociais.

Ademais, a igualdade como princípio procura ir além dos contornos meramente formais das disposições normativas, para alcançar prestações sociais, isto é, obrigam o Estado a executar aos indivíduos prestações sociais estabelecidas na Constituição Federal de 1988.

O império da Constituição procura no Estado Democrático de Direito concretizar o princípio da igualdade através do processo de não discriminação, o que resultará no equilíbrio das situações fáticas, o que impende dizer que os bens sociais são apropriações de todos e não apenas de uma parcela de indivíduos.

O princípio da igualdade, a partir do texto constitucional, funciona como baliza para direcionar a elaboração da norma e como norte para interpretação e aplicação, a fim de evitar que o conteúdo legal ou da decisão sejam desiguais as pessoas.

Trata-se dos sentidos axiológicos do princípio da igualdade, significando que cumpre ao Estado evitar desigualdades entre os indivíduos e, também, oferecendo condições ideais a fruição de recursos e de benefícios para que o conteúdo do princípio seja concretizado.

A igualdade como valor supremo no texto constitucional de 1988, ao lado das liberdades, retrata a positivação e a relevância a que foi conferida no Estado Democrático de Direito. A igualdade é direito fundamental, pois serve de parâmetro para o atingimento da justiça e da equidade entre os seres humanos.

2.4 A IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

A Constituição Federal de 1988 anunciou os objetos supremos da sua empreitada: estabelecer e consolidar um Estado Democrático de Direito, tendo como

princípios ativos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Mesmo antes, no Preâmbulo, declara o firme compromisso de 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.

A Constituição Federal de 1988 dispõe que a redução das desigualdades sociais é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, o que significa dizer que se recomenda ao Estado e a sociedade um aumento gradual da igualdade na fruição de bens e serviços sociais, oportunizando a todos o acesso livre e desimpedido.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o entendimento do dispositivo vigente (artigo 5º) não deve ser restrita como era nas constituições anteriores. A igualdade como princípio jurídico, como preconiza Dworkin (2005a) ganha valores, que inspiram o constituinte originário a espalhar no texto o seu sentido e o seu significado entre os cidadãos, como por exemplo, a igualdade entre homens e mulheres; o direito de acesso a cargos públicos em igualdade de condições; o direito fundamental social de acesso à saúde, de forma universal, e à educação para todos; a redução das desigualdades regionais.

Além de a igualdade estar em diversos dispositivos da Constituição Federal de 1988, nota-se o cuidado do legislador originário quando dispôs no artigo 3º, sobre os objetivos fundamentais que constituem a República Federal do Brasil, em edificar visceralmente no texto constitucional a redução das desigualdades na construção de uma sociedade justa e igualitária.

Como exposto, no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, na seara das garantias dos direitos e das garantias fundamentais, que o texto preleciona que “todos são iguais perante a lei”, trazendo adiante também a expressão “sem distinção de qualquer natureza”, fluindo a partir desta ideia histórica de igualdade formal, as demais normas constitucionais como corolários da igualdade a partir do sentido e da significação deste dispositivo. O texto constitucional formula uma regra de orientação interpretativa para outras normas quando positiva esse princípio.

Neves (2013, pp. 57/58) acredita que à concretização da Constituição tem nos princípios “a maior capacidade de estruturar a complexidade desestruturada do ambiente do sistema jurídico”, em face da normatividade constitucional que se

procura abrigar, e, também, os princípios “enriquecem os potenciais e alternativas da cadeia argumentativa do ponto de vista interno do direito”, concluindo por fim que “o direito se flexibiliza mediante os princípios constitucionais para possibilitar uma maior adequação do argumentar jurídico à complexidade da sociedade”.

Portanto, o sentido de igualdade, a partir do texto constitucional, desenvolveu-se para a sociedade de forma a albergar juridicamente os indivíduos que estão em situação idêntica, através da orientação da elaboração da norma com conceitos gerais e abstratos, mas que devem igualar no caso concreto, não permitindo discriminação em qualquer fundamento, exceto naqueles que se oriente na linha de interesses protegidos na ordem jurídica.

A promoção do Estado Democrático de Direito, é realizada pelo governo das normas esculpidas na Constituição Federal de 1988 que é a guardiã dos valores superiores da igualdade formal, seja quando dispõe sobre os objetivos fundamentais, seja quando explícita a igualdade de todos, ou ainda, quando espalha pelo texto o acesso igualitário aos direitos fundamentais e sociais.

O texto constitucional, de índole democrática, observa não só o aspecto da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, mas também a dimensão objetiva, esta traduzida, também, no princípio da igualdade formal como valor fundamental a ser alcançado pelo Estado.

A igualdade, ao lado da liberdade, mantém estreita relação com o regime democrático de governo e se constitui em uma de suas mais profundas aspirações. Seu fundamento filosófico é a paridade essencial de todos os homens: como seres racionais e livres, todos têm a mesma dignidade.

A Constituição Brasileira registrou tal aspiração logo no primeiro artigo⁶, estabelecendo o pilar em que uma nação ética deve se sustentar: em uma República Democrática para realização da dignidade da pessoa humana.

Assim, a Constituição assegura os direitos e as liberdades essenciais dos cidadãos, direitos estes compreendidos como direito do indivíduo a ser respeitado pelo Estado.

⁶ A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento a dignidade da pessoa humana.

2.5 IGUALDADE FORMAL

A igualdade como princípio apareceu na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão e nas Constituições Clássicas como sendo um postulado de que todo homem é igual diante da lei. Tratava-se de fixar enunciado em que a igualdade tinha a faceta formal.

É possível visualizar a igualdade formal da época das Revoluções Liberais baseada na abstenção do Estado e no espaço neutro, com a edição da norma jurídica, isto é, ligada a dimensão subjetiva dos direitos individuais.

A evolução das teorias sobre os direitos fundamentais, criou uma base teórica que sustenta que não poderá o Estado organizado intervir para assegurar privilégios a indivíduos ou a grupos sociais. O espaço político cria a igualdade no sentido e na significação jurídica, sob o aspecto negativo, com vistas a abominar privilégios dantes concedidos às classes dominantes (clero e nobreza).

Já sob uma visão mais atual de Estado, a igualdade formal assegura a proteção dos direitos fundamentais, igualando a todos na distribuição dos bens através do processo legislativo e da aplicação dos princípios pelo Poder Judiciário.

A igualdade formal na Constituição Federal de 1988 está assentada na prestação negativa do Estado na condução das relações e das questões sociais através de um Estado que se diga mínimo. Vai além, o princípio da igualdade tem como função estruturante à aplicação do direito de forma igualitária.

Assim, é oportuno lembrar que toda a estrutura de pensamento da Constituição está assentada no lema do bem comum. Princípios, valores e diretrizes se entrelaçam com as normas para o fim último de realizar o tão aclamado bem comum. Apesar da índole etérea e abstrata do termo "bem-estar comum", devemos superar o impasse, reconhecendo que o lema é factível com a convergência das pessoas para determinado valor.

Do ponto de vista do direito, sempre se busca manter a posição em entender o justo, considerando a atitude do indivíduo em relação ao ordenamento positivo instituído pelo Estado. Uma conduta justa ou injusta, isto é, jurídica ou antijurídica, pode ser aferida, confrontando seu conteúdo com a norma posta. Obviamente, fala-se dos princípios que regem os comportamentos sociais (não se trata, assim, das normas de organização do Estado ou das que estabelecem apenas atribuições na

vida das pessoas), através dos quais procura-se, ao menos, dar um direcionamento na regulação da sociedade.

Desta maneira, a igualdade formal consiste no fato de se manter o mesmo conteúdo e o mesmo procedimento da norma, inclusive na hipótese de substituição das pessoas que a ela se submetem, mantidas as mesmas circunstâncias. Sendo o princípio uma dimensão de moralidade que visa alcançar a justiça social, a norma de aplicação no caso concreto, deve incidir sobre todos com igual consideração, regendo os comportamentos sociais a fim de garantir a segurança jurídica das relações em sociedade.

Decorre do exposto acima, naturalmente, que todos são iguais, assertiva que na Constituição Federal (1988) em seu artigo 5^o⁷ registra, confirma e merece receber igual respeito. Constrói-se aí, um dos mais importantes princípios de uma nação democrática: igualdade formal, que longe da essência atribuída pelo Estado Liberal Clássico, adquire valor e conteúdo normativo.

A valoração da igualdade, dirige-se tanto ao aplicador da norma, quanto ao seu formulador. Acrescente-se ainda, como mais um complicador, que é da própria natureza da norma que iguala a todos impedir menção a uma discriminação.

Sob esse enfoque, o Estado invoca a igualdade formal como fundamento para a segurança jurídica das relações sociais, evitando-se, assim, diferenciações abomináveis e que não se debrucem sobre aspectos razoáveis e objetivos.

O igual respeito a todos que o governo deve aos cidadãos é própria da sua existência, por que como imaginar um Estado que não respeite a todos igualmente? Estar-se-ia retornando ao antigo regime monárquico, onde não havia respeito e consideração com o indivíduo.

Portanto, o comando normativo constitucional da igualdade atual assegura que todos são iguais, abolindo-se prescrições com base em critérios qualitativos do indivíduo e explícitos pela norma, evitando assim que "(...) nenhum cidadão tenha menos que uma parcela igual dos recursos da comunidade apenas para que outros possam ter mais daquilo que lhe falta". (DWORKIN, 2005b, p. 306).

Seguindo o pensamento de Dworkin, Furquim (2010, pp. 35-36) afirma que

O autor defende os direitos individuais de forma a conciliar o liberalismo com a comunidade, além disso, veremos que a tese de

⁷ Artigo 5^o. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

direitos fundamentais para garantir que todos sejam tratados com igual consideração e respeito, princípio abstrato fundamental que sustenta sua concepção de liberalismo abrangente e sua teoria distributiva.

A igual consideração, segundo Dworkin (2005b), deve levar o Estado a ideia central consubstanciada na distribuição constante das riquezas sociais, com eliminação das desigualdades produzidas na sociedade.

Trata-se de igual consideração para todos, direcionando o aplicador e o intérprete da norma, que analisa e que interpreta o caso concreto, buscando solução semelhante para os indivíduos ou grupos na mesma posição jurídica, evitando-se, assim, conferir privilégios fora do comando normativo. Direciona-se, também, ao legislador que é o principal destinatário desse princípio, já que elabora o conteúdo jurídico da norma.

A igualdade como princípio basilar que dispõe que todos merecem igual consideração, garante um espaço social para que os indivíduos possam se desenvolver longe, aparentemente, de privilégios ilegítimos. É a garantia da liberdade do ser humano e do grupo no Estado que deve se abster de criar desigualdade arbitrária.

No sentido acima exposto, Pontes (2011, p. 145) ao comentar o pensamento de Dworkin escreve que

(...) o governo, na medida em que deve tratar todos os cidadãos com igual consideração e respeito, deve tomar suas decisões de forma coerente à luz de princípios aplicáveis a todos. Caso haja decisões que tratem os cidadãos de forma desigual a partir de critérios abstratos, como, por exemplo, conceder determinados direitos apenas a cidadãos pertencentes à determinada raça ou grupos, a integridade⁸ será violada pela falta de coerência de princípios da comunidade.

Nesse sentido, a hermenêutica da igualdade formal demanda que os cidadãos que se encontrem no mesmo grupo e em situação idêntica, recebam tratamento uniforme pelos operadores do direito, impedindo-se tratamento desigual ao indivíduo em relação a outros que estejam em igualdade de condições.

Portanto, busca-se o equilíbrio igualitário, equiparando todos, isto é, tratando o indivíduo e a coletividade de forma idêntica a partir da abstração legal, mas com

⁸ Para Dworkin, integridade representa o compromisso pelo qual o governo deve agir de maneira coerente e fundamentada em princípios com todos os seus cidadãos, a fim de estender os padrões fundamentais de justiça e de equidade para cada um.

conteúdo concreto. A equiparação entre homens decorre da natureza da norma e, no caso concreto, não comporta distinções no momento da aplicação, ou seja, o princípio da igualdade formal não estabelece distinções entre os pares, porque isso demonstraria que o Estado não trataria os seus cidadãos com igual consideração.

Sob a perspectiva da igualdade formal e da igual consideração com todos não é possível tratar situações jurídicas semelhantes de maneira desigual, a não ser a partir de critérios objetivos, sob pena de violação dos direitos fundamentais.

2.5.1 Definição de possíveis critérios objetivos da igualdade formal.

O princípio da igualdade tem tanto como destinatário o legislador como o aplicador da norma, proibindo tratamento desigual pelo Estado àquelas situações que importem em igual consideração e, também, desiguais por parte da Poder Judiciário.

É na seara da aplicação jurisdicional da norma que podem aparecer discrepâncias baseadas em casos idênticos, gerando desigualdades não encontradas em preceito previsto na carta constitucional, quando no momento da aplicação do princípio não haja uma fundamentação objetiva e razoável.

O princípio da igualdade possui uma dimensão de peso ou importância (DWORKIN, 2007) que determinará como o caso concreto será resolvido na prática e como será a aplicação deste princípio. Na questão idêntica, importa a decisão que atenda a todos com igual consideração (DWORKIN, 2005a), ou seja, que o princípio da igualdade abstrata promova uma produção judicial que acolham os casos de igual maneira.

Para isso a norma-princípio, como garantia da segurança jurídica e da estabilidade das relações sociais, deve ser o parâmetro que a aplicação jurisdicional persegue para que não haja discriminação indesejável, sob pena de desvirtuar o debate político em torno da produção judicial, conforme destaca Bonavides (2004, p. 131)

Ao criar a norma do caso concreto, o juiz ordinário legisla na sentença por raciocínios hermenêuticos. Com o advento do juiz constitucional, dos tribunais da Constituição, isto é, com a jurisdição constitucional se alargando, o juiz “legislador” assume cada vez mais nas estruturas judiciais contemporâneas o lugar do antigo juiz “servo” de lei e do juiz “intérprete” de textos.

Assim, a função jurisdicional quando da aplicação da norma, suscita especial atenção quando aspectos que se debruçam sobre a projeção desigual em casos idênticos estejam sendo julgados de formas distintas, já que o juiz assume o papel de “legislar” no caso concreto, buscando a igualdade em casos idênticos.

Segundo Dworkin (2005a), as instituições deve ter respeitar os cidadãos, e isso se aplica também as decisões judiciais, para conseguir promover a igualdade entre todos com igual consideração e respeito, assegurando valores individuais considerados fundamentais para o homem.

Outra visão sobre a igualdade, é a de Diaz Garcia (2012, pp. 43/44), que apresenta uma ideia sobre os termos de comparação dos casos idênticos e que a autora denomina de propriedades relevantes para reconhecimento de questões iguais, assim

La expresión igualdad, por su parte, es valorativa y se utiliza cuando se afirma que los términos en comparación coinciden en la totalidad de sus propiedades relevantes⁴³. Para estos efectos no interesa cuántas propiedades se consideren relevantes (incluso puede ser sólo una), sino sólo que la coincidencia se produzca en todas ellas. tampoco interesan aquellas propiedades que se consideran irrelevantes, de modo que carece de importancia si entre ellas existe coincidencia o divergencia. Por tanto, mientras en la identidad hay coincidencia en todas las propiedades de los términos en comparación, en la igualdad hay coincidencia en todas las propiedades relevantes.

Na lição da autora, para que não se trata casos materialmente iguais de maneira distintas, o órgão julgador deve analisar se as propriedades da questão que se comparam se assemelham e, na hipótese positiva, se for diferenciar, deverá fundamentar através de argumentos objetivos e gerais, que se possibilite extrair que a diferenciação não produza a quebra da igualdade formal.

Isso leva a ideia de que, caso a propriedade se assemelhem e a igualdade no momento da aplicação da norma não for considerada, estará sendo violada, caso não haja critérios, porque fundada em argumentos arbitrários ou até na falta de fundamento e argumentos, afastando-se da razoabilidade que se impõe no momento de diferenciar situações semelhantes.

Ollero (2005) também apresenta fundamentos possíveis que auxiliam a tomada de decisões não idênticas em questões iguais

El hecho de que las leyes hayan de aplicarse sin tener en cuenta quién es el destinatario plantea problemas que se captan en los conceptos vagos, ambiguos y valorativamente abiertos, debiendo

tener toda discriminación una fundamentación objetiva y razonable. (OLLERO, 2005, p. 17).

Esses elementos devem ser objetivos e razoáveis, segundo o autor, para tornar a discriminação possível. Portanto, os elementos que demonstrarão as desigualdades surgidas no momento da aplicação da norma, devem estar circunscritos aos fundamentos e argumentos utilizados pelo intérprete e pelo aplicador da norma e não em elementos jurídicos que estejam fora do conjunto da norma aplicada ao caso concreto.

Por serem instrumentos normativos com dimensão de peso, os princípios são documentos significativos do ponto de vista jurídico, em que garantem a igualdade na aplicação da norma. Esses documentos são a expressão do direito e garantem, a partir do ponto de partida, a paridade entre os indivíduos, evitando decisões injustas no ponto de chegada.

Portanto, considerando o ponto de partida, o princípio da igualdade formal quando da sua aplicação pelo mesmo órgão deve ter o cuidado de não tratar situações iguais de forma distintas, sob pena de incorrer em arbitrariedade na decisão. E quando chegar à conclusão de que mesmo se tratando de casos iguais, fundamentadamente deve apresentar argumentos suficientemente razoáveis e objetivos para mudança de entendimento por ser requisito para alteração da decisão judicial em casos iguais (OLLERO, 2005), tratando os pares com igual consideração e respeito (DWORIN, 2005a).

A razão para delimitação dos critérios objetivos do princípio da igualdade situa-se em uma posição de tratamento justo e igualitária entre os cidadãos. E por que? Porque estar-se-ia valorando a etapa de aplicação da norma em detrimento do processo político de elaboração dela.

Todavia, não tem sentido fechar a cadeia interpretativa na técnica de aplicação do direito. O processo de interpretação cria linha de entendimento sobre o tema perfeitamente possível de ser alterado, posto que a norma interpretada vira direito atual e as decisões são nela respaldadas, estando em processo de continua modificação pelas interpretações realizadas com base na norma. O que significa dizer que o direito se altera independente das modificações no texto legal. (OLLERO, 2005).

As alterações dos aspectos interpretativos da norma aplicada ao caso concreto sujeitam-se a algumas questões vitais, como as modificações fáticas a

serem apreciadas pelo órgão julgador ou que a mentalidade acerca da regulação da norma seja modificada. (OLLERO, 2005)

Nesse sentido, a produção de decisões distintas está justificada em virtude das hipóteses fáticas analisadas serem diferentes. Já na mudança de compreensão da regulação da norma no caso concreto, é possível justificar a alteração através de métodos interpretativos que permitam o progresso da interpretação ou a modificação na interpretação.

Sem as técnicas que permitam a mudança na aplicação da norma, incorre o aplicador do direito em arbitrariedade quanto ao princípio da igualdade jurídica, porque não encontrou critérios que justifiquem a mudança de entendimento que deve guiar a decisão.

Canotilho (2007, p. 428) anota que: “existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável”.

A exemplo do que seria fundamento razoável para evitar a violação arbitrária da igualdade jurídica, segundo Canotilho, seria a mudança de norma que promove o rompimento entre as situações fáticas ou ainda a mudança no tempo, considerando aspectos históricos e culturais na sociedade, que trariam novos elementos interpretativos para casos semelhantes. Também, a alteração do membro de um órgão julgador, trazendo valores diferentes daqueles utilizados anteriormente como fundamento da decisão.

Canotilho (2007, p. 265) aponta outra hipótese:

É diferente falar em segurança jurídica quando se trata de caso julgado e em segurança jurídica quando está em causa a *uniformização ou estabilidade da jurisprudência*. Sob o ponto de vista do cidadão, não existe um direito a manutenção da jurisprudência dos tribunais (...).

Esses aspectos abordados são fundamentos objetivos e razoáveis, como pontuou o Ollero e o filósofo lusitano, possíveis de aplicação da norma sem ferir o princípio da igualdade abstrata, garantindo a segurança jurídica e a estabilidade das relações sociais no Estado e na sociedade.

2.6 SEGURANÇA JURÍDICA E AS DECISÕES JUDICIAIS

A desigualdade jurídica quando construída com base em critérios objetivos e razoáveis, como explicado no tópico anterior, garante e, também, assegura a estabilidade social das relações humanas e sociais na sociedade.

Através da estabilidade social, o homem alcança a segurança de que as decisões tomadas a todo o momento irão ser suportadas com base nas normas definidas no ordenamento jurídico. O conjunto de normas no seio da sociedade garante a segurança jurídica e permite ao indivíduo e, conseqüentemente, a toda coletividade pautar o comportamento em uma ação que valha a todos, sem tem que pensar como cada ser humano se conduziria diante do fato, inviabilizando a convivência humana no dia a dia.

Sem a norma, a organização que o Estado e que a sociedade procuram definir como padrão para todos, encontraria dificuldades ante a heterogeneidade de comportamentos dos seres humanos, o que levaria a uma insegurança ao homem. A segurança jurídica tranquiliza o comportamento do homem tanto dos atos que já foram praticados quanto àqueles para o futuro. É nesse sentido que Mello (2012, p. 127) escreve sobre o tema

É sabido e ressabido que a ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas possam se orientar, sabendo, pois, de antemão, o que devem ou o que podem fazer, tendo em vista as ulteriores conseqüências imputáveis a seus atos. O Direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da “segurança jurídica”, o qual, bem por isto, se não é o mais importante dentre todos os princípios gerais de Direito, é indisputavelmente um dos mais importantes entre eles.

Esta ‘segurança jurídica’ coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano. É a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente – e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso –, comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana. Esta é a normalidade das coisas.

Por isso que o direito é o instrumento que organiza a vida em sociedade e dita normas de conduta que deverão ser suportadas por todos indistintamente, ou seja, definindo a igualdade de todos.

Barroso (2006) expõe que a igualdade jurídica, deve trazer soluções igualitárias para situações idênticas ou próximas, em virtude de se tratar de um conjunto abrangente de ideias e de conteúdos que advém da segurança jurídica.

A segurança jurídica é um dos pilares do ordenamento jurídico que garante a manutenção da “despersonalização do poder” (Barroso, 2006, p.133) por introduzir a objetividade na interpretação a partir normas jurídicas vigentes e válidas.

Portanto, sem a certeza no direito, a estabilidade nas decisões passa a romper com a previsibilidade das relações sociais e com a igualdade de respeito e de consideração com todos, impondo a vontade do poder.

Dessa maneira, para evitar a personalização do poder, sentido oposto daquele apresentado por Barroso, é que a segurança jurídica tem assento constitucional como norma-princípio, considerado na qualidade de norma de sustentação do Estado Democrático de Direito.

Canotilho (2007) ao se referir ao princípio da segurança jurídica, diz que este relaciona-se ao direito que o indivíduo tem de poder confiar que seus atos ou as decisões públicas sobre os direitos, posições ou relações jurídicas que lhes são inerentes estão seguros no ordenamento jurídico vigente e validados pelas autoridades públicas, gerando efeitos jurídicos e previstos no sistema jurídico.

