

**UNIVERSIDADE SANTA CECÍLIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO À SAÚDE:
DIMENSÃO INDIVIDUAL E COLETIVA**

GUSTAVO GOLDZVEIG

**A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO NA
TUTELA COLETIVA DO DIREITO À SAÚDE**

SANTOS/SP

2019

GUSTAVO GOLDZVEIG

**A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO NA
TUTELA COLETIVA DO DIREITO À SAÚDE**

Dissertação apresentada à Universidade Santa Cecília como parte dos requisitos para obtenção de título de mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito da Saúde, sob orientação de: Renato Braz Mehanna Khamis.

SANTOS/SP

2019

Autorizo a reprodução parcial ou total deste trabalho, por qualquer que seja o processo, exclusivamente para fins acadêmicos e científicos

344.04
G58a

Goldzveig, Gustavo Goldzveig.

Título principal: A atuação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo na tutela coletiva do direito à saúde / Gustavo Goldzveig.
- 2019.
n. de f. 153

Orientador: Renato Braz Mehanna Khamis

**Dissertação (Mestrado) -- Universidade Santa Cecília,
Programa de Pós-Graduação em Direito à Saúde, Santos,
SP, 2019.**

**1. direito à saúde. 2. ação civil pública. 3. tutela coletiva. 4. Defensoria Pública do Estado de São Paulo.
5. Palavra-chave carga. I. Khamis, Renato Braz Mehanna, orient.
II. A atuação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo na tutela coletiva do direito à saúde**

RESUMO: o presente trabalho teve por objeto investigar a atuação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo na tutela coletiva do direito fundamental à saúde. Deste modo, por meio de pesquisa realizada no mecanismo de consulta de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, realizada mediante a verificação de apelações e reexames necessários, com o tema saúde e ação civil pública, no período de 01.01.2018 a 19.12.2018, foram encontradas 280 ações, dentre as quais apenas 13, efetivamente, tratavam de direito coletivo à saúde. Analisando as 13 ações, tão somente 11 tiveram o mérito analisado, enquanto que somente 2 foram propostas pela Defensoria Pública de São Paulo. Diante disso, foi possível concluir pela pouca litigiosidade coletiva da Defensoria Pública paulista, tendo obtido como possíveis causas: 1- falta de estrutura da Defensoria Pública Estadual; 2- a recém criação da Defensoria Pública no Estado de São Paulo, revelando se estar diante de uma instituição ainda em construção; 3- a recém inclusão da Defensoria Pública no rol dos legitimados para propositura de ação civil pública.; 4- a inexistência de cargos especializados em tutela do direito fundamental à saúde, como também a falta de um núcleo especializado sobre o direito à saúde; 5- a predominância da perspectiva individualista do direito fundamental à saúde, preferindo manejar ações individuais para concretizar o direito, revelando, assim, uma necessária modificação do olhar da Defensoria Pública para a deficiência ou inexistência das políticas públicas de saúde no Estado de São Paulo.

Palavras-chave: direito à saúde, ação civil pública, tutela coletiva, Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

ABSTRACT: The purpose of this study was to investigate the Public Defender's Office of the State of São Paulo in the collective right to health. In this way, through a study carried out in the consultation mechanism of jurisprudence of the Court of Justice of the State of São Paulo, carried out through the verification of appeals and necessary reviews, with the subject of health and public civil action, in the period from 01.01.2018 to 19.12.2018, 280 actions were found, of which only 13 effectively addressed the collective right to health. Analyzing the 13 actions, only 11 had the merit analyzed, while only 2 were proposed by the Public Defender of São Paulo. In view of this, it was possible to conclude from the little collective litigation of the Public Defender of São Paulo, having obtained as possible causes: 1 - lack of structure of the State Public Defender; 2- The recent creation of the Public Defender's Office in the State of São Paulo, revealing itself to be in front of an institution still under construction; 3 - the recent inclusion of the Public Defender in the role of those legitimized to file a public civil action; 4 - the lack of specialized positions in the protection of the fundamental right to health, as well as the lack of a specialized nucleus on the right to health; 5- The predominance of the individualist perspective of the fundamental right to health, preferring to manage individual actions to realize the law, thus revealing a necessary modification of the Public Defender's view of the deficiency or lack of public health policies in the State of São Paulo.

Keywords: right to health, public civil action, collective right's, Public Defender Office of the State of São Paulo.

DEDICATÓRIA

Ao meu eterno amor, Bárbara.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO 1. A Defensoria Pública – criação e contornos constitucionais. ..	13
1. Evolução Histórica.	13
2. A Defensoria Pública na Constituição de 1988.....	21
2.1. A criação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.....	24
2.2. Defensoria Pública enquanto instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado.	28
2.3. Defensoria Pública enquanto expressão do regime democrático.....	31
2.4. A autonomia constitucional da Defensoria Pública.....	32
2.5. As atribuições institucionais da Defensoria Pública.....	36
2.5.1. Conceito de Necessitado.....	37
2.5.2. Orientação Jurídica.....	42
2.5.3. Promoção dos Direitos Humanos.	43
2.5.4. Atribuições extrajudiciais: panorama geral.	46
2.5.5. Atribuições judiciais: panorama geral.	50
2.5.5.1. Ampla Defesa, Contraditório e Devido Processo Legal.....	52
2.5.5.2. Tutela Coletiva e a Defensoria Pública.....	54
CAPÍTULO 2. Direito fundamental à saúde.....	62
1. O conceito de saúde.	63
2. A saúde enquanto direito fundamental.	70
2.1. Evolução histórica dos direitos fundamentais.....	70
2.2. Teorias sobre direitos fundamentais.....	74
2.3. Conceito de Direitos Fundamentais.....	77
2.4. O regime jurídico dos direitos fundamentais.....	80
2.4.1. Características dos direitos fundamentais.....	80
2.4.2. Espécies dos direitos fundamentais.....	85
3. O direito fundamental social à saúde.....	89
CAPÍTULO 3. Da justiciabilidade coletiva do direito fundamental à saúde no Estado de São Paulo e a atuação da Defensoria Pública.	98
1. Da exigibilidade do direito fundamental à saúde – direito subjetivo.	98

2. Judicialização da Saúde Pública – análise quantitativa.	106
3. A judicialização da saúde pública no âmbito do Poder Judiciário de São Paulo – uma análise de dados atuais.....	110
3.1. Das ações coletivas de saúde propriamente ditas julgadas pelo Poder Judiciário de São Paulo – análise qualitativa das decisões.	116
3.2. A atuação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo na tutela coletiva do direito à saúde – um olhar aprofundado a partir da pesquisa. ...	129
CONCLUSÃO	140
REFERÊNCIAS	143

INTRODUÇÃO

A Defensoria Pública, enquanto instituição pública que faz parte do Sistema de Justiça, foi criada pela Constituição da República de 1988, com a finalidade de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, na forma do artigo 5º, inciso LXXVIII da CF.

Ao longo dos 30 anos da promulgação da Constituição, a Defensoria passou por diversas modificações em seu desenho institucional, a partir Emendas Constitucionais 45/2004, 69/2012, 74/2013 e 80/2014, sendo hoje uma instituição que, além de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, é prevista como permanente – de modo que não pode ser extirpada da conformação do Estado –, com autonomia – administrativa, funcional e financeira – e, mais importante, voltada à promoção de direitos humanos e a defesa de direitos tanto individual, quanto coletivamente¹.

Logo, a Defensoria Pública assume papel relevante, no que concerne ao desempenho de suas funções em favor das pessoas necessitadas – sejam eles sujeitos individualizados ou grupos de pessoas vulneráveis, como pessoas idosas, com deficiência, crianças, dentre outros –, judicialmente – mas também extrajudicialmente – na concretização de direitos fundamentais, entendidos como

¹ Destaca-se a redação do artigo 134, “caput” e parágrafos da CF em sua literalidade, com redação atualizada pelas emendas constitucionais indicadas: Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014); § 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. (Renumerado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) § 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) § 3º Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 74, de 2013) § 4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal.

aqueles direitos que representam os principais valores éticos de uma sociedade e que, naturalmente, encontram-se positivados no texto Constitucional.

Dentre tais direitos encontra-se o direito à saúde, previsto no artigo 6º, “caput” da Constituição, enquanto direito social fundamental, mas que também conta com extensa regulamentação a partir do artigo 196 e seguintes do texto magno. Em razão da Constituição atribuir ao Estado, precipuamente, o dever de prover saúde aos cidadãos, por meio de um sistema público e, ainda, diante da omissão do Poder Público na concretização deste direito, por meio de políticas públicas – programas e ações que visem efetivar um determinado direito estabelecido na Constituição ou na legislação infraconstitucional – o Poder Judiciário passa a enfrentar uma série de demandas exigindo do Poder Público medidas destinadas a implementar o referido direito, seja mediante a entrega de medicamentos e insumos, realização de cirurgias, consultas e exames, dentre outras providências atinentes à norma contida nos artigos 6º, “caput” e 196 da CF.

Com o passar dos anos houve um crescimento na procura pelo Poder Judiciário, com o objetivo de fazer com que o Poder Público seja obrigado a adotar as políticas públicas, cuja obrigação encontra-se constitucionalmente estabelecida, mediante decisões judiciais, em casos individuais ou envolvendo uma coletividade (tutela coletiva), sendo que tal fenômeno passou a ser tratado de judicialização do direito à saúde.

Diante disso, por meio da presente pesquisa, pretende-se investigar o seguinte problema: qual é o atual “status” da atuação Defensoria Pública do Estado de São Paulo na tutela coletiva judicial do direito fundamental à saúde?

Preliminarmente, vale esclarecer que no enfrentamento do problema preocupou-se, unicamente, com o direito à saúde pública, e não privada, na medida em que o arcabouço jurídico que rege a saúde suplementar é diverso, o que ampliaria demasiadamente o objeto da pesquisa.

A questão investigada se mostra relevante, porque, conquanto a Defensoria Pública tenha sido consequência da promulgação da Constituição de 1988, a sua concretização no Estado de São Paulo somente ocorreu no ano de 2006, mediante a edição da Lei da Complementar Estadual 988/2006, e, somado a isso, no ano imediatamente seguinte, à Defensoria Pública foi reconhecida legal e expressamente a legitimidade ativa para propor ações civis públicas para tutela de direitos difusos e coletivos, mediante a promulgação da lei 11.448/2007, que inseriu a instituição no rol de legitimados para fazer uso deste instrumento, alterando a lei 7347/1985 (artigo 5º, inciso II).

Neste contexto, tendo em vista que o direito à saúde se encontra consagrado na Constituição enquanto direito social fundamental, assim como possui aspecto de direito coletivo, como será abordado no presente trabalho, e, por derradeiro, ante à intensa judicialização de demandas de saúde², sendo a Defensoria Pública paulista, instituição recentemente criada – apenas 12 anos de existência -, e que labora para a concretização do retro mencionado direito, faz-se necessário apurar se referida atuação é realizada sob uma perspectiva coletiva, visto que a tutela coletiva tem um potencial de atingir um número muito maior de pessoas, cujo direito à saúde pode estar sendo vilipendiado pelo Poder Público responsável pela implementação de políticas públicas. Com efeito, diante do reconhecimento legal da Defensoria Pública enquanto instituição voltada à tutela coletiva de direitos, indispensável verificar se a ação civil pública tem sido utilizada pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo para concretização do direito fundamental à saúde, haja vista a massificação das demandas de saúde perante o Poder Judiciário.

Para verificar a atuação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo na tutela coletiva do direito à saúde, o presente trabalho valeu-se num primeiro momento de pesquisa quantitativa e, num segundo, de pesquisa qualitativa, na medida em que a primeira verificou a quantidade de processos coletivos tutelando a saúde no Estado

² À guisa de exemplo, o Conselho Nacional de Justiça, mediante levantamento de dados junto aos Tribunais de Justiça dos Estados, revelou que até o ano de 2014, tramitavam mais de 330.000 ações envolvendo do direito fundamental à saúde Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/demandasnostribunais.forumSaude.pdf>> acesso em: 06.01.2018.

de São Paulo, bem como os respectivos autores; enquanto que a segunda realizou a análise e o tratamento do conteúdo dos processos encontrados.

No tocante aos parâmetros na coleta de dados, optou-se por analisar apenas recursos de apelação e reexames necessários apreciados pelo Tribunal de Justiça entre o período de 01.01.2018 a 19.12.2018³. Justifica-se o referido período, pois diz respeito à totalidade de demandas no período de um ano de julgamentos envolvendo a matéria no Poder Judiciário paulista, permitindo uma completude na análise dos dados e das demandas. Ademais, referido período demonstra o volume de ações, sendo uma análise quantitativa apta a verificar o nível de judicialização da saúde pública no âmbito do Estado de São Paulo - aqui incluindo demandas em face do próprio Estado de São Paulo, como também contra Municípios.

Optou-se, ainda, por abordar apenas recursos de apelação e reexames necessários julgados pelos órgãos competentes do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, porque permite uma análise de processos com julgamento de mérito realizado por duas instâncias, conferindo maior legitimidade para as decisões e, ainda, pelo fato de que somente até a segunda instância há análise de matéria fática.

Para tanto, foram utilizados os seguintes indicadores fornecidos pelo mecanismo de busca: “classes” do processo de conhecimento: apelações e reexames necessários; “assunto”: direito administrativo e outras matérias de direito público. Dentro deste tópico “assunto” foi especificado o tema saúde, mediante os seguintes subtemas: tratamento médico hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos, saúde mental, hospitais e outras unidades de saúde, doação e transplante de órgãos. A escolha da temática justifica-se, pois são indicadores voltados diretamente à implementação de políticas públicas de saúde pública para efetivação do direito fundamental.

Como resultado desta pesquisa foram encontrados 7.703 recursos de apelação/reexame necessário, sendo que dentre estas, apenas 280 deles

³ Esclarece-se que, a partir de 20.12.2018, o Poder Judiciário paulista entrou em recesso forense, de modo que no período não houve sessões de julgamentos de recursos, apenas medidas adotadas em regime de plantão judiciário.

apresentaram-se como “ações civis públicas”. Entretanto, após uma análise qualitativa destas ações, verificou-se que, na verdade, apenas 13 delas tratavam, especificamente, de ações civis públicas voltadas à tutela coletiva do direito à saúde, enquanto que as outras foram ACP’s movidas pelo Ministério Público para efetivar o direito individual indisponível de cidadãos determinados. E, ainda, entre estas 13 ações, apenas 11 foram efetivamente consideradas, pois tiveram seu mérito analisado. Dentre estas 11 ações, apenas 2 foram propostas pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, revelando, assim, que muito embora a instituição tenha legitimidade ativa para atuar coletivamente, sua atuação na tutela coletiva do direito fundamental à saúde é reduzida.

Além da pesquisa acima apontada, o presente trabalho recorreu igualmente ao procedimento bibliográfico, consubstanciado na pesquisa realizada em livros, artigos e outros textos científicos, além de consulta à legislação e jurisprudência.

Para abordar o referido problema e analisar os resultados da pesquisa, o presente trabalho foi dividido em 03 capítulos: no primeiro capítulo fez-se uma análise da criação da Defensoria Pública e seu “status” constitucional a partir de 1988, passando pela implementação da Defensoria Pública no Estado de São Paulo e, posteriormente, uma análise dos seus aspectos constitucionais, assim como de suas funções, essencialmente, a tutela coletiva de direitos. No segundo capítulo, entendeu-se indispensável a abordagem do direito fundamental à saúde, fazendo uma revisão do conceito de saúde, em seguida, a análise da teoria dos direitos fundamentais para, então, situar o direito à saúde, enquanto direito fundamental. Por fim, no terceiro capítulo, analisou-se a justiciabilidade do direito fundamental à saúde, verificando-se sua dimensão subjetiva, individual e coletiva, para, posteriormente, apresentar uma breve perspectiva quantitativa da judicialização da saúde no Brasil para, enfim, abordar a pesquisa realizada junto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo quanto ao cenário das demandas de saúde no ano de 2018 e, finalizar, apurando o resultado dos dados coletados, mediante verificação de todas as ações coletivas no referido período, cujo mérito foi apreciado, e, por fim, a atuação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo na tutela coletiva do direito fundamental à saúde.

CAPÍTULO 1. A Defensoria Pública – criação e contornos constitucionais.

1. Evolução Histórica.

No Brasil, a Defensoria Pública, enquanto instituição permanente essencial à democracia, indispensável à proteção e promoção dos direitos humanos somente foi concebida neste formato com a promulgação da Constituição da República de 1988, quando foi formalmente inserida no texto da lei maior, especificamente, no artigo 134 da Constituição⁴, cuja redação, posteriormente, sofreu alterações por emendas constitucionais.