Barroso (2006) leciona, nesse sentido, que a segurança jurídica é ao lado da justiça e do bem estar-social um dos fundamentos do Estado e do Direito, assentada na cláusula comutativa, que se originou nas teorias democráticas acerca da origem e fins do Estado, posto que recebe em segurança aquilo que concede em liberdade.

Desse modo, a segurança jurídica demanda uma prestação positiva do Estado na proteção aos cidadãos de modificações jurídicas que são necessárias para assegurar os direitos fundamentais sociais, garantidas pela ordem constitucional vigente.

Em decorrência da posição assegurada à segurança jurídica no texto constitucional, pode-se afirmar que é um direito fundamental do indivíduo e da coletividade, porque, também, garante a concretização e a inviolabilidade de outros direitos fundamentais ou pelo menos assegura que não serão suprimidos diante da existência de decisões já sacramentadas.

A segurança jurídica por ser um direito fundamental a inviolabilidade dos direitos assegurados é indispensável ao desenvolvimento do indivíduo e da coletividade no corpo da sociedade.

Portanto, a segurança jurídica além de ser um direito, instrumentaliza outros direitos conquistados, estabilizando as relações sociais e impedindo, através do princípio da proibição do retrocesso que em si é a própria expressão da segurança jurídica, a usurpação ou a manutenção daquilo que já foi alcançado.

Para Sarlet (2009, p. 404), a proibição de retrocesso tem a função de impor limites aos limites dos direitos fundamentais.

(...) o controle material diz essencialmente com a observância da proteção do núcleo (ou conteúdo) essencial destes direitos, bem como com o atendimento das exigências da proporcionalidade e da razoabilidade, mas também do que se tem convencido designar de proibição de retrocesso, categorias que, neste sentido, assumem a função de limites aos limites dos direitos fundamentais (...).

Esses limites, segundo Sarlet (2009, p. 386) é que rendem “a necessária homenagem às exigências da segurança jurídica, portanto, do próprio Estado Democrático de Direito”.

No rol dos direitos que está inserido no princípio da proibição ao retrocesso está o direito social à saúde, em que aquilo que foi objeto de legislação e de decisão judicial, não autoriza o Estado a suprimir e não autoriza o Judiciário a julgar diferente daqueles casos que estejam sob a mesma posição jurídica.

Nessas hipóteses, a igualdade formal e a segurança jurídica são o ponto de partida ou o norte das funções do legislador como do aplicador do direito à garantia dos direitos fundamentais e a proibição do retrocesso, estando-lhes vedadas, constitucionalmente, condutas que importem atribuir sentidos e significados ao conjunto de normas que incorram no rompimento dos princípios e, por consequência, na estrutura do Estado Democrático de Direito, criando insegurança jurídica.

A mudança ou alteração frequente das leis (de normas jurídicas) pode perturbar a confiança das pessoas, sobretudo quando as mudanças implicam efeitos negativos na esfera jurídica dessas mesmas pessoas. O princípio do estado de direito, densificado pelos princípios da segurança e da confiança jurídica, implica, por um lado, na qualidade de elemento objetivo da ordem jurídica, a durabilidade e a permanência da própria ordem jurídica, da paz jurídico-social e das situações jurídicas; por outro lado, como dimensão garantística jurídico-subjectiva dos cidadãos, legitima a confiança na

permanência das respectivas situações jurídicas. (CANOTILHO 2007, p. 259)

Dito isto, a segurança jurídica encontra respaldo nas decisões judiciais quando estabiliza as relações jurídicas postas à análise do Poder Judiciário, mormente quando envolvam questões de direitos fundamentais.

As decisões judiciais são atos estatais que buscam, a partir da análise do caso concreto, a igualdade formal e a segurança jurídica, mas nem sempre alcançam tal desiderato⁹.

Sem critérios objetivos e razoáveis como pondera Ollero (2005), decisões judiciais em casos semelhantes rompem a segurança jurídica devido à diferenciação no tratamento de casos semelhantes, provocando desconfiças e desconsiderando a igual consideração e respeito que o Judiciário deve ter com o cidadão.

Para tanto, deve-se aplicar o princípio da igualdade formal para garantir a igual consideração e a segurança no tratamento igualitário entre os pares em decisões judiciais, preservando-se a segurança jurídica dos atos judiciais passados e daqueles que irão ser praticados no futuro, como forma de assegurar à certeza jurídica do direito como instrumento de pacificação social.

A igualdade é a expressão da norma que dá maior efetividade na assunção de direitos através das decisões judiciais, assegurando direitos já conquistados, proibindo-se o retrocesso, e direcionando o aplicador da norma ao futuro para concretização das normas, pois é o seu conteúdo material que garante a segurança jurídica das pessoas e das instituições.

Ollero (2005) explica que a aplicação da lei deve levar em conta o destinatário da lei, já que abriga uma série de conceitos vagos, ambíguos e abertos,

⁹ Duas soluções possíveis para alcançar a igualdade e a segurança jurídica em decisões judiciais são previstas no projeto do novo Código de Processo Civil. A primeira dispõe no artigo 895 (antigo art. 988 do anteprojeto do novo Código de Processo Civil) sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas, *in verbis*: “Art. 895. É admissível o incidente de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes”. A outra está disposta no artigo 953, que versa sobre a multiplicidade de recurso extraordinário ou recurso especial sobre idêntica questão de direito, *ipse literis*: “Art. 953. Sempre que houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso extraordinário ou o recurso especial será processado nos termos deste artigo, observado o disposto no regimento interno do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça”.

somente podendo promover eventual discriminação através de uma fundamentação objetiva e razoável.

A fórmula que se destaca da atuação judicial é de que a discriminação deve considerar aspectos não objetivos da generalização da norma, o que é razoável e não arbitrário. Isto porque na atividade judicante se aplica a norma, considerando que todos devem receber igual consideração do Estado, outorgando o acesso aos indivíduos dos bens sociais e materiais para garantia dos direitos fundamentais.

A igualdade como valor fundamental no Estado de Direito não deve ter soluções diferenciadas para os cidadãos, a não ser que sejam utilizados critérios justificáveis. A sociedade não compreende e não deseja decisões judiciais que sejam contrárias ao bom funcionamento do Judiciário.

Assim, não há benefícios em decisões judiciais que violam os princípios basilares do Estado Democrático de Direito, como a igualdade e a segurança jurídica. Sem previsibilidade, essas premissas fundamentais ficam prejudicadas para aqueles que buscam o Poder Judiciário, porque haverá diferenças no julgamento da causa.

O convencimento das decisões judiciais pela sociedade está na perenidade dos julgados em pleitos de igual posição jurídica. Preserva-se a confiança no Estado de Democrático de Direito quando o próprio Poder Público através das instituições públicas protege e assegura as expectativas legítimas dos indivíduos e quando o ordenamento jurídico, traduzido na aplicação da norma, não apresenta nem surpresas nem modificações nas decisões.

O esforço interpretativo não deve ser obscurecido, porque a segurança jurídica encontra na interpretação e na aplicação contínua da norma a certeza da estabilidade das relações sociais. A adequada aplicação da fundamentação nas decisões judiciais deve demonstrar previsibilidade, aproximando a segurança do direito. Quando houver falha na cadeia interpretativa, haverá insegurança da aplicação da norma, rompendo com a igualdade formal.

CAPITULO 3 – BREVE EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE SAÚDE, O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE, O ACESSO AO MEDICAMENTO E O JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DESSE DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL.

3.1 BREVE EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE SAÚDE

O conceito de saúde, ao longo dos tempos, vem sendo modificado, adquirindo novos contornos e novas conexões com outros campos de ação da vida humana. Antigamente o conceito médico dominante era que saúde seria apenas a ausência da doença. Noção restrita que reduz o saudável a dimensão física e corporal.

Essa linha de pensamento predominante no século XIX enfatizou o caráter mecanicista da doença. Os trabalhos de Pasteur, Koch e outros pesquisadores no início do século XX provam a teoria sobre a etiologia específica das doenças e trazem novos conhecimentos, na medida em que estudam as relações agentes infecciosos, hospedeiro e ambiente no sentido de entender as causas das doenças em grupos de pessoas.

Portanto, a descoberta dos germes causadores da doença e seu subsequente isolamento, que possibilitou o desenvolvimento de remédios específicos reforçaram a conceituação da saúde como ausência de doenças. Com efeito, as drogas aperfeiçoadas, adequadamente empregadas, resultaram na cura de várias doenças salvando muitas vidas.

A medida que se descobriu a insulina e a sulfamidas, nos anos 1930, foi dado início a era terapêutica, que veio reforçar o conceito de saúde como ausência de doença. Outros princípios passaram a orientar as ações de saúde dando sustentação ao conceito de saúde vigente: o mecanismo, unicausalidade (uma causa produzindo um único efeito): o biologismo (as doenças e suas curas sempre ocorrem no nível biológico) o individualismo (o objeto das ações em saúde é um indivíduo tratado por outro indivíduo). (ASHTON,1993, p. 293)

Entretanto, algumas correntes de estudiosos desta época relatavam a estreita relação existente entre o biológico (corpo humano), o social e o cultural pressupondo desta forma a influência do meio no processo saúde-doença. Esta visão abrangente busca superar o conceito dominante de focar a saúde pela doença, sobretudo nas dimensões biológica e individual.

Após a segunda guerra mundial a saúde reconhecida como direito humano passou a ser objeto da Organização Mundial de Saúde - OMS que no preâmbulo da

sua Constituição datada de 1946, conceituou saúde como “um estado de bem estar físico, mental e social e não só a ausência de doenças ou enfermidades.” (Dallari, 1988, p. 2)

Esta definição foi, por mais de 30 anos, adotada universalmente e muito usada nos discursos oficiais e acadêmicos, mas duramente criticada e rotulada por críticos severos de utópica e irreal, por ser considerada como uma forma implícita de dizer que ninguém é sadio.

Sob esse prisma, gradativamente, esse conceito foi se expandindo e incorporando as dimensões física, emocional, mental, social e espiritual do homem. O modelo curativo e individual passa para um modelo que prioriza a prevenção, com uma projeção social e coletiva. Essa concepção é essencial para se compreender as transformações que a saúde vem passando nos últimos anos

De acordo com Westphal (2012, p. 648) a carta de Ottawa resultado da I Conferência Internacional de Promoção à saúde realizada no Canadá na década de 80 apresenta um conceito amplo de saúde como “o mais completo bem-estar físico, mental e social determinado por condições biológicas, sociais, econômicas, culturais, educacionais, políticas e ambientais”.

Nesta visão positiva do processo compreendeu-se que a saúde não é um fenômeno isolado, mas o resultado da interação de todas as condições em que vive a população. Não se pode considerar o indivíduo fora de sua realidade, econômica, social e ambiental. O clima, o tipo de moradia, a qualidade da água consumida, a possibilidade dos tratamentos dos dejetos domésticos, o ar que se respira, a degradação social ou a desnutrição, estilos de vida pessoais e formas de inserção de diferentes parcelas da população no mundo do trabalho. A saúde é produto e parte do estilo de vida, das condições de existência e do equilíbrio das diversas dimensões do homem.

A saúde enquanto questão humana e existencial é uma problemática compartilhada indistintamente por todos os segmentos sociais. Porém as condições de vida e de trabalho qualificam de forma diferenciada a maneira pela qual as bases e seus segmentos pensam, sentem e agem a respeito dela. Isso implica que para todos os grupos a saúde e a doença envolvem uma completa interação entre os aspectos físicos, psicológicos, sociais e ambientais da condição humana. (MINAYO, 1992, p.15).

No relatório da 8ª Conferência de Saúde realizada no Brasil em 1986 consta uma concepção de saúde centrada na promoção da qualidade de vida expresso de

acordo com Baptista (2007) que saúde é resultante das condições de habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse de terra e acesso a serviços de saúde.

Como consequência dessa concepção foi recomendada políticas voltadas a alcançar a saúde da população, melhorando as condições de vida, ambiente saudável, participação ativa da sociedade e a reorientação dos sistemas e serviços de saúde.

A incorporação à base jurídico-legal do SUS de uma concepção ampliada de saúde que incluiu os condicionantes econômicos, sociais, culturais e bioecológicos e uma visão abrangente e integrada das ações e serviços de saúde, busca superar a visão dominante de focar a saúde pela doença, sobretudo nas dimensões biológica e individual. Sem negar o peso e a importância das doenças na configuração de sistemas de saúde e na consequente oferta de ações. (VASCONCELOS E PASCHE, 2012, p. 532)

Nesse sentido, Akerman e Colbs (2012) ressaltam que o SUS compreende a saúde determinada por dupla combinação: primeira, como resultante da ação de fatores sociais e econômicos, entendimento este registrado na Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/1990); e, também, como decorrência da própria capacidade de ação e de resolutividade dos serviços de saúde.

A saúde é um direito fundamental do ser humano, entendida como uma das formas de expressão das políticas sociais (relação entre o Estado e a sociedade) e resultante de fatores diversificados como alimentação, saneamento básico, moradia, educação, transporte, meio ambiente, lazer, trabalho, renda, entre outros.

3.2 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Nas décadas anteriores a promulgação da Constituição Federal de 1988, o sistema público de saúde no Brasil vinha enfrentando consideráveis modificações. Desde um sistema centralizador privado que na década de 70 excluía as parcelas mais carentes da população da assistência à saúde, até as modificações substanciais ocorridas após o Movimento da Reforma Sanitária que culminaram com a consolidação do Sistema Único de Saúde na Constituição Federal de 1988.

As políticas sociais anteriores eram para os trabalhadores que contribuíam com a previdência. O órgão responsável pela saúde dos contribuintes era o Instituto

Nacional de Assistência Médica e Previdência Social – INAMPS que respondia apenas pela saúde dos seus assegurados.

De acordo com Rehem (2002), os brasileiros, com relação à assistência à saúde estavam divididos em três categorias: os que podiam pagar pelos serviços; os que tinham direito a assistência prestada pelo INAMPS; e, os que não tinham nenhum direito.

A partir do início da década de 1980 começou a ser travada uma discussão em âmbito nacional, na qual já se apontava para o atendimento público, gratuito e universalizado.

Em 1987 é publicado o Decreto n. 94.657 que dispõe sobre a criação do Programa de Desenvolvimento de Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde nos Estados – SUDS, com a finalidade de estabelecer uma política de ações integradas entre Ministério da Saúde e Ministério da Previdência e Assistência Social, incluindo também o Ministério da Educação e Cultura nesse programa.

Como ações importantes após a implantação do SUDS, tem-se: a desconcentração para estados e municípios, com incremento no repasse dos recursos; a desestabilização acelerada do INAMPS - sustentáculo do modelo médico - assistencial privatista e sua retirada gradual da prestação direta de serviços - aumento do controle sobre as fraudes no setor privado; o reforço das decisões colegiadas, por meio dos colegiados e das comissões interinstitucionais de saúde e prioridades relativas para as instituições filantrópicas.

Ao traduzir a noção de equidade como o acesso universal e igualitário ao sistema de saúde, abolindo qualquer tipo de discriminação positiva ou negativa, a Reforma Sanitária assume a igualdade como valor e princípio normativo, formulando um modelo de ética e de justiça social fundado na solidariedade, em uma comunidade politicamente inclusiva. (FLEURY, 1997, p. 33)

A promulgação da Constituição Federal de 1988 incluiu pela primeira vez o direito a saúde como direito social através da positivação na ordem social prevista no artigo 6º. Ela inaugurou um novo regime jurídico para esses últimos direitos garantindo-os como direitos fundamentais, abandonando o modelo de sistema de saúde anterior.

Destaca-se dessa fundamentalidade formal, a criação de preceitos constitucionais específicos sobre ações e serviços públicos de saúde nos artigos 196 ao 200 da Carta Magna.

Nesse sentido, destaca-se trecho do voto do Relator Ministro Gilmar Mendes na Suspensão de Tutela Antecipada - STA 175 (2010):

O dispositivo constitucional deixa claro que, para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). O dever de desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde está expresso no artigo 196.

A Constituição Federal de 1988, portanto, edificou a responsabilidade do Estado na assistência à saúde como um direito de todos e dever do Estado, criando no artigo 198 o Sistema Único de Saúde norteado pelas ideias de universalidade e de igualdade, em que o Poder Público traça diretrizes para a concretização das ações e dos serviços públicos de saúde para atendimentos de todos.

Desta forma, a dimensão objetiva da saúde como direito fundamental foi efetivado no texto da Constituição Federal de 1988, externalizado pelo Sistema Único de Saúde, demonstrando que não há um vazio legislativo, ao revés, que tem por missão garantir a igualdade e a universalização do atendimento a todos.

O SUS está assentado em princípios doutrinários e diretrizes organizativas incorporadas ao texto constitucional e as leis ordinárias que regulamentam estes princípios e diretrizes se articulam e se complementam na conformação do ideário e da lógica de organização do sistema e estão em sintonia com os preceitos do bem estar social e da racionalidade administrativa.

Os princípios doutrinários que conferem ampla legitimidade ao sistema são: a universalidade, a integralidade e a equidade, porém o direito à informação se constitui em requisito básico para a afirmação da cidadania.

A universalidade, segundo Baptista (2007, p. 52):

Consiste na garantia de que todos os cidadãos, sem privilégios ou barreiras, devem ter acesso aos serviços de saúde públicos ou privados conveniados, em todos os níveis de assistência. O acesso aos serviços será garantido por uma rede de serviços hierarquizada (do menor nível de complexidade para o maior) e com tecnologia apropriada a cada nível.

Para Vasconcelos e Pasche (2012, p. 535):

O princípio da integralidade, pressupõe considerar as várias dimensões do processo saúde-doença que afetam o indivíduo e a coletividade e pressupõe a prestação continuada do conjunto de ações e serviços visando garantir a promoção, a proteção, a cura e a reabilitação dos indivíduos e dos coletivos.

O usuário do SUS é integralmente responsabilidade do Estado e como tal deve ter suas necessidades atendidas na totalidade. Assim, sendo a ida de um cidadão a um hospital ou a uma Unidade de Saúde deve ser entendida como uma oportunidade que o sistema está tendo para curar as enfermidades existentes, prevenir novas e promover a saúde através de novos agendamentos.

A integralidade, conforme Matta (2007), é entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de assistência.

Para Mendes e Marta (2012), a equidade em saúde é caracterizada pelo acesso aos serviços (por classes sociais, por faixa etária ou grupo sócio cultural), na distribuição geográfica da oferta; no grau de utilização dos serviços; no uso dos serviços e nos resultados terapêuticos. As necessidades são individuais e exigem acompanhamento individualizado e por hierarquia de risco aos mais necessitados de cuidados, maior atenção e agilidade no agir.

Nesse mesmo sentido, Mendes e Marques (2012, p. 251) afirmam que

A equidade em saúde é geralmente analisada pelo acesso aos serviços (por classes sociais, por faixa etária ou grupo sócio cultural), na distribuição geográfica da oferta; no grau de utilização dos serviços; no uso dos serviços e nos resultados terapêuticos.

Portanto para efetivação da equidade e universalidade na atenção em saúde, é necessário identificar além do espaço da igualdade, o espaço da diferença da população. É reconhecer os grupos sociais mais vulneráveis, priorizando o acesso as ações e serviços de saúde aos segmentos populacionais que enfrentam maiores riscos de morrer e adoecer em consequência das desigualdades social e econômica.

As diretrizes organizacionais do sistema de acordo com Vasconcelos e Pasche (2012) visam imprimir racionalidade ao seu funcionamento e as mais significativas são: a descentralização com comando único, a regionalização e hierarquização dos serviços, a resolutividade e a participação popular.

As ações e os serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único organizado de acordo com as diretrizes estabelecidas na Lei n. 8.080/90. As necessidades são individuais e exigem acompanhamento individualizado e por hierarquia de risco aos mais necessitados de cuidados, maior atenção e agilidade no agir.

Do ponto de vista de Freire e Silva (2003, p. 21) a resolutividade “significa a capacidade do serviço em enfrentar e resolver o problema de saúde até o nível de sua competência”.

As diversas dimensões do SUS convergem para o atributo resolutividade. São habilidades para diagnosticar, entender, curar, corrigir, medicar, educar e esclarecer, restaurar, produzir e distribuir medicamentos e tecnologia, entre outras formas.

A participação popular, segundo Mendes (2002) assegurada pela Constituição Federal e regulada pela Lei n 8.142/90, ocorre mediante a participação dos segmentos sociais organizados nas Conferências e nos Conselhos de Saúde, nas três esferas de governo, e através da participação em colegiado de gestão nos serviços de saúde. Essa diretriz constitucional traduz o anseio dos atores sociais por uma participação mais efetiva da população na definição e execução da política de saúde nas três esferas governamentais.

A construção do SUS foi um processo difícil que demandou vários movimentos e entendimentos complexos aos quais Municípios, Estados e Governo Federal em estágios diferentes de transformação enfrentaram conflitos e superposição de papéis. Os desafios não eram pequenos.

Após a eliminação do duplo comando da saúde entre o Ministério da Previdência e o Ministério da Saúde, este se fortalece e passa a operar o sistema a partir de portarias (leis ministeriais), que foram denominadas de Normas Operacionais Básicas do SUS (NOB-SUS) que a partir dos anos 2000 passaram a se denominar de Normas Operacionais de Assistência à Saúde (NOAS). As primeiras tratavam fundamentalmente da questão da descentralização, normatizando esse processo, atribuindo funções e atribuições as distintas unidades da federação as segundas destinavam-se mais à questão da regionalização da assistência à saúde. (COHN, 2008, p. 106).

O processo de descentralização de ações e de serviços de saúde, induzido pela consolidação do SUS, transferiu responsabilidades e redistribuiu recursos para a esfera estadual e, principalmente, municipal. A descentralização municipal deu ao gestor municipal a possibilidade de dirigir e orientar os recursos públicos para a solução dos problemas de saúde do seu município e garantir a atenção integral dos cidadãos. Os passos significativos rumo à municipalização foram definidos na Normas Operacionais Básicas NOB/96, aprovada em novembro de 1996.

A municipalização não deve ser entendida como apenas pelo cumprimento aos critérios (Lei 8.142/90) para repasse de forma regular e automática dos recursos financeiros federais para cobertura de ações e serviços de saúde a serem implementados pelos municípios. Ela deve ser entendida principalmente pela nova responsabilidade do município de administrar as ações e serviços de saúde em sua abrangência, planejando, decidindo e gerindo recursos humanos, materiais e financeiros. (LIMA *et al* 2005).

Dessa forma, agrega-se ao grande contingente de municípios de pequeno porte o desafio da construção de uma nova estrutura organizacional em um contexto municipal que se expressa nas diferentes racionalidades das estruturas que, a partir da implantação do SUS, precisam ser integradas na necessidade de enfrentar e romper com a tradição de um sistema de poder centralizado na esfera federal.

Outro passo importante neste processo foi a aprovação da Norma Operacional da Assistência à Saúde - NOAS 2001 orientada ao processo de planejamento e organização regional dos serviços assistenciais.

A Noas 2001 vem gerando novas transformações no sistema único de saúde, abrindo o debate ao uso racional dos recursos públicos e privados da sociedade orientados para a saúde e a possibilidade de equilíbrio na distribuição de recursos para favorecer as comunidades mais afastadas das grandes e médias cidades. Também orientar os gestores sobre a necessidade de contar com planos de investimentos de curto e médio prazo para garantir a capacidade resolutiva e a qualidade dos serviços. (LIMA *et. al.*, 2005, p.)

O alargamento das responsabilidades do Estado quanto ao bem estar do cidadão, ampliou o acesso à saúde a todos os cidadãos e elevou a área de abrangência da saúde para além da assistência médica, para o zelo integral do cidadão quanto ao prevenir, ao cuidar e ao curar.

Para governo e para população iniciava-se um novo tempo, o ideal de um povo que participaria das decisões, definindo prioridades e os governos assumindo como seu dever a saúde para todos, com o objetivo de ofertar ao cidadão de fato os meios necessários para que se garanta e recupere a sua saúde tais como: exames, internações e terapia medicamentosa integral.

3.3 O MEDICAMENTO COMO BEM ESSENCIAL

O medicamento é um insumo estratégico de suporte às ações de saúde, cuja falta pode significar interrupções constantes no tratamento, o que afeta a qualidade de vida do usuário e a credibilidade dos serviços farmacêuticos e do sistema de saúde como um todo.

Conforme as premissas da Constituição Federal de 1988 e a legislação que regula as ações públicas de saúde a serem efetivadas por medidas estatais, o fornecimento de medicamentos além de serem direitos fundamentais são essenciais para recuperação da saúde.

Esta garantia fundamental está prevista no artigo 6º, I, d, da Lei Federal n. 8.080/90, dispondo que

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;

Como parte integrante da recuperação da saúde está à assistência farmacêutica, que consiste no fornecimento de medicamentos àqueles indivíduos que estejam sob tratamento pelo SUS e que tenham sido indicados por profissionais médicos do sistema dentre aqueles previamente padronizados¹⁰.

Isto significa dizer que a assistência terapêutica é integral e que realizado o diagnóstico e prescrito um tratamento medicamentoso, esses serão fornecidos de forma gratuita ao paciente.

A Lei Federal n. 9.313/96 dispõe no artigo 1º, § 2º, que:

§ 2º. A padronização de terapias deverá ser revista e republicada anualmente, ou sempre que se fizer necessário, para se adequar ao conhecimento científico atualizado e à disponibilidade de novos medicamentos no mercado.

Diante do dispositivo da Lei Federal, a assistência terapêutica medicamentosa fornecida pelo SUS deve sofrer constantes alterações toda vez que for necessário à adequação e incorporação científica de novas tecnologias no mercado da saúde.

¹⁰ Em casos que houver a negativa à prestação medicamentosa pelo Estado, o cidadão transferirá para o Poder Judiciário à obrigação pelo fornecimento, para fins de obtenção da assistência terapêutica, estando ou não o medicamento listado na RENAME.

No âmbito infralegal, tem-se a Portaria n. 3.916/1998 que trata da Política Nacional de Medicamentos e que dispõe que

A Política Nacional de Medicamentos, como parte essencial da Política Nacional de Saúde, constitui um dos elementos fundamentais para a efetiva implementação de ações capazes de promover a melhoria das condições da assistência à saúde da população. A Lei n.º 8.080/90, em seu artigo 6º, estabelece como campo de atuação do Sistema Único de Saúde - SUS - a "formulação da política de medicamentos (...) de interesse para a saúde (...)".

O seu propósito precípua é o de garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais.

Em complementação a Portaria n. 3916/98, foi editada a Resolução n. 338 de 06 de maio de 2004, do Conselho Nacional de Saúde, que dispõe sobre a Política de Assistência Farmacêutica como sendo um

Conjunto de ações voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde, tanto individual como coletiva, tendo o medicamento como insumo essencial e visando ao acesso e ao seu racional. Este conjunto envolve a pesquisa, o desenvolvimento e a produção de medicamento e insumos, bem como a sua seleção, programação, aquisição, distribuição, dispensação, garantia da qualidade dos produtos e serviços, acompanhamento e avaliação de sua utilização, na perspectiva da obtenção de resultados e da melhoria da qualidade de vida da população.

Pepe *et al.* (2010, p. 462) destacam que o objetivo da Política Nacional de Medicamentos visa assegurar o acesso à população aos medicamentos essenciais e apresentam duas reflexões, a primeira que

(...) o desenvolvimento científico e tecnológico, a produção de medicamentos, a verificação de sua qualidade, a regulamentação sanitária, a reorientação da assistência farmacêutica e o desenvolvimento e capacitação de recursos humanos devem levar em conta a almejada melhoria do acesso aos medicamentos, em especial, aos essenciais.

E a segunda com base na Organização Mundial da Saúde que recomenda que cada país elabore um rol de medicamentos essenciais

O processo de adoção e revisão de uma lista de medicamentos essenciais traz implícito que a seleção deve seguir critérios que contemplem as necessidades terapêuticas de determinada população, proporcionando assim, base para priorização de necessidades, redundando na ampliação do acesso. Igualmente, a seleção de medicamentos essenciais propicia a melhoria da qualidade da assistência, pois, ao estabelecer como critérios de seleção a eficácia e a segurança dos fármacos, busca limitar o uso de medicamentos de eficácia não comprovada, que apresentam

maiores riscos do que benefícios na sua utilização ou a duplicidade de fármacos para a mesma indicação clínica.

No Brasil, existe a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME que é uma lista de medicamentos organizada e padronizada pelo Ministério da Saúde, revisada e atualizada através de uma Comissão Técnica e Multidisciplinar de Atualização do RENAME¹¹ - COMARE, gerida por diversos órgãos como o SUS, universidades e entidades de representação de profissionais da saúde.

O RENAME tem por objetivo atender as necessidades essenciais de saúde da população brasileira e se adequar as estratégias da política de medicamentos da OMS, procurando assegurar a eficácia e a qualidade dos medicamentos, garantindo a segurança e promovendo, ainda, o uso racional pelo indivíduo e pela coletividade daqueles considerados essenciais.

Assim, verifica-se, através do conjunto de normas que regulamentam o tema, que é inquestionável a importância que a assistência terapêutica tem na preservação da dignidade da pessoa como conteúdo dos direitos fundamentais, não sendo possível imaginar uma vida digna se não for assegurado aos doentes o acesso aos medicamentos essenciais na luta por saúde.

Trata-se de respeito a vida do ser humano e do direito subjetivo à saúde prestado pelo Estado, em que todos devem ter acesso à assistência integral a todo o tipo de medicamento essencial a cura da doença.

Para Ferrajoli (2011), os medicamentos essenciais são bens sociais abrangidos na categoria de direitos fundamentais e são prestações materiais positivas, assim como é alimentação e a assistência sanitária.

Segundo classificação proposta pelo autor, os medicamentos essenciais são bens duplamente artificiais: primeiro porque produzidos ou distribuídos pelo homem e, também, porque devem estar acessíveis juridicamente a todos, considerando que não são bens naturalmente disponíveis.

Na opinião de Ferrajoli (2011, p. 74)

A estipulação destes direitos como direitos fundamentais à sobrevivência é um fenômeno relativamente recente, afirmados nas constituições do século passado graças à mudança de sentido do mais importante dos direitos humanos: a vida.

¹¹ A última atualização da lista do RENAME foi feita em 08 de agosto de 2013 e está disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2013/outubro/21/renome-anexos-versao-08-08-2013.pdf>.

Na concepção atual de mundo, a sobrevivência deixou de ser um fator simplesmente natural para ser um fator social, afirma Ferrajoli (2011) e, portanto, os medicamentos essenciais, como direitos fundamentais, são bens que garantem as necessidades sanitárias básicas da população e o desenvolvimento de uma vida adequada e saudável.

Portanto, sob a ótica da essencialidade do medicamento, é que o Estado brasileiro com forte raiz constitucional com apelo as questões de ordem social, trata o acesso à saúde e, portanto, a assistência terapêutica integral como um direito subjetivo a prestação positiva para assegurar uma vida digna e adequada, posto que são bens sociais artificiais e o acesso depende de uma ação positiva do Estado. Essa prestação tem amparo na Constituição Federal (artigo 5º, § 1º).

Não se pode esquecer que em sistemas de proteção social, inspirados sobre o princípio da universalidade e da integralidade, tal como o brasileiro, os instrumentos econômicos devem garantir que o objetivo maior seja alcançado: a saúde como direito do cidadão e dever do Estado.

Entretanto, um problema surgido dessa ampliação do acesso à saúde foi o do financiamento do SUS, que gera fortes debates e que até hoje não se conseguiu resolver ao ponto de evitar questionamentos sobre o Sistema.

O Estado quando se omite na prestação da assistência terapêutica, seja pelo não fornecimento dos medicamentos listados na RENAME seja pela não atualização dessa lista com a incorporação de novas tecnologias, incorre na violação das liberdades fundamentais, como o direito à vida e o direito à saúde.

3.4 O DEVER DO ESTADO AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO

Para efetivação da equidade e universalidade na atenção em saúde, no cotidiano das instituições de saúde, deparam-se com inúmeros problemas que persistem sem solução. Um deles vem sendo caracterizado pela dificuldade da população a medicamentos em face do financiamento do sistema.

O financiamento da assistência farmacêutica para o SUS é de responsabilidade das três esferas de gestão - União, estados e municípios. A cada esfera de gestão cabem distintas responsabilidades e atribuições, que devem à medida que as políticas que norteiam este tipo de atendimento se consolidam serem

mais claras e definidas, dentro dos recursos financeiros destinados a operacionalização do sistema.

Os serviços do SUS são responsáveis pela atenção integral de mais de 140 milhões de brasileiros e ainda oferecem serviços especializados aos cerca de 40 milhões cobertos por planos de saúde em situações que estes não asseguram a prestação oportuna dos serviços, como na maioria das situações de urgência e emergência.

A abrangência das ações inclui ainda a assistência terapêutica que é feita desde a atenção básica até os tratamentos especializados, como a terapia renal substitutiva, os tratamentos quimioterápicos para o Vírus de imunodeficiência humana - HIV e câncer, a dispensação regular de medicamentos para doenças crônicas e degenerativas e fornecimento de ósteses e de próteses. (VASCONCELOS; PASCHE, 2012).

Pepe *et al.* (2010, p. 462) afirmam que

Além da seleção dos medicamentos essenciais, o sistema de saúde público brasileiro possui, em suas três esferas de governo, outros elencos de medicamentos selecionados, tais como os de dispensação excepcional e os programas de distribuição de medicamentos para doenças específicas, como tuberculose, malária, diabetes e outras, de forma a atender diferentes demandas de saúde.

Quando alguém necessita de cuidados médicos e recorre ao SUS, procura salvo exceções, uma unidade de saúde municipal. Essa unidade tem o dever de prestar o atendimento e de fornecer os medicamentos receitados. Se o município não puder prestar o serviço, o usuário buscará na esfera estadual, tendo em vista as obrigações assumidas, nos termos de seu nível de inserção ao SUS. (SOUZA; MURARO, 2011).

Para isso, o estado ou município devem estar preparados para o atendimento de ações públicas de saúde de assistência terapêutica medicamentosa dentro da atribuição de cada ente federativo no modelo previsto na Constituição Federal e materializada na lei infraconstitucional.

O ordenamento jurídico do sistema é complementado pelas legislações estaduais e municipais que regulamentam em cada instância a criação ou adaptação de órgãos previstas na legislação federal, como os fundos e os conselhos de saúde, bem como a normatização complementar sobre o funcionamento do SUS no âmbito municipal ou estadual. (VASCONCELOS E PASCHE, 2012, p. 534).

A Lei Federal n. 8.080/90 que baliza as diretrizes para que o Estado promova as condições indispensáveis à saúde como direito fundamental, dispõe no artigo 2º, § 1º que

A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Mas nem sempre o Estado está preparado para prestar a devida assistência de forma universal e igualitária, desrespeitando os princípios que fundamentam o Sistema Único de Saúde. E por que? Por que a prestação da assistência terapêutica exige do Estado um dispêndio de recursos públicos que são limitados, apesar dos interesses serem infinitos, motivos pelos quais nem todos os interesses poderão ser atendidos, pois esbarram no contingenciamento financeiro à prestação desse direito subjetivo.

Nesse sentido, Amaral (2001, p. 147) afirma que

Firmado há menos recursos do que o necessário para o atendimento das demandas e que a escassez não é acidental, mas essencial, toma vulto a alocação de recursos. A decisão alocativas são, como bem captado por Calabresi e Bobbitt, escolhas trágicas, pois, em última instância, implicam na negação de direitos que, no campo da saúde, podem redundar em grande sofrimento ou mesmo em morte.

No contexto das decisões alocativas, cabe ao Poder Executivo fazer cumprir as leis editadas pelo Poder Legislativo, dentro da organização constitucional do Estado, e escolher onde e como serão destinando os recursos, mediante avaliação discricionária, referentes às políticas públicas medicamentosas.

Mas como fazer essas escolhas trágicas sem ferir os princípios da igualdade e da segurança jurídica pilares do Estado Democrático de Direito? E como fica o direito social (fundamental) à saúde como um bem conquistado através de vários anos de lutas por segmentos da sociedade? Para isso, o Estado deve estar preparado para enfrentar questões sensíveis como essas questionadas, porque considerando que a Constituição Federal não trata de um conceito de mínimo existencial, mas exige que a saúde como direito fundamental social seja cumprido como conjunto de prestações materiais indispensáveis a uma vida digna.

Figueiredo e Sarlet (2010, p. 25) afirmam que

Neste contexto, há que enfatizar que o mínimo existencial – compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável (e a vinculação com o direito à saúde, tomado aqui em seu sentido mais amplo é proposital e será retomada no seu último segmento!) tem sido identificado – por alguns – como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade.

Dias (2010, p. 180) afirma que:

Destarte, é razoável se concluir que o denominado *mínimo existencial* estabelece um patamar ‘mínimo’ para efetivação dos direitos sociais prestacionais, nesses incluídos diversos Direitos Fundamentais, que representam as condições mínimas necessárias para uma existência digna, sem as quais, literalmente, despe-se o indivíduo do manto da dignidade da pessoa humana, consagrada pela Ordem Constitucional.

Em sociedades como a brasileira, com um dos mais altos índices de desigualdade social do planeta, o mínimo existencial que tem importado é aquele que tem implementado políticas públicas que priorizem os recursos financeiros do Estado, contrariando as expectativas constitucionais.

Destarte, as três esferas de governo não têm conseguido gerenciar os recursos destinados para a saúde, promovendo a desigualdade no Poder Executivo, que tem a função constitucional de concretizar o direito à assistência terapêutica, seja com o fornecimento de medicamentos listados na RENAME seja com a incorporação de novas tecnologias.

O que acarreta uma lógica inevitável, por mais que o sistema público de saúde no Brasil tenha sido desenhado para respeitar o direito fundamental social a uma vida adequada em virtude de ações públicas de saúde no que se refere à assistência terapêutica medicamentosa, a proposta de reforma sanitária não conseguiu abolir definitivamente a discriminação positiva e negativa mencionada por Fleury (1997).

Nesse contexto, quando o Estado, através das três esferas de governo, não consegue alcançar e cumprir a finalidade de assegurar o direito à assistência terapêutica integral a todos aqueles que buscam pela assistência, legitima o cidadão a procurar alternativa célere de acesso a esse bem essencial.

Apesar dos avanços nas políticas e ações públicas de assistência farmacêutica, no Brasil, diversos estudos¹² identificam dificuldades de acesso da população aos medicamentos necessários, o que implica prejuízo à assistência integral à saúde. Neste contexto, é compreensível que o cidadão busque um tipo de alternativa mais rápida e efetiva de acesso aos medicamentos. (PEPE ET AL., p. 462).

Essa alternativa apontada pelos autores é a via judicial, onde a população não atendida pelo Sistema de Saúde Público procura o Poder Judiciário para garantir o direito à obtenção do medicamento e da assistência terapêutica integral como parte das ações públicas de saúde para recuperação da qualidade de vida.

Em outras palavras, o Judiciário pode determinar a entrega das prestações positivas, eis que tais direitos fundamentais não se encontram sob a discricionariedade da Administração ou do Legislativo, mas se compreendem nas *garantias institucionais da liberdade*, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos (hospitais, clínicas, escolas primárias, etc.). (TORRES, 2010, p. 74).

As questões sensíveis que se mencionam no dever do Estado à prestação da assistência terapêutica são relativas ao financiamento do sistema. A Constituição Federal garante o mínimo de existência digna a todos os seres humanos (dignidade da pessoa humana) e que a efetividade dos direitos sociais faz parte da ordem constitucional, isto é, quer-se dizer que quando o Estado não presta a obrigação material, uma via alternativa se apresenta ao cidadão, que é a materialização pelo Poder Judiciário.

3.5 O PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO

A proposta da universalidade, da integralidade, da equidade e da igualdade na saúde com o advento da Constituição Federal e a organização do Sistema Único

¹² Os autores reportam os estudos com bases nessas fontes: 1. Ministério da Saúde/Organização Pan-Americana da Saúde/Organização Mundial da Saúde. Avaliação da assistência farmacêutica no Brasil: estrutura, processo e resultados. Brasília: Ministério da Saúde; 2005; 2. Guerra Jr. AA, Acúrcio FA, Gomes CAP, Miralles M, Girardi SN, Werneck GAF, et al. Disponibilidade de medicamentos essenciais em duas regiões de Minas Gerais, Brasil. Rev Panam Salud Pública 2004; 15:168-75; 3. Szwarcwald CL, Viacava F, Vasconcellos MTL, Leal MC, Azevedo LO, Queiroz RSB, et al. Pesquisa Mundial de Saúde 2003: o Brasil em números. RADIS Comunicação em Saúde 2004; 23:14-33; e, 4. Oliveira BB. Investigações de acesso a medicamentos em nível domiciliar: um estudo comparativo de iniciativas realizadas no Brasil entre 2002 e 2004 [Dissertação de Mestrado]. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz; 2007.

de Saúde foi, no embrião, etérea, contudo, não logrou o alcance esperado pela dificuldade no atendimento a todos.

Baptista (2007, p. 58) resume o cenário que está emergida a saúde no Brasil “Na lei está escrito que todos têm direito à saúde, independente de raça, gênero, idade, classe social etc. Na prática, o que percebemos é ainda uma grande insatisfação/descrência com relação ao SUS”. O próprio SUS mostra-se com dificuldade ante a impossibilidade de atender a todos com dignidade, promovendo a descrência da população, como apontou a reportagem da Revista Istoé (2014).

Nesse sentido, como os Poderes democráticos¹³ (Executivo e Legislativo), em que reside à soberania popular, não garantem o fornecimento de medicamento, a lógica inegável é que à população, individual ou coletivamente, transfira para o Poder Judiciário a incumbência em satisfazer e preencher a efetividade do texto constitucional ao direito à saúde.

Pepe *et al.* (2010, p. 462) dizem que se estabelece uma tensão entre os Poderes.

Deste modo, estabelece-se uma tensão entre o Poder Judiciário, cuja atribuição constitucional é fazer cumprir as leis que garantem o direito dos cidadãos aos medicamentos, e o Poder Executivo que tem como atribuições estabelecer e executar políticas que dêem cumprimento às leis produzidas pelo Poder Legislativo, de forma que permita à sociedade o acesso efetivo e equânime à assistência farmacêutica.

No mesmo sentido, a STA 175 (2010), através de parte do voto do Ministro Celso de Mello, esclarece o papel do Judiciário ante a recusa governamental à prestação do direito à saúde:

Isso significa que a intervenção jurisdicional justificada pela ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir significação real ao direito à saúde tornar-se-á plenamente legítima, (sem qualquer ofensa, portanto, ao postulado da separação de poderes), sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito, a necessidade de fazer prevalecer à decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde.

¹³ O sentido de “Poderes Democráticos” refere-se à teoria representativa da democracia pelo voto. Isto não significa que o Poder Judiciário não é um espaço democrático, em virtude dos seus membros não serem eleitos. Trata-se de diferenciação teórica para fins de trabalhar academicamente os motivos que levam os indivíduos a buscarem o Judiciário para o fornecimento de medicamentos.

Timm (2011) diria que as políticas públicas fornecidas diretamente por ações governamentais são mais eficientes do que aquelas prestadas por meio de ações judiciais. Contudo, a recusa arbitrária legítima o jurisdicionado a buscar a efetivação do direito à assistência terapêutica integral no Poder Judiciário a fim de materialização do direito subjetivo.

Essa tensão perpassa pela função de cada poder dentro da construção constitucional prevista na Magna Carta, pois o Judiciário adentra em uma área de discricionariedade e de escolha política própria dos outros poderes, sem ofender a separação dos poderes, o que o torna legítimo ante a recusa a prestação real ao direito à saúde.

Araújo (2013, p. 282) afirma que

Assim, se de um lado é mister assegurar a independência entre os poderes, de outro é dever alcançar um meio-termo, voltado para a razoabilidade, permitindo o controle judicial quando o ato comissivo ou omissivo violar princípios constitucionais de maior grau.

Diante da efetividade do texto constitucional em proteger os princípios constitucionais de maior grau, o posicionamento do Poder Judiciário tem redundado na assunção de funções de efetivação dos direitos sociais prestacionais, cuja atuação tem resultado como sujeitos da movimentação das políticas públicas de saúde no Brasil.

Segundo os autores indicados acima, o protagonismo judicial aparece quando a recusa do Executivo e/ou do Legislativo na concretização dos preceitos constitucionais, atuando no controle de políticas públicas e no caso específico do fornecimento de medicamentos.

Fassy (2009, p. 40) sustenta a partir dessa perspectiva um posicionamento de protagonismo do Poder Judiciário quanto à garantia dos direitos fundamentais, interferindo na discussão sobre políticas públicas a fim de equalizar as oportunidades de acesso às políticas estatais:

Diante de tal realidade social, ao Poder Judiciário, como última instância protetora dos direitos fundamentais, compete garantir a força normativa da Constituição e sanar a existência de distorções do processo democrático brasileiro mediante o controle de implementação de políticas públicas.

Dias (2007, p. 44) acredita “que o Judiciário deve intervir na formação de políticas públicas desde que possa ser configurado um conflito jurídico” e segue “Trata-se de uma intervenção derivada, pois depende da formulação prévia de uma

política ou mesmo de uma omissão, quando evidentemente há um dever legal ou constitucional de produzi-la”.

O mesmo autor vai além ao discutir o papel do Judiciário, dizendo que

Não se resume a uma ação de natureza defensiva; mas, ao contrário, exige um protagonismo plenamente justificável quando as questões estejam relacionadas à justiça básica e a elementos constitucionais essenciais que se manifestam por meio da razão pública. (DIAS, 2007, p. 96).

Sobre a deliberação pública Dias (2013, p. 23) escreve:

A garantia de público acesso ao Judiciário, assim, é mais que o direito de ação propriamente dito, é, em realidade, a assecuração de práticas deliberativas pautadas por critérios que viabilizam o uso público da razão, sobretudo, quando em pauta a definição e concretização dos direitos fundamentais.