A questão do acesso à justiça e, mais especificamente, da assistência jurídica integral e gratuita⁵, é matéria que passou por intensa transformação ao longo dos anos e períodos históricos brasileiros, remontando às Ordenações Filipinas, sendo naquela época considerada uma obra de caridade, com alta carga de

⁴ Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)

⁵ Os termos assistência jurídica gratuita e assistência judiciária gratuita, são conceitualmente diferentes, na medida em que assistência jurídica se revela como sendo uma atuação ampla da Defensoria Pública em favor dos vulneráveis, abrangendo tanto assistência judiciária, quanto atuação extrajudicial ou pré-processual na defesa dos direitos dos social e economicamente vulneráveis. Nas palavras de Fensterseifer (2017, p. 64): “A diferenciação entre os modelos de assistência judiciária e assistência jurídica está atrelada ao próprio desenvolvimento e fortalecimento do regime institucional da Defensoria Pública nas últimas décadas. Desde a sua consagração na CF/88, passando pelas modificações constitucionais promovidas pela EC/2004, EC 74/2013 e EC 80/2014, pelas alterações no plano infraconstitucional trazidas pela Lei 11.448/2007 (que alterou a LACP e incluiu a Defensoria Pública no rol dos legitimados para a propositura da ação civil pública), pela LC 132/2009 (que alterou substancialmente o regime jurídico institucional previsto na Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública – LC 80/1994) e, mais recentemente, pelo Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), entre outros diplomas mais pontuais, pode-se afirmar, sem qualquer hesitação, que um novo rol de atribuições foi conferido à Defensoria Pública, afastando, de uma vez por todas, qualquer “névoa conceitual” que pudesse pairar sobre os conceitos de “assistência judiciária” e “assistência jurídica”. O atual texto constitucional (art. 5º, inciso LXXIV), nessa linha, consagra expressamente a expressão “assistência jurídica”, ao ditar que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Em termos gerais, pode-se dizer que a assistência judiciária ou judicial está incorporada à assistência jurídica, que seria (esta última) um conceito mais amplo, uma vez que agrega também todo o espectro da atuação extrajudicial da Defensoria Pública”. Nesta linha, a assistência jurídica engloba o conceito de assistência judiciária, sendo que a última diz respeito à atuação perante o sistema de justiça, que não é exclusividade da Defensoria, que presta assistência jurídica integral, na medida em que possui atribuições funcionais além da atuação judicial.

religiosidade na prática, seguindo um modelo que se apresentava em toda Europa (ALVES, 2005, p 275).

Nesse sentido, são válidas também as palavras de Moraes *apud* Ré (2013, p. 27/28) ao falar sobre assistência jurídica gratuita:

“no Brasil o instituto tem suas origens lançadas nas Ordenações Filipinas, trazidas a lume em 1603, através das quais, como compêndio positivo sistematizado, Felipe II (1578-1621), monarca da Espanha e Portugal, substituiu as anteriores, vigentes desde 1521. Com efeito, e face da dispendiosa administração da justiça colonial, como dispunha o Livro III, Título LXXXIV, §10, do citado diploma, cujo vigor perdurou até os estertores de 1916, por força da Lei de 20 de outubro de 1823, os desafortunados que desejassem valer-se do patrocínio judicial sem pagar careciam de enunciar em audiência a circunstância da miserabilidade e orar pela alma do rei D. Diniz.”

No Brasil, naquele momento histórico, o acesso à justiça pelos vulneráveis decorria de um benefício concedido pelos monarcas, com arrimo nos textos normativos europeus, especificamente, de Portugal. Tal situação persistiu, inclusive, após a independência do Brasil e com a Constituição do Império de 1824, que nada dispunha sobre a matéria, de modo que o acesso à justiça permaneceu sendo regulado de forma esparsa pelas ordenações do reino.

Posteriormente, é editada a Lei 261, de 1841⁶, que modifica o Código de Processo Criminal vigente à época do Império e que dispunha sobre a isenção de pagamento de custas pelo réu pobre, na forma do seu artigo 99:

“Art. 99. Sendo o réu tão pobre que não possa pagar as custas, perceberá o Escrivão a metade dellas do cofre da Camara Municipal da cabeça do Termo, guardado o seu direito contra o réo quanto á outra metade.”

⁶ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM261.htm> acesso em: 22.12.2018

Além da referida lei, outras foram aprovadas no período do Império com o objetivo de permitir o acesso ao judiciário pelos socialmente vulneráveis, mas, como bem observam Esteves e Silva (2017, p. 48):

“Nesse período, portanto, o direito à gratuidade de justiça vinha sendo regulamentado de forma fragmentada e assistemática, estando as regras legais pertinentes espalhadas pelo meandroso sistema normativo então vigente. Isso prejudicava a correta interpretação e a adequada aplicação do direito à gratuidade como mecanismo de viabilização do acesso à justiça. A assistência jurídica gratuita, por sua vez, ainda era considerada um imperativo ético-religioso, sendo prestada por advogados de forma caritativa, casuística e assistemática. Não havia preocupação com a continuidade, nem com a qualidade da assistência legal; era considerada como simples ato de complacência estatal e, por isso, era feita ao deus-dará.”

Ressalte-se, ainda, que a proclamação da República e a primeira Constituição republicana de 1891, não foram suficientes para elevar ao patamar Constitucional o acesso à justiça gratuito, nem mesmo a criar uma instituição que tivesse esta finalidade.

Não obstante, após a proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, há uma mudança nas instituições políticas e jurídicas, de modo que diversas normas foram editadas. No âmbito da assistência judiciária, destaca-se o Decreto 1.030, de 14 de novembro de 1890⁷, que organizava a Justiça do Distrito Federal - na época localizado na Cidade do Rio de Janeiro, capital da República dos Estados Unidos do Brasil (CORGOSINHO, 2014, p. 13). Referido decreto estabelecia dispositivos sobre a assistência judiciária para os pobres, dentre os quais é possível destacar o artigo 175 e 176 *in verbis*:

“Art. 175. Os curadores geraes se encarregarão da defesa dos presos pobres, á requisição do presidente do Jury ou da camara criminal.

Art. 176. O Ministro da Justiça é autorizado a organizar uma comissão de patrocínio gratuito dos pobres no crime e cível, ouvindo o Instituto da Ordem dos Advogados, e dando os regimentos necessarios.”

⁷ Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1030-14-novembro-1890-505536-publicacaooriginal-1-pe.html>> acesso em: 22.12.2018

Ou seja, havia uma disposição específica para o desempenho da assistência em favor dos pobres em processos criminais, mediante requisição do presidente do júri ou da câmara criminal, mas não havia um serviço específico de assistência judiciária gratuita, na medida em que, no dispositivo seguinte, havia autorização para o Ministro da Justiça criar uma comissão que patrocinasse gratuitamente os pobres em processos criminais e cíveis, devendo ser ouvido o Instituto da Ordem dos Advogados, instituição fundada em 1843, precursora da Ordem dos Advogados do Brasil (BONELLI, 1999, vol. 14, n. 39).

A criação de tal comissão somente veio a ocorrer em 1897, mediante a edição do Decreto nº 2457, que estruturou a assistência judiciária no Distrito Federal, para atuação em processos cíveis e criminais. O artigo 2º do referido decreto define, inclusive, a condição de pobre para fins de assistência judiciária gratuita, sendo a pessoa que:

“tendo direitos a fazer valer em Juízo, estiver impossibilitada de pagar ou adiantar as custas e despesas do processo sem privar-se de recursos pecuniarios indispensaveis para as necessidades ordinarias da propria manutenção ou da familia.”⁸

O exercício desta função em favor de pessoas pobres, de acordo com o precitado Decreto, ocorreria em processos cíveis e criminais, seja como autor ou como réu (artigo 1º). O decreto, inclusive, estabeleceu de que modo o pedido de assistência judiciária deveria ser formulado, conforme se verifica da redação do artigo 15⁹:

“Art. 15. A pessoa que pretender a assistencia judiciaria dirigirá ao juiz perante quem o litigio estiver ou haver de ser proposto uma petição, em papel não sellado, assignada por ella propria, ou a seu rogo (si não souber ou não puder escrever), com a declaração do motivo de não assignar. Indicará seu nome, idade, naturalidade, nacionalidade, profissão, domicilio, estado, e, finalmente, o objecto da acção, intentada ou a intentar, e juntará provas de sua pobreza, affirmando solememente suas declarações”.

⁸ Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2457-8-fevereiro-1897-539641-publicacaooriginal-38989-pe.html>> Acesso em: 12.10.2018.

⁹ idem

De acordo com Corgosinho (2014, pg 16):

“A assistência judiciária gratuita consistia na prestação de todos os serviços necessários à defesa de um direito em juízo, e a justiça gratuita, por sua vez, na isenção de pagamento de selos, taxa judiciária, custas e despesas de qualquer natureza, inclusive a caução *judicatum solvi*.”

É a partir do período republicano que alguns contornos do serviços de assistência jurídica gratuita aos necessitados começam a ser desenhados, e não apenas com a gratuidade nas custas de um processo, mas também com um atendimento à população, por meio de comissões cujos membros eram indicados pelo Ministério da Justiça e pelo Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros (artigo 7º do Decreto 2457 de 1897).

Todavia, somente na Constituição de 1934 que há, pela primeira vez, a previsão expressa da assistência judiciária e da gratuidade de justiça, enquanto direito individual. Tal previsão estava contida no artigo 113, nº 32 do texto constitucional, o Título III correspondente à Declaração de Direitos, Capítulo II dos direitos e garantias individuais *in verbis*¹⁰:

“Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 32) A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.”.

Sobre a previsão da assistência judiciária no texto constitucional de 1934, são imperiosas as palavras de Alves (2005, p.281), em sua tese de doutorado apresentada na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro:

“Uma guinada histórica nesse movimento ocorreu em 1934, quando foi promulgada uma nova Constituição para o Brasil, em cujo texto,

¹⁰ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm> acesso em: 22.12.2018

pioneiramente no mundo ocidental em patamar constitucional, ficou estabelecido como dever constitucional da União e dos Estados o de prestar a assistência judiciária aos necessitados, prevendo-se a criação de órgãos públicos que seriam especificamente encarregados de prestar tal serviço. Assim, a assistência judiciária deixava de ser um ônus legalmente imposto à classe dos advogados, passando a ser reconhecida como obrigação do poder público. Cabe lembrar que a Constituição brasileira de 1934, sob marcante influência da Constituição de Weimar, pretendia expressar uma ruptura com o velho modelo de Estado de Direito liberal, buscando estruturar entre nós o novo paradigma de Estado Social que se difundia na Europa, atado politicamente às formas democráticas, mas voltado também para a efetivação de direitos sociais que emergiam no cenário histórico da época.”

Mas mais do que um direito individual, a referida norma constitucional estabeleceu a possibilidade de serem criados órgãos especiais com a finalidade de prestar o referido serviço revelando a adoção de um modelo público de atendimento, na medida em que o órgão seria criado pelo Estado (RÉ, 2013, p. 29).

Sobre o modelo público adotado na Constituição de 1934 de se destacar as palavras de Corgosinho (2014, p. 21):

“A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 foi a primeira das cartas brasileiras a prever, no plano constitucional, o instituto da assistência judiciária aos necessitados. Essa forma de assistência, por sua vez, foi regulamentada pelo legislador constitucional daquela época como uma obrigação do poder público, determinando-se, inclusive, a criação de órgãos especiais, tanto pela União, quanto pelos Estados, com a finalidade de cumprir esse mister. Tais previsões legais consistiram, em nossa opinião, em antecedentes históricos reconhecidamente existentes no ordenamento jurídico pátrio do que viria a ser hoje a Defensoria Pública brasileira, evidentemente com grandes distinções no que se refere a seus princípios e regime jurídico”.

Todavia, a Constituição de 1934 teve vida curta, vindo a ser modificada pela Constituição de 1937, conhecida nominalmente como “Polaca”, em razão da sua semelhança com a Constituição Polonesa, nitidamente inspirada em um regime autoritário, que foi trazida pelo então presidente Getúlio Vargas, dando início a Era Vargas no Brasil. A ausência de qualquer direito ou garantia concernente à assistência

jurídica está diretamente relacionada ao momento político vivido pelo país naquele momento histórico.

Conquanto inexistente norma constitucional, a matéria foi regulada pela via infraconstitucional, especialmente, por meio do Código de Processo Civil de 1939, assim como pelo Código de Processo Penal de 1941. No que tange à legislação processual civil, de se destacar o Capítulo II, do Título VII que trata das despesas judiciais, dispondo a partir do artigo 68 do benefício da justiça gratuita. Nota-se, que a preocupação da legislação processual, naquela época, era exclusivamente com as custas e despesas processuais, e não com um serviço de assistência judiciária¹¹.

Já o Código de Processo Penal, Decreto-Lei nº 3.689/1941 – até hoje em vigor, com diversas modificações – estabeleceu, timidamente, disposições sobre assistência judiciária em caso de pobreza, especificamente, no caso de propositura de ação penal privada (art. 32 do CPP¹²) e, ainda, a indicação de advogado pelo Juízo em caso de impossibilidade de constituir um por meios próprios (art. 263)¹³. Aliás, neste ponto, já é preciso destacar que, atualmente, nas comarcas em que há Defensoria Pública, este papel é exercido pela instituição.

Portanto, é possível verificar um sensível retrocesso com relação à previsão na Constituição de 1934. Com o fim do governo Vargas, ocorre um processo de redemocratização, com a promulgação de uma nova Constituição, em 1946. O novo texto constitucional voltou a inserir a assistência judiciária em seu corpo normativo, mas de forma diversa da que havia constado na Constituição de 1934, conforme se nota da redação do artigo 141, §35: “O poder público, na forma que a lei

¹¹ “Como não havia ainda um serviço de assistência judiciária organizado em âmbito nacional, o parágrafo único do artigo 68 estabelecia que o advogado responsável pelo atendimento do litigante pobre seria escolhido pela própria parte beneficiária da justiça gratuita, ou nomeado pelo juiz da causa, em não havendo indicação do interessado. Portanto, assistência judiciária continuava sendo prestada de forma caritativa por advogados, atuando em regime *pro bono*” (ESTEVEES e SILVA, 2017, P. 53)

¹² “Art. 32. Nos crimes de ação privada, o juiz, a requerimento da parte que comprovar a sua pobreza, nomeará advogado para promover a ação penal. § 1o Considerar-se-á pobre a pessoa que não puder prover às despesas do processo, sem privar-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento ou da família. § 2o Será prova suficiente de pobreza o atestado da autoridade policial em cuja circunscrição residir o ofendido.”

¹³ “Art. 263. Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação. Parágrafo único. O acusado, que não for pobre, será obrigado a pagar os honorários do defensor dativo, arbitrados pelo juiz.”

estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados.”. Ou seja, o constituinte deixou ao legislador a tarefa de regular a concessão da assistência judiciária aos necessitados e, ainda, diferentemente da Constituição de 1934, não fez qualquer previsão quanto aos órgãos responsáveis pela prestação do referido serviço.

Entretanto, a falta de qualquer referência sobre a criação de um órgão com a tarefa de prestar assistência judiciária contribuiu para a heterogeneidade dos modelos deste serviço implementados pelo país, de modo que vários Estados criaram seus próprios órgãos, a exemplo do Rio de Janeiro que estabeleceu, na Lei 216, de 1948¹⁴, que a assistência judiciária gratuita aos carentes seria prestada pelos integrantes da carreira inicial do Ministério Público (ESTEVES e SILVA 2017, p. 53). Este é apenas um dos exemplos que podem ser citados.

Após 04 anos da promulgação do texto constitucional, por outro lado, foi editada a lei 1060/1950 – até hoje em vigor com diversas alterações e revogações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015¹⁵ – que dispõe sobre assistência judiciária gratuita e gratuidade de justiça.

Com a ascensão dos militares ao Poder, mediante o golpe militar de 1964, é formulada uma nova Constituição, desta vez, outorgada, no ano de 1967¹⁶, que sofreu dois anos depois, em 1969, uma Emenda Constitucional¹⁷ que, para uma parcela da doutrina constitucionalista, revelou-se como uma nova Constituição. Ambas as normas previam expressamente a assistência judiciária gratuita, no artigo 150, §32 e, posteriormente, artigo 153, §2º, com a mesma redação.

Por fim, chega-se à Constituição de 1988 que, além de prever a assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, cria especificamente um órgão com a

¹⁴ Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1940-1949/lei-1948-367145-normaatualizada-pl.html> > acesso em: 22.12.2018

¹⁵ O Código de Processo Civil de 2015, revogou inúmeros dispositivos da lei 1060/1950, na medida em que tratou de maneira extensa sobre o a gratuidade de justiça a partir do artigo 98.

¹⁶ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm> acesso em: 22.12.2018

¹⁷ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm> acesso em: 22.12.2018

referida atribuição, a saber: a Defensoria Pública. Ressalta-se, entretanto, que diante da novidade decorrente do novo texto, a própria União e alguns Estados-membros demoraram a concretizar a norma constitucional, como é o caso do Estado de São Paulo. Assim, no próximo tópico será abordado o desenho constitucional da Defensoria, assim como o contexto de criação da Defensoria Pública paulista, haja vista que a análise deste cenário é indispensável para que se possa subsidiar a presente pesquisa, especialmente, a atuação da instituição na tutela coletiva do direito à saúde.