E conclui:

Os direitos processuais são direitos fundamentais de natureza deliberativa que permitem que os cidadãos possam, no âmbito judicial, preencher as lacunas normativas constitucionais, sendo por isso mesmo direitos de participação política qualificadas no seu mais alto grau, de certo modo, legatários do Poder Constituinte originário. (DIAS, 2013, p. 25)

Assim, os cidadãos ao perceberem a lesão de um direito social recorrem ao Poder Judiciário como espaço da razão pública para discussão e deliberação da prestação material à saúde, seja individual ou coletivamente. Faz-se uso, portanto, da judicialização da saúde.

A judicialização da saúde no Brasil por ser tema recorrente nos Tribunais, em que o jurisdicionado pede tratamento medicamentoso que estejam tanto nas listas do Ministério da Saúde, quanto àqueles que não estão, deixa sob o critério da escolha do julgador conceder ou não e para quem conceder esse bem social.

O fenômeno, que tem sido chamado de “judicialização da saúde”, expressa a problemática apontada, e os estudos sobre o tema revelam a crescente demanda judicial, individual e coletiva, por bens e serviços de saúde, principalmente medicamentos, presentes ou não em listas oficiais de fornecimento, para diversos tipos de indicações terapêuticas. (PEPE ET AL., 2010, p. 462)

Contudo, o Judiciário para garantir a efetivação do princípio da dignidade humana precisa olhar para dois preceitos fundamentais que a Constituição Federal garante como valor da democracia: a igualdade formal e a segurança jurídica, pois o conteúdo da igualdade na dimensão de peso e importância (DWORKIN, 2007) e

como princípio de igual consideração e respeito de todos (DWORKIN, 2005a) que é indispensável para concretização do direito fundamental a saúde.

Assim, nos casos em que houver negativa ou imprevisibilidade em decisões judiciais para fornecimento de medicamentos em casos idênticos, na ausência de sintonia e na uniformidade na aplicação da norma, haverá o rompimento com a igualdade formal e o Judiciário não tratará a todos com igual consideração.

Assis (2011, p. 805) defende a uniformidade da aplicação da norma para que o resultado das decisões judiciais seja igual a todos.

(...) a preocupação com julgamentos uniformes para casos similares sempre existiu em todos os ordenamentos e épocas e interessa à ordem jurídica hígida e justa, mais do que alhures, a erradicação da incerteza quanto ao direito aplicável às lides.

A correta aplicação da norma em decisões judiciais medicamentosas para os casos idênticos implica, portanto, na erradicação da incerteza, considerando que o indivíduo receberá o mesmo tratamento medicamentoso que seu par. Mas não é só isso, terá, também, a certeza da recuperação da saúde em um sistema judicial que procurou igualar a todos.

Por outro lado, se assistência terapêutica não for garantida pelo Judiciário como direito universal e gratuito? E se não alcançar a todos indistintamente? Pode-se compreender nessas hipóteses, que as decisões judiciais não estão em simetria quanto à concessão desses bens sociais para indivíduos ou para grupos que estejam em igualdade jurídica, acarretando na falta de igual respeito e consideração na vida política do Estado, pois concedem vantagens que importem em desequiparações não prevista em norma, sem delimitar critérios objetivos e razoáveis.

Assim, anelar decisões judiciais que forneçam tratamento farmacêutico ao indivíduo singularmente considerado em detrimento da coletividade, inclusive em ações coletivas levam a exclusão do direito social à saúde, situando a ordem judicial no mesmo campo administrativo das decisões alocativas no momento da escolha discricionária.

3.5.1 A efetividade da assistência terapêutica em ações coletivas

De acordo com o esboço de fundamentação teórica da pesquisa que já se vem desenvolvendo, percebe-se primeiramente que a judicialização dos tipos de

demandas como as tratadas é possível tendo em vista o pressuposto de fundamentalidade do direito à saúde, dentre ele o direito ao fornecimento de medicamentos.

Como também abordado, tal direito é encarado como um direito subjetivo à prestação positiva para assegurar uma vida digna¹⁴, exigindo uma ação positiva do Estado. E na ausência injustificada desse, a jurisdição é a via alternativa para o acesso a assistência terapêutica.

A inafastabilidade da jurisdição preconizada pela Constituição Federal, classicamente interpretada em sede de demandas intersubjetivas, também se transfere para o âmbito da prestação jurisdicional coletiva. Segundo Pinto da Costa (2012, p. 652), “A tutela jurisdicional coletiva, efetiva, célere e adequada é um direito fundamental que, por sua dimensão objetiva, vincula o juiz, o administrador e o legislador”.

Um ponto é sempre importante de ser ressaltado quando da oportunidade de falar-se deste tipo de entendimento quanto à tutela jurisdicional e quanto à interpretação dos direitos fundamentais e que, dando um passo atrás, também está como pressuposto das ações coletivas, que é a possibilidade de conformação de um microsistema de processo coletivo, conforme trata Azevedo (2012, p. 114):

No Brasil, a legislação foi progressivamente escrevendo a história da tutela coletiva, iniciando-se com a Lei de Ação Popular (Lei n. 4.717/65), depois se ampliando com a aprovação da Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347), em 1985. Desabrochou, enfim, com a Constituição Federal de 1988, seguida do Código de Defesa do Consumidor em 1990 (Lei n. 8.072). Por conseguinte, vieram os códigos setorializados e os estatutos, bem como as legislações especiais, as quais passaram a complementar e integrar o sistema utilizado para a proteções os interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

Dentro desse microsistema de processo coletivo propiciado pela legislação brasileira, apresenta-se uma legitimidade processual de ingresso mais ampla, o que faz com que haja a capacidade de inserção de novos agentes como interlocutores do Poder Judiciário para a efetivação dos direitos fundamentais, ou pelo menos a sua inserção de maneiras distintas à tradicional forma processual.

De modo geral, todos esses casos regulares excepcionais de titularidade das garantias fundamentais do processo são indicativos

¹⁴ Constituição Federal, Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos **existência digna**, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios (...)

de que o caráter de indisponibilidade dos direitos fundamentais pode permitir, em determinados casos específicos, a invocação de prerrogativas por outros atores individuais e coletivos que, atendidos os requisitos legais, passa a atuar como interlocutores do Poder Judiciário. (MENDES, 2009, p. 391).

E é justamente por meio das ações coletivas¹⁵ sobre saúde que se dá tal interlocução da maneira como se percebe nos processos de onde se originaram as decisões selecionadas para o estudo, claramente de modo novel em relação ao clássico modelo de judicialização individual, revelando benefícios para a garantia de diversos direitos, notadamente os direitos difusos e coletivos como o direito à saúde.

Novos conflitos, metaindividuais, esperam solução na sociedade contemporânea; e exatamente por sua configuração coletiva e de massa são típicos das escolhas políticas e indicam a necessidade de se adotarem novas formas de participação. (GRINOVER, 2007, p. 24).

Estes novos conflitos, marcados pela emergência de novas demandas e pela confirmação progressiva dos direitos fundamentais sociais, exigem a criação de novos mecanismos de garantias, como é o caso de adoção do processo coletivo em ultrapassagem ao modelo clássico de demandas intersubjetivas plasmado pela individualidade processual.

Mais uma vez se levanta a voz de Grinover (2007, p. 28):

Mas onde a tutela dos interesses difusos se torna mais relevante é no plano processual. Não somente porque é o processo como instrumento de atuação de certas fórmulas constitucionais, que viabiliza a sua garantia, transformado o “direito declarado” em “direito assegurado”, mas ainda porque, tratando-se de interesses difusos, o próprio processo se apresenta em um novo enfoque, desafiando a argúcia e a criatividade do processualista. Em primeiro lugar, é o dado político que altera o próprio conceito de processo, não mais entendido como clássico instrumento de solução de lides intersubjetivas, mas transformando em meio de solução de conflitos metaindividuais por isso mesmo tipicamente político.

Araújo (2010b, pp. 146-147) em compasso com Grinover, afirma que é preciso pensar o processo de acordo o aspecto instrumental, necessários a implementação a realização do direito material em debate, como instrumento mais efetivo à solução da lide.

¹⁵ No polo passivo das ações coletivas para fornecimento de medicamentos, o legitimado ativo indica uma das três esferas de governo (União, estado ou município) ou duas destas ou todas. O litisconsorte passivo, nesses casos, se forma em virtude da solidariedade estampada no artigo 196 da Constituição Federal que propugna que a saúde é dever de todos e dever do Estado. Quando a União for indicada no polo passivo da demanda, a competência para processar e julgar o feito é da Justiça Federal a teor do artigo 109, I, da Magna Carta.

Nesse sentido, como plano teórico, a tutela coletiva de demandas se mostra adequada como meio de realização do direito material à proteção da assistência terapêutica, observados os parâmetros jurídicos objetivos que pugnam pela promoção da igualdade e da segurança jurídica. Pinto da Costa (2012, pp. 658/659), por exemplo, acredita que

A via coletiva deve se mostrar mais efetiva do que a via individual, seja sob o ângulo da abrangência e autoridade dos provimentos, seja sob o ângulo da economia processual, podendo separar os pedidos seja em ações coletivas distintas, voltada à tutela dos interesses ou direitos difusos e coletivos, de um lado, e dos indivíduos homogêneos, do outro, ou mesmo extinguir a ação coletiva.

Soma-se ao pensamento de Violin (2010, p. 7) que, ao lado de outros fatores que permeiam as ações coletivas, reconhece que um de seus objetivos é a resolução das controvérsias coletivas para a efetivação dos direitos materiais.

O terceiro objetivo buscado pelas ações coletivas é o de tornar efetivos os direitos materiais, a partir da promoção das políticas públicas do Estado. A tutela coletiva, nesse sentido, é 'uma forma extremamente efetiva de realização das políticas públicas, uma vez que permite ao Estado conhecer e resolver a totalidade da controvérsia coletiva em um único processo'.

Ligado à ideia exposta, está o entendimento de que faz parte do pressuposto processual das decisões judiciais separadas para estudo a percepção do caráter político das ações coletivas, expressamente reconhecido nos pensamentos dos autores anteriormente elencados, que faz com que ganhem relevância esses instrumentos de cunho processual, bem como as decisões exaradas no bojo destes processos, enquanto ampliação do debate participativo no Estado Democrático de Direito. Seus argumentos, tanto para concessão quanto para denegação se revestem de importância democrática, envolvendo discussões de cunho jurídico político.

Não por outro sentimento, nos últimos anos surgem decisões nas quais se relativiza a discricionariedade administrativa (e política), desestimulando-a como óbice intransponível na rota de acesso à contemplação dos direitos fundamentais. O alcance ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um claro exemplo de progressão continuada nesse caminho. A área da saúde pública, da infância e juventude, da educação, a urbanística, dentre outras, estão recebendo decisões judiciais emblemáticas da nova extensão do objeto da ação civil pública e de seu importante papel no controle jurisdicional dos atos administrativos e até das políticas públicas. (ALONSO JR, 2005, p. 212).

Fornecer um medicamento, para fins de prestar a assistência terapêutica, que esteja sendo prestado de forma insatisfatória ou que não esteja sendo prestado, atrai a discussão para um nível maior, ou seja, para o debate participativo (deliberativo) no âmbito do processo coletivo.

Portanto, ao deparar-se com tais questões, o Poder Judiciário, em relação ao objeto de julgamento, em cada caso concreto defronta-se com a necessidade de examinar o contexto geral das políticas públicas e alocação de recursos estatais, entrando nas especificidades dos elementos que o processo coletivo lhe confere.

Sobre a distinção entre interesses coletivos e interesses individuais homogêneos, de suma importância para a compreensão das decisões analisadas, apresenta-se o pensamento de Araújo Filho (2006, p.80)

“Em relação aos direitos individuais homogêneos, todavia, não há cogitar em indivisibilidade do objeto e transindividualidade, porque constituem, em essência, direitos subjetivos individuais, apenas coletivizados, em razão da origem como e da homogeneidade, para permitir a tutela jurisdicional coletiva.”

(...)

Assim, expressamente caracterizados – por lei - pela indivisibilidade do objeto e pela transindividualidade, os interesses difusos e os interesses coletivos compõem os denominados interesses essencialmente coletivos, enquanto os interesses individuais homogêneos configuram, segundo a clássica distinção, os interesses acidentalmente coletivos”.

Portanto, o fenômeno de demanda individual em ação coletiva só é possível levando em consideração tal diferenciação e enquadramento dos pedidos no conceito de interesses individuais homogêneos, percebido como diferenciado do cerne estrito de interesse coletivo e que, apesar de diferentes, compõe também a esfera de objetos possíveis das ações coletivas. De fundamental importância é essa distinção, uma vez que é ela que possibilita que se vislumbre a presença de pedidos para indivíduos conjugados com pedidos para a coletividade nas decisões estudadas.

No entanto, ressalva-se que a individualidade se dá somente em nível de objeto processual e até o limite da homogeneidade, não podendo servir o processo coletivo para a mascaração de concessões individuais no mesmo modelo clássico de processo intersubjetivo. O rompimento dessa homogeneidade, quando for

possível, exige que a decisão judicial apresente aspectos objetivos e razoáveis para diferenciação sem violação da igualdade formal e da segurança jurídica.

Timm (2010, p. 61) crítica exatamente o ponto levantado:

Isso porque esta é a ação [coletiva] apropriada para a defesa de direitos coletivos e transindividuais, como devem prioritariamente ser entendidos os direitos sociais, onde justamente os direitos não devem ser apropriados por um indivíduo em prejuízo de toda a sociedade. Como já salientado aqui, devem ser, estes direitos sociais, concedidos a todas as pessoas que se encontrem na mesma situação fática. Não há justificativa para que o Direito dê tratamento diferenciado a pessoas que se encontrem na mesma posição (princípio da igualdade). Por isso, a demanda individual é o pior e mais injusto caminho para implementação de um direito individual. (Grifo acrescentado).

Sobre este ponto, de vital sinalização para os estudos sobre judicialização da saúde, ressalta-se que o processo coletivo não pode servir como instrumento de matriz individual, fora das hipóteses previstas em lei e dos princípios, o alcance que as decisões atingem e a importância das discussões travadas nas ações coletivas é que fortalecem a igualdade e a segurança jurídica.

Quando os legitimados levam para a análise do Judiciário questões pontuais de cunho individualista, enfraquecem o microsistema processual coletivo. Esse quadro se agrava, tomando como ponto de partida os casos estudados, quando o Judiciário defere, em regra liminarmente, o pedido do legitimado ativo.

No mesmo sentido, Barroso (2009) também discorre sobre o caráter coletivo das tutelas, apesar de argutamente crítico em relação à judicialização excessiva das demandas de concessão de medicamentos, elencando diversos posicionamentos contrários à discussão judicial de tais necessidades fundamentais, como a desestruturação administrativa imposta aos entes federativos, à invasão da esfera de discricionariedade do administrador, a oposição econômica por meio do princípio da reserva do possível, dentre outras. Considera o autor sobre o caráter coletivo das tutelas que:

Em terceiro lugar, e como parece evidente, a decisão eventualmente tomada no âmbito de uma ação coletiva ou de controle abstrato de constitucionalidade produzirá efeitos erga omnes, nos termos definidos pela legislação, preservando a igualdade e a universalidade no atendimento da população. Ademais, nessa hipótese, a atuação do Judiciário não tende a provocar o desperdício de recursos públicos, nem a desorganizar a atuação administrativa, mas a permitir o planejamento da atuação estatal. Com efeito, uma decisão judicial única de caráter geral permite que o Poder Público estruture

seus serviços de forma mais organizada e eficiente. (BARROSO, 2009, p. 251).

Rompida a visão coletiva das tutelas, notadamente com a negação coletiva e concessão individualizada, perde-se os pontos positivos elencados acima e o próprio sentido inaugural da modalidade coletiva.

O novo paradigma se dá com o rompimento da clássica matriz individualista liberal e confirmação do caráter coletivo das demandas, conforme declara Violin (2010, p. 7)

De fato, como salientado, a redefinição da função jurisdicional a partir da tutela coletiva explicita a carga individualista que permeia o processo civil clássico. Este, fundado nas teorias carneluttiana e chiovendiana de jurisdição, toma o conflito como uma desavença pontual, que deve ser composta a fim de se recuperar a paz social, momentaneamente abalada. Já a tutela coletiva trata a efetivação do direito material de maneira dialética, a partir de um debate amplo cuja única premissa consiste em tomar a lide como fruto de uma estrutura social a ser reformada.

De fato, até mesmo alguns aspectos em relação à compreensão de certos conceitos jurídicos são modificados. As decisões em dimensão coletiva adquirem novos horizontes, como escreve Arenhart (2005, pp. 514/515):

A noção de que lei é ato abstrato e genérico, enquanto a decisão judicial é concreta e específica, vem cedendo, a cada momento, à realidade em que sentenças assumem, também, caráter genérico e abstrato. A atuação do Judiciário frente às demandas coletivas é a maior prova disso. O caráter geral da decisão judicial, a condenação genérica preconizada pela lei (art. 95, da Lei n. 8.078/90) e a indeterminação dos sujeitos a serem atingidos pela sentença são prova de que esse ato se assemelha muito à lei.

Assim, de acordo com Pinto da Costa (2012), há a necessidade de mudança do olhar e papel do julgador em relação às causas coletivas, sendo conferidos a estas figuras limites diferenciados do que estiveram acostumados até então, muito especialmente pela preponderância do interesse coletivo nas demandas, coisa que demanda do juiz uma postura mais ativa diante de todo o exposto.

A saúde como direito social fundamental e por ser interesse difuso, coloca-se em uma grande área de conflituosidade, já que não se trata de colocar frente a frente o indivíduo vs. autoridade, mas está albergada dentro das escolhas políticas (GRINOVER, 2011).

Alcançado o debate das políticas públicas sobre a efetivação do fornecimento de medicamentos no Poder Judiciário, devido à fundamentalidade desses direitos, é preciso interpretar e conjugar valores no tratamento que é dispensado aos seus titulares na órbita coletiva. Isto significa dizer que desigualar indivíduos isoladamente e a coletividade na mesma posição jurídica em ações coletivas, sem critérios justificáveis, destoa da igualdade formal e da segurança jurídica, causando uma instabilidade jurídica no ordenamento jurídico.

4 ANÁLISE

O presente trabalho teve como base a análise dos argumentos da concessão de liminares proferidas na Seção Judiciária Federal do Estado do Pará no período de 2011 a 2014, em que se discutiu o fornecimento de medicamento em ações coletivas, com fundamentos nos artigos 196 a 200 da Constituição Federal e na Lei Federal n. 8080/90.

Definido o Órgão do Poder Judiciário, buscou-se as Varas Federais com competência cível, 1ª, 2ª e 5ª, onde foi solicitado aos Juízes que as presidem autorização para pesquisar em processos coletivos que se encontravam nas Secretarias das Varas, com aproximação ao tema.

Após a devida permissão, os Diretores de Secretaria forneceram o documento denominado de “Relatório de Processos em Consultas de Objetos e Classes” para fins de facilitar a busca.

O fator utilizado para procura no sistema de organização do Judiciário Federal, no relatório fornecido, englobou o seguinte objeto: “TRATAMENTO MÉDICO – HOSPITALAR E/OU FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – SAÚDE – SERVIÇOS – ADMINISTRATIVO (01.04.04.05)”;

retornando as seguintes classes: a 7100 que se refere à ação civil pública e a 9200 referente à ação cautelar inominada.

Em segunda fase de pesquisa, com fins de refinar a busca, utilizou-se o Catalogador Virtual de Documentos da Justiça Federal¹⁶, o qual cadastra virtualmente decisões exaradas em processos a partir do ano de 2012, corroborando com as pesquisas feitas através do “Relatório de Processos em Consulta de Objetos e Classes”.

Após as consultas, a pesquisa consistiu, inicialmente, na triagem de processos físicos localizados em Secretaria. Estando diversos objetos processuais nomeados sob o mesmo fator de busca dentro das classes pesquisadas, triou-se individualmente aqueles que se enquadravam no tema, especificamente as decisões que tratam do fornecimento de medicamentos em ações coletivas.

¹⁶ O Catalogador Virtual de Documentos – e-CVD passou a ser de uso obrigatório na esfera do Tribunal Regional da 1ª Região com a publicação da Circular/COGER/N.5, de 12 de março de 2012.

Assim, na 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Pará foram encontrados 02 (dois) processos coletivos; na 2ª Vara Federal foram descobertos 04 (quatro) processos; e, na 5ª Vara Federal foram identificados 05 (cinco) processos.

Dentre os processos pesquisados, foram feitos recortes temáticos que englobaram o objeto específico de fornecimento de medicamentos e a classe que se refere a ação civil pública, pois não se identificou ação cautelar inominada, em que se tornou possível a seleção das decisões, trazendo o material necessário para a análise a que se propõe a pesquisa. Dessa forma, selecionou-se as liminares nos seguintes processos coletivos:

- 1) Ação Civil Pública ACP n. 34365-69.2011.4.01.3900 – 5ª Vara Federal (Anexo A); e
- 2) Ação Civil Público ACP n. 9692-41.2013.4.01.3900 – 2ª Vara Federal (Anexo B).

Na análise do resultado das decisões, procurou-se apresentar os argumentos e os fundamentos dos Magistrados que proferiram as decisões. Por meio desse modelo, ainda, buscou-se a compreensão do entendimento das decisões judiciais apresentadas nesse trabalho e o raciocínio jurídico de quem as proferiu.

A fim de facilitar a análise das decisões, esse modelo de pesquisa foi formulado com as seguintes questões:

1. Quais os tipos de ações coletivas utilizadas? Quem são os legitimados nas ações coletivas? E quais os argumentos e fundamentos levantados para a obtenção da decisão judicial nas ações? Quais são os pedidos?

Esse item visa fazer uma análise dos aspectos jurídicos relacionados as petições iniciais das ações coletivas.

2. Em que normas constitucionais e legais os Magistrados fundamentaram as decisões?

Através desse item procura-se demonstrar o posicionamento dos julgadores diante do direito fundamental social à saúde no caso concreto.

3. Os julgadores deferiram ou não a medida liminar?

Por esse item, busca-se determinar a conclusão dos julgadores diante da norma constitucional e da norma legal no caso concreto, no que se refere ao direito fundamental à saúde.

4. Os julgadores utilizam jurisprudência? Em que sentido?

Esse ponto procura identificar como os julgadores utilizam a jurisprudência para fundamentar os argumentos que utilizam em suas decisões.

5. Na conclusão das decisões, os julgadores atenderam parcial ou inteiramente os pedidos apresentados na petição inicial?

Esse ponto procura verificar se houve a devida correspondência entre os pedidos nas ações coletivas e a conclusão do julgado.

Relatada a forma de seleção das decisões, parte-se para a análise dos resultados das referidas decisões e, após, para a discussão dos casos através da aplicação do material teórico acumulados nos capítulos precedentes e outros materiais teóricos que se fizeram necessários na discussão.

4.1 RESULTADOS.

4.1.1 Ação Civil Pública n. 34365-69.2011.4.01.3900

O Ministério Público Federal no Estado do Pará, através do Procurador Regional dos Direitos dos Cidadãos, ajuizou ação civil pública, com pedido de liminar, visando compelir a União e o Estado do Pará a fornecer o medicamento denominado de SINGULAIR¹⁷ para tratamento da enfermidade denominada asma refratária e fibrose cística para as pacientes T. S. S. e C. R. R. com extensão do pedido a todos aqueles pacientes do SUS portadores de asma residentes no Estado do Pará.

Na peça de ingresso, o Ministério Público Federal expôs as razões pelas quais entendeu necessário o fornecimento do medicamento as pacientes indicadas e aos pacientes do SUS, considerando que o fármaco possui eficácia superior àqueles disponíveis na lista oficial do Ministério da Saúde.

Informou que foi procurado pelas pacientes T. S. S. e C. R. R, que disseram ser pacientes do Hospital Universitário João de Barros Barreto – HUJBB, vinculado a Universidade Federal do Pará, sendo diagnosticadas com asma refratária e fibrose cística, sendo-lhes receitada o medicamento SINGULAIR para o uso contínuo.

¹⁷ Esse medicamento é indicado para a profilaxia e o tratamento crônico da asma em adultos e pacientes pediátricos a partir de 2 anos. Disponível em: <http://www.medicinanet.com.br/bula/4721/singulair.htm>.

Afirma que tentou junto aos entes federais a prestação material do fármaco de maneira gratuita e continuada. Todavia, a Secretaria Estadual de Saúde do Estado do Pará apenas forneceu pelo período de 06 (seis) meses.

Demonstrou a competência da Justiça Federal, a legitimidade passiva dos réus e a legitimidade do Ministério Público Federal para requerer em juízo o fornecimento do medicamento.

Nos fundamentos jurídicos da demanda, o Ministério Público Federal no Estado do Pará embasou o pedido de fornecimento de medicamento com base no artigo 196 da Constituição Federal, alegando que o direito à saúde é um direito fundamental previsto na Magna Carta, caracterizando-se por uma exigência a prestações positivas do Estado.

Afirmou o autor da ação, que o legislador assegurou preceitos que protejam e que garantam o direito à saúde, fundamentando suas razões com base nos artigos 1º e 2º da Lei Federal n. 8.212/91 e nos artigos 2º e 7º da Lei Federal n. 8.080/90.

Argumentou que o direito à saúde não pode ficar adstrito a uma lista oficial do Ministério da Saúde, considerando que a Constituição Federal não limitou os direitos prestacionais, e que o Estado deve fornecer todo e qualquer fármaco ou tratamento que se mostre eficaz a preservação da saúde e da vida.

Conclui dizendo que é indubitável a responsabilidade dos entes estatais à integralidade da assistência terapêutica de maneira harmônica e igualitária que envolvam ações e serviços de saúde pública, de forma individualizada e em todos os níveis de complexidade do sistema.

Distribuída a ação civil pública para a 5ª Vara Federal, o Juiz ao analisar o pedido de liminar requerido pelo Ministério Público Federal do Estado do Pará, indeferiu o pleito (Anexo C).

Entendeu, primeiramente, que no caso de fornecimento de medicamento ao indivíduo, após a leitura do artigo 197 da Constituição Federal, que o constituinte originário atribui a lei a regulamentação, a fiscalização, o controle e a execução dos serviços de saúde.

Argumentou na decisão que a Lei Federal n. 8.080/90 organizou o Sistema Único de Saúde, atribuindo distinções diversas aos entes federativos, incumbindo responsabilidade para cada um na execução de ações e serviços públicos de saúde.

Sob esse prisma, ressaltou que a União não teria legitimidade passiva *ad causam* para ser compelida ao fornecimento de medicamento, porque não tem atribuição no fornecimento direto do fármaco, conforme requerido na inicial.

Contudo, asseverou que o caso é diverso, considerando que o medicamento pleiteado embora possua registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, não se encontra relacionado na RENAME, tampouco padronizado em programa de assistência farmacêutica do Ministério da Saúde. Dessa forma, nesse caso, entende que a União é a parte legítima na lide.

Passou a analisar o mérito.

Asseverou que a judicialização da saúde para fornecimento de medicamentos é motivo de preocupação e interpretação ampliativa no Judiciário em face da União, Estados e Municípios.

Argumentou o Magistrado, que a condição da paciente é grave, conforme relatório médico juntado aos autos do processo pelo Ministério Público Federal, mas que tal circunstância não se afigura, por si só, motivo suficiente para o deferimento do pedido.

Expôs que a Carta Fundamental de 1988, apesar de prever no artigo 196 que a saúde é direito de todos e dever do Estado garantir à assistência à saúde com políticas sociais e econômicas, reduzindo o risco de doenças e de outros agravos, tratou de limitar, ela mesma, essa abrangência desse direito fundamental, considerando que a maneira pela qual o Estado deve assegurar o direito à saúde está condicionada a políticas sociais e econômicas, devendo atender aos planos orçamentários delineados no texto constitucional.

Seguiu expondo que a Constituição Federal de 1988 impôs a obediência aos princípios da universalidade do atendimento, da eficiência na Administração Pública, o que afasta, segundo o Magistrado, tratamentos experimentais ou de eficácia não comprovada ou inadequada a enfermidade do paciente, além da razoabilidade e da proporcionalidade.

Citou na decisão manifestação do Presidente do Departamento de Pneumologia Pediátrica da SBPT – Sociedade Brasileira de Pneumologia e Tisiologia que esclarece que o medicamento SINGULAIR em questão

Pode ser utilizado como uma escolha isolada ou como medicação de sinergismo da asma grave em crianças', ressaltando, ainda, que o medicamento montelucaste pode ser substituído por corticóides

inalados e estes podem ser associados a drogas broncodilatadoras de curta ação nas crianças menores de 6 anos e de longa ação nas maiores. Nos pacientes onde não existe controle clínico da asma, uma opção é associar montelucaste' (fl. 81).

Conclui afirmando que não detém capacidade técnica para avaliar a eficácia do medicamento às pacientes e que o seu elevado custo seja a única forma de promover o bem-estar das mesmas, o que demandaria instrução probatória, inviabilizando o pedido em sede de cognição sumária.

Após a negativa, o representante do Ministério Público Federal interpôs recurso de agravo de instrumento diretamente ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, pugnando pela reforma do julgado e atendimento dos pedidos liminarmente feitos na ação civil pública.

Nos autos do Agravo de Instrumento n. 0069741-79.2011.4.01.3900 – TRF 1ª Região (processo originário n. 0034365-69.2011.4.01.3900 – 5ª Vara Federal) declinou-se a seguinte fundamentação:

Ademais, o direito subjetivo à saúde, a par de ser assegurado à universalidade das pessoas, como bem prevê o art. 196 da Constituição Federal, constituiu no dizer do Ministro Celso de Mello, 'consequência constitucional indissociável do direito à vida' (RE 271286 AgR/RS, Segunda Turma, DJ 24/11/2000, p. 101).

Ao poder público incumbe o dever de garantir a observância desse direito público subjetivo, por meio de políticas públicas que visem à proteção e recuperação da saúde, nas quais se incluem os programas de fornecimento de medicamentos/tratamentos aos necessitados, sejam eles de alto custo ou não.

(...)

Assim, entendo que a decisão recorrida merece ser reformada, tendo em vista que o direito à saúde é uma garantia constitucional e um dever do Estado, não sendo jurídico que ele prive de tratamento adequado um de seus cidadãos.

Ressalto que, no caso, é possível a concessão de tutela antecipada contra o Poder Público porque a situação é de perecimento de direito, já que se objetiva cuidar da saúde de um cidadão.

(...)

Não se afigura razoável, no entanto, determinar indistintamente o fornecimento dos medicamentos a TODOS os pacientes do SUS portadores de asma no Estado do Pará, como pretende o agravante.

Para ao final chegar ao seguinte dispositivo da decisão:

Ante o exposto, dou parcial provimento ao agravo para que a União custeie e forneça o medicamento SINGULAIR (Montelucaste de Sódio) às declarantes Terezinha Siqueira da Silva e Cristina Rosa Rabelo, de acordo com a prescrição médica de fl. 59 autos de origem (fl. 75 – processo digital); fl. 172 autos de origem (fl. 187 – processo digital), fl. 173 autos de origem (fl. 189 – processo digital); fl. 246 autos de origem (fl. 262 – processo digital) fl. 169 autos de origem

(184 – processo digital), garantindo a disponibilização imediata e contínua para tratamento ambulatorial das pacientes [...] e [...] (artigo 557, § 1º-A, do CPC e artigo 29, XXV, do RITRF1ª Região).

A fundamentação da decisão que deferiu os efeitos da antecipação da tutela tem como base o artigo 196 da Constituição Federal, no direito subjetivo à saúde e, também, à adequação do caso concreto ao artigo 273 do Código de Processo Civil, requisitos relativos à prova inequívoca e à verossimilhança da alegação, devido à necessidade urgente dos medicamentos pleiteados pelo agravante.

A liminar analisada utilizou uma elevada quantidade de precedentes sobre o direito social à saúde, dentre os quais do próprio Tribunal Regional Federal da 1ª Região, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que respondiam ao convencimento do Magistrado no sentido de conceder o pleito de forma universal dentro da esteira do dever constitucional, do dever legal e de como a judicialização da saúde é comumente tratada no Poder Judiciário.

Verificou-se da fundamentação declinada pelo Magistrado, elevada celeridade na concessão da liminar, tal rapidez pautou-se no direito à vida por meio do acesso ao medicamento de maneira universal, evocada pelo Magistrado para fundamentação da decisão.

Contudo, apesar de declinar que o direito fundamental social à saúde é universal, asseverou que não se afigurava razoável a concessão do medicamento indistintamente a todos os pacientes do SUS no Estado do Pará, concluindo no dispositivo pelo deferimento parcial do pedido ministerial, com a consequente concessão do remédio as pacientes T. S. S. e C. R. R.

A conclusão parcial pelo deferimento da liminar na concessão da assistência terapêutica diverge dos pedidos feitos pelo Ministério Público Federal no Estado do Pará, posto que deferida somente aos indivíduos isoladamente apontados pelo legitimado ativo, deixando de incluir na conclusão o pedido genérico e irrestrito de concessão do medicamento a todos aqueles portadores da doença.

A liminar concedida está vigente e efetiva, não havendo ainda prolação de sentença de mérito.

4.1.2 Ação Civil Pública n. 9692-41.2013.4.01.3900

O Ministério Público Federal no Estado do Pará, através do Procurador Regional dos Direitos dos Cidadãos, ajuizou ação civil pública, com pedido de liminar, visando compelir a União, o Estado do Pará e o Município de Belém a fornecerem o medicamento denominado de TYROMED A¹⁸ para o menor W. N. E. H. e a todos os pacientes do SUS residentes no Estado do Pará, portadores de Tirosinemia.

Na peça de ingresso, o Ministério Público Federal expôs as razões pelas quais entendeu necessário o fornecimento do medicamento ao paciente menor W. N. E. H., após a oitiva da sua genitora, e aos pacientes do SUS, considerando que o fármaco se enquadra no conceito de medicamento excepcional.

Demonstrou a competência da Justiça Federal, a legitimidade passiva dos réus e a legitimidade do Ministério Público Federal para requerer em juízo o fornecimento do medicamento.

Nos fundamentos jurídicos da demanda, o Ministério Público Federal no Estado do Pará embasou o pedido de fornecimento de medicamento com base no artigo 196 da Constituição Federal, alegando que o direito à saúde é um direito fundamental previsto na Magna Carta, caracterizando-se por uma exigência a prestações positivas do Estado.

Afirmou o autor da ação que o legislador assegurou preceitos que protejam e que garantam o direito à saúde, fundamentando suas razões com base nos artigos 1º e 2º da Lei Federal n. 8.212/91 e nos artigos 2º e 7º da Lei Federal n. 8.080/90.

Argumentou que o direito à saúde não pode ficar adstrito a uma lista oficial do Ministério da Saúde, considerando que a Constituição Federal não limitou os direitos prestacionais, e que o Estado deve fornecer todo e qualquer fármaco ou tratamento que se mostre eficaz a preservação da saúde e da vida.

Alegou que o medicamento é a única alternativa para minimizar os efeitos da condição do paciente, que não existe substituto no mercado, possuindo alto custo, inviabilizando a aquisição por pacientes de baixa renda, como é o caso do menor.

¹⁸ A indicação desse medicamento ocorre para tratamento dietético de lactentes com Tirosinemia Tipo I (deficiência da Fumarilacetoacetase), Tirosinemia Tipo II (deficiência de Aminotransferase da Tirosina) Tirosinemia Tipo III (deficiência da dioxigenase do 4-Hidroxifenilpiruvate). Disponível em: <http://www.cmwsaude.com.br/fichas/TYRoA.pdf>.

Conclui dizendo que é indubitável a responsabilidade dos entes estatais à integralidade da assistência terapêutica de maneira harmônica e igualitária que envolvam ações e serviços de saúde pública, de forma individualizada e em todos os níveis de complexidade do sistema.

Distribuída a ação civil pública para a 2ª Vara Federal, a Juíza ao analisar o pedido de liminar requerido pelo Ministério Público Federal do Estado do Pará, deferiu o pleito com os seguintes fundamentos e argumentos:

Como é cediço a Constituição assegura como direito fundamental o direito à vida, tendo como fundamento do Estado de Direito o princípio da dignidade da pessoa humana. Este apresenta um vasto espectro de atuação, concretizando-se por meio de ações positivas estatais (direitos prestacionais) que venha assegurando condições materiais básicas de subsistência como o direito à saúde, educação, moradia, dentre outros.

Pois bem, no que tange à execução dos serviços de saúde prestados à população, o Constituinte organizou um sistema tripartite, repartindo responsabilidade entre União, Estados e Municípios (art. 198, par. 1º), delegando ao legislador a tarefa de regulamentar, fiscalizar e controlar as ações e serviços de saúde (art. 197). No que toca ao sistema de saúde, a Constituição determinou que fosse organizado através de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, tendo como uma de suas diretrizes a descentralização (art. 198).

Essa discriminação de atribuições, no plano legal, deu-se por meio da Lei n. 8080/90, que veio estabelecendo a organização do Sistema Único de Saúde, definindo a responsabilidade de cada ente nesse processo, com a descentralização para os Estados e Municípios das providências materiais necessárias à efetiva prestação dos serviços em debate (art. 18). (BRASIL, 2013).

Para ao final chegar ao seguinte dispositivo da decisão:

Indefiro, entretanto, o pedido genérico de fornecimento de qualquer medicamento/tratamento em favor da menor, porque não acompanhado do necessário laudo, estando a prescrição médica adstrita na espécie ao fornecimento do suplemento alimentar TYROMED A.

Indefiro, também, o pedido genérico de fornecimento geral e irrestrito do suplemento alimentar a todos os portadores da doença Tirosinemia residentes no Estado do Pará, pois em juízo de cognição sumária, não vislumbro que a inicial tenha demonstrado de plano a necessidade de sua incorporação como medicamento de fornecimento obrigatório, ressaltando, contudo, a necessidade de se resguardar unicamente a tutela do direito individual em favor da menor [...], diante do laudo e receita médica colacionados aos autos, que denotam ser o tratamento recomendado para o caso concreto.

Ante o exposto, defiro, em parte, o pedido de tutela antecipada, impondo ao Estado do Pará a obrigação de fornecer o TYROMED A, competido a União a obrigação de ressarcir o Estado do Pará dos custos dessa medicação.

A fundamentação da decisão que deferiu a liminar teve como fundamento os artigos 197 e 198 da CF e a Lei nº 8080/90, asseverando que o direito fundamental ao direito à vida é um fundamento do Estado de Direito na concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, materializado através das ações positivas prestacionais, assegurando a realização de condições básicas como o direito à saúde.

Destacou a decisão que é de responsabilidade dos entes federativos a prestação e execução dos serviços de saúde, em uma rede regionalizada e hierarquizada, tendo como uma de suas diretrizes a descentralização. Asseverou que cabe ao legislador a tarefa de regulamentar, fiscalizar e controlar as ações e serviços de saúde. E que essa divisão de atribuições está estabelecida na Lei Federal n. 8.080/90, que organiza o Sistema Único de Saúde.

Na fundamentação ainda, reconheceu a responsabilidade da União e do Estado do Pará no fornecimento da assistência terapêutica, por se tratar de medicamento de dispensação excepcional, excluindo o Município de Belém da lide.

Na esteira da fundamentação, entendeu que os pressupostos para o deferimento estavam presentes, deferindo a assistência terapêutica ao menor, conforme apresentação do laudo e prescrição médica juntados pelo Ministério Público Federal na ação.

A liminar analisada utilizou dois precedentes do Tribunal Regional Federal da 5ª Região e um do Superior Tribunal de Justiça, que respondiam ao convencimento do Magistrado no sentido de que é de responsabilidade da União o repasse da verba específica ao Estado, considerando que é deste o dever de fornecer o medicamento e, ainda, de que é dever do Estado assegurar as pessoas o acesso necessário a medicação para a cura das doenças.

Verificou-se da fundamentação declinada pelo Magistrado, elevada celeridade na concessão da liminar, tal rapidez pautou-se no direito à vida, inclusive porque se trata de pessoa vulnerável (menor), evocada pelo Magistrado para fundamentação da decisão.

Contudo, apesar de declinar que o direito social à saúde é um direito fundamental como parte da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, asseverou que a inicial não logrou êxito em apresentar fundamentos que justificasse a incorporação do medicamento TYROMED A como obrigatório,

concluindo no dispositivo pelo deferimento parcial do pedido ministerial, com a consequente concessão do remédio apenas ao menor W. N. E. H., diante do laudo e receita médica juntados na ação.

A conclusão parcial pelo deferimento da liminar na concessão da assistência terapêutica diverge dos pedidos feitos pelo Ministério Público Federal no Estado do Pará, posto que deferida somente ao indivíduo isoladamente apontado pelo legitimado ativo, deixando de incluir na conclusão o pedido genérico e irrestrito de concessão do medicamento a todos aqueles portadores da doença.

A liminar concedida está vigente e efetiva, não havendo ainda prolação de sentença de mérito.

4.2 DISCUSSÃO

Depreende-se dos resultados dos processos analisados que houve violação, ao menos parcial, ao direito fundamental social à saúde no que se refere à concessão de bens sociais para pessoas que se encontram na mesma posição jurídica, demonstrando que em determinados casos, violou-se o preceito igualitário disposto na Carta Magna.

Nesse sentido, o deferimento das liminares reflete a fragilidade de como algumas decisões concedem a prestação ao fornecimento de medicamentos para o indivíduo em detrimento do coletivo. Diante da concessão apenas para os indivíduos, vistos isoladamente, sem a devida extensão ao coletivo, e a continuidade da força executória cumprida por meses ou anos, demonstra-se uma certa inadequação da decisão proferida com a correta correlação do instrumento processual eleito em defesa dos direitos subjetivos.

Além disso, os Magistrados ao pronunciarem decisão dessa natureza contam com pouco subsídio clínico para decidir questões referentes à saúde, como a decisão emanada da 5ª Vara, que nesse sentido indeferiu o pedido liminar em primeiro grau.

Em grau de recurso, a decisão referente ao pedido do medicamento SINGULAIR foi reformada, tendo sido concedido para as interessadas, contudo, em decisão monocrática prolatada pela Desembargadora do Tribunal Regional Federal da 1ª Região afastou-se o pleito coletivo, sob o argumento de que não era razoável

determinar o fornecimento do medicamento a todos os pacientes, indistintamente, do SUS portadores de asma no Estado do Pará.

No processo que pleiteia o fármaco TYROMED A, a decisão foi com base em laudo médico apresentado pelo autor individual ao Ministério Público Federal titular da ação. E o referido pleito não foi estendido à coletividade, porque não havia laudo ou receita médica que justificasse a necessidade de serem amparados pelos medicamentos.

Depreende-se que o argumento que embasa a fundamentação do Juízo é a presença de laudo ou outra prova que ateste a necessidade do medicamento. Presente tal requisito para os indivíduos, foi concedida a tutela. Ausente para os demais participantes da coletividade que genericamente integram as lides e que sejam igualmente afetados, foi indeferido o pleito.

Assim, considerando que os medicamentos estavam fora da RENAME e que os julgadores optaram pela decisão alocativa, com base em laudos médicos, a decorrência natural era estender a todos à assistência terapêutica. Não há, nesses critérios de diferenciação, elementos objetivos e razoáveis na fundamentação que possam justificar decisões contraditórios dentro do mesmo processo.

Todavia, este impasse poderia ter sido superado nas decisões, caso estas houvessem determinado a incorporação do medicamento a lista do RENAME, condicionando o fornecimento à apresentação do laudo médico àqueles indivíduos que procurassem aos Órgãos Públicos responsáveis.

Constatou-se nesse estudo que, em geral, os magistrados concederam os pedidos liminares requeridos, em razão da importância do direito à saúde, que é factível de perecer diante da recalcitrância no fornecimento desses fármacos pelo Poder Executivo, posto que não constam da lista padronizada e organizada pelo Ministério da Saúde, além da demora que o *iter* processual pode ter até a sentença de mérito.

Passando à discussão à matriz do problema, nota-se que a fundamentação e o dispositivo das liminares se contradizem, pois foram apresentadas razões que sugeririam que do ponto de partida da igualdade formal, o tratamento à assistência terapêutica seria idêntico tanto para o pedido individual quanto para o pedido coletivo feito pelo Ministério Público Federal, considerando que foram levantados preceitos de direitos fundamentais como argumentos na petição inicial que induziam o leitor a acreditar na concessão total dos pedidos. Contudo, a valoração da

igualdade no dispositivo das decisões judiciais apresentou discrepâncias injustificadas e intoleráveis entre os iguais.

Essas discrepâncias não foram medidas em raízes constitucionais ou legais, através da produção legislativa com fins de alcançar a igualdade no ponto de chegada, que nos casos concretos seriam um critério a solucionar desigualdades.

Também, não houve critérios temporais ou culturais justificáveis à conclusão denegatória coletiva nas decisões, como a evolução ou involução da jurisprudência ou mudança de mentalidade dos julgadores.

Nesse sentido, não se identificou no bojo da fundamentação das decisões critérios, por exemplo, jurisprudenciais que justifiquem a guinada da solução dos casos para a concessão apenas individual. Ao revés, os excertos jurisprudenciais declinado nos fundamentos decisórios orientavam o Julgador a tratar a saúde como dever do Estado e como direito social, atendendo a equidade que o Sistema Público de Saúde expõe como essencial para sua concretização.

(...) o ordenamento processual segue mantendo impugnações que têm a divergência jurisprudencial como fundamento precípua, há de ser porque o legislador considera que essa divergência, quando extrapola certos limites ou não venha justificada por importante alteração superveniente nas fontes substanciais ou formais do Direito, na verdade deixa de ser tolerável, passando a contrariar valores e interesses particularmente relevantes a saber: 1) o sentimento comum de justiça, dominante na sociedade civil, o qual não se compadece com a desigualdade contemporânea nas respostas judiciais sobre um mesmo assunto; 2) respeitabilidade do Direito, do Processo e da Jurisdição, trinômio necessário à estabilidade das relações entre os jurisdicionados e na interação destes com o Estado; 3) imperiosidade de uma resposta judicial de boa qualidade, vale dizer, justa, jurídica, tempestiva e econômica, poder-dever indeclinável, que a Constituição Federal comete ao braço judiciário do Estado. (MANCUSO, 2007, p. 303).