2. A Defensoria Pública na Constituição de 1988.

A Defensoria Pública, enquanto instituição cujo objetivo é prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados surge apenas na Constituição de 1988, no processo de redemocratização pelo qual passou o Brasil, após a ditadura militar. Trata-se, antes de tudo, de uma instituição democrática, voltada a possibilitar que aqueles que não tenham capacidade de postular em Juízo, em razão de dificuldades financeiras – e até mesmo outras vulnerabilidades aliadas à questão econômica -, possam acessar o Sistema de Justiça.

O acesso à justiça é um direito fundamental¹⁸, sendo indispensável que todos os indivíduos, sejam quais forem as suas condições sociais, possam exercê-lo, inclusive, como medida para que todos os demais direitos fundamentais possam ser efetivados. Portanto, a proclamação de direitos fundamentais na Constituição, ou a implementação de direitos humanos em tratados internacionais não terão sua finalidade atingida se não houver instrumentos para que tais direitos possam ser exercitados pelos cidadãos.

¹⁸ Nas palavras de Sadek (2014, Vol 1, p. 21): “Acesso à justiça é um dos direitos mais básicos do cidadão. É um direito fundamental, erigido à condição de cláusula pétrea pelo constituinte de 1987-8. A própria Constituição traz os instrumentos que asseguram o seu exercício, como a impossibilidade de excluir da apreciação do Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, a proteção da ampla defesa e do contraditório nos processos em geral e o dever estatal de promover a assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados.”. Aqui é indispensável fazer uma advertência, pois no próximo capítulo do presente trabalho, será desenvolvido o direito fundamental à saúde, abordando a teoria dos direitos fundamentais, sendo que a referência ao direito fundamental ao acesso à justiça tem o condão de delinear os contornos da Defensoria Pública, na Constituição de 1998, sem maiores preocupação em analisar todo seu conteúdo.

Válidos, sobre o tema, os ensinamentos de Cappelletti e Garth (2002, p. 12):

“O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.

No mesmo sentir, as palavras de Fensterseifer (2017, p. 2/3) em brilhante obra sobre a Defensoria Pública:

“O acesso à justiça, para além da existência de Juízes e Tribunais competentes, imparciais e independentes, exige também que sejam asseguradas às pessoas – individual e coletivamente -, notadamente daquelas que não dispõem de recursos financeiros ou que por outra razão se encontram em situação de vulnerabilidade existencial (por exemplo, pessoas pobres, criança e adolescente, pessoas com deficiência, idosos, consumidores, pessoas privadas de liberdade e mulher vítima de violência doméstica, etc.), medidas organizacionais (ou institucionais) e procedimentais capazes de fazer com que as violações aos seis direitos alcancem o Sistema de Justiça e, em última instância, o Poder Judiciário. Além de instrumentos processuais adequados e eliminação das taxas e custas judiciais, é essencial garantir assistência jurídica a tais pessoas necessitadas, ou seja, colocar à sua disposição, na forma de um serviço público prestado pelo Estado, agentes públicos capacitados para defender e promover os seus direitos, nas mais diversas áreas jurídicas (por exemplo, cível, criminal, previdenciária, trabalhista). Esse foi o “espírito” que norteou a criação da Defensoria Pública brasileira na CF/88 (artigo 5º, inciso LXXIV, e art. 134), de modo a garantir o efetivo exercício dos direitos fundamentais pelos indivíduos ou grupos sociais necessitados (ou vulneráveis), em condições de igualdade material e fática, a fim de promover a superação dos óbices, sobretudo de natureza socioeconômica, que se opõem à efetividade dos seus direitos e ao desfrute de uma vida digna.”

A Defensoria Pública, nessa singra, surge como instituição pública direcionada em sua essência a permitir que o cidadão econômica e socialmente vulnerável possa, diante de todas as barreiras que lhe são impostas, exercitar os

direitos fundamentais, inclusive, os postulando judicialmente. Trata-se de um serviço público gratuito¹⁹ prestado pelo Estado, cujos integrantes da instituição devem se submeter a concurso público de provas e títulos (artigo 37 e 134 da CF), a fim de ingressar na carreira.

No texto constitucional, a Defensoria Pública se insere no Título IV (organização dos Poderes), Capítulo IV (funções essenciais à justiça), Seção IV, juntamente com o Ministério Pública, Advocacia Privada e Pública. Logo, nota-se claramente que não está vinculada ao Poder Executivo²⁰, nem bem ao Poder Judiciário.

¹⁹ Aqui vale destacar que o Constituinte brasileiro optou pelo chamado modelo público de serviço de assistência jurídica integral e gratuita. Ou seja, criou uma instituição de Estado para instrumentalizar o direito fundamental do acesso à justiça. Sobre o tema Reis, Zveibil e Junqueira (2013, p. 25): “No que toca à opção do constituinte pelo modelo público, significa que a partir de 05 de outubro de 1988, houve constitucionalização do modelo de assistência jurídica optando-se pela Defensoria Pública. Com isso, não mais prevalece o regime anterior, quando as demais Constituições se omitiam acerca do modelo destinado a prestar assistência jurídica e, assim, tornava-se facultativo à União ou ao estado-membro que o fizesse por meio dos modelos *judicare*, público ou misto.”. Deste modo, inviável que o Estado crie outra instituição, ou destine recursos para entidade com o objetivo de prestar serviços de assistência jurídica integral e gratuita. Assim, inclusive, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal na ADI 4.163/SP, que entendeu pelo não recebimento de norma da Constituição do Estado de São Paulo que previa a obrigatoriedade da Defensoria Pública celebrar convênio com a OAB/SP, de forma exclusiva, no voto da lavra do Ministro César Peluzo: “É dever constitucional do Estado oferecer assistência jurídica gratuita aos que não disponham de meios para contratação de advogado, tendo sido a Defensoria Pública eleita, pela Carta Magna, como o único órgão estatal predestinado ao exercício ordinário dessa competência. Daí, qualquer política pública que desvie pessoas ou verbas para outra entidade, com o mesmo objetivo, em prejuízo da Defensoria, insulta a Constituição da República. Não pode o Estado de São Paulo, sob o pálio de convênios firmados para responder a situações temporárias, furtar-se ao dever jurídico-constitucional de institucionalização plena e de respeito absoluto à autonomia da Defensoria Pública.”.

²⁰ Diante deste desenho constitucional, verifica-se claramente o equívoco do Superior Tribunal de Justiça na redação da Súmula 421, *in verbis*: “Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença”. Como se nota, a súmula dispõe que a Pessoa Jurídica de Direito Público a qual pertença a Defensoria Pública, não lhe deve honorários advocatícios. O fundamento do referido enunciado é o instituto da “confusão”, isto é, a Pessoa Jurídica estaria pagando honorários para si própria, na medida em que a Defensoria faz parte da estado-membro ou da União. Contudo, é evidente que o Constituinte alocou a Defensoria Pública em esfera diversa do Poder Executivo, dotando-a de autonomia institucional, administrativa e financeira, não sendo adequado fundamento da súmula, especialmente, após as sucessivas emendas constitucionais que reforçaram a autonomia da Defensoria (EC 45/2004, EC 74/2013 e EC 80/2014). Nesta toada, inclusive, o Supremo Tribunal Federal, recentemente, passou a entender que são devidos sim honorários à Defensoria Pública, ainda que atue contra Pessoa Jurídica a qual pertença, é o que se extrai do seguinte julgado: “Agravo Regimental em Ação Rescisória. 2. Administrativo. Extensão a servidor civil do índice de 28,86%, concedido aos militares. 3. Juizado Especial Federal. Cabimento de ação rescisória. Preclusão. Competência e disciplina previstas constitucionalmente. Aplicação analógica da Lei 9.099/95. Inviabilidade. Rejeição. 4. Matéria com repercussão geral reconhecida e decidida após o julgamento da decisão rescindenda. Súmula 343 STF. Inaplicabilidade. Inovação em sede recursal. Descabimento. 5. Juros moratórios. Matéria não arguida, em sede de recurso extraordinário, no processo de origem rescindido. Limites do Juízo rescisório. 6. Honorários em favor da Defensoria Pública da União. Mesmo ente público. Condenação. Possibilidade após EC 80/2014. 7. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. Agravo a que se nega provimento.

Destacam-se as palavras de Esteves e Silva (2017, p. 66):

“Note-se, portanto, que a Defensoria Pública não se encontra vinculada a nenhum dos Poderes Estatais, revelando-se errônea a afirmação de que a Instituição estaria integrada ao Poder Executivo, ao Poder Legislativo ou ao Poder Judiciário. Em verdade, a Defensoria Pública caracteriza-se como uma *instituição extrapoder*, não dependendo de nenhum dos Poderes de Estado e não podendo nenhum de seus membros receber instruções vinculantes de qualquer autoridade pública”.

O Constituinte, dessa forma, optou por criar uma instituição pública, desvinculada dos Poderes, cujo objetivo é dar concretude ao direito fundamental previsto no artigo 5º, inciso LXXIV da CF, *in verbis*: “LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;”.

Tem-se até aqui os elementos fundamentais trazidos pelo Constituinte sobre a Defensoria Pública. Com efeito, é necessário entender a abrangência da instituição delineada no artigo 134 e 135 da CF (e suas alterações por emendas constitucionais, especialmente, EC 45/2004, EC 69/2012, 74/2013 e 80/2014), a fim de compreender o papel da Defensoria Pública na sociedade.

2.1. A criação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

Antes de analisar, propriamente, o desenho constitucional da Defensoria Pública é imprescindível situar o momento de criação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, diante do objeto do presente trabalho, isso porque, a implementação da instituição no Estado de São Paulo não é concomitante à criação constitucional da Defensoria.

8. Majoração dos honorários advocatícios (art. 85, § 11, do CPC). 9. Agravo interno manifestamente improcedente em votação unânime. Multa do art. 1.021, § 4º, do CPC, no percentual de 5% do valor atualizado da causa. (AR 1937 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 30/06/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-175 DIVULG 08-08-2017 PUBLIC 09-08-2017). Não obstante, o tema ainda não está definido na Corte Suprema.

Malgrado a Defensoria Pública tenha sido implementada, enquanto modelo público de assistência jurídica integral e gratuita, pelo constituinte de 88, a concretização da instituição no âmbito da União de dos Estados-membros não foi imediata, isso porque, o serviço era prestado, ainda, de modo completamente diferenciado nos Estados-membros espalhados pelo Brasil. Somente em 1994, mediante a criação da Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (LC 80/1994²¹), é que foram instituídas as Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal, além de serem estabelecidas condições para regulamentação para as Defensorias Públicas Estaduais, mediante a edição de normas gerais²².

Não obstante, isso não foi suficiente para sedimentar o espaço ao desenvolvimento da Defensoria Pública no Estado de São Paulo. A instituição somente foi criada nesta unidade da federação no ano de 2006, mediante a edição da lei complementar estadual 988/2006. Até então o serviço era prestado no ambiente da Procuradoria Geral do Estado, por meio da chamada Procuradoria de Assistência Judiciária (PAJ) e, ainda, suplementada mediante convênio com a Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de São Paulo – convênio que até hoje é mantido pela Defensoria Pública paulista. Logo, foram necessários, aproximadamente, 18 (dezoito) anos desde a promulgação da Constituição de 1988 para que, no Estado de São Paulo, a Defensoria Pública fosse criada nos moldes determinados pelo constituinte.

A efetivação da Defensoria Pública bandeirante foi fruto do empenho de um movimento de Procurados do Estado aliados à movimentos sociais que reivindicavam a implementação do artigo 134 da Constituição. Sobre o tema Haddad e Gozetto (2009, p. 373):

“Em 2002, uma antiga reivindicação dos movimentos sociais paulistas da segunda metade de 1980 provocava um ardoroso debate na oficialização do Movimento pela Criação da Defensoria Pública em São Paulo que, sob a liderança de um grupo de procuradores do Estado, conseguiu o apoio de

²¹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm> acesso em: 24.12.2018.

²² Ressalta-se que havia estados que já contavam com uma Defensoria Pública, antes mesmo da CF/88, como é o caso do Estado do Rio de Janeiro. Todavia, o seu desenho institucional foi totalmente readequado quando da promulgação da nova Constituição.

centenas de entidades da sociedade civil do país. O movimento passou, então, a promover encontros e debates sobre o tema, divulgando o Manifesto pela Criação da Defensoria Pública em São Paulo e angariando adesões. Em 24.06.2002, cerca de 400 pessoas estiveram presentes ao Ato de Lançamento do Movimento, realizado no Salão Nobre da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, entre elas o então Ministro da Justiça, Miguel Reale Júnior, o ex-Ministro José Carlos Dias, o vice-prefeito de São Paulo, Hélio Bicudo, Edna Roland, Silvia Pimentel, Conceição Paganele, o cardeal arcebispo de São Paulo, Cláudio Hummes, Padre Júlio Lancelotti, Maria Amélia Teles, entre outras.”

É a partir deste movimento, que se instaura uma pressão no Governo do Estado de São Paulo para criar a Defensoria Pública, mediante a entrega de um anteprojeto de lei, no ano de 2002. Mas, somente após 04 (quatro) anos, referido projeto é aprovado na Assembleia Legislativa²³ e promulgado pelo Governador Geraldo Alckimin, tornando-se a Lei Complementar 988/2006 (SOARES, 2009, p. 413).

Com a promulgação da Lei Complementar em questão, é criada, finalmente, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, inicialmente, com apenas 87 Defensores Públicos oriundos da Procuradoria de Assistência Judiciária, órgão da Procuradoria Geral do Estado, que optaram pela nova carreira, conforme autorização legal em normas de transição estabelecidas pela LC 988/2006²⁴.

²³ Diversos atos foram realizados para criação da Defensoria Pública, inclusive, na própria Assembleia Legislativa. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/noticia/?id=295307>> acesso em: 24.12.2018.

²⁴ Artigo 3º das Disposições Transitórias, Título VIII, da LC 988/2006: “Artigo 3º - Aos Procuradores do Estado de São Paulo, no prazo de 60 (sessenta) dias da promulgação desta lei complementar, será facultada opção, de forma irrevogável, pela carreira de Defensor Público, na seguinte conformidade: I - Procurador do Estado Substituto para Defensor Público do Estado Substituto; II - Procurador do Estado Nível I para Defensor Público do Estado Nível I; III - Procurador do Estado Nível II para Defensor Público do Estado Nível II; IV - Procurador do Estado Nível III para Defensor Público do Estado Nível III; V - Procurador do Estado Nível IV para Defensor Público do Estado Nível IV; VI - Procurador do Estado Nível V para Defensor Público do Estado Nível V. § 1º - Até um ano após a vigência desta lei, prorrogável por mais 12 (doze) meses, as atribuições da Defensoria Pública continuarão sendo exercidas, concomitantemente, pela Procuradoria Geral do Estado. § 2º - Mediante Resolução conjunta do Procurador-Geral do Estado e do Defensor Público-Geral do Estado serão estabelecidas todas as disposições relativas à transição e à transferência dos serviços de assistência judiciária para a Defensoria Pública. § 3º - O Procurador do Estado que optar pela carreira de Defensor Público passa a ocupar um dos cargos de Defensor Público do Estado Substituto a que se refere o “caput” do artigo 4º destas Disposições Transitórias, ficando imediatamente enquadrado no nível correspondente ao do cargo anteriormente ocupado, na forma dos incisos I a VI deste artigo. § 4º - Se do enquadramento a que se refere o § 3º resultar retribuição mensal inferior àquela percebida no cargo de Procurador do Estado, excluídos desta os valores correspondentes a adicional quinquenal, sextaparte, gratificação de representação e outras vantagens eventuais, fica assegurado o recebimento da respectiva diferença a

No momento da promulgação da lei, além dos procuradores que optaram pela Defensoria Pública, foram criados mais 400 cargos para provimento, oriundos de cargos vagos da Procuradoria Geral do Estado, mediante posterior concurso público de provas e títulos²⁵.

Atualmente, após 12 anos da criação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, verifica-se uma grande ampliação no seu quadro de membros, visto que conta com 750 (setecentos e cinquenta) defensores públicos empossados após a realização de sete concursos de provas e títulos para ingresso na carreira²⁶. Todavia, ainda é um número muito baixo de Defensores Público, considerando que o Estado de São Paulo conta com, aproximadamente, 45 milhões de pessoas em seu território²⁷ e, de acordo com o “Mapa da Defensoria Pública no Brasil”²⁸, realizado levando em conta dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2010 e pesquisa da Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep) seriam necessários no Estado 3081 Defensores Públicos, considerando 1 Defensor Público para 10.000 habitantes com renda até 03 (três) salários-mínimos²⁹, levando São Paulo a ser o Estado-membro com o maior déficit de defensores públicos no Brasil.

título de vantagem pessoal, a ser absorvida por aumento decorrente de promoção. § 5º - A vantagem pessoal a que se refere o § 4º deste artigo será reajustada ou revista na forma da legislação aplicável aos membros da carreira de Defensor Público e computada para o cálculo de adicional quinquenal e sexta-parte.”

²⁵ “Artigo 4º - Serão integrados no quadro da carreira de Defensor Público do Estado, com mudança de denominação para Defensor Público do Estado Substituto, 400 (quatrocentos) cargos vagos da carreira de Procurador do Estado. § 1º - Caso o número de Procuradores do Estado optantes pela Defensoria Pública seja superior à quantidade de cargos vagos prevista no “caput” deste artigo, ficarão automaticamente criados os cargos correspondentes no Quadro da Defensoria Pública, Subquadro de cargos de membros da Defensoria Pública. § 2º - Os cargos vagos da carreira de Procurador do Estado de que trata o “caput” deste artigo serão identificados mediante ato do Procurador Geral do Estado. § 3º - vetado.”

²⁶ Disponível em: <<https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=81863&idPagina=3086>> Acesso em: 24.12.2018.

²⁷ Dados extraídos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sp/panorama>> acesso em: 24.12.2018.

²⁸ Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/deficitdedefensores>> acesso em: 24.12.2018.

²⁹ Critério objetivo de renda para determinar os usuários dos serviços da Defensoria Pública, a partir da ideia de necessitado. Referido conceito, entretanto, será abordado quando da análise das atribuições institucionais da Defensoria Pública em tópico adiante.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo, portanto, é fruto de uma pressão realizada pela sociedade civil contra o Governo do Estado de São Paulo, com o objetivo de dar cumprimento ao texto constitucional e, desta maneira, permitir o acesso jurídico integral e gratuito, na forma do artigo 5º, inciso LXVIII da CF.

Em que pese a criação da Defensoria Pública paulista, ainda é evidente a necessidade de ampliação da carreira, não apenas com o crescimento de seus quadros, como também extensão de atuação, mediante a interiorização, visto que, atualmente, a instituição está presente em somente 40 comarcas, dentre as mais de 300 existentes no Poder Judiciário do Estado de São Paulo.

Dito isso, tendo em vista o contexto de inserção constitucional da Defensoria Pública e, também, a própria criação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, indispensável analisar os contornos constitucionais da Defensoria Pública, com o objetivo de entender suas atribuições, especialmente, em sede de tutela coletiva.

2.2. Defensoria Pública enquanto instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado.

Preliminarmente, não se pode olvidar que a redação originária do artigo 134 da CF sofreu modificação em virtude da Emenda Constitucional nº 80/2014³⁰ que, dentre outras alterações, ampliou o conceito e atribuições constitucionais da Defensoria Pública, sendo que seu texto, atualmente, encontra-se com a seguinte redação:

“Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção

³⁰ A Emenda Constitucional 80/2014, inclusive, criou uma obrigação aos estados-membros e à União, estabelecendo um prazo de 08 (oito) anos para que haja Defensores Públicos em todas as unidades jurisdicionais (artigo 98, §1º do ADCT). O conteúdo da norma é de extrema relevância, pois cria um compromisso para que se amplie o serviço de assistência jurídica integral e gratuita. Todavia, verifica-se que o Poder Público está longe de atingir a referida meta. O prazo a que se refere o dispositivo em questão encerra-se em 2022, sendo que, conforme apontado, apenas no Estado de São Paulo há um déficit de mais de 2000 defensores públicos.

dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.”

O primeiro ponto que merece destaque do texto constitucional é que a Defensoria Pública se caracteriza como instituição permanente, isto significa, que a instituição ganhou a qualidade de cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, da CF, não podendo ser retirada do ordenamento jurídico, por meio de Emenda Constitucional. Conforme já explanado, a Defensoria Pública é instituição criada com o papel de instrumentalizar e concretizar o direito fundamental ao acesso à justiça e prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, na forma do artigo 5º, inciso XXXV e LXXIV, da CF. Como é cediço, tais normas revelam-se como direitos individuais fundamentais, não permitindo revogação ou diminuição do seu espectro normativo, mediante emenda constitucional, nos termos do artigo 60, §4º, inciso IV, da CF.

Logo, considerando que tais direitos individuais são fundamentais e, por via de consequência, não podem ser reduzidos ou extintos do ordenamento constitucional, a Defensoria Pública, enquanto instituição voltada à instrumentalização destes direitos, como verdadeiro direito fundamental procedimental³¹, ganha “status” de cláusula pétrea, daí porque carrega o adjetivo de “permanente”.

Sobre o tema, indispensáveis as palavras de Esteves e Silva (2017, p. 74):

“Seguindo a acepção lexicográfica dos termos “essencial” e “permanente”, a Defensoria Pública deve ser compreendida como parte necessária e indispensável da ordem constitucional. Afinal, se a atuação constante e efetiva da Defensoria Pública, os direitos fundamentais de milhões de pessoas hipossuficientes restariam desprovidos de toda e qualquer proteção jurídica, constituindo simples palavras lançadas no papel.

³¹ Aqui vale destacar que a Defensoria Pública enquanto instituição permanente caracteriza-se como direito fundamental procedimental, isto é, trata-se de um direito fundamental de natureza positiva ou prestacional, na medida em que demanda atuação do Estado para efetivação, cujo teor é permitir o exercício dos demais direitos fundamentais. Nessa toada, de se destacar as lições de Alexy (2015, p. 488): “Direitos a procedimentos judiciais e administrativos são direitos essenciais a uma ‘proteção jurídica efetiva’. É condição de uma proteção jurídica efetiva que o resultado do procedimento proteja os direitos materiais dos titulares dos direitos fundamentais envolvidos.”

Por constituir garantia instrumental que materializa todos os direitos fundamentais e assegura a própria dignidade humana, a Defensoria Pública deve ser considerada requisito necessário ou indispensável ao sistema constitucional moderno, integrando conteúdo material da cláusula pétrea estabelecida no artigo 60, §4º, inciso IV, da CRFB”

Conclui-se, portanto, que a Defensoria Pública jamais poderá ser retirada do ordenamento jurídico.

Além de ser permanente, a Defensoria Pública é função essencial ao sistema de justiça, ou seja, é parte integrante deste sistema composto por diversos atores. Sobre o tema, são válidas as palavras de Reis, Zveibil e Junqueira (2013, p. 31):

“O sistema de justiça transcende os agentes do chamado ‘Poder Judiciário’, eis que a solução de conflitos pela jurisdição, com a imposição coativa das decisões após procedimentos que a legitime, não deve ocorrer de ofício e, no mais (e acreditamos mais importante), não é a única forma de resolução de conflitos sob a ótica de uma Justiça democrática...Alçada ao patamar de função essencial à Justiça, a Defensoria Pública recebe os poderes implícitos às suas funções, e conta com a vantagem de, como instituição em construção, ser desde logo forjada – e essa é uma peculiaridade de sua lei orgânica nacional – para extrapolar a missão de simplesmente provocar o Poder Judiciário, contando com o instrumentos legislativos e operacionais para, desde logo, assumir a responsabilidade de sua essencial função”.

Destarte, a alocação da Defensoria Pública enquanto instituição essencial ao sistema de justiça revela que a sua atuação não deve ser limitada ao Poder Judiciário, patrocinando causas nas diversas áreas (cível, criminal, previdenciária, entre outras), mas também agindo de forma extrajudicial ou, ainda melhor, político-administrativa, a fim de efetivar o seu mister constitucional de promoção dos direitos humanos.

Não se pode pensar na Defensoria Pública, deste modo, como instituição voltada apenas ao litígio judicial, à contenda, esta é apenas uma de suas tantas facetas na busca de se promover e defender direitos humanos – daí porque

inadequado inserir a Defensoria Pública dentro do mesmo arcabouço que a advocacia, seja ela pública ou privada.

2.3. Defensoria Pública enquanto expressão do regime democrático.

A Constituição da República Federativa do Brasil ainda traz em seu conteúdo definidor a Defensoria Pública como sendo uma instituição que se revela como expressão do regime democrático – a redação que incluiu tal previsão no conceito constitucional de Defensoria Pública é decorrência da EC 80/2014. Ou seja, na redação originária do artigo 134 da CF não havia previsão de que a Defensoria era expressão do regime democrático. É possível dizer que a EC 80/2014 apenas adequou a redação ao que já estava previsto na Lei Orgânica 80/1994, alterada posteriormente pela Lei Complementar 132/2009.

A conformação do Brasil enquanto Estado é pautada não apenas por ser de Direito, mas também por ser um Estado Democrático. Destarte, a Defensoria Pública enquanto instrumento do regime democrático, permite que sua atuação seja alinhada, antes de tudo, de acordo com os anseios e necessidades da sociedade, com a participação direta dos cidadãos nesta definição, especialmente, daqueles que são sistematicamente marginalizados e que se encontram em situação de vulnerabilidade.

Nesse diapasão, são válidas as palavras de Cardoso (2013, vol.1, p. 35):

“Lembremos que a perspectiva de restauração do Estado Democrático de Direito no Brasil se fez acompanhar novos preceitos estruturantes, como a participação social e a valorização de mecanismos de exercício direto da vontade popular na administração pública.”

Seguindo esta linha de ideias, Reis, Zveibil e Junqueira (2013, p. 49):

“A definição de ‘expressão e instrumento do regime democrático’ ratifica a necessidade de posicionar grande parte da população, sempre marginalizada, como possível protagonista na construção de uma democracia participativa. Para tal empoderamento, no entanto, a eficácia dos

direitos individuais e sociais se faz premissa, e a Defensoria é instrumento, nos termos da lei, para a escalada em busca da cidadania. A imagem de instrumento democrático, nesse sentido, deve orientar toda a atuação institucional e individual dos órgãos de execução. A elevação do indivíduo a tal protagonismo participativo não se esgota em sua esfera de direitos, mas transcende, e impõe a existência de uma instituição pública – desatrelada da lógica do lucro – com o objetivo de instrumentalizar tal emancipação”.

Vê-se que a Defensoria Pública tem forte objetivo de orientar sua atuação no exercício de direitos individuais e sociais, mas mais do que isso pautar-se no ideal de que o protagonismo é do cidadão, destinatário dos serviços prestados e que o desafio sempre será amoldar-se aos anseios e necessidades destas pessoas, abrindo as suas portas para que sejam ouvidas e direcionem a atuação da instituição, revelando-se, assim, uma verdadeira instituição democrática, com a participação direta do usuário.

Todavia, insuficiente que a Defensoria Pública seja uma instituição permanente do sistema de justiça, assim como que revele ser expressão e instrumento de um regime democrático, senão estiver dotada de autonomia para sua atuação. E, como não poderia deixar de ser, a autonomia da Defensoria não foi conquistada de maneira imediata, com a redação original da Constituição, mas foi fruto de intensa evolução e pressão popular, a fim de atingir os objetivos para as quais foi criada.

2.4. A autonomia constitucional da Defensoria Pública.

Autonomia da Defensoria Pública, administrativa, funcional e orçamentária somente foi atribuída à instituição, após a Emenda Constitucional nº 45/2004. Ou seja, desde 1988 até 2004, o desenho institucional da Defensoria sofreu modificações, a fim de que fosse possível cumprir seu mister constitucional, valorizando, inclusive, a sua posição dentro do Sistema de Justiça, enquanto instituição pública desvinculada dos demais poderes³². Ressalte-se que a EC 45/2004, somente atribuiu à Defensoria

³² A autonomia evita que hajam ingerências e represálias do próprio Estado, por meio de seus Poderes. Nesse sentido, válidas as lições de Esteves e Silva (2017, p. 79): “Não se pode esquecer que a defesa dos direitos dos menos favorecidos, muitas vezes, colido com interesses dos ocupantes de cargos políticos e dos grandes empresários que financiam campanhas eleitorais. Por essa razão, necessita a

Pública Estadual a autonomia administrativa, funcional e orçamentária, mantendo de fora a Defensoria Pública da União e a Defensoria Pública do Distrito Federal, o que somente veio a ser modificado com a EC 69/2012 e EC 74/2013, que estabeleceu a previsão à ambas instituições³³.

A autonomia permite que as decisões institucionais sejam tomadas pela própria Defensoria, sem interferências externas e de outros Poderes. Nesse sentido, são válidas as palavras de Fensterseifer (2017, p. 125):

“A autonomia atribuída à Defensoria Pública – a exemplo do que já havia ocorrido com o Ministério Público desde 1988, com base no artigo 127, §2º, da CF/88 – estabelece um realinhamento do Estado brasileiro, do ponto de vista político-organizacional, na medida em que cria duas instituições públicas singulares no âmbito do nosso Sistema de Justiça e, de modo inovador, dissociadas do guarda-chuva institucional dos três poderes republicanos (Legislativo, Executivo e Judiciário).”.

Assim, sendo a organização da instituição, a destinação dos seus recursos e a atuação cabem exclusivamente à Defensoria Pública, não podendo sofrer interferências de outros órgãos ou Poderes.

No que tange à *autonomia administrativa*, verifica-se que à instituição pública cabe a gestão, determinar como serão aplicadas as verbas que recebe, assim como contratar serviços, dentre outras atividades inerentes à Administração Pública. Sobre o tema, válidas as palavras de Reis, Zveibil e Junqueira (2013, p. 40/41):

“A Defensoria Pública goza ainda de autonomia administrativa, ou seja, tem poder para organizar sua própria estrutura, nos limites da respectiva lei orgânica, de forma a alcançar melhor seus objetivos. Respeitando o limite orçamentária, caberá ao defensor público-geral decidir sobre os investimentos prioritários, capacidade de funcionamento de cada unidade e

Defensoria Pública de autonomia em relação às demais funções estatais, garantindo-se que o seu objetivo fundamental de proteção dos necessitados não seja desviado por interesses governamentais paralelos”.

³³ Após a EC 45/2004, foi movida a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4282, pela Associação Nacional dos Defensores Públicos da União, em razão da omissão inconstitucional – ausência de previsão da autonomia para a Defensoria Pública da União -, que ainda pende de julgamento no Supremo Tribunal Federal, até a finalização deste trabalho.

mesmo sobre a nomeação e posse de novos servidores e regulação de todos os procedimentos internos da carreira”

Sobre autonomia administrativa, também, Moraes *apud* Ré (2013, pg 113):

“Portanto, à instituição é constitucionalmente outorgada a gestão dos meios administrativos necessários para assegurar-lhe o desempenho de sua finalidade e a organização administrativa própria. Logo, como ilação da autonomia administrativa, dentre outros, cabe à Defensoria Pública: praticar atos próprios de gestão, organizar os serviços auxiliares, decidir sobre a situação administrativa e funcional de seu pessoal e elaborar seus regimentos internos”.

Além da autonomia administrativa, a Constituição ainda prevê que a Defensoria Pública possui *autonomia funcional*. Logo, cabem às próprias Defensorias Públicas definirem a sua atuação, isto é, definir quais as demandas caberão à instituição, de modo que agirá nestas demandas, enfim, estabelecer, de acordo com a sua finalidade constitucional (e infraconstitucional), a extensão de seu trabalho, na defesa dos direitos dos usuários.

Sobre o tema, novamente, valem as palavras de Reis, Zveibil e Junqueira (2013, p. 40):

“A autonomia funcional permite à Defensoria Pública planejar e escolher os caminhos que devem ser percorridos para que alcance o seu fim, determinado pela própria Constituição, em termos genéricos, e especificados pela Lei Complementar 80/94. A autonomia funcional é conferida à instituição, e não se confunde com a independência funcional, que é prerrogativa de seus membros[...]Dentro dos limites da lei e justificado o ato com os princípios constitucionais e objetivos da Defensoria Pública, é ampla a liberdade para a escolha de prioridades, criação e atribuição de funções e criação de estruturas que maximizem a eficiência da instituição”.

Por fim, além da autonomia administrativa e funcional, à Defensoria Pública foi conferida, ainda, a *autonomia financeira*, isto é, iniciativa para apresentar a sua proposta orçamentária, observados os limites estabelecidos pela lei de diretrizes orçamentárias. Logo, a Defensoria Pública define os recursos dos quais necessita

para atender as suas finalidades, permitindo que de fato possa ser exercitada a autonomia administrativa e funcional.