Assim, considerando os argumentos da fundamentação e a conclusão no dispositivo das decisões, infere-se que a resposta judicial não apresentou parâmetros idênticos sobre um mesmo assunto, havendo uma verdadeira teratologia que diferenciou os jurisdicionados, desestabilizando as relações sociais destes com o Estado-Juiz.

Considerando que a decisão judicial deve solucionar a lide com igual consideração e respeito segundo Dworkin, o Estado não deve ser neutro quando tratar da coisa pública, a resposta judicial, nesses casos, não alcançou a igualdade como virtude soberana.

O que se observa é que a etapa de aplicação e de interpretação da norma teve mais peso do que o processo político constitucional de sua elaboração, quando a opção foi pela chancela individual do direito fundamental à saúde, isto é, a igualdade como preceito fundamental positivado na Constituição Federal foi substituído pela decisão judicial como dimensão de peso.

A dimensão de peso do princípio da igualdade não foi aplicada como princípio de justiça. Ao diferenciar o indivíduo do coletivo, os Magistrados afastaram a ideia de equilíbrio na distribuição de bens nas relações sociais, atuando como verdadeiros administradores públicos diante da escassez dos recursos.

Silva (2004, p. 217) denomina esse aspecto do princípio da igualdade jurisdicional ou perante o juiz, apresentando a seguinte dicotomia na compreensão

(...) (1) como interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei; (2) como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da Justiça.

Levar em consideração que o princípio da igualdade, a partir da força principiológica conferida pela Constituição Federal, funciona como baliza para direcionar a elaboração da norma e como norte para interpretação e aplicação, principalmente quando se refere à atividade jurisdicional, a fim de evitar que o conteúdo legal ou da decisão seja desuniforme às pessoas que se encontrem nos mesmos patamares fáticos e jurídicos. Nessa linha de pensamento, Araújo (2009, p. 98) expõe que

(...) claro está que deve o intérprete fazer uso da deontologia para melhor aplicar os princípios fundamentais, principalmente considerando a sua função de organizar o sistema jurídico e adequá-lo à realidade social. Ademais, os princípios também têm o papel de orientar e direcionar a aplicação das regras jurídicas, já que possuem papel hierarquicamente superior (...).

As decisões judiciais ao comportarem manifestações dissonantes dos princípios fundamentais como exposto pelo autor acima, não irão conseguir promover o ideal de justiça social que repousa nos princípios fundamentais da liberdade e da igualdade no Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, não houve argumentos suficientes para que não houvesse violação arbitrária da igualdade jurídica, que figura como um princípio de justiça social. Ressalta-se que a decisão deve residir em um fundamento legal ou constitucional de legitimação, possíveis viés que autorizem a diferenciação formal,

com conteúdo valorativo que possa distinguir a igual consideração e respeito que o Estado deve ter com todos.

As decisões judiciais não estão em simetria quanto à concessão de bens sociais para a coletividade que está em igualdade jurídica. Não recebem a mesma igualdade de tratamento que os indivíduos apontados isoladamente na ação. Concederam vantagens que importaram em discriminação não prevista no princípio da igualdade formal, portanto, sem guarida do ordenamento jurídico

A lição de Ferraz Jr. (2003, p. 354) revela a importância da simetria

Como princípio da justiça, a igualdade aparece, pois, como um código identificador do equilíbrio na distribuição de bens nas relações sociais. Como código, porém, admite diferentes decodificações. Pode, portanto, constituir um código forte ou um código fraco, noções que já discutimos anteriormente ao falar de hermenêutica. A igualdade como princípio representa um código forte. A proporcionalidade exigida permite articulações unívocas, com um sentido conotativo e denotativamente preciso. O princípio da igualdade trabalha com dois valores e exclui um terceiro: ou há ou não há igualdade. Não existe o mais ou menos igual.

As pessoas não podem ser consideradas pelos Magistrados mais ou menos iguais, ou não são iguais e decorre daí uma lógica para diferenciá-las por intermédio de critérios não-subjetivos, ou recebem igual tratamento e a interpretação e a aplicação da norma são idênticas.

Mendes (2009, p. 397) sustenta justamente a necessidade de motivação e de fundamentação das decisões judiciais para a proteção dos jurisdicionados

A garantia da proteção judicial efetiva impõe que tais decisões possam ser submetidas a um processo de controle, inclusive a eventual impugnação. Daí a necessidade de que as decisões judiciais sejam devidamente motivadas (CF, art. 93, IX) e motivar significa dar as razões pelas quais determinada decisão há de ser adotada, expor as suas justificações e motivos fático-jurídicos determinantes. A racionalidade e, dessa forma, a legitimidade da decisão perante os jurisdicionados decorrem da adequada fundamentação por meio das razões apropriadas.

Portanto, percebe-se que a fundamentação das decisões judiciais é de extrema importância por ser o ponto de partida, tanto para a legitimidade democrática dos mandamentos judiciais, quanto para a aferição de violação da igual consideração com todos em casos concretos no momento em que o Julgador irá decidir ou não pela ordem liminar.

A avaliação da igualdade jurídica e da aplicação da norma de maneira uniforme, afasta a imprevisibilidade das decisões judiciais em casos idênticos. Nesse sentido, o Ministro Delgado (2008, p. 16) do Superior Tribunal de Justiça defende a ideia de adoção de parâmetros judiciais para casos idênticos.

A acentuada imprevisibilidade das decisões judiciais fortalece os males provocados pela insegurança jurídica, contribuindo para enfraquecer o regime democrático. A presença da não uniformidade das decisões judiciais, por inexistência de causas jurídicas justificadoras para a mudança de entendimento por parte dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal, gera intranqüilidade, tornando-se causa aumentativa dos conflitos. Ofende, de modo fundamental, aos princípios do regime democrático, do respeito à dignidade humana, da valorização da cidadania e da estabilidade das instituições.

Portanto, as decisões judiciais analisadas causam um desconforto jurídico pelo tratamento desigual e fortalecem os males provocados pela insegurança jurídica por violarem o direito subjetivo ao fornecimento de medicamentos.

Constata-se que houve um retrocesso na aplicação da norma nos casos estudados. Assim no que toca ao princípio da proibição ao retrocesso, pode-se dizer que a interpretação atribuída nos autos das ações civis públicas não logrou dar máxima efetividade a prestação jurisdicional à assistência terapêutica. Isto quer dizer, a interpretação dada pelos Magistrados na concessão das liminares reduziu e suprimiu direitos incorporados e conquistados nos próprios autos do processo, retrocedendo na adjudicação dos bens sociais.

A par da concessão da ordem judicial discutida sobre o ponto de vista da igualdade e da segurança jurídica, há a preocupação, também, com a maior presença de discussões da tutela coletiva no âmbito do Poder Judiciário e as repercussões que elas possam tomar, por isso as ações coletivas foram concebidas no intuito de tutelar direitos coletivos (*lato sensu*).

Indubitável que as decisões judiciais proferidas nas ações coletivas analisadas visaram à proteção de direitos fundamentais. Elas se inseriram no novo paradigma de tutela, a coletiva, diferenciando do clássico modelo liberal-individualista, sendo necessária a observância das mudanças advindas da evolução das garantias. Tais mudanças, também, devem se dar ao analisar as decisões em função do princípio da igualdade e da segurança jurídica, pilares da democracia brasileira.

Assim, de acordo com Barroso (2009, p. 31)

(...) a discussão coletiva ou abstrata exigirá naturalmente um exame do contexto geral das políticas públicas discutidas (o que em regra não ocorre, até por sua inviabilidade, no contexto das ações individuais) e tornará mais provável esse exame, já que os legitimados ativos (Ministério Público, associações, etc.) terão melhores condições de trazer tais elementos aos autos e discuti-los. Será possível ter uma ideia mais realista de quais as dimensões da necessidade (e.g., qual o custo médio, por mês, do atendimento de todas as pessoas que se qualificam com usuárias daquele medicamento) e qual a quantidade de recursos disponível como um todo.

A crítica que se faz a essas ações civis públicas que além de instrumentalizarem o direito fundamental à saúde direcionada ao coletivo, o fizeram também para o individual, só que isoladamente. Não que isso seja errado do ponto de vista para salvaguardar uma vida, mas processualmente disto da intenção do legislador de que foi criar essas ações para tutelar direitos coletivos (*latu sensu*). A individualização nessas ações é cabível quando tutelarem direitos individuais homogêneos.

A ação coletiva não se adequou à essência para que foi pensada, isto é, proteção coletiva. A própria indicação nos pedidos da petição inicial revela um caráter individualista (isoladamente) da ação, fora das hipóteses a que se propõe o instrumento processual, o que levou naturalmente os julgadores a promoverem a desigualdade nas decisões.

Para Alonso Jr. (2005, p. 209) a “sua utilização (ações coletivas) não é possível no campo do direito individual, postulado isoladamente. Interesses individuais só se demandados coletivamente (individuais homogêneos)”.

As decisões fugiram dos pedidos coletivos de fornecimento de medicamentos, mas proveram o pleito individual, o que denota que essas não se adequaram ao pedido total vertido pelo Ministério Público Federal e a essência do instrumento processual.

Contrariando o pensamento de Barroso (2009), as decisões tomadas no âmbito das ações coletivas estudadas, não produziram o efeito *erga omnes*, preservando a igualdade e a segurança jurídica do ordenamento jurídico.

Portanto, o rompimento da essência das ações coletivas, a partir dos julgados analisados e com a negativa à concessão difusa, denota um sentido distinto a modalidade coletiva.

Como dito anteriormente, há a continuação da utilização de uma lógica processual individualista e que não leva em consideração a generalidade da decisão, muito menos o caráter indisponível dos direitos fundamentais ao fornecimento de medicamentos.

Para evitar que esse tipo de situação ocorra, é perceptível oferecer subsídios para a mudança de mentalidade quanto aos instrumentos processuais e da função de atuação dos juízes. É a adequação a um novo tipo de esquema, como informa Grinover (2007, p. 40):

À nível processual, a tutela dos interesse difusos significa uma profunda alteração dos conceitos clássicos de ação, jurisdição e processo, pela introdução do dado político, não considerado nos esquemas tradicionais e individualistas; e indica a necessidade de se adaptarem as velhas técnicas do processo às novas necessidades sociais.

Julgar sem a igual consideração com todos, se figura como um flagelo ao princípio da igualdade formal e da segurança jurídica, uma vez que não houve fundamentação capaz, através de elementos objetivos, de afastar os aspectos que revestem a tutela coletiva à saúde, tendo sido claramente decidido sob parâmetros que obedecem à matriz individualista-clássica de resolução de conflitos.

A avaliação que se pode depreender nos casos concretos analisados é que a fundamentação não satisfaz para dispensar o indeferimento genérico e irrestrito de fornecimento dos medicamentos. Há incerteza na aplicação da norma, tendo em vista que a coletividade, que necessita dos mesmos fármacos, ficou desamparada e não teve deferida a garantia para situações jurídicas semelhantes a dos indivíduos que tiveram as tutelas concedidas.

Tal desequilíbrio, para não ser lesivo aos princípios constitucionais, deveria ter sido fundamentada com argumentos justificáveis do ponto de vista do paradigma coletivo de garantias processuais.

Essas decisões por não garantirem à assistência terapêutica a todos violaram, parcialmente, o direito fundamental social à saúde, tomaram unicamente o indivíduo isoladamente como sujeitos da prestação positiva estatal.

Nas decisões estudadas, percebeu-se que o princípio da universalidade do sistema público de saúde não foi considerado, posto que estas deveriam ter sido inclusivas e não exclusivas, isto é, rompendo, também, com a lógica da equidade.

Nesse sentido, o princípio da equidade deveria ter norteado as decisões judiciais estudadas, porque é através dele que se alcançará a igualdade e a segurança jurídica na promoção do direito à saúde.

O conceito de equidade parte da ideia de que as pessoas possuem diferentes necessidades e que, portanto, a simples partilha igualitária dos recursos não atenderia, obrigatoriamente, a essas necessidades. A impossibilidade de atendê-las seria vista como injustas ou iníquas.

Para Fleury (1997), a noção do princípio da equidade é traduzir o acesso aos serviços de saúde de forma universal e igualitária, abolindo discriminações positivas ou negativas que impeçam a concretização a esse direito social.

Importante ressaltar, nesse trabalho, a relevância do atributo da resolutividade, isto é, a capacidade de enfrentar e resolver o serviço de saúde até sua competência. Isto quer dizer que deve diagnosticar, curar, corrigir e distribuir medicamentos e tecnologia, entre outros, como forma de recuperar à saúde.

Portanto, percebe-se, nesse estudo, que o Executivo não atendeu a resolutividade como dever constitucional, assim como as decisões judiciais, exceto nos casos individuais.

Outro atributo importante é a integralidade que pressupõe considerar as diversas dimensões do processo saúde-doença que afetam os indivíduos e a coletividade, pressupondo, ainda, a prestação continuada do conjunto de ações e serviços públicos de saúde, objetivando assegurar a promoção, a proteção, a cura e a reabilitação da população.

Importante apresentar a visão de Vieira (2008, pp. 2/3) sobre a integralidade, que faz duas distinções importantes que se encaixam na análise da pesquisa, a primeira que

No SUS, o sentido de integralidade constitui ponto pacífico. Significa empregar os meios necessários para a efetivação do cuidado, como: atendimento médico, exames, internação, tratamento, entre outros. Implica dispor tipos diferentes desses meios segundo o grau de complexidade da atenção à saúde, ou seja, exames para a atenção básica, para a média e alta complexidade; da mesma forma os medicamentos: uso ambulatorial e na atenção hospitalar.

E a segunda que

A integralidade para os tribunais está mais associada à noção de consumo, haja vista o deferimento de demandas sem ressalvas sobre a existência de política pública para tratar as doenças. Nessa concepção, o direito à saúde se resume à oferta de medicamentos,

reduzindo-se às ações curativas e paliativas, sem considerar o caráter fundamental de promoção e prevenção de doenças e agravos.

Assim, a integralidade foi parcialmente atendida nas decisões ao atender parte do pedido do Ministério Público Federal, não garantindo a coletividade o dever de proteção à saúde contra doenças e outros agravos como dispõe o artigo 196 da Constituição Federal. Essa diferenciação importou negação parcial ao direito fundamental à assistência terapêutica.

As decisões judiciais analisadas não trataram os casos idênticos de maneira semelhante para distribuir às riquezas sociais necessárias a dignidade humana, como valor que a Constituição brasileira dispôs como objetivo fundamental.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer desse trabalho, destacou-se a importância dos direitos sociais de caráter prestacional, considerando que a carência desses direitos incorre diretamente na fragilidade dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais são direitos individuais que reconhecem aos titulares um dever de exigir do Estado um comportamento de não interferir ou de abstenção em relação ao cidadão e são assegurados através de preceitos objetivos a serem respeitados pelos poderes estatais, a fim de garantir as liberdades fundamentais.

O princípio da igualdade formal e da segurança jurídica, abordados ao longo desse estudo, são princípios que concretizam os direitos fundamentais e são pedras angulares do pilar normativo da sociedade brasileira que é democrática e, portanto, devem ser respeitados pelo Executivo, pelo legislativo e pelo Judiciário.

O princípio da igualdade formal impõe que medidas adotadas pelo Poder Público garantam que todos sejam tratados sem discriminação, assegurando que as condutas sejam legítimas face ao cidadão, coibindo aquelas reputadas ilegítimas. A vida digna, na sociedade atual, comporta a observância da igualdade de todos para fruição dos direitos fundamentais sociais.

Conjuntamente com a igualdade formal, a segurança jurídica é uma das bases da democracia brasileira para que as relações sociais sejam pacificadas. Assim, o direito enquanto função organizadora e orientadora da sociedade e das relações humanas, por ser criação do homem, procura realizar a função de estabilidade das expectativas em sociedade, criando normas com o objetivo de regular a conduta dos indivíduos.

Esses princípios devem ser garantidos por meios legítimos no Estado Democrático de Direito para que a ordem constitucional possa ser assegurada e os direitos sociais repousem como valor fundamental. A Constituição Federal de 1988 prevê no texto (artigos 5º e 6º) como padrão normativo a segurança jurídica como premissa fundamental para efetivação dos direitos sociais fundamentais.

O artigo 196 da Constituição Federal dispõe que

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visam a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Esse dispositivo constitucional garante ao usuário do Sistema Público de Saúde os serviços necessários e capazes de proteção, promoção e recuperação da saúde, através de ações coordenadas em várias esferas do governo.

Dentre essas ações coordenadas de saúde, tem-se assistência terapêutica e as políticas nacionais que informam a essencialidade dos medicamentos, garantindo o fornecimento para a população.

Portanto, o Estado obriga-se à prestação da assistência terapêutica, materializando esse direito subjetivo, devido à imposição constitucional para operacionalizar essa ação. O Poder Público dispõe de instrumentos legítimos e competentes para redistribuir de forma igualitária os bens socialmente produzidos, dentre estas a atenção à saúde.

Quando há ineficácia no sistema para o atendimento dessa ação, pela incapacidade de absorver os usuários que procuram atendimento, ocorre uma transferência para o Poder Judiciário, gerando um desvio no ingresso do usuário ao Sistema de Saúde.

O Poder Judiciário passa a administrar, individual e coletivamente, a inclusão aos diversos tipos de tratamento, como a assistência terapêutica, incorrendo, em alguns casos, em decisões judiciais que acarretem em desigualdades formais. Contudo, o rompimento e a transferência ao Juiz são de vital importância para concretização do direito social à saúde.

Assim, para fins de consecução da igualdade formal, quaisquer discriminações só são coerentes quando os fundamentos da distinção encontrem raízes no texto constitucional, legislação infraconstitucional ou, ainda, ligadas a fatores como o tempo, a história ou a cultura. São, portanto, critérios objetivos e razoáveis que poderiam solucionar as mudanças e as justificativas para o tratamento desigual entre indivíduos que estejam na mesma posição jurídica.

Em uma análise criteriosa das decisões estudadas, percebe-se que os princípios que regem o SUS, não foram considerados como fundamentos na concessão das liminares ou chega-se a considerar que os Magistrados até argumentaram as decisões em parte desses princípios, contudo, no momento na conclusão não os aplicaram integralmente.

Outro ponto que se destaca na pesquisa, é que a houve contradição entre a fundamentação e o dispositivo das decisões, considerando estudo do princípio da

igualdade formal e da segurança jurídica. Isto ocorreu devido à incoerência entre o que se pensou e o que se conclui na decisão, considerando que se fundamentou que o direito à saúde é um direito de todos, porém, se conclui que somente alguns têm o direito à saúde. Essas decisões formularam políticas públicas individualizadas.

Isso importa em descumprimento aos preceitos e aos princípios angulares do Sistema Único de Saúde, tendo como solução para concretização do direito subjetivo ao fornecimento de medicamentos e da própria escolha política, a transferência para o Poder Judiciário, que fica com a responsabilidade da decisão alocativa através da demanda de ações individuais e coletivas.

As ações coletivas, objeto desse estudo, são instrumentos processuais para a concretização do direito fundamental à saúde, por ser uma via de maior abrangência para tutelar difusos e coletivos, adaptando-se a nova realidade dos direitos em massa.

Entretanto, constatou-se nessa pesquisa que as ações civis públicas utilizadas para tutelar o direito subjetivo à saúde deduziram pedidos individuais, de forma isolada, e pedido coletivo, fugindo, na primeira hipótese, da essência pela qual esse instrumento processual foi concebido pelo legislador de que era demandar direitos individuais homogêneos.

Ressalta-se que, se essas decisões tivessem deferido o pleito coletivo deduzido nas ações civis públicas, teria alcançado o equilíbrio igualitário, equiparando todos que estavam na mesma situação jurídica, isto é, tratando o indivíduo e a coletividade de forma idêntica a partir da abstração legal, poderiam produzir instrumento para a concretização de políticas públicas macro.

Assim do ponto de vista do equilíbrio nas decisões judiciais, o direito fundamental social ao fornecimento de medicamentos foi respeitado parcialmente, isto é, apenas sobre a ótica processual individualista, mas não transcenderam para além da pessoa considerada isoladamente, alcançando a coletividade que, segundo os preceitos constitucionais sobre direitos fundamentais, são sujeitas da prestação positiva do Estado na dimensão objetiva e subjetiva.

Considera-se por fim neste trabalho, que presentes nas ações coletivas os requisitos para a concessão do medicamento ao indivíduo, a decisão judicial deve ser estendida a todos àqueles que estejam em idêntica situação, isto é, a coletividade, sob pena de violar à igualdade, à segurança jurídica e o direito

fundamental social à saúde, principalmente no Brasil, país que apresenta elevados índices de desigualdade social.

O Poder Público deve ter como meta à implementação e à implantação de políticas públicas de saúde, em que priorize a lógica da integridade, da equidade e da universalização à saúde, tendo em vista que o sistema de proteção social brasileiro foi construído com base nesses princípios.

REFERÊNCIAS

AKERMAN, M *et al.* AL. Saúde e desenvolvimento: que conexões. In GASTÃO, W. S. C (Orgs). Tratado de Saúde coletiva. São Paulo: Hucitec. 2012, pp. 111 - 135.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALONSO JR, Hamilton. A ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos direitos fundamentais. In. A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios. MILARÉ, Édis (coord). São Paulo: Revista dos tribunais, 2005, pp. 208-219).

AMARAL, Gustavo. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um – reflexões para a transição da práxis judiciária. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; DA SILVA, Ricardo Augusto Dias (Coordenadores) – **O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. pp. 111-144.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. Acesso à justiça & efetividade do processo: ação monitória é um meio de superação dos obstáculos? 1ª ed. (ano 2001), 5ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2010a.

_____. Coisa julgada progressiva & Resolução parcial do mérito. 1ª ed. (ano 2007), 2ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2010b.

_____. Ações judiciais em defesa dos direitos fundamentais em busca de solução para casos concretos. In. DIAS, Jean Carlos; KLAUTAU FILHO, Paulo (coords.). **Direitos fundamentais, teoria do direito e sustentabilidade**. São Paulo: Método, 2009.

_____. **Estudos de Direito Processual**. Belém: Paka-tatu, 2003.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. Sobre a distinção entre interesses coletivos e interesses individuais homogêneos. In FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. Salvador: Juspodivm, 2012, pp. 385-396.

ARENHART, Sergio Cruz. As ações coletivas e o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In. **Processo Civil Coletivo**. MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 504-525.

ASHTON, J. Ciudades Sanas. Masson, Barcelona.1993.

ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BAPTISTA, T.W.F. História das políticas de saúde no Brasil: a trajetória do direito à saúde. In: MATTA, G.C. & PONTES, A.L.M. (orgs.). **Políticas de saúde: organização e operacionalização do Sistema Único de Saúde**. Rio de Janeiro, EPSJV/Fiocruz, 2007.