O referido dispositivo da Constituição vem regulamentado pela Lei Complementar 80/1994, em seu artigo 97-B³⁴, que assim dispõe:

“Art. 97-B. A Defensoria Pública do Estado elaborará sua proposta orçamentária atendendo aos seus princípios, às diretrizes e aos limites definidos na lei de diretrizes orçamentárias, encaminhando-a ao Chefe do Poder Executivo para consolidação e encaminhamento ao Poder Legislativo. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

§ 1º Se a Defensoria Pública do Estado não encaminhar a respectiva proposta orçamentária dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do caput. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

§ 2º Se a proposta orçamentária de que trata este artigo for encaminhada em desacordo com os limites estipulados no caput, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fim de consolidação da proposta orçamentária anual. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

§ 3º Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

§ 4º Os recursos correspondentes às suas dotações orçamentárias próprias e globais, compreendidos os créditos suplementares e especiais, serão entregues, até o dia 20 (vinte) de cada mês, na forma do art. 168 da Constituição Federal. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

§ 5º As decisões da Defensoria Pública do Estado, fundadas em sua autonomia funcional e administrativa, obedecidas as formalidades legais, têm eficácia plena e executoriedade imediata, ressalvada a competência

³⁴ A Lei Complementar 80/1994 é a chamada Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública. A Lei traz normas gerais sobre a Defensoria Pública, assim como regulamenta especificamente a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal. Por fim, também traz normas gerais a serem adotadas pelas Defensorias Públicas Estaduais. A principal alteração sofrida pela Lei Complementar 80/1994 foi em 2009, com a promulgação da Lei Complementar nº 132, que alterou substancialmente o regime jurídico infraconstitucional da Defensoria Pública, a fim de adequar-se às novas realidades, após as Emendas Constitucionais 45/2004, 69/2012 e 74/2013.

constitucional do Poder Judiciário e do Tribunal de Contas. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

§ 6º A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Defensoria Pública do Estado, quanto à legalidade, legitimidade, aplicação de dotações e recursos próprios e renúncia de receitas, será exercida pelo Poder Legislativo, mediante controle externo e pelo sistema de controle interno estabelecido em lei. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).”

Logo, a Defensoria Pública poderá elaborar a sua própria proposta orçamentária, devendo ser observados os limites legais, assim como poderá ser ajustada pelo Poder Executivo. Nesse sentido, verifica-se que não há qualquer gerência externa sobre os recursos, mas a Defensoria Pública está adstrita a condições legais na elaboração de sua proposta, inclusive, tendo as suas contas analisadas pelo Tribunal de Contas do Estado, em virtude do controle externo exercido pelo Poder Legislativo. Tais previsões, evidentemente, revelam nada menos do que o sistema de freios e contrapesos do regime republicano, de modo que a Defensoria Pública não tem liberdade para fazer o que bem entender com os recursos a ela destinados, devendo pautar-se por uma administração eficiente que atenda as finalidades da lei e da Constituição.

2.5. As atribuições institucionais da Defensoria Pública.

As atribuições institucionais da Defensoria Pública podem ser extraídas diretamente do texto constitucional, especificamente, da redação do artigo 134, “caput” da CF, pois é a norma constitucional que confere o norte de atuação da instituição.

Entretanto, a leitura das atribuições institucionais da Defensoria Pública não pode ser dissociada da legislação infraconstitucional, que esmiúça de forma específica as funções da Defensoria Pública com o objetivo de dar concretude à norma constitucional. Portanto, em que pese o presente capítulo tenha por objetivo a análise da Defensoria Pública à luz da Constituição, não há como, naturalmente, fazer esta análise de atribuições sem abordar, ainda que sucintamente, a legislação

infraconstitucional, mais especificamente a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública, a saber: LC 80/1994.

2.5.1. Conceito de Necessitado.

Considerando todo o aparato constitucional sobre a Defensoria Pública, que sofreu diversas alterações e acréscimos por meio de Emendas Constitucionais, chega o momento de se tomar a análise da finalidade para a qual a instituição pública foi criada. E é no próprio texto constitucional que se extrai grande parte desta atuação, isso porque o artigo 134 da CF prevê expressamente que caberá à Defensoria Pública:

“a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.”

O primeiro ponto que deve ser analisado sobre as atribuições da Defensoria Pública é justamente a parte final do “caput” do artigo 134 da CF, definir o que se entender por *necessitado* ou pessoa *necessitada*.

De acordo com o artigo 5º, inciso LXXIV, da CF que estabelece o direito fundamental à assistência jurídica gratuita prestada pelo Estado, há previsão expressa de que caberá a Defensoria Pública atender aqueles que comprovarem a insuficiência de recursos. Deste modo, numa interpretação sistemática do texto Constitucional, chega-se à conclusão de que a instituição deverá atender, exclusivamente, aqueles que comprovarem ser economicamente hipossuficientes.

Válidas as palavras de Reis, Zveibil e Junqueira (2013, p. 36):

“Em primeiro lugar devem ser considerados os economicamente hipossuficientes, dado que a distribuição da riqueza no Brasil traz desigualdades alarmantes, impondo à maioria da população renda insuficiente para alimentação, moradia, saúde e, enfim, educação e formação para cidadania. Ora, se o mais comum e intenso critério de vulnerabilidade é

a hipossuficiência econômica, este é o critério consensual para a outorga dos serviços da Defensoria Pública”.

Portanto, caberá à Defensoria Pública atender pessoas que não tenham condições econômicas de acessarem a justiça com seus próprios recursos financeiros, hipótese na qual o Estado oferece o serviço. Diante da ausência de um critério legal, assim como considerando que o Brasil é um país com grande extensão territorial, peculiaridades culturais e sociais locais e, ainda, desenvolvimento econômico diverso em cada estado-membro, fica a cargo de cada Defensoria Pública local estabelecer, na sua normativa, um critério de renda objetivo para atender a população necessitada³⁵.

Todavia, não há um consenso na doutrina de que a insuficiência de recursos financeiros é o único critério a ser adotado para fins de atendimento da Defensoria Pública. O primeiro argumento é de que a Constituição da República não tratou expressamente de recursos financeiros, mas sim de recursos, dando azo à corrente que não restringe o conceito de necessitado à mera carência financeira (REIS, ZVEIBIL e JUNQUEIRA, 2013, p. 37).

Em obra completa sobre o tema, Fensterseifer (2017, p. 31/59) aborda o conceito de necessitado sobre a vertente “em sentido estrito”, “em sentido amplo” ou “em termos organizacionais”.

Para o referido autor, tomando-se por base o desenho Social do Estado brasileiro, assim como a preocupação do Constituinte com princípios básicos da República Federativa, como a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a solidariedade, fazem com que o conceito de necessitado seja ampliado, não se restringindo apenas ao critério econômico (FENSTERSEIFER, 2017, p. 20).

³⁵ No caso da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, o critério regra é a comprovação renda de até 03 (três) salários-mínimos federais pela entidade familiar, nos termos da Deliberação do Conselho Superior da Defensoria Pública nº 89/2008, alterada pela deliberação 137/2009, conforme artigo 2º, inciso I: “aufira renda familiar mensal não superior a três salários mínimos federais”. Frise-se, entretanto, que este não é o único critério utilizado. A existência de bens e aplicações financeiras também é levada em consideração. Por fim, a própria Deliberação estabelece algumas exceções, conforme se verifica maior situação de exclusão social. Retirado do site: <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=2485&idModulo=5010> consultado em 30.10.2018

Nesse sentido, tomando por base uma série de diplomas legislativos que reconhecem a necessidade de maior proteção de pessoas em situação de vulnerabilidade, seja por uma questão organizacional, seja por se tratar de um grupo minoritário socialmente (ex: Estatuto do Idoso, Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Igualdade Racial, Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei Maria da Penha, Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre outros), assim como as 100 Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condições de Vulnerabilidade³⁶, o autor apresenta várias dimensões do conceito de necessitado.

A primeira dimensão é a do necessitado “em sentido estrito” ou “em termos econômicos”. Nessa perspectiva, como revela a classificação, considera-se necessitado aquele que seja desprovido de recursos financeiros, ou seja, uma vulnerabilidade revelada pela condição econômica do indivíduo, assim descrita pelo autor (FENSTERSEIFER, 2017, p. 32):

“A carência econômica centraliza, sem dúvida, o enquadramento de determinada pessoa na condição de necessitado ou vulnerável à luz do nosso ordenamento jurídico (constitucional e infraconstitucional), o que se dá em razão da fragilidade existencial provocada pela falta de acesso a recursos materiais e privação de direitos sofrida por determinado indivíduo e, em algumas situações, grupos sociais inteiros em relação aos bens sociais básicos, como, por exemplo, saúde, educação, moradia, alimentação, saneamento básico etc.”.

Com efeito, a carência de recursos financeiros dificulta e, até mesmo, inviabiliza uma série de direitos fundamentais (individuais e sociais, dentre os quais o direito à saúde), de modo que o critério é utilizado para definir a população que será atendida pela Defensoria Pública.

³⁶ Foram regras aprovadas na XIV Conferência Judicial Ibero-Americana, realizada em Brasília, em 2008. O item 1.3 das regras traz o seguinte conceito de pessoa em vulnerabilidade: “Consideram-se em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por razão da sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercer com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico.” Retirado do site <http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2011/10/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf> consultado em 30.10.2018

Todavia, em virtude da desigualdade fática existente entre os indivíduos na sociedade contemporânea, verifica-se que há outras vulnerabilidades que atingem determinados grupos sociais (FENSTERSEIFER, 2017, p. 37). Diante disso, o autor apresenta também a dimensão de necessitado sob a perspectiva organizacional, assim definindo (FENSTERSEIFER, 2017, p.38/39):

“Para além do espectro estritamente econômico, ao tratar da amplitude do conceito de ‘necessitado’, é importante trazer essa discussão para a dimensão ‘concreta’ de tais sujeitos de direito – não apenas ‘formal’, portanto, rejeitando a ideia abstrata de que são pessoas livres e iguais para exercerem os seus direitos perante o Sistema de Justiça -, com o propósito de identificar as diferentes categorias de grupos sociais detentores dessa especial condição jurídica... para além da perspectiva econômica, é fundamental para atender aos ditames constitucionais de forma plena a proteção especial de determinados indivíduos e grupos sociais em razão da presunção da sua vulnerabilidade existencial por se enquadrarem em determinada situação de fato que não lhes permite exercerem seus direitos com plenitude perante o Sistema de Justiça, o que faz com que seja atribuída à Defensoria Pública a tutela e a promoção dos seus direitos.”

Destarte, o conceito de “necessitado” não se limita, exclusivamente, à ideia de insuficiência de recursos, mas também sob uma perspectiva de grupos socialmente vulneráveis, os quais também necessitam de proteção para que seus direitos sejam exercidos, cabendo à Defensoria Pública a atuação em seu favor na garantia dos direitos destes grupos de indivíduos³⁷. Nessa linha, destaca-se crianças e adolescentes, idosos, pessoas com deficiência, mulheres em situação de violência, pessoas encarceradas, dentre outros grupos socialmente colocados à margem da sociedade.

Loredo, neste sentido, reforça a necessidade de atuação da Defensoria Pública, em favor de grupos vulneráveis (2015, posições kindle 1283/1288):

³⁷ Neste ponto, importante destacar que à Defensoria Pública, no ano de 2007, foi conferida legitimidade ativa para propor ações civis públicas, conforme previsão da lei 11.448 – legitimidade que já vinha sendo reconhecida pela jurisprudência de diversos tribunais. Referida legislação, inclusive, teve sua constitucionalidade discutida no Supremo Tribunal Federal, tendo a Corte reconhecido que a norma estava adequada ao ordenamento jurídico.

Outrossim, como será explicitado em linhas seguintes, a interpretação das expressões “insuficiência de recursos” (art. 5º, LXXIV, CRFB/88) e “necessitados” (art. 134, CRFB/88) também deve levar em consideração a máxima efetividade dos direitos fundamentais, de modo a abranger os mais variados estados de vulnerabilidade. É possível falar, portanto, em “necessidades” nos planos econômico, jurídico e organizacional, este último diretamente ligado à vulnerabilidade de grupos sociais.

Alinhada a esta definição, a Lei Complementar 132/2009, que alterou a Lei Complementar 80/1994, estabeleceu no artigo 4º, inciso XI, que caberá à Defensoria Pública:

“exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado.”

Diante dos conceitos apresentados e da amplitude das vulnerabilidades que transcendem à meramente econômica, revela-se que a Defensoria Pública poderá atuar na defesa dos direitos de diversos grupos de indivíduos não apenas pela questão financeira, mas pela falta de acesso à direitos essenciais à natureza humana, a fim de se diminuir as desigualdades sociais, dentre os quais, evidentemente, encontra-se o direito social fundamental à saúde.

Logo, a Defensoria Pública poderá atuar tanto por meio de uma demanda em favor de uma pessoa, extrajudicial ou judicialmente, para obter um atendimento médico ou medicamento, sob uma perspectiva individual do direito à saúde, assim como poderá valer-se dos mesmos mecanismos – atuação extrajudicial ou judicial – em favor de um grupo socialmente vulnerável, como, por exemplo, na exigência de uma política pública de atendimento especializado para pessoas diagnosticadas com vírus da AIDS, revelando o ângulo coletivo do direito social à saúde. Apenas à título de esclarecimento, as perspectivas do direito à saúde – individual e coletiva – serão abordadas de forma aprofundada no próximo capítulo.

Logo, o conceito de necessitado implica, necessariamente, no reconhecimento e possibilidade de atuação da Defensoria Pública na tutela coletiva dos direitos fundamentais.

2.5.2. Orientação Jurídica.

Tomando por base o conceito de necessitado acima apresentado, identificando os destinatários dos serviços prestados pela Defensoria Pública, é indispensável, neste momento, apresentar quais são estes serviços, isto é, quais são as atribuições institucionais da Defensoria Pública.

Imprescindível, no entanto, uma advertência do ponto de vista científico em relação a este trabalho: não se pretende aqui analisar, de maneira minuciosa todas as atribuições institucionais da Defensoria Pública, na medida em que o objetivo do estudo é verificar, a atuação da instituição paulista na tutela judicial coletiva do direito fundamental à saúde. Assim, as atribuições serão apresentadas com o único fim de que se possa entender melhor o mister constitucional da instituição.

A primeira delas, revelada pelo texto constitucional (artigo 134, “caput”) e também prevista na legislação infraconstitucional (artigo 4º, inciso I, da LC 80/1994), é a da *orientação jurídica*, que nada mais é do que prestar esclarecimentos aos usuários sobre seus direitos, seja quando o usuário procura a instituição para esclarecimentos, seja, ainda, por meio de medidas propositivas da própria instituição para esclarecimento de direitos. Nesse sentido, válidas as palavras de Reis, Zveibil e Junqueira (2013, p. 34/35) apresentando a melhor definição sobre orientação jurídica:

“A orientação jurídica, como dito alhures, é *conditio sine qua non* para a emancipação do cidadão, para seu empoderamento, permitindo que possa reconhecer seus direitos, sentir-se lesado (e não mais vitimizado ou fatalizado) e possa lutar por sua condição.

A orientação jurídica é, assim, atribuição institucional da Defensoria e de todo defensor público. Para cumprir sua missão institucional, a Defensoria Pública não pode aguardar, de forma reativa, a busca dos serviços, mas sim promover ações de orientação jurídica para a coletividade, por meio de

cartilhas, panfletos, eventos, imprensa e toda forma de atingir grandes grupos de carentes de forma proativa.

O defensor, além de participar das ações acima descritas, tem o dever de esclarecer o usuário sobre todos os direitos envolvidos na situação fática que lhe é colocada, de forma a permitir que o cidadão possa autonomamente tomar suas decisões e exercer seus poderes. A orientação não pode ser uma tomada do poder de decisões, substituindo a vontade do usuário pela do defensor, que, agente estatal, substitui a vontade do usuário pois 'sabe o que é melhor para ele. Conhecendo seu direito, é o usuário quem deve resolver como dele se valer'.

Neste espeque, a orientação jurídica é a peça fundamental nas engrenagens da instituição, visto que permite ao usuário dos serviços empoderar-se dos seus direitos definindo, de forma autônoma, qual postura irá adotar frente a uma eventual violação.

2.5.3. Promoção dos Direitos Humanos.

A Constituição da República, seguindo a modificação trazida pela Lei Complementar 132/2009, ainda previu que caberá à Defensoria Pública a promoção dos direitos humanos, revelando que toda atividade da instituição deve ser permeada para a proteção dos direitos humanos.

Não é demais lembrar que o Estado Democrático de Direito brasileiro tem como um dos seus princípios basilares, a cidadania e a dignidade da pessoa humana³⁸, na forma do artigo 1º, inciso I e III, da CF. Não bastasse isso, o Brasil, em

³⁸ Segundo Fensterseifer (2017, p. 84): "A CF/88 em seu artigo 1º, III, com nítida influência da concepção kantiana suscitada, consagra expressamente a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental edificante do Estado de Direito brasileiro, e, portanto, como ponto de partida e fonte de legitimação de toda a ordem estatal. A dignidade da pessoa humana assume a condição de matriz axiológica do ordenamento jurídico, visto que é a partir desse valor e princípio que os demais princípios (assim como as regras) se projetam e recebem impulsos que dialogam com os seus respectivos conteúdos normativos. A dignidade da pessoa humana, para além de também ser um valor constitucional, configura-se como sendo o princípio de maior hierarquia da CF/88. A dignidade da pessoa humana apresenta-se, além disso, como a pedra basilar da edificação constitucional do Estado (Social e Democrático) do Direito brasileiro, na medida em que, aderindo a uma trajetória consolidada especialmente a partir do pós-guerra e inspirada fortemente na visão humanista de Kant e tantos outros, o constituinte reconheceu que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal. Essa compreensão demarca a equiparação de forças na relação Estado-cidadão, em vista da proteção e afirmação

suas relações internacionais, deve reger-se pela prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, inciso II, da CF). Os direitos humanos são alicerces da sociedade democrática, que reconhece a necessidade do Estado ser o verdadeiro garante destes direitos, criando condições para o seu exercício e, mais importante, não sendo ele próprio o agente violador, daí porque a Defensoria Pública surge como a principal instituição pública na promoção dos direitos humanos, na medida em que os usuários dos seus serviços são aquelas pessoas que, sistematicamente, tem seus direitos aviltados – seja nas relações com particulares, seja pelo próprio Poder Público.

A atuação da Defensoria Pública, portanto, deve sempre ser permeada pela defesa dos direitos humanos, inclusive, na definição do seu plano de atuação institucional. O próprio artigo 4º, inciso III, da LC 80/1994 estabelece esta função, *in verbis*: “III – promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico;”

Nesse sentido, vale destacar as palavras de Weis (2014, vol 1, p. 154):

“O fato é que a criação da Defensoria Pública no Brasil só pode ser realmente compreendida como um órgão destinado à realização dos direitos humanos, e não só a oferecer profissionais destinados a substituir o advogado particular para atuação em casos de litígios interindividuais de baixa complexidade e sem qualquer conteúdo político.

Isso porque a própria Constituição estabelece, logo em seu início, que a República Federativa do Brasil tem, como um de seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana. Logo adiante prevê que são objetivos nacionais ‘construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação’....

Para tanto, a Constituição andou bem ao dotar a Defensoria Pública de atributos e prerrogativas que, ao menos em tese, servem para garantir aos Defensores Públicos a possibilidade de atuação independente e sem que se

existencial desse último, especialmente no que tange à tutela e promoção dos seus direitos fundamentais, o que é especialmente relevante para a proteção dos indivíduos e grupos sociais necessitados”.

sintam ameaçados pelos atos que praticarem, mesmo que contrários aos interesses e opiniões do Governo...”

Ressalte-se que, para ser possível a promoção de direitos humanos, a legislação infraconstitucional e a Constituição da República estabeleceram a autonomia administrativa, funcional e orçamentária e, ainda, os princípios institucionais e prerrogativas da independência funcional, unidade, indivisibilidade, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos e estabilidade³⁹, a fim de evitar que a Defensoria Pública e o próprio defensor público, na sua atuação, esteja sujeito à interferências externas que impeçam o efetivo exercício de suas funções, especialmente, na defesa dos direitos mínimos dos seus usuários.

Apenas à guisa de exemplo, recentemente, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em parceria com a Defensoria Pública da União, criou um mecanismo para verificação de violência por intolerância, chamado de “*Observatório da Violência por Intolerância*”, a fim de coletar dados para subsidiar a atuação em prol de políticas de prevenção e repressão desta forma de violência⁴⁰. Nota-se, portanto, que a instituição, reconhecendo seu papel na promoção dos direitos humanos, realiza importante iniciativa para levantamento de dados sobre violação por intolerância, que está, logicamente, associada à necessidade de promoção de direitos humanos, como impedir a discriminação por raça, religião, orientação sexual, regional, dentre tantas outras.

Mas além do fato de todas as funções estarem permeadas pela promoção dos direitos humanos, passando pela orientação jurídica até a propositura de uma ação coletiva, a Defensoria Pública tem atribuição específica de representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos, na forma do artigo 4º, inciso VI, da Lei Complementar 80/1994.

Logo, considerando que o Brasil é país signatário de diversos tratados internacionais de direitos humanos, os quais, além de obrigações aos Estados e

³⁹ Artigo 134, §2º e 3º da CF e artigo 127 e 128 da Lei Complementar 80/1994.

⁴⁰ Retirado do site <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=6534>, consultado em 03.11.2018.

direitos aos indivíduos, criaram órgãos específicos para verificação do cumprimento das obrigações e respeito aos direitos neles previstos, pelos seus signatários e, a Defensoria Pública, pode agir diretamente na defesa coletiva destes direitos, assim como, pode representar um indivíduo, cujos direitos foram violados, perante estes órgãos.

Exemplificando, o Brasil é parte integrante da Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como “Pacto de San José da Costa Rica”, tendo internalizado o tratado ao ordenamento jurídico, por meio do decreto presidencial 678/1992. Referido tratado possui um rol extenso de direitos civis e políticos, além de uma disposição sobre direitos econômicos sociais e culturais. Além disso, prevê as obrigações dos signatários quanto ao respeito, promoção e efetivação dos direitos nele estabelecidos. Prevê, ainda, os mecanismos para fiscalizar e supervisionar o cumprimento destas obrigações, que são os seguintes órgãos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Assim, a Defensoria Pública poderá levar um caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, até mesmo, representar um indivíduo ou atuar como uma espécie de “amicus curiae” em uma ação de responsabilidade internacional perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Assim, fica claro o papel da Defensoria Pública, enquanto instituição que se revela expressão do regime democrático, visto que tem como uma de suas premissas a defesa inalienável e irredutível dos direitos humanos, que se espraia por todas as suas atribuições, além de ser possível a atuação perante órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos.

2.5.4. Atribuições extrajudiciais: panorama geral.

Dentre todas as atribuições da Defensoria Pública a mais usual é a judicial, isso porque a defesa dos direitos fundamentais atinge, com frequência, o Poder Judiciário, que, na qualidade de poder contra majoritário num ambiente democrático, deve garantir os direitos fundamentais das minorias e dos mais vulneráveis, quando violados.

Não obstante, é fato que a assistência jurídica integral e gratuita prestada pela Defensoria Pública não se resume, naturalmente, à atuação judicial, vez que, como visto, sua finalidade constitucional é a promoção dos direitos humanos e a defesa extrajudicial dos direitos individuais e coletivos. Ou seja, a instituição pode se valer de outros mecanismos estabelecidos em lei para sanar conflitos de interesses, seja entre particulares, como também entre particulares e Poder Público. Para tanto, a Lei Complementar 80/1994 estabelece uma série de funções da Defensoria Pública que dizem respeito à sua atuação extrajudicial, dentre as quais podem ser destacadas:

“Artigo 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

II – promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos;

IV – prestar atendimento interdisciplinar, por meio de órgãos ou de servidores de suas Carreiras de apoio para o exercício de suas atribuições;

XX – participar, quando tiver assento, dos conselhos federais, estaduais e municipais afetos às funções institucionais da Defensoria Pública, respeitadas as atribuições de seus ramos; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

XXII – convocar audiências públicas para discutir matérias relacionadas às suas funções institucionais.”

A importância da atuação extrajudicial da Defensoria Pública é revelada pelo texto Constitucional, mas também, pela própria topografia da Lei Complementar nº 80/1994 ao tratar das atribuições da instituição, que apresenta logo no inciso II o claro compromisso com a solução consensual e extrajudicial dos conflitos, por meio das mais diversas técnicas de composição de conflitos, tais como: a conciliação, a mediação, a arbitragem, dentre outras modalidades.

Verifica-se que a Defensoria Pública é uma instituição compromissada com a pacificação dos conflitos, mediante práticas extrajudiciais, evitando-se, em muitos casos, que haja uma contenda perante o Poder Judiciário, cuja solução pode levar anos para ser adotada, além de não agradar, obrigatoriamente, as partes envolvidas.

Os mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos permitem o entendimento entre as partes, de modo que a solução se amoldará, senão completamente, de forma mais ajustada aos interesses das pessoas envolvidas no conflito.

Aliás, é imprescindível destacar que, cada vez mais, se busca a resolução de conflitos fora do Poder Judiciário, por uma série de razões, dentre as quais podem ser mencionadas: o custo financeiro do processo (custas processuais, taxas, honorários advocatícios); o tempo para solução dos conflitos (a falta de estrutura e recursos humanos podem fazer com que o conflito se arraste por tempo indeterminado); a dificuldade de execução das decisões em judiciais; entre outras razões que culminaram na tendência de se procurar resultados mais profícuos em instâncias diversas daquelas oferecidas pelo Poder Judiciário.

Sobre o tema, válidas as palavras de Reis, Zveibil e Junqueira (2013, p. 70/71):

“A solução jurídica tradicional, ou seja, a jurisdicional, demonstra evidente sinais de desgaste, dado o imenso número de demandas propostas e incapacidade do Estado em providenciar infraestrutura para atender a população que se aventura a tentar romper as portas do Poder Judiciário. Embora importante forma de resolução de conflitos, a jurisdicionalização não é a única e, para muitos, não é também a mais adequada. Outras formas de solução de conflitos podem ser buscadas, sem qualquer distanciamento da Justiça.”

No brilhante estudo, “Acesso à Justiça”, Cappelletti e Garth (2002, p. 68/69), apontam que a terceira onda renovatória do acesso à justiça está ligada, exatamente, à insuficiência da representação judicial. Nesse sentido, vale destacar trecho da obra:

“Cada vez mais se reconhece que, embora não possamos negligenciar as virtudes da representação judicial, o movimento de acesso à Justiça exige uma abordagem muito mais compreensiva da reforma. Poder-se-ia dizer que a enorme demanda latente por métodos que tornem os novos direitos efetivos forçou uma nova meditação sobre o sistema de suprimento – o sistema Judiciário”.

Com efeito, os mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos são uma realidade para que se possa, efetivamente, dar concretude ao direito fundamental de assistência jurídica integral e gratuita, indo muito além da simples judicialização, que podem levar à eternização do conflito.

Ressalte-se, entretanto, que ainda há resistência na utilização destes mecanismos, muito em razão da formação dos acadêmicos de direito voltada à ideia de judicialização, assim como de encontrar no Poder Judiciário o bastião da pacificação social.

Nesse diapasão, são válidas as palavras de Godoy (2015, p. 139/140):

“Imperioso perceber, entretanto, que a solução extrajudicial de conflitos encontra diversas resistências em nosso imaginário jurídico e popular: os próprios defensores e demais juristas são formados em uma cultura judicializante e litigiosa, o que dificulta a criação de meios inovadores e adequados no âmbito extrajudicial... Apesar das forças contrárias, entende-se que a solução extrajudicial de conflitos se apresenta não só como via de desafogo do Judiciário, mas especialmente como instrumento fundamental na ampliação da cidadania, uma vez que insere o sujeito vulnerável nos meios institucionalizados de resolução de conflitos – assegurar-lhes acesso à justiça -, além de valorizar a sua opinião, ideias, aptidões e experiência no processo decisório. Ou seja, tende a inserir, se desenvolvida conjuntamente com as técnicas de educação em direitos, o cidadão de forma consciente – ou, ao menos, mais consciente – no, para ele, obscuro enredo jurídico”.

Em outras palavras, os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos funcionam ao lado do Sistema de Justiça devendo, inclusive, serem estimulados por todas as instituições nele envolvidas. Estes métodos fortalecem o resultado advindo do litígio, visto que contam com a participação direta das partes.

Com efeito, a legislação vem se aprimorando no sentido de incentivar, cada vez mais, a solução extrajudicial, por meio dos diversos métodos. É possível destacar a Lei 9099/1995, que cria os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e conta com um

aparato legislativo voltado para conciliação⁴¹, inclusive, estabelecendo dentro do procedimento uma audiência específica de conciliação (artigo 21); a Lei de Arbitragem (Lei 9307/1996) que, em breve síntese, estabelece um árbitro ou um tribunal arbitral que tem o objetivo de resolver conflitos entre as partes (destacando que a arbitragem pode estar estabelecida no próprio contrato como 'locus' para resolução de um conflito sobre a avença), sendo que a decisão advinda da arbitragem é um título executivo; o Código de Processo Civil de 2015, tem todas as suas premissas voltados à resolução extrajudicial dos conflitos, alterando substancialmente o procedimento comum, estabelecendo uma audiência de conciliação no início do processo; além de prever a criação, no âmbito dos tribunais, de órgãos voltados à conciliação (Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos – CEJUSC); há, ainda, a lei 13.140/2015 que regulamenta a mediação para autocomposição entre particulares e dentro da própria administração pública; no âmbito da tutela coletiva, há o chamado Termo de Ajustamento de Conduta, com base na lei 7347/1985, que nada mais é do que um acordo firmado entre os legitimados a promover ação civil pública e os agentes eventualmente causadores de danos à interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Enfim, há uma série de documentos legais estimulando a autocomposição entre as partes, a decisão tomada fora das alças do Poder Judiciário, sendo que a Defensoria Pública é agente importante na implementação destes diplomas, na medida em que dentro de suas funções deve, prioritariamente, buscar a solução alternativa.

2.5.5. Atribuições judiciais: panorama geral.

Inobstante a priorização da resolução extrajudicial dos conflitos, é fato que o principal meio pelo qual a Defensoria Pública atua para dar concretude aos direitos de seus usuários, individual ou coletivamente, é mediante a atuação judicial perante o Poder Judiciário.

⁴¹ Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

A Defensoria Pública atende um público comumente marginalizado na sociedade, seja do ponto de vista organizacional, seja sob a perspectiva simplesmente econômica, o que resulta na dificuldade em, muitas vezes, exercitar direitos fundamentais, assim como buscar a sua efetivação, quando violados.

Nesse contexto, revela-se indispensável que a Defensoria Pública, na qualidade de instituição voltada à assistência jurídica integral e gratuita, atue diretamente perante o Sistema de Justiça, mais especificamente, perante o Poder Judiciário, com o objetivo de cumprir o seu mister constitucional. Logo, cabe à instituição, atuar perante o Poder Judiciário, em todas as suas instâncias, na defesa dos direitos individuais e coletivos. Daí porque, a Lei Orgânica da Defensoria Pública estabelece uma série de funções para a Defensoria cumprir este papel, conforme se depreende da leitura do artigo 4º. Referido dispositivo traz, minuciosa e detalhadamente, todas as funções institucionais da Defensoria Pública, revelando-se, evidentemente, como um rol exemplificativo, pois o papel da instituição que tem por finalidade a promoção dos direitos humanos se altera, na medida em que a sociedade evoluiu, surgindo novas práticas na consecução deste fim.

O artigo 4º relaciona 22 incisos, em que estão previstas funções judiciais e extrajudiciais da Defensoria Pública. Com relação às funções judiciais, pode-se destacar as seguintes: atuação em favor de pessoas naturais e jurídicas, representação em processos administrativos e judiciais em todas as instâncias; promover ação civil pública na defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos que atendem grupos de pessoas hipossuficientes; fazer uso dos remédios constitucionais na defesa das prerrogativas; promover a ampla defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais dos usuários da Defensoria; ações voltadas à proteção de grupos de pessoas vulneráveis; dentre outras.

Todas estas funções revelam, essencialmente, a atuação da Defensoria Pública perante o Poder Judiciário, com o objetivo de defender direitos, em todas as instâncias, das pessoas necessitadas ou socialmente vulneráveis. Todavia, tendo em vista que o objetivo deste estudo é analisar a atuação da Defensoria Pública na tutela coletiva do direito fundamental à saúde, neste tópico preocupar-se em analisar especificamente os incisos V, VII, X e XI, pois tratam especificamente, da postulação

judicial de direitos, individuais e coletivos, na proteção de pessoas vulneráveis, mas principalmente, para fins de efetivação de direitos sociais fundamentais, dentre os quais se insere, naturalmente, o direito à saúde.

2.5.5.1. Ampla Defesa, Contraditório e Devido Processo Legal

O artigo 4º, inciso V, da LC 80/94, estabelece ser função da Defensoria Pública exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses.

Destarte, caberá ao defensor público, basicamente, valer-se de todos os meios previsto na legislação, a fim de efetivar a defesa dos interesses dos usuários da instituição respeitada, evidentemente, a sua independência funcional.

O dispositivo nada mais faz do que reiterar as garantias fundamentais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. Ou seja, para que o acesso à justiça, na forma do artigo 5º, inciso XXXV, da CF, seja viabilizado, é indispensável que se garantam todos os mecanismos processuais à persecução dos direitos fundamentais, quando ofendidos ou não realizados, seja por um particular, seja pelo próprio Estado – que, infelizmente, se apresenta como um dos maiores ofensores de direitos fundamentais.

Note-se, contudo, que o referido dispositivo trata, especificamente, dos direitos individuais dos usuários dos serviços da Defensoria Pública, tanto na esfera cível (ações de família, cíveis, fazenda pública, entre outras) ou criminal.