BARBOSA, Rui. Oração aos moços. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista de Direito Social**, v. 34. p. 1-36, 2009.

_____. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, Elísio Augusto Velloso Bastos. O constitucionalismo social. A Constituição como instrumento jurídico de contenção do poder econômico. In CASTARDO, Hamilton Fernando; CANAVEZZI, Gustavo Escher Dias; NIARADI, George Augusto (Coord.). **Lições de direito constitucional em homenagem ao Prof. Dr. Sérgio Resende de Barros**. Campinas: Millennium, 2007. (p. 27-70).

BINENBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 282p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)**. *Estud. av.* 2004, vol.18, n.51, pp. 127-150.

BORGES, A. M. R. **Direitos humanos: conceitos e preconceitos**. Jus Navigandi, Teresina: ano 11, n. 1248, 1 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9225>>. Acesso em: 11 maio de 2014.
BRASIL. Constituição Federal do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em 09 de maio de 2014.

_____. Lei n. 8.080/1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acessado em 09 de maio de 2014.

_____. Lei n. 9.313/1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9313.htm. Acessado em: 26 de agosto de 2014.

_____. Portaria n. 3.916/98 – Ministério da Saúde. Aprova a Política Nacional de Medicamentos. Disponível em:

http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html.
Acessado em: 26 de agosto de 2014.

_____. **Resolução CNS n. 338, de 06 de maio de 2004.** Aprova a Política Nacional de Assistência Farmacêutica. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2004/res0338_06_05_2004.html.
Acessado em: 26 de agosto de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175, 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. MI 2411 AgR/DF – Distrito Federal. Mandado de Injunção, 2014a.

_____. Supremo Tribunal Federal. MI 6113 AgR / DF – Distrito Federal. Mandado de Injunção, 2014b.

_____. Supremo Tribunal Federal. MS 26860 / DF – Distrito Federal. Mandado de Segurança, 2014c.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. **Trabalho decente: análise jurídica da exploração, trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno.** São Paulo: LTr, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional.** Coimbra: Almedina, 1993.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007. 1522p.

CLÈVE, Clemerson Mèrlin. **Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais,** 2003. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 17 de agosto de 2014.

COHN, Amélia. **A reforma sanitária brasileira: a vitória sobre o modelo neoliberal.** Medicina social, nº 2, volume 3, 2008.

DALLARI, S.G. O direito a saúde. Rev de Saúde publica vol 22 nº1.1988, pp. 1-7.
FREIRE, M.L.E & SILVA, R.S. **O programa saúde da família: qualidade da assistência da equipe de enfermagem.** Monografia (Curso de especialização em enfermagem), Faculdade de Enfermagem. Universidade Federal do Pará, Pará, 2003.

DELGADO, José Augusto. **A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica.** 2008. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/133276935/A-IMPREVISIBILIDADE-DAS-DECISOES-JUDICIARIAS-E-SEUS-REFLEXOS-NA-SEGURANCA-JURIDICA>. Acessado em: 29 de agosto de 2014.

DIAS, Jean Carlos. O controle judicial: direitos fundamentais e a teoria do processo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional da RT* n. 83 abr-jun, 2013.

_____. Problemas contemporâneos de teoria dos direitos fundamentais: esboço para uma investigação abrangente. In. DIAS, Jean Carlos; KLAUTAU FILHO, Paulo (coords.). **Direitos fundamentais, teoria do direito e sustentabilidade**. São Paulo: Método, 2009.

DIAS, Ricardo Augusto dias da. **Direito Fundamental à saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

DROPA, R. F. **Os direitos humanos no Brasil**. Disponível em http://www.advogado.adv.br/artigos/2003/romualdoflaviodropa/direitoshumanosbrasil.htm#_Toc7158423. Acesso em 12 de maio 2014.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005a.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005b.

FARIA, José Eduardo. *Os desafios do Judiciário*. *Revista USP*. São Paulo, n. 21, p. 47-57: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) / USP, 1994.

FASSY, Ludmila Fajardo. Do controle pelo poder judiciário das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais. *BDjur*, Brasília, DF. Acessado em: 15 de maio de 2014. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br>.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Trad. Alexandre Salim et. al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 2003.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito a saúde: algumas aproximações. **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BARCELLOS, Ana Paula de (orgs.). 2ª. ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, pp. 13-50.

FLEURY, Sonia. A questão democrática na saúde. *In*: FLEURY, Sonia (coord.). *Saúde e democracia – A luta do CEBES*. São Paulo: Editora Lemos, 1997.

FRANÇA. **Constituição Francesa de 1791**. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/46618009/Constituicao-Francesa-de-1791>. Acessado em: 10 de março de 2014.

FURQUIM, L. T. O liberalismo Abrangente de Ronald Dworkin. 2010. 235p. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. São Paulo, 2010.

DIAZ GARCIA, Iván. **IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY: CONCEPTO, IUSFUNDAMENTALIDAD Y CONSECUENCIAS**. *Ius et Praxis* [online]. 2012, vol.18, n.2, pp. 33-76. Disponível em: <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v18n2/art03.pdf>. Acessado em: 13 de março de 2014.

GOMES, Joaquim Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. In: LOBATO, Fátima; SANTOS, Renato Emerson dos (orgs.). **Ações Afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais**. Rio de Janeiro: DP&A, 2003. GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. **RBDP** 59, 2007, pp. 23-47.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha**. Tradução Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.

JELLINEK, Georg. Teoría general del estado. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

LIMA, M.S.D.K *et al.* Consórcios Intermunicipais de saúde: a experiência do CISAT e seus desafios no sudeste do Pará. Monografia (Curso de Especialização em Gestão de Saúde), Faculdade de Enfermagem, Universidade Federal do Pará, Pará, 2005.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Disponível no sitio oficial da embaixada da França no Brasil mantido na Internet em <http://www.ambafrance-br.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem>. Acesso em 03.08.2012. Disponível no sitio oficial da embaixada da França no Brasil mantido na Internet em <http://www.ambafrance-br.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem>. Acesso em 03.08.2012.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o Governo**. Tradução Alex Martins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

MADERS, Angelita Maria. O direito à saúde no Estado Democrático de Direito brasileiro. Revista do Direito UNISC, Santa Cruz do Sul n. 33, jan-jun 2010, pp. 19-37.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MATTA, G.C. Princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde. In: MATTA, G.C & PONTES, A.L.M (orgs). Políticas de saúde e operacionalização do Sistema Único de Saúde. Rio de Janeiro, EPSJV/Fiocruz, 2007, pp. 61-80.

MATTOS, Fernando Augusto Mansor de; SILVA, Luiz Marcos de Oliveira. *Welfare State* emprego em saúde nos países avançados desde o Pós-Segunda Guerra Mundial. **Revista de Economia Política**, vol. 29, nº 3 (115). Julho-setembro, 2009, p. 135-152.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDES, A. & MARQUES R.M. Sobre a economia da Saúde: Campos de Avanço e sua contribuição para a gestão da saúde pública no Brasil. In GASTÃO, W. S. C(Orgs). Tratado de Saúde coletiva. São Paulo: Hucitec. 2012, pp. 247 a 280.

MINAYO, M.C.S. O desafio do conhecimento: pesquisa qualitativa em saúde. Rio de Janeiro: Hucitec-Abrasco, 1992.

MOYSES, N.M.N & MACHADO, M.H. Políticas de trabalho no SUS: o desafio sempre presente. Divulgação em saúde para debate, n°45, Rio de Janeiro, 2010.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. Ed. WMF Martins Fontes, 2013.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2009, 3ª ed.

OLLERO, Andres. Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial. 2ª ed. Madri: Centro de Estudios Político y Constitucionales, 2005.

PEPE, V.L.E. *et al.* Caracterização de demandas judiciais de fornecimento de medicamentos "essenciais" no Estado do Rio de Janeiro, Brasil. **Cad Saude Publica**; 26(3): 461-471, mar. 2010.

PEREZ LUÑO, Antônio E. **Los derechos fundamentales**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

PIOVESAN, Flávia. Direito ao desenvolvimento – Desafios Contemporâneos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virginia Prado (coords.). Direito ao desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, 2010, pp. 995-116.

PINTO DA COSTA, Rosalina Moitta. A atividade do juiz na concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional coletiva – a mudança de paradigma no projeto brasileiro de direitos coletivos. **Tutela jurisdicional coletiva, 2ª**. DIDIER JR, Fredie; MOUTA, José Henrique e MAZZEI (coords). Salvador: Juspodivm, 2012, pp. 643-666.

PONTES, A. L. M. Concepções de Direito e Justiça: A teoria do direito de Ronald Dworkin e o liberalismo Político de John Rawls. 2011. 191p. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. São Paulo, 2011.

REHEM, R. O sistema público de saúde Brasileiro. Seminário Internacional: Tendências e Desafios dos sistemas de saúde nas Américas. São Paulo, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, o federalista**. 10ª ed. São Paulo: Ática, 1998. v. 1. (Série Fundamentos; n. 62).

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência, 2005. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 03 de outubro de 2014.

_____. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: **Revista Diálogo Jurídico**, n. 01, vol. 01. Salvador: Centro de Atualização Jurídica, 2001.
SERRANO, Jose Luis. **Validez y Vigencia: la aportación garantista de la norma jurídica**. Madrid: Trotta, 1999.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Curso de direito constitucional positivo. 23ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

STEINMETZ, Wilson Antonio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TIMM, Luciano Benetti. Direito à Saúde e a Maneira Mais Eficiente de Prover Direitos Fundamentais: uma Perspectiva de Direito e Economia. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; DA SILVA, Ricardo Augusto Dias (Coordenadores) – **O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde**. 1. ed. 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?. In: **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BARCELLOS, Ana Paula de (orgs.). 2ª. ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, pp. 51-62.

TORRES, Izabelle. O que esperar. **Revista Istoé**, São Paulo: três, v.38, n.2342, p.50-55, out. 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BARCELLOS, Ana Paula de (orgs.). 2ª. ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, pp. 63-78.

VASCONCELOS, C.M & PASCHE D.F. O sistema Único de Saúde. In GASTÃO, W. S. C(Orgs). Tratado de Saúde coletiva. São Paulo: Hucitec. 2012.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. **Rev. Saúde Pública**. 2008.

VIOLIN, Jordão. Fundamentos do processo coletivo e a redefinição do conceito de jurisdição. **Processos Coletivos**. Porto Alegre, v. 1, n. 5, outubro, 2010.

WEFFORT, Francisco C. (Org.). Os clássicos da política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, o federalista. 10ª ed. São Paulo: Ática, 1998. v. 1. (Série Fundamentos; n. 62).

W. S. C.(Orgs).Tratado de Saúde Coletiva. São Paulo: Hucitec, 2012.

**ANEXO A- AÇÃO CIVIL PÚBLICA N. 34365-69.2011.4.01.3900 LIMINAR
DEFERIDA NO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO**

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO



AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 0069741-79.2011.4.01.0000/PA
Processo Orig.: 0034365-69.2011.4.01.3900

RELATORA : DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA

AGRAVANTE : MINISTERIO PUBLICO FEDERAL

PROCURADOR : ALAN ROGERIO MANSUR SILVA

AGRAVADO : UNIAO FEDERAL

PROCURADOR : ANA LUISA FIGUEIREDO DE CARVALHO

AGRAVADO : ESTADO DO PARA

DECISÃO

O Ministério Público Federal interpõe agravo de instrumento em face de decisão que, proferida nos autos da ação civil pública movida em desfavor da União e do Estado do Pará, indeferiu o pedido liminar que visava o fornecimento do medicamento “denominado SINGULAIR (Montelucaste de Sódio) a todos os pacientes do SUS portadores de asma no Estado do Pará, bem como forneça tal medicamento e quaisquer outros medicamentos/tratamentos de forma gratuita às Sras. Terezinha Siqueira da Silva e Cristina Rosa Rabelo.”

Sustenta que foi procurado pelas referidas senhoras, pacientes do Hospital Universitário João de Sarros Barreto - HUJBB, vinculado à UFPA, que foram diagnosticadas com fibrose cística e asma refratária, sendo-lhes receitado o medicamento SINGULAIR (Montelucaste de Sódio) para uso contínuo, considerado imprescindível ao seu tratamento. Sustenta o órgão que tentou junto aos entes federais o fornecimento gratuito e contínuo do medicamento. Contudo, apenas conseguiu que fosse fornecido pela Secretaria Estadual de Saúde por 6 (seis) meses.

Requer a antecipação da tutela recursal.

Brevemente relatados, passo às razões de decidir.

Esta Corte Regional já firmou entendimento no sentido de ser a União, os Estados e os Municípios partes legítimas para figurarem no pólo passivo de demandas em que o hipossuficiente requer o custeio de medicamento/tratamento em razão de sua doença grave.

Confiram-se os seguintes julgados desta Corte Regional neste sentido:

ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PARA TRATAMENTO DE SAÚDE. "CICLOTIMIA E EPISÓDIO MISTO DE HUMOR". ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DEFERIMENTO. REQUISITOS. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 0069741-79.2011.4.01.0000/PA
 Processo Orig.: 0034365-69.2011.4.01.3900

1. "A Carta Magna de 1988 erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196). Daí, a seguinte conclusão: é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves" (STJ, REsp n. 507.205-PR, Relator Ministro José Delgado, acórdão publicado no DJ de 17.11.2003).

2. Presentes os pressupostos autorizadores, nada a reparar na decisão concessiva da liminar, que determinou aos réus o fornecimento dos medicamentos de que a autora necessita para o seu tratamento de saúde.

3. Agravo desprovido.

(AG 2004.01.00.008729-0/MG, Rel. Juiz Federal Carlos Augusto Pires Brandão (conv), Sexta Turma, DJ de 06/03/2006, p.231)

No mesmo sentido, perfilha a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – SUS – OFENSA AO ART. 535 DO CPC – SÚMULA 284/STF – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS – LEGITIMIDADE DA UNIÃO.

1. Aplicável a Súmula 284/STF quando o recorrente, a fim de indicar violação do art. 535 do CPC, não aponta com clareza e precisão as teses sobre as quais o Tribunal de origem teria sido omissos.

2. O funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária da União, estados-membros e municípios, de modo que, qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros.

3. Recurso especial conhecido em parte e improvido.

(REsp 834.294/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05.09.2006, DJ 26.09.2006 p. 196)

Ademais, o direito subjetivo à saúde, a par de ser assegurado à universalidade das pessoas, como bem prevê o artigo 196 da Constituição Federal, constitui, no dizer do Ministro Celso de Mello, "conseqüência constitucional indissociável do direito à vida" (RE 271286 AgR/RS, Segunda Turma, DJ 24/11/2000, p. 101).

Ao poder público incumbe o dever de garantir a observância desse direito público subjetivo, por meio de políticas públicas que visem à proteção e recuperação da saúde, nas quais se incluem os programas de fornecimento de medicamentos/tratamentos aos necessitados, sejam eles de alto custo ou não.

Sobre o tema, confira-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO-MEMBRO PELO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A NECESSITADO. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PARTE VENCEDORA REPRESENTADA PELA DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL. CONDENAÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL AO PAGAMENTO DA VERBA ADVOCATÍCIA.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 0069741-79.2011.4.01.0000/PA
 Processo Orig.: 0034365-69.2011.4.01.3900

IMPOSSIBILIDADE. CONFUSÃO ENTRE CREDOR E DEVEDOR. PRECEDENTE DA COLETA PRIMEIRA SEÇÃO.

(...)

Ainda que assim não fosse, predomina neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento segundo o qual há responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios pelo fornecimento gratuito de medicamentos às pessoas desprovidas de recursos financeiros. Precedentes.

"O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência 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" (STF – AGRE 271.286/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 24.11.2000).

(...)

Recurso especial provido em parte, para afastar a condenação em honorários advocatícios.'

(REsp 689587/RS, Segunda Turma, Rel. Ministro Franciulli Netto, DJ 12/09/2005, p. 293)

Assim, entendo que a decisão recorrida merece ser reformada, tendo em vista que o direito à saúde é uma garantia constitucional e um dever do Estado, não sendo jurídico que ele prive de tratamento adequado um de seus cidadãos.

Ressalto que, no caso, é possível a concessão de tutela antecipada contra o Poder Público porque a situação é de perecimento de direito, já que se objetiva cuidar da saúde de um cidadão.

Em hipóteses semelhantes, o STJ se posiciona favoravelmente à concessão de liminar contra o Poder Público, mesmo que ela tenha natureza satisfativa, se isto for necessário para garantir o direito à vida.

Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. MENOR CARENTE. LIMINAR CONCEDIDA SEM PRÉVIA MANIFESTAÇÃO DO PODER PÚBLICO. POSSIBILIDADE. HIPÓTESE EXCEPCIONAL. MUNICÍPIO. LEGITIMIDADE. PRECEDENTES DO STJ. DESPROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

1. Excepcionalmente, o rigor do disposto no art. 2º da Lei 8.437/92 deve ser mitigado em face da possibilidade de graves danos decorrentes da demora do cumprimento da liminar, especialmente quando se tratar da saúde de menor carente que necessita de medicamento.

2. Nos termos do art. 196 da Constituição Federal, a saúde é direito de todos e dever do Estado. Tal premissa impõe ao Estado a obrigação de fornecer gratuitamente às pessoas desprovidas de recursos financeiros a medicação necessária para o efetivo tratamento de saúde.

3. O Sistema Único de Saúde é financiado pela União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, sendo solidária a responsabilidade dos

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 0069741-79.2011.4.01.0000/PA
 Processo Orig.: 0034365-69.2011.4.01.3900

referidos entes no cumprimento dos serviços públicos de saúde prestados à população. Legitimidade passiva do Município configurada.

4. Recurso especial desprovido.

(REsp 439833/SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28.03.2006, DJ 24.04.2006 p. 354)

MEDICAMENTO - CERIDASE - FORNECIMENTO - LIMINAR SATISFATIVA - DIREITO À VIDA.

É vedada a concessão de liminar contra atos do poder público, no procedimento cautelar, que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação. Neste caso, entretanto, o que estaria sendo negado seria o direito à vida, pois sem o medicamento o recorrido não sobreviveria.

Recurso improvido. (REsp 127604/RS, 1ª Turma, Min. Garcia Vieira, DJ de 16.3.1998)

A título de fundamentação, adoto também, como razões de decidir, as bem lançadas ponderações constantes do voto da Exma. Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, no AG 2004.01.00.008182-0/GO, Sexta Turma, DJ de 13/06/2005, p.90:

(...)

Observo que o parecer do Subprocurador-Geral da República, Dr. Moacir Guimarães Morais Filho, citado no referido acórdão, também revela um ponto importante, que deve ser considerado, qual seja, o de que "sem o atendimento da medicação, fatalmente, desapareceria o próprio direito do recorrido, porque, ao aguardar a espera dos trâmites burocráticos impostos pela interpretação rigorosa dos textos legais, a criança já estaria morta, se não lhe fosse assegurado, por medida liminar, o que pleiteia do Estado para manter-se com vida".

*Entendo que este precedente aplica-se, perfeitamente, à hipótese dos autos, pois, aqui também, **se não fosse concedida a tutela antecipada, desapareceria o próprio direito das Agravadas, que, possivelmente, não sobreviveriam, se tivessem que esperar até o julgamento final da sua ação.***

Lembro, por fim, que a necessidade de apreciação, caso a caso, da constitucionalidade da restrição ao poder cautelar do magistrado foi ressaltada, pelo eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, em seu voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade 223, publicado na RTJ 132/571.

A proibição de concessão de liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação (Lei 8.437/92, art. 1º, § 3º) deve, portanto, ser interpretada conforme a Constituição, admitindo-se, em obséquio aos princípios da razoabilidade, do devido processo legal substantivo, e da efetividade da jurisdição, seja, em casos excepcionais, deferida liminar satisfativa, ou antecipação de tutela parcialmente irreversível (CPC, art. 273, § 2º), quando tal providência seja imprescindível para evitar perecimento de direito.

É o que ocorre no caso dos autos, justificando-se a concessão de liminar, para assegurar às Agravadas o recebimento do medicamento de que necessitam, até o julgamento final da sua ação ordinária.

(...)

Confira-se a ementa do voto supra:

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 0069741-79.2011.4.01.0000/PA
 Processo Orig.: 0034365-69.2011.4.01.3900

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE REMÉDIO PARA TRATAMENTO DE MAL DE PARKINSON E ATROFIA CEREBRAL. RISCO DE VIDA. CONCESSÃO DE LIMINAR SATISFATIVA. POSSIBILIDADE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO GENÉRICO. POSSIBILIDADE.

1. A proibição de concessão de liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação (Lei 8.437/92, art. 1o, § 3o) deve ser interpretada conforme à Constituição, admitindo-se, em obséquio aos princípios da razoabilidade, do devido processo legal substantivo, e da efetividade da jurisdição, seja, em casos excepcionais, deferida liminar satisfativa, ou antecipação de tutela parcialmente irreversível (CPC, art. 273, § 2o), quando tal providência seja imprescindível para evitar perecimento de direito.

2. É o que ocorre na hipótese dos autos, em que as Agravadas correm risco de vida, justificando-se a concessão de tutela antecipada, com apoio no art. 273 do CPC, para assegurar-lhes a aquisição de remédio indispensável à sua sobrevivência, até o julgamento final da sua ação ordinária.

3. É possível fornecer às Agravadas remédios genéricos ou similares àqueles pedidos, sendo certo, também, que esses remédios só deverão ser fornecidos enquanto houver receita médica solicitando a sua aquisição para tratamento das pacientes.

4. Dá-se parcial provimento ao agravo de instrumento. (AG 2004.01.00.008182-0/GO, Rel. Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, Sexta Turma, DJ de 13/06/2005, p.90)

A esse respeito, os tribunais vêm entendendo pela presença dos requisitos relativos à prova inequívoca e à verossimilhança da alegação, consistentes na necessidade premente do medicamento por parte do agravante.

Além disso, o entendimento do STF é no sentido de que o direito à saúde, previsto no artigo 196 da Constituição, não deve ser restringido por ato de autoridade administrativa, não havendo, de outro lado, risco de dano irreparável ao réu, nem a irreversibilidade do provimento antecipado (CPC, art. 273, "caput").

Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. ATENDIMENTO À PESSOA DOENTE. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.

I - Fornecimento de remédios à pessoa doente, com insuficiência renal, inclusive procedimentos da hemodiálise, é obrigação da União, caso os órgãos locais do SUS recusem o serviço ao argumento de não haver medicamento disponível.

II - Em se tratando de questão de saúde que envolve risco de conseqüências irreversíveis, plausível a concessão de tutela antecipada.

III - A saúde e a vida ainda que de um só indivíduo integram o universo do interesse público, já que o alijamento da pessoa em virtude da doença desfalca a própria coletividade.

IV - Agravo de Instrumento improvido. (AG 1999.01.00.091352-0/MG, Rel. Juiz Jirair Aram Meguerian, Segunda Turma, DJ de 09/04/2001, p.87)

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 0069741-79.2011.4.01.0000/PA
Processo Orig.: 0034365-69.2011.4.01.3900

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. DECISÃO QUE DETERMINA O FORNECIMENTO DE REMÉDIO AO PACIENTE QUE DELE NECESSITA. LEGITIMIDADE.