Referido dispositivo, ainda, revela uma prerrogativa do defensor público, a saber: recebimento dos autos com vista (artigo 128, inciso I, da LC 80/1994). Isso significa que, em qualquer processo, judicial ou administrativo, o defensor público terá direito a se manifestar diretamente nos autos com vista aberta, ou seja, caberá aos

serventuários e órgãos auxiliares da Justiça disponibilizar os autos do processo à unidade em que está constituída a Defensoria Pública, a fim de viabilizar a atuação do defensor, sob pena de nulidade. Referida prerrogativa é inerente à garantia fundamental da ampla defesa, por uma série de razões que podem ser indicadas: a paridade de armas, na medida em que o Ministério Público dispõe da mesma prerrogativa, tendo a Defensoria Pública se equiparado, constitucionalmente, à instituição em questão; a reconhecida falta de defensores públicos para atuar em todas as comarcas e seções das unidades federativas, que acarreta uma enorme quantidade de serviço, de modo que a prerrogativa permite o melhor atendimento ao usuário, impedindo que haja um prejuízo com os prazos; a melhor organização do trabalho no exercício do contraditório; a falta de estrutura das Defensorias Públicas (além de falta de Defensores, há falta de recursos humanos que auxiliem na atividade-fim); dentre outras questões, que justificam a entrega dos autos com vista ao defensor público.

Outro ponto importante que merece ser destacado é acesso à todas as instâncias, ordinárias e extraordinárias. Uma das grandes causas reveladas por Cappelletti e Garth (2002, p.15/16), no valoroso estudo sobre o “Acesso à Justiça”, que revelam que a dificuldade de se atingir o Poder Judiciário é o custo do processo:

“A resolução formal dos litígios, particularmente nos tribunais, é muito dispendiosa na maior parte das sociedades modernas. Se é certo que o Estado paga os salários dos juizes e do pessoa auxiliar e proporciona os prédios e outros recursos necessários ao julgamento, os litigantes precisam suportar a grande proporção dos demais custos necessários à solução de uma lide, incluindo honorários advocatícios e algumas custas judiciais...Mas os altos custos também agem como uma barreira poderosa sob o sistema, mais amplamente difundido, que impõe ao vencido o os ônus de sucumbência.”

Deste modo, ao prever expressamente o acesso à todas as instâncias e recursos, verifica-se que o obstáculo econômico do custo do processo, não é imposto aos que não têm condições de financiar um litígio. Assim, os usuários da Defensoria Pública poderão ter seus direitos analisados não apenas na primeira instância, como também perante as Cortes Superiores, isto é, Superior Tribunal de Justiça e Supremo

Tribunal Federal, superando a questão dos custos que eventuais recursos ou ações originárias perante estas Cortes possuem.

2.5.5.2. Tutela Coletiva e a Defensoria Pública.

Não bastasse a atuação individual, as mesmas garantias também devem ser observadas à Defensoria Pública na sua atuação coletiva, cuja legitimidade para atuação da Defensoria Pública revela-se na redação do artigo 4º, inciso VII, da LC 80/1994.

Deste modo, a instituição também tem legitimidade ativa para defender judicialmente direitos coletivos (em sentido amplo)⁴².

Ressalte-se que a referida conquista é anterior à Lei Complementar 132/2009, que alterou a LC 80/1994 para incluir tal função como institucional. Desde a regulamentação da Defensoria Pública, com a promulgação da LC 80/1994, discutiu-se a legitimidade ativa da Defensoria Pública para ingressar com ações coletivas, tendo por fundamento o Código de Defesa do Consumidor⁴³, especialmente, o artigo 82, inciso III, que prevê a legitimidade de órgãos públicos da administração, direta e indireta, inclusive sem personalidade jurídica, de promover ações coletivas.

⁴² O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 81, apresenta distinção sobre os direitos individuais homogêneos, direitos coletivos em sentido estrito e direitos difusos. Assim, vale destacar o conceito legal: “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.” De acordo com a mais abalizada doutrina, a diferença entre estes direitos, reside em três aspectos: subjetivo (a titularidade do direito material); objetivo (divisibilidade do direito material) e origem (origem do direito material) (GIDI *apud* ZANETTI JR. e GARCIA, 2018, p. 343)

⁴³ A doutrina processualista, de uma forma geral, releva que o processo coletivo se apresenta por meio de um verdadeiro microsistema, em razão da miríade de leis esparsas que tratam da matéria. Todavia, o mencionado microsistema tem duas leis que lhe são básicas e trazem a estrutura que o delinea, a saber: a Lei da Ação Civil Pública (lei 7347/1985) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/1990). Em ambas as leis há as chamadas normas de reenvio, na medida em que uma lei estabelece que a outra será aplicada no que couber. Nesse sentido, Loredó (2015, Locais do Kindle 1504-1506): “O início do microsistema brasileiro de processo coletivo ocorreu desta forma, por meio da Lei n. 7347/85, que veio a ser complementada pelo Código de Defesa do Consumidor.”

Argumentava-se que, se órgãos públicos sem personalidade jurídica da administração tinham legitimidade ativa, com maior razão a Defensoria Pública poderia atuar. Nessa toada, válidas as palavras de Fensterseifer (2015, p. 88):

“Esse dispositivo, muito embora não trate da Defensoria Pública de modo específico e seja hoje discutível seu enquadramento institucional na “categoria” dos entes e órgãos vinculados à administração (face a sua autonomia constitucional, conforme já tratamos anteriormente), amparou, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial, a legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações civis públicas na seara consumerista.”

Durante muito tempo a Defensoria Pública sustentou sua legitimidade com base neste dispositivo e numa interpretação sistemática do microssistema coletivo, encontrando algumas resistências, mas reconhecimento jurisprudencial em diversos casos⁴⁴.

Somente em 2007 é que a questão sai da esfera interpretativa, doutrinária e jurisprudencial, e passa a ser lei com a inclusão da Defensoria Pública no rol dos legitimados ativos para a propositura de ação civil pública, por meio da Lei 11.448/2007, que acrescentou e alterou o artigo 5º da Lei 7347/1985 (Lei da Ação Civil Pública). Sobre o tema, mais uma vez as palavras de Fensterseifer (2015, p. 90):

⁴⁴ Sobre o tema vale destacar o ementário do Recurso Especial 555111 do STJ, que reconheceu a legitimidade ativa do Núcleo de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro:” PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO NO JULGADO. INEXISTÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA COLETIVA DOS CONSUMIDORES. CONTRATOS DE ARRENDAMENTO MERCANTIL ATRELADOS A MOEDA ESTRANGEIRA. MAXIDESVALORIZAÇÃO DO REAL FRENTE AO DÓLAR NORTE-AMERICANO. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE ATIVA DO ÓRGÃO ESPECIALIZADO VINCULADO À DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO. I – O NUDECON, órgão especializado, vinculado à Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, tem legitimidade ativa para propor ação civil pública objetivando a defesa dos interesses da coletividade de consumidores que assumiram contratos de arrendamento mercantil, para aquisição de veículos automotores, com cláusula de indexação monetária atrelada à variação cambial. II - No que se refere à defesa dos interesses do consumidor por meio de ações coletivas, a intenção do legislador pátrio foi ampliar o campo da legitimação ativa, conforme se depreende do artigo 82 e incisos do CDC, bem assim do artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, ao dispor, expressamente, que incumbe ao “Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor”. III – Reconhecida a relevância social, ainda que se trate de direitos essencialmente individuais, vislumbra-se o interesse da sociedade na solução coletiva do litígio, seja como forma de atender às políticas judiciárias no sentido de se propiciar a defesa plena do consumidor, com a conseqüente facilitação ao acesso à Justiça, seja para garantir a segurança jurídica em tema de extrema relevância, evitando-se a existência de decisões conflitantes. Recurso especial provido.”

“A consagração da legitimidade da Defensoria Pública, agora expressa no artigo 5º, inciso II, da LACP, é decorrência desse “caminhar” iniciado em 1985. A Lei n. 11.448/2007 é resultado de tal ‘quadro maior’ da evolução do Direito Processual Coletivo brasileiro, o que foi substancialmente reforçado pela recente reforma da Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (LC 80/94), por intermédio da LC nº 132/2009, conforme veremos a seguir. Em última instância, ressalva-se que, por ser a LACP, juntamente com o CDC, o diploma legislativo central do Sistema Processual Coletivo, a inclusão da Defensoria Pública no seu rol de legitimados significa a incidência de tal norma em face de todo o ordenamento jurídico processual, alcançando o conteúdo de todos os diplomas e microsistemas legislativos (CDC, ECA, Estatuto do Iodoss, etc.) que regulam a matéria.”

A alteração legislativa colocou a Defensoria Pública, enquanto instituição pública cujo fim é o acesso à justiça aos necessitados (aqui considerados tanto os economicamente, como os grupos sociais vulneráveis), em outro patamar, na medida em que disponibiliza instrumentos processuais destinados à efetivação de direitos em larga escala, e não apenas defendendo individualmente o usuário dos serviços.

É preciso apenas anotar que a referida lei teve sua constitucionalidade questionada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – Conamp, pela ADI 3.943-1. Todavia, o Supremo Tribunal Federal afastou a tese da referida entidade de classe, entendendo, de maneira unânime, que a Defensoria Pública possui legitimidade para promover ações coletivas na defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos⁴⁵.

⁴⁵ Vale destacar a ementa do julgado: “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ART. 5º, INC. II, DA LEI N. 7.347/1985, ALTERADO PELO ART. 2º DA LEI N. 11.448/2007). TUTELA DE INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS (COLETIVOS STRICTO SENSU E DIFUSOS) E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DEFENSORIA PÚBLICA: INSTITUIÇÃO ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDICIONAL. ACESSO À JUSTIÇA. NECESSITADO: DEFINIÇÃO SEGUNDO PRINCÍPIOS HERMENÊUTICOS GARANTIDORES DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E DA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: ART. 5º, INCS. XXXV, LXXIV, LXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE NORMA DE EXCLUSIVIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. (ADI 3943, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-154 DIVULG 05-08-2015 PUBLIC 06-08-2015)”. Disponível em: <
<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3943%2E+NUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3943%2EACMS%2E%29&base=baseAcor daos&url=http://tinyurl.com/ay23h5l>> acesso em: 22.12.2018.

Uma vez reconhecida a legitimidade ativa da Defensoria Pública para propositura de ações coletivas, apresenta-se uma nova perspectiva de atuação, razão pela qual justificaram-se as alterações trazidas pela Lei Complementar 132/2009, que também prevê de forma expressa esta função institucional da Defensoria Pública e, posteriormente, a Emenda Constitucional 80/2014, que alterou substancialmente, como anteriormente exposto, a redação do artigo 134, “caput” da CF, colocando a Defensoria Pública em outro nível na defesa dos direitos fundamentais da população mais vulnerável. Nesse diapasão, os ensinamentos de Bega *in* Milaré (2015, p. 158):

“Assim, combinando o dever constitucional da Defensoria Pública de promover os direitos humanos e defender os direitos individuais e coletivos dos necessitados, bem como a amplitude de sua atuação e a observância de altos índices de exclusão social no país, a instituição se alça a importante agente na defesa dos direitos coletivos, especialmente, por operar na concretização dos direitos fundamentais dos necessitados em âmbito individual, permitindo a identificação de demandas que possam ser recepcionadas e aglutinadas em tutelas coletivas, como forma de prevenir a pulverização e garantir que a resposta judiciária se estenda, de modo molecular, sobre o conflito, afastando o risco de tratamento anti-isonômico aos jurisdicionados”.

A atuação da Defensoria Pública na tutela coletiva, portanto, é fruto de uma longa concretização doutrinária e jurisprudencial que, posteriormente, foi reconhecida pela legislação, primeiramente na própria lei de regência da matéria e, posteriormente, na legislação institucional da Defensoria Pública.

Sobre o tema, as palavras de Sousa são indispensáveis para compreender e situar a consolidação da Defensoria Pública, enquanto instituição socialmente incumbida da defesa de pessoas necessitadas (2009, p. 201):

“Só se pode concluir que a Lei 11.448/2007, ao positivar a legitimidade da Defensoria Pública para pleitos transindividuais - sem embargo do fato de que a legitimidade poderia ser reconhecida mesmo na ausência de lei -, revelou-se uma valiosa ferramenta da efetividade da ordem constitucional pátria. Com a legitimidade, a Defensoria Pública tornou-se, de uma vez por todas,

instituição substancialmente essencial à função jurisdicional do Estado; outrossim, passou a ser verdadeiramente integral a assistência jurídica por ela prestada. Além disso, a Lei 11.448/2007 conectou firmemente o processo coletivo brasileiro ao Estado Social, tirando o primeiro de uma posição embaraçosa do ponto de vista constitucional: bastante evoluído em outros aspectos, nosso sistema coletivo legal deixava de legitimar para as ações coletivas, em um país no qual a esmagadora maioria da população é necessitada, exatamente a instituição voltada para a defesa dos carentes (ao mesmo tempo em que a legitimidade era distribuída, opulentamente, para entidades as mais diversas).”

Isso não significa, a evidência, que a conformação legislativa da legitimidade ativa da Defensoria Pública lhe autorizará a demandar, em qualquer caso, coletivamente, sendo indispensável o atendimento a uma adequação temática, a fim de que se possa delimitar os contornos da referida atuação. Deste modo, considerando que cabe à defensoria pública atuar em favor de pessoas necessitadas, sempre que a tutela coletiva abranger tal grupo, aflorar-se-á a sua legitimidade para atuar. Sobre o tema, Fensterseifer (2015, p. 94):

“Em termos gerais, em nosso entender e de acordo com o que dispõe o artigo 4º, inciso VII, da LC 80/94, deve prevalecer o entendimento de que a Defensoria Pública possui legitimidade ampla e encontra-se perfeitamente legitimada a propor qualquer ação civil pública ‘sempre que tal medida puder beneficiar pessoas necessitadas’, mesmo que apenas *potencialmente*.”

Em síntese, a Defensoria Pública poderá atuar, na defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, sempre que houver indispensável relação de conexão com pessoas necessitadas, ainda que seus efeitos possam beneficiar pessoas que não se enquadram no conceito de necessitado⁴⁶.

⁴⁶ Nesse sentido, destaca-se ementa de decisão do Superior Tribunal de Justiça: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA N. 284/STF. DEFENSORIA PÚBLICA. LEGITIMIDADE PARA PROPOR A AÇÃO CIVIL PÚBLICA. HIPOSSUFICIÊNCIA JURÍDICA. SÚMULA N. 83/STJ. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 211/STJ. ASTREINTES. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA N. 7/STJ. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO. I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015 para o presente Agravo Interno, embora o Recurso Especial estivesse sujeito ao Código

O próprio Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 3943-1, em sede de Embargo de Declaração estabeleceu que a legitimidade da Defensoria Pública não está condicionada à prévia comprovação da hipossuficiência dos possíveis beneficiados pela prestação jurisdicionada, que também foi objeto de Repercussão Geral no RE 733.433/MG, a partir do qual foi editada a seguinte tese:

“A Defensoria Pública tem legitimidade para a propositura da ação civil pública em ordem a promover a tutela judicial de direitos difusos e coletivos de que sejam titulares, em tese, pessoas necessitadas.”

Deste modo, fica evidenciada a legitimidade da Defensoria Pública para atuar coletivamente, reconhecida legalmente, além de ser definido seu contexto de atuação, isto é, sempre que estejam envolvidas pessoas necessitadas, ainda que em tese ou potencialmente, não se limitando a uma carência meramente econômica, mas também organizacional, tal como expõe Maia (2015, p. 357):

“Assim, a conclusão constitucionalmente aceitável é a de que a legitimidade e a intervenção defensorial em processos coletivos - versando sobre necessidades e necessitados sociais - não esteja conectada somente ao critério meramente econômico, mas sim a qualquer espécie de coletividade carente de direitos ("necessitados") - ressalte-se que a interpretação ora

de Processo Civil de 1973. II - O recurso cinge-se a alegações genéricas e, por isso, não demonstra, com transparência e precisão, qual seria o ponto omissivo do acórdão recorrido, bem como a sua importância para o deslinde da controvérsia, o que atrai o óbice da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal. III - O acórdão recorrido adotou entendimento consolidado nesta Corte, segundo o qual a Defensoria Pública possui legitimidade ativa para o ajuizamento de ações coletivas buscando a tutela de direitos difusos, coletivos stricto sensu e individuais homogêneos. Na presente demanda, a Defensoria Pública da União busca, em ação civil pública, a concessão de atendimento de saúde a pessoas com obesidade mórbida, restando evidente a hipossuficiência jurídica dos representados para atuar na defesa dos interesses de toda a coletividade. Aplicação da Súmula n. 83/STJ. IV - A insurgência, no que se refere à apontada violação aos arts. 286, 459, e 462 do Código de Processo Civil de 1973, e 95, do Código de Defesa do Consumidor, carece de prequestionamento, uma vez que não foi analisada pelo Tribunal de origem, aplicável, portanto, o óbice da Súmula n. 211/STJ. V - Rever o entendimento do Tribunal de origem quanto à fixação do valor da multa diária por descumprimento da decisão judicial demandaria necessário revolvimento de matéria fática, incidindo o óbice da Súmula n. 7/STJ. VI - Não apresentação de argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida. VIII - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art.1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso. IX - Agravo Interno improvido. (AgInt no REsp 1704581/MG, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 14/05/2018). Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp> > acesso em: 22.12.2018.

construída, além de ampliar a garantia fundamental de defesa pública coletiva, tem por base a noção de máxima eficácia da 2.^a onda de acesso à Justiça, ou seja, do Processo Coletivo.”