1. *Tendo em vista que a saúde é da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (Carta Magna, art. 23, II), em princípio, não é de ser afastada a legitimidade passiva da União.*

2. *A concessão da antecipação dos efeitos da tutela, pressupõe a coexistência dos requisitos da prova inequívoca, da verossimilhança do pedido e de que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou fique caracterizado o propósito protelatório do réu (C.P.C., art. 273, "caput", I e II), além da vedação de irreversibilidade do provimento antecipado (C.P.C., art., 273, § 2º). Precedentes desta Corte.*

3. *Presença dos requisitos relativos à prova inequívoca e à verossimilhança da alegação, consistente na necessidade premente do medicamento por parte do agravado, bem como nos precedentes do STF, segundo os quais o direito à saúde, previsto no artigo 196 da Constituição, não deve ser restringido por ato de autoridade administrativa, não havendo, de outro lado, risco de dano irreparável ao réu, nem a irreversibilidade do provimento antecipado (C.P.C., art. 273, "caput").*

4. *Agravo de instrumento a que se nega provimento. Agravo regimental que se julga prejudicado. (AG 1999.01.00.102265-9/MG, Rel. Juiz Federal Leão Aparecido Alves (conv), Terceira Turma Suplementar, DJ de 04/03/2004, p.121)*

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. COMPETÊNCIA SOLIDÁRIA ENTRE A UNIÃO E OS ESTADOS.

1. *A orientação jurisprudencial vem-se firmando no sentido de que descabem embargos de declaração contra decisão monocrática do Relator (CPC, arts. 535 e 557, §1º), sendo possível, porém, seu recebimento como agravo regimental, em homenagem ao princípio da fungibilidade recursal, desde que tenham sido opostos no prazo legal de 5 dias, como sucedeu in casu. Precedentes desta Corte.*

2. *A responsabilidade pelo fornecimento de medicamentos, que decorre da garantia ao direito à vida e à saúde, é constitucionalmente atribuída ao Estado, solidariamente com os entes federativos (CF, arts. 6º, 196 e 198, § 1º), de modo que é correta a decisão de primeiro grau, que imputa ao Estado da Bahia, em conjunto com a União, a obrigação de arcar com os custos da provisão de remédios necessários ao tratamento de saúde da parte agravada. Precedentes.*

3. *Razoabilidade do prazo de dez dias para o cumprimento da aludida decisão, máxime ante a necessidade da Agravada, portadora de hipertensão pulmonar, do uso contínuo da medicação para tratamento/manutenção de sua saúde.*

4. *Legitimidade da imposição de multa diária para assegurar o oportuno adimplemento de obrigação de fazer (CPC, art. 461, § 4º).*

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 0069741-79.2011.4.01.0000/PA
 Processo Orig.: 0034365-69.2011.4.01.3900

5. *Agravo regimental do Estado da Bahia desprovido. (AGA 2004.01.00.041439-8/BA, Rel. Desembargador Federal Fagundes De Deus, Quinta Turma, DJ de 03/05/2007, p.66)*

PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO. DIREITO À SAÚDE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTS. 196 E 198, E LEI 8.080/90.

1. *Tanto a União como o Estado do Piauí estão legitimados para figurarem no pólo passivo desta ação mandamental, voltada para o fornecimento de medicamentos indispensáveis ao tratamento de saúde.*

2. *O direito à saúde está garantido na Constituição Federal (arts. 196 e 198) e a Lei 8.080, de 19.09.1990, é explícita ao estabelecer o dever do Estado de prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício (art. 2º).*

3. *Apelações e remessa oficial improvidas. Sentença confirmada. (AMS 2002.40.00.006636-4/PI, Rel. Juiz Federal Moacir Ferreira Ramos (conv), Sexta Turma, DJ de 29/05/2006, p.174)*

A esse respeito, confira-se o entendimento do STF:

PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - 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, 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

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO

fls. 8/8

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 0069741-79.2011.4.01.0000/PA
 Processo Orig.: 0034365-69.2011.4.01.3900

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, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes 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.*

MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER. - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. *Precedentes.* (RE-AgR 393175 / RS, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 12/12/2006, DJ 02-02-2007 PP-00140, Órgão Julgador: Segunda Turma)

Não se afigura razoável, no entanto, determinar indistintamente o fornecimento do medicamento a TODOS os pacientes do SUS portadores de asma no Estado do Pará, como pretende o agravante.

Ante o exposto, **dou parcial provimento ao agravo para que a União custeie e forneça o medicamento SINGULAIR (Montelucaste de Sódio) às declarantes Terezinha Siqueira da Silva e Cristina Rosa Rabelo, de acordo com a prescrição médica de fl. 59 autos de origem (fl. 75 – processo digital); fl. 172 autos de origem (fl. 187 – processo digital), fl. 173 autos de origem (fl. 189- processo digital); fl. 246 autos de origem (fl. 262 – processo digital) fl. 169 autos de origem (184 – processo digital), garantindo a disponibilização imediata e contínua para tratamento ambulatorial das pacientes Terezinha Siqueira da Silva e Cristina Rosa Rabelo (artigo 557, §1º-A, do CPC e artigo 29, XXV, do RITRF1ª Região).**

Comunique-se ao Juízo *a quo*, **com urgência**, via fax.

Publique-se. Intime-se.

Oportunamente, arquivem-se os autos nos moldes regimentais.

Brasília, 25 de janeiro de 2012.

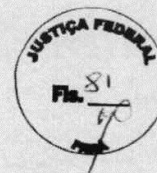
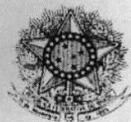
Selene Maria de Almeida

DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA



Documento contendo 8 páginas assinado digitalmente pelo(a) DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, conforme MP nº 2.200-2, de 24/08/2001, que instituiu a infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileiras - ICP-Brasil e Res. nº 397, de 18/10/2004, do Conselho da Justiça Federal. A autenticidade do documento pode ser verificada no site www.trf1.jus.br/autenticidade, informando o código verificador 3.538.269.0100.2-00.

ANEXO B-AÇÃO CIVIL PÚBLICA N. 9692-41.2013.4.01.3900 LIMINAR DEFERIDA



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO PARÁ

PROCESSO N. :9692-41.2013.4.01.3900
 CLASSE 7100 :AÇÃO CIVIL PÚBLICA
 AUTOR :MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 RÉUS :UNIÃO, ESTADO DO PARÁ E MUNICÍPIO DE BELÉM
 JUIZ FEDERAL :HIND G. KAYATH

DECISÃO

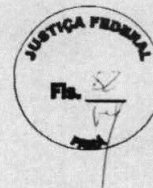
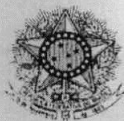
Cuida-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal contra a União, Estado do Pará e Município de Belém, com pedido de tutela antecipada, objetivando o fornecimento do medicamento denominado TYROMED A, bem como quaisquer outros medicamentos/tratamentos prescritos por médico, em regime de gratuidade, em favor da menor Wallace Naia Esteves Huhn e a todos os pacientes do Sistema Único de Saúde, portadores de Tirosinemia, residentes no Estado do Pará.

Narra a exordial que a demandante necessita fazer uso constante do medicamento TYROMED A, cujo fornecimento foi negado pela Secretaria Estadual de Saúde Pública e pelo Município de Belém, em razão de tal medicamento não integrar a lista de fornecimento obrigatório do Estado.

Assinala que o Ministério Público Federal requisitou das autoridades públicas estadual e municipal o fornecimento de informações acerca do tratamento médico disponibilizado pelo Estado e Município aos portadores de tirosinemia, não obtendo qualquer resposta, apesar de sua reiteração.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 20/47.

Os demandados tiveram oportunidade de se manifestar sobre o pedido de tutela de urgência, nos termos do artigo 2º. da Lei 8437/92.



**PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO PARÁ**

Relatado o essencial, passo a decidir.

Como é cediço a Constituição assegura como direito fundamental o direito à vida, tendo como fundamento do Estado de Direito o princípio da dignidade da pessoa humana. Este apresenta um vasto espectro de atuação, concretizando-se por meio de ações positivas estatais (direitos prestacionais) que venham assegurando condições materiais básicas de subsistência como o direito à saúde, educação, moradia, dentre outros.

Pois bem, no que tange à execução dos serviços de saúde prestados à população, o Constituinte organizou um sistema tripartite, repartindo responsabilidade entre União, Estados e Municípios (art. 198, par. 1º.), delegando ao legislador a tarefa de regulamentar, fiscalizar e controlar as ações e serviços de saúde (art. 197). No que toca ao sistema de saúde, a Constituição determinou que fosse organizado através de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, tendo como uma de suas diretrizes a descentralização (art. 198).

Essa discriminação de atribuições, no plano legal, deu-se por meio da Lei n. 8.080/90, que veio estabelecendo a organização do Sistema Único de Saúde, definindo a responsabilidade de cada ente nesse processo, com a descentralização para os Estados e Municípios das providências materiais necessárias à efetiva prestação dos serviços em debate (art. 18).

Pelo que se infere do teor do artigo 16 da Lei n. 8.080/90, como decorrência do princípio da descentralização administrativa prestigiado pelo legislador ordinário e constituinte, a responsabilidade deverá ser atribuída à União e ao Estado do Pará. Nesse contexto, se vislumbra a ilegitimidade passiva do Município de Belém, na medida em que sua atribuição está limitada ao fornecimento de medicamentos inseridos na Farmácia Básica. Assim, tratando-se o suplemento alimentar "TYROMED A" de medicamento sujeito à

Fls.



**PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO PARÁ**

dispensação excepcional, a responsabilidade pelo financiamento deve recair sobre a União e o Estado do Pará.

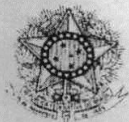
Pois bem, na hipótese em exame, consta dos autos que a menor necessita fazer uso para tratamento da Tirosinemia Hereditária, doença grave e rara, do suplemento alimentar TYROMED, conforme laudo e prescrição médica.

Assim, presentes no caso concreto os pressupostos necessários ao deferimento parcial da tutela antecipada, a fim de que seja garantido pelo Estado do Pará e pela União o fornecimento de medicação necessária para o tratamento da patologia da menor.

Corrobora esse entendimento:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. TRATAMENTO DE SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA UNIÃO E DO ESTADO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. ART. 196 DA CF/88. 1. Trata o caso dos autos acerca da possibilidade de **fornecimento de medicamento RITUXIMABE (MABTHERA)**, considerado imprescindível para o tratamento da paciente, portadora de púrpura trombocitopenica imunológica crônica. 2. O direito à vida, à saúde, e à dignidade da pessoa humana é garantido constitucionalmente, sendo dever do Estado em qualquer esfera, seja federal, estadual e municipal, adotar medidas para a sua garantia. 3. **Condenação da União no repasse da verba específica, revelando-se o ônus do Estado o fornecimento do medicamento.** 4. Precedentes desta 2ª. Turma ratificando a responsabilidade solidária dos entes públicos. 5. Remessa oficial parcialmente provida. Apelações do Estado do Rio

fls



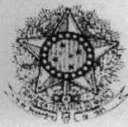
**PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO PARÁ**

Grande do Norte e da União improvidas” (Apelação em reexame necessário 6733; TRF 5ª. Região).

Do mesmo modo:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE.

1. ...
2. Agravo de Instrumento manejado pela UNIÃO contra decisão que, em sede de Ação ordinária, deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, no sentido de determinar que a agravante adquirisse e **fornecesse o medicamento “Rituximabe” (Mabthera)** para o tratamento de patologia chamada “Linfoma não-Hodkin”, da qual a agravada é portadora;
3. Segundo apregoa a Carta Magna, “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, estando este responsabilizado de prover, embora de forma não-exclusiva, os serviços essenciais à sobrevivência humana. A saúde, além de ser um desses serviços, constitui um direito fundamental do indivíduo;
4. É obrigação do Estado, no sentido genérico (união, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas doenças, em especial, as mais graves;
5. No que pertine ao perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, tal pressuposto se mostra facilmente perceptível ao se ter em mente o bem jurídico a ser protegido: a vida. É



**PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO PARÁ**

que a Constituição Federal erigiu a dignidade da pessoa humana ao nível de princípio constitucional, ou seja, como norte de todo o ordenamento jurídico vigente. Sem sobre as dúvidas, o respeito e a proteção à vida e à saúde são consectários diretos dessa orientação, devendo, pois, prevalecer quando sopesados com outros bens, no caso vertente, com o patrimônio público.

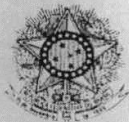
6. Agravo inominado não conhecido e agravo de instrumento improvido" (Agravo de Instrumento 100949 – 2009.05.00.089298-6; TRF 5ª. Região).

Na mesma linha de entendimento, o Ministro Hamilton Carvalhido, então Corregedor Geral da Justiça Federal, no exercício da Presidência do Superior Tribunal de Justiça, deferiu, em 12 de janeiro de 2009, liminar em mandado de segurança (MS 014082) impetrado contra o Ministro da Saúde para fornecimento do medicamento "Rituximab" a uma portadora de lúpus erimatoso sistêmico para substituir medicação anterior. Naquela oportunidade o Ministro deixou consignado que: *prima facie, tenho como preenchidos os pressupostos autorizadores da medida liminar, quais sejam, o fumus boni iuris e o periculum in mora. Com efeito, a efetiva necessidade de tratamento ficou demonstrada nas razões e documentos juntados aos autos do writ. A gravidade da doença não permite a interrupção do medicamento, sem que isso traga sérios prejuízos à saúde da Impetrante.*

Indefiro, entretanto, o pedido genérico de fornecimento de qualquer medicamento/tratamento em favor da menor, porque não acompanhado do necessário laudo, estando a prescrição médica adstrita na espécie ao fornecimento do suplemento alimentar TYROMED A.

HJ

Indefiro, também, o pedido genérico de fornecimento geral e irrestrito do suplemento alimentar a todos os portadores da doença Tirosinemia residentes no



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO PARÁ



Estado do Para, pois em juízo de cognição sumária, não vislumbro que a inicial tenha demonstrado de plano a necessidade de sua incorporação como medicamento de fornecimento obrigatório, ressalvando, contudo, a necessidade de se resguardar unicamente a tutela do direito individual em favor da menor Wallace Huhn, diante do laudo e receita médica colacionados aos autos, que denotam ser o tratamento recomendado para o caso concreto.

Ante o exposto, defiro, em parte, o pedido de tutela antecipada, **impondo ao Estado do Pará a obrigação de fornecer o TYROMED A, competindo a União a obrigação de ressarcir o Estado do Pará dos custos dessa medicação.**

Fixo multa diária, com base no artigo 461, par. 4º. Do CPC, no valor de R\$-5.000,00 (cinco mil reais) ao Estado do Pará e à União, em caso de descumprimento da obrigação.

Intime-se, por mandado, o Secretário de Saúde Pública do Estado do Pará a dar cumprimento integral à tutela urgência sob pena de multa pessoal (artigo 14 do CPC).

Excluo por ilegitimidade passiva ad causam o Município de Belém. Preclusas as vias impugnatórias, retifique-se a autuação.

Publique-se.Registre-se. Intime-se.

Citem-se União e Estado do Pará.

Belém, 15 de maio de 2013.

Hind G. Kayath

Juíza Federal da 2ª. Vara

**ANEXO C – AÇÃO CIVIL PÚBLICA N. 34365-69.2011.4.01.3900 LIMINAR
INDEFERIDA NA 5ª VARA FEDERAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO
DO PARÁ**

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRO GRAU
Seção Judiciária do Estado do Pará – 5ª Vara Federal

DECISÃO
AGRAVADA

Autos n. 34365-69.2011.4.01.3900 – Ação Civil Pública – Classe 7100

DECISÃO nº. 201/2011

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face da UNIÃO e ESTADO DO PARÁ objetivando, liminarmente, que seja determinado aos réus que forneçam o medicamento denominado SINGULAIR (Montelucaste de Sódio) a todos os pacientes do Sistema Único de Saúde portadores de asma no Estado do Pará, bem como forneça tal medicamento e quaisquer outros medicamentos/tratamentos de forma gratuita às Sras. Terézinha Siqueira da Silva e Cristina Rosa Rabelo.

Sustenta que foi procurado pelas referidas senhoras, pacientes do Hospital Universitário João de Barros Barreto – HUJBB, vinculado à UFPA, que foram diagnosticadas com fibrose cística e asma refratária, sendo-lhes receitado o medicamento SINGULAIR (Montelucaste de Sódio) para uso contínuo, considerado imprescindível ao seu tratamento. Sustenta o órgão que tentou junto aos entes federais o fornecimento gratuito e contínuo do medicamento. Contudo, apenas conseguiu que fosse fornecido pela Secretaria Estadual de Saúde por 6 (seis) meses.

Acompanham a inicial os documentos de fls. 37/246.

Intimadas, as rés manifestaram-se às fls. 260/286 e 295/306.

Brevemente relatados, decido.


PRELIMINARES

A União argúi as preliminares de competência dos Juizados Especiais Federais, ilegitimidade ativa *ad causam* e inadequação da via eleita.

A Constituição Federal de 1988 confere especial distinção ao Ministério Público, outorgando-lhe a condição de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*). Dentre suas funções institucionais, está a de promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III, da CF/88).

Assim, entendo cabível a utilização da ação civil pública, bem como vislumbro a legitimidade do Ministério Público Federal, para pleitear o fornecimento de medicamento supostamente imprescindível ao tratamento de doenças crônicas no Estado do Pará.

Assim, rejeito as preliminares de inadequação da via eleita e ilegitimidade ativa *ad causam*.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRO GRAU
Seção Judiciária do Estado do Pará - 5ª Vara Federal
Autos n. 34365-69.2011.4.01.3900

fls. 2/4

Por conseguinte, incabível o ajuizamento da presente demanda perante o Juizado Especial Federal, por não se enquadrar nas hipóteses previstas na Lei 10.259/2001.

Passo a analisar as demais matérias alegadas pelas partes, bem como o pedido liminar.

Ressalte-se, inicialmente, que, em casos de fornecimento de medicamentos ao cidadão, este Juízo vem entendendo que, mediante uma leitura atenta do disposto no art. 197 da CF, visualiza-se que o constituinte originário expressamente atribuiu à lei a disciplina acerca da regulamentação, fiscalização, controle e execução dos serviços de saúde.

Tal foi feito com a edição da Lei 8.080/1990.

Nesse enfoque, ao constituir o Sistema Único de Saúde - SUS, o legislador incumbiu distintas atribuições à União, aos Estados e aos Municípios (arts. 16, 17 e 18 da Lei nº 8.080/90).

De uma acurada análise do art. 16 da Lei nº 8.080/90, depreende-se que, sobre a União, recaiu a responsabilidade no tocante à formulação, avaliação, fiscalização, apoio, definição, coordenação, estabelecimento, elaboração, acompanhamento de políticas, ações, normas, procedimentos e serviços relativos à saúde.

Por sua vez, o diploma legal atribuiu expressamente ao Município a competência de gerir e executar os serviços públicos de saúde (art. 18, I), *executar serviços de vigilância epidemiológica e sanitária, de alimentação e nutrição, de saneamento básico e de saúde do trabalho* (art. 18, IV), e *dar execução à política de insumos e equipamentos para a saúde* (art. 18, V).

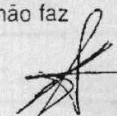
Confrontando-se as competências da União e as do Município, verifica-se que cabe a este último prestar diretamente ao usuário do SUS as ações e serviços de saúde, enquanto que a União deve proporcionar ao citado ente federativo o apoio logístico em tais ações e serviços, ressalvada a hipótese excepcional prevista no parágrafo único, do art. 16, da Lei nº 8.080/90.

Assim, caso reste comprovada a imprescindibilidade dos interessados em receber o medicamento ora pleiteado, deve o Município de Belém ou, supletivamente (Lei 8.080/1990, art. 17, III), o Estado do Pará, fornecê-lo.

À vista disso, a União carece, em regra, de legitimidade passiva ad causam para responder ao pleito de fornecimento de medicamentos, nos termos acima explanados, porquanto não possui, dentro do Sistema Único de Saúde, atribuição legal no fornecimento direto de medicamentos, que constitui o quanto requerido nos autos. Precedente do STJ: REsp 873196/RS.

Entretanto, diverso é o caso dos autos.

O medicamento de que as pacientes necessitam, consoante informações do Ministério da Saúde (fls. 287/288), embora possua registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, não faz



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRO GRAU
Seção Judiciária do Estado do Pará – 5ª Vara Federal
Autos n. 34365-69.2011.4.01.3900

fls. 3/4

parte da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) e não está padronizada em nenhum programa de assistência farmacêutica do Ministério da Saúde (MS).

Tal circunstância atrai, assim, a legitimidade passiva da União.

Por sua vez, agora já analisando o mérito, é motivo de preocupação a interpretação ampliativa que vem sendo dada pelo Judiciário em relação às demandas para fornecimento de medicamentos pela União, Estados e Municípios.

Não se desconhece que a situação clínica da paciente é extremamente grave, consoante relatório médico de fls. 42. Contudo, tal circunstância, por si só, não é suficiente para se determinar o fornecimento liminar da medicação pleiteada.

A Carta Fundamental prevê, em seu art. 196, que a "saúde é direito de todos e dever do Estado, garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

As disposições constitucionais, entretanto, tratam, elas próprias, de limitar a abrangência desse direito fundamental, na medida em que a forma pela qual o Estado deve garantir o direito à saúde está condicionada a políticas sociais e econômicas. Assim, qualquer atuação nesse sentido deve ocorrer de forma global e criteriosa, atendendo aos planos orçamentários traçados na Constituição.

Ademais, a própria Carta Magna impõe igualmente obediência aos princípios da universalidade do atendimento, da eficiência na Administração Pública (o que afasta, por exemplo, tratamentos experimentais ou de eficácia não comprovada ou inadequados para o quadro clínico do paciente), assim como da razoabilidade e proporcionalidade.

Nesse sentido, a manifestação do Presidente do Departamento de Pneumologia Pediátrica da SBPT esclarece que o medicamento em questão "pode ser utilizado como uma escolha isolada ou como medicação de sinergismo da asma grave em crianças", ressaltando, ainda, que "o medicamento **montelucaste** pode ser substituído por corticóides inalados e estes podem ser associados a drogas broncodilatadoras de curta ação nas crianças menores de 6 anos e de longa ação nas maiores. Nos pacientes onde não existe controle clínico da asma, uma opção é associar **montelucaste**" (fl. 81).

Releva pontuar, ainda, que este Juízo não detém capacidade técnica de aferir a eficácia do medicamento às pacientes e que seu elevado custo seja a única forma de promover seu bem-estar. Tal necessitaria de prova a ser produzida, o que inviável em sede de cognição sumária.


PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRO GRAU
Seção Judiciária do Estado do Pará – 5ª Vara Federal
Autos n. 34365-69.2011.4.01.3900

fls.4/4

Ante o exposto, indefiro o pedido liminar.

Publique-se. Registre-se. Intime-se. Cite-se.

Belém, 03/11/2011.



Regivano Fiorindo
Juiz Federal