Ressalta-se, outrossim, que a atuação coletiva da Defensoria Pública não está restrita a uma provocação inicial de um determinado usuário ou, até mesmo, de um determinado movimento social, podendo a instituição agir de ofício, caso tome conhecimento, durante sua atuação, de uma determinada situação de violação de direitos de uma coletividade. Exemplificando: caso o defensor público na sua atuação diária tome conhecimento de que um determinado serviço público não existe ou, não está funcionando ou, ainda, funciona mal, poderá ele, sem qualquer provocação, instaurar um procedimento administrativo para coletar informações e documentos junto ao Poder Público competente e, se o caso, ingressar com uma ação coletiva.

No âmbito da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, a Deliberação nº 139/2009 do Conselho Superior da Defensoria Pública – órgão da Administração Superior da Defensoria Pública com poder normativo⁴⁷ - prevê, em seu artigo 7º, que o procedimento administrativo pode ser instaurado de ofício pelo Defensor Público ou a requerimento ou representação formulada por pessoa ou autoridade e, ainda, por designação do Defensor Público-Geral⁴⁸.

A Defensoria Pública, além de legitimidade, possui capacidade para agir sem que, necessariamente, tenha que ser instada por um terceiro, seja ele um órgão, uma entidade privada ou um de seus usuários.

⁴⁷ A Lei Orgânica da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (LC 988/2006) estabelece no artigo 11 os órgãos superiores da instituição, sendo o Conselho Superior um destes órgãos, conforme se verifica do inciso V. Dentre as funções do Conselho Superior da Defensoria Pública estabelecidas no artigo 31 da mesma lei, há o poder normativo, conforme inciso III. Ou seja, o Conselho Superior regulamenta internamente a instituição, por meio de suas deliberações.

⁴⁸ Artigo 7º - O procedimento administrativo de tutela coletiva poderá ser instaurado: I – de ofício; II – em face de requerimento ou representação formulada por qualquer pessoa ou comunicação de outro órgão da Defensoria Pública, ou qualquer autoridade, desde que forneça, por qualquer meio legalmente permitido, informações sobre o fato e seu provável autor, bem como a qualificação mínima que permita sua identificação e localização; III – por designação do Defensor Público-Geral do Estado. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=6237&idModulo=5010>> acesso em: 22.12.2018.

Destarte, estabelecida a premissa de atuação da Defensoria Pública, tanto de forma individual, como coletiva, assim como o alcance desta atuação na defesa de direitos fundamentais, indispensável, neste momento definir o conteúdo do direito à saúde, isto é, se pode ser enquadrado como direito fundamental e, em sendo admissível, se sua titularidade é individual ou coletiva, aspectos que serão analisados no próximo capítulo para que, então, se faça uma verificação da atuação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo na concretização do direito fundamental à saúde, mediante tutela coletiva de direitos.

CAPÍTULO 2. Direito fundamental à saúde.

O capítulo anterior permitiu entender o funcionamento estrutural da Defensoria Pública e, mais ainda, quais as suas atribuições, especialmente, no que concerne à promoção dos direitos fundamentais (artigo 4º, X, da LC 80/1994). Dentre os direitos fundamentais se inserem os direitos sociais, que possuem ampla extensão no texto constitucional (artigo 6º, “caput” da CF). O presente estudo, por sua vez, preocupar-se-á apenas em analisar em que medida a Defensoria Pública pode promover um destes direitos sociais, por via dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos: o direito social à saúde.

E aqui já é válida uma observação importante quanto ao objeto do trabalho: o direito fundamental à saúde, conforme será observado adiante, tem seus alicerces estabelecidos a partir do artigo 196 da Constituição, sendo que a norma em questão estabelece que a saúde é direito de todos é dever do Estado. Não obstante, embora seja um dever do Estado, o constituinte não impossibilitou que o direito à saúde seja implementado, suplementarmente, pela iniciativa privada (artigo 197 e 199 da CF). O presente trabalho, entretanto, cuidará apenas dos conflitos advindos do dever estatal de promover a saúde, não analisando as questões envolvendo contratos de plano de saúde, má-prestação do serviço privado de saúde, pois a estrutura normativa do regime jurídico privado da saúde é diversa e exigiria excessiva ampliação do objeto investigado no trabalho.

Dito isso, é importante, antes de ingressar nos contornos do direito fundamental à saúde, isto é, a previsão normativa, seu conceito, sua aplicabilidade, suas dimensões (direito individual e coletivo) dentre tantos outros aspectos, é de suma importância compreender efetivamente o que se entende por saúde, isto é, se o direito se propõe a proteger constitucionalmente um determinado direito, é necessário, antes de tudo definir o que, efetivamente se pretende proteger. Assim, o ponto de partida é estabelecer um conceito de saúde, levando-se em consideração, o estudo doutrinário sobre o tema, visto que o presente trabalho não se preocupará em formular um conceito próprio de saúde.

1. O conceito de saúde.

Para analisar o direito fundamental à saúde é necessário, evidentemente, entender o objeto deste direito, ou seja, o que se entende por saúde. O desenvolvimento do conceito de saúde, naturalmente, não passa pelas ciências jurídicas - cujo objeto de estudo, simplificadamente, são as normas -, visto que tem suas raízes fincadas nas ciências médicas, mas também em outros campos de estudo, como a história, a sociologia e a filosofia. Definir o que é saúde, portanto, não é uma tarefa fácil.

Nesse sentido, válidas as palavras de Scliar (2007, p. 30) em estudo sobre a história do conceito de saúde:

“O conceito de saúde reflete a conjuntura social, econômica, política e cultural. Ou seja: saúde não representa a mesma coisa para todas as pessoas. Dependerá da época, do lugar, da classe social. Dependerá de valores individuais, dependerá de concepções científicas, religiosas, filosóficas. O mesmo, aliás, pode ser dito das doenças. Aquilo que é considerado doença varia muito.”

Ou seja, o conceito de saúde é variável conforme diversos aspectos, que irão influenciar na sua definição, tendo a história papel relevante na observação da evolução conceitual de saúde.

Na antiguidade, saúde tinha uma perspectiva religiosa, ou seja, a doença nada mais era do que uma punição divina, conforme, novamente, explica Scliar (2007, p 30).

“Assim, a concepção mágico-religiosa partia, e parte, do princípio de que a doença resulta da ação de forças alheias ao organismo que neste se introduzem por causa do pecado ou de maldição. Para os antigos hebreus, a doença não era necessariamente devida à ação de demônios, ou de maus espíritos, mas representava, de qualquer modo, um sinal da cólera divina, diante dos pecados humanos.[...] A doença era sinal de desobediência ao mandamento divino. A enfermidade proclamava o pecado, quase sempre em forma visível, como no caso da lepra. Trata-se de doença contagiosa, que

sugere, portanto, contato entre corpos humanos, contato que pode ter evidentes conotações pecaminosas”.

Em oposição à ideia de saúde do ponto de vista mágico-religioso, surge, ainda na Grécia-antiga, os estudos de Hipócrates, considerado o “pai da medicina”, visto que atribuía à saúde uma análise racional, tal como explicam Araújo e Xavier (2014, p. 137/149):

“É a partir dos escritos atribuídos a Hipócrates, considerado pai da medicina, que a visão mágico-religiosa da saúde/doença começa aos poucos a ser substituída pela concepção racional da medicina. Para Hipócrates, o corpo humano é unidade organizada e a doença é a desorganização desse estado que é causado tanto pela desorganização dos fluidos corpóreos (Teoria Humoral de Hipócrates), quanto por fatores ambientais.”

Em que pese a concepção de saúde de Hipócrates, a saúde, pelo menos na história ocidental, continuou a ser vista, ainda, sob um aspecto sobrenatural, religioso. As pessoas doentes eram levadas a hospitais, não com o objetivo de receberem tratamento para cura, mas receberem abrigo (SCLIAR, 2007, p. 33) ou, até mesmo, serem segregados da sociedade (FOUCAULT, 2017a, p.7).

No entanto, é a partir dos séculos XVII e XVIII que a medicina passa a ser desenvolvida do ponto de vista científico, mediante a elaboração de mecanismos para diagnósticos, o desenvolvimento estatístico de doenças, a especialização de profissionais de saúde.

Foucault, na obra o “Nascimento da Clínica”, retrata esse momento da medicina (2017b, p. X):

“A medicina moderna fixou sua própria data de nascimento em torno dos últimos anos do século XVIII. Quando reflete sobre si própria, identifica a origem de sua positividade com retorno, além de teoria, à modéstia eficaz do percebimento. De fato, este presumido empirismo repousa não em uma redescoberta dos valores absolutos do visível, nem do resolutivo abandono dos sistemas e suas quimeras, mas em uma reorganização do espaço manifesto

e secreto que se abriu quando um olhar milenar se deteve no sofrimento dos homens.”

No mesmo sentir, vale destacar as palavras de Scliar (2007, p.33/34):

“Mas a ciência continuava avançando e no final do século XIX registrou-se aquilo que depois seria conhecido como a revolução pasteuriana. No laboratório de Louis Pasteur e em outros laboratórios, o microscópio, descoberto no século XVII, mas até então não muito valorizado, estava revelando a existência de microorganismos causadores de doença e possibilitando a introdução de soros e vacinas. Era uma revolução porque, pela primeira vez, fatores etiológicos até então desconhecidos estavam sendo identificados; doenças agora poderiam ser prevenidas e curadas. Esses conhecimentos impulsionaram a chamada medicina tropical. O trópico atraía a atenção do colonialismo, mas os empreendimentos comerciais eram ameaçados pelas doenças transmissíveis endêmicas e epidêmicas. Daí a necessidade de estudá-las, preveni-las, curá-las. Nessa época nascia também a epidemiologia, baseada no estudo pioneiro da cólera em Londres, feito pelo médico inglês John Snow (1813-1858), e que se enquadrava num contexto de “contabilidade da doença”. Se a saúde do corpo individual podia ser expressa por números - os sinais vitais -, o mesmo deveria acontecer com a saúde do corpo social: ela teria seus indicadores, resultado desse olhar contábil sobre a população e expresso em uma ciência que então começava a emergir, a estatística.”

Ainda, Araújo e Xavier (2014, p. 117/149):

“Métodos estatísticos, epidemiologia, organização da profissão médica, fisiologia, avanços tecnológicos, etiologia, a urbanização, epidemias, a industrialização e a proletarização, as más condições sanitárias e os altos índices de mortalidade provocaram revolução sobre a medicina e impulsionaram os avanços científicos. A possibilidade de diagnosticar, compreender, prevenir e curar doenças transformou-se em prioridade, tendo como principal finalidade o estabelecimento de medidas de saúde pública e a formação de sanitaristas que, a partir de medidas de controle social, proporcionassem saúde e uma melhor qualidade de vida para as pessoas.”

Porém, no desenvolvimento da medicina se verifica que quando se fala em saúde a preocupação é muito maior com a doença, do que propriamente definir de forma específica o que se entende por sua saúde. Nesse ponto, Batistella (2007, p. 51) apresenta bem a dificuldade enfrentada na conceituação de saúde ao afirmar que ao contrário da doença, cuja explicação foi perseguida de modo incessante pelo homem, a saúde parece ter recebido pouca atenção de filósofos e cientistas.

No mesmo sentido, continua o autor (2007, p 53):

“De acordo com Foucault (1982a, 1982b), a formação da medicina científica moderna se dá a partir de sua subordinação ao desenvolvimento capitalista, que gerou profundas transformações sociais no plano da sociedade e fez emergir uma noção moderna de Estado e de intervenção social. Até meados do século XVIII, a doença era vista como uma entidade que subsistia no ambiente como qualquer outro elemento da natureza. Esse caráter ontológico da doença está presente na transformação da medicina em ‘medicina das espécies’. Por influência de outros campos disciplinares, como a botânica, as doenças foram agrupadas em um sistema classificatório fundado nos sintomas. A organização dessa taxonomia, embora tenha proporcionado bases racionais para a escolha terapêutica, não logrou estruturar um modelo capaz de dar respostas às epidemias cada vez mais frequentes nas cidades modernas, que viviam o industrialismo e o capitalismo emergente. A ruptura desse sistema teórico será realizada com o advento da clínica moderna. O hospital, anteriormente concebido como lugar de exclusão dos doentes e miseráveis do meio social e de exercício de caridade, transforma-se, gradativamente, em local de cura. A substituição do poder religioso pelo dos médicos na organização do hospital, o esquadrinhamento e a divisão de seu espaço interno – permitindo a separação de doentes classificados de acordo com os sintomas – e o registro sistemático e permanente das informações dos pacientes, dentre outros fatores, foram fundamentais para essa mudança. À medida que as doenças passam a ser acompanhadas estatisticamente, o hospital também transforma-se em espaço de produção de conhecimento e de ensino para os médicos-aprendizes. A clínica passa a buscar uma linguagem objetiva, capaz de descrever o ‘signo original’ de forma menos abstrata possível. O sintoma passa a representar a linguagem primitiva do corpo.”

Inobstante a evolução da medicina ao longo da história no enfrentamento de epidemias e doenças, deixando de lado uma concepção mágico-religiosa, passando ao tratamento biológico, mediante evolução científica da medicina, a saúde, enquanto conceito, não é desenvolvida de maneira satisfatória.

Alguns cientistas e filósofos, ainda neste aspecto, conceituam a saúde, simplesmente, como a ausência de doença (SCLIAR apud BOORSE, 2007, p 37) ou a vida no silêncio dos órgãos (CANGUILHEM apud LERICH, 2009, p. 35).

Diante da ausência de um conceito universal do que se entende por saúde, a Organização Mundial da Saúde⁴⁹ (OMS), em 1946, em meio a sua própria criação, tenta solucionar a questão apresentando o seguinte conceito em seu documento de constituição: “um completo estado de bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade”⁵⁰.

Ou seja, a referida instituição vai além do conceito de ausência de enfermidade e atribui à saúde um conceito amplo e abstrato, na medida em que saúde é vai além do aspecto objetivo de oposição à doença ou enfermidade, abarcando aspectos sociais.

Todavia, a amplitude do conceito criado pela organização acabou sendo muito criticada, especialmente, pelo fato de não haver definição do que se entende por bem-estar. Nesse sentido, Sá Júnior (2004, p. 15/16):

Mas bem-estar também significa condição de satisfação das necessidades (conscientes ou inconscientes, naturais ou psicossociais). Nos seres humanos, implica na satisfação das necessidades biológicas, o bem-estar físico; das necessidades psicológicas, o bem-estar mental; e das necessidades sociais, o bem-estar social. E não apenas satisfeitas todas essas necessidades, mas perfeitamente (ou completamente) atendidas,

⁴⁹ A Organização Mundial da Saúde é órgão criado no âmbito da Organização das Nações Unidas, em 1946.

⁵⁰ Conceito extraído da Constituição da Organização Mundial da Saúde elaborada na cidade de Nova Iorque em 22 de julho de 1946. <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswwho.html> consultado em 19.11.2018.

como explicita a OMS. A identificação da saúde com bem-estar pode ter tido a finalidade de superar as dificuldades metafísicas da definição negativa ou o propósito estratégico de dissociá-la dos conceitos de enfermidade e invalidez. E estes dois propósitos foram obtidos. Tem o mérito de incluir as condições psicossociais como de saúde, mas, na prática, revelou seu caráter utópico e sua inoperacionalidade. Como se vê, o conceito de bem-estar não tem a univocidade exigida pelo pensamento científico. Pode significar não se sentir mal, sentir-se bem ou ter satisfeitas suas necessidades. Por isso, o conceito de saúde da definição da OMS, mesmo que estivesse bem construído, dependeria do significado do conceito de bem-estar, ausente dele. A rigor, a proposição da OMS significa que o ente nela caracterizado deve ter perfeita ou completamente atendidas todas as suas necessidades. Isto é, para ser considerado saudável o ser vivo deve ter satisfeitas todas as suas necessidades, quando os humanos criam sempre novas necessidades. O que configura o caráter utópico desta caracterização de saúde.”

Scliar, por sua vez, arremata (2007, p 37):

“A amplitude do conceito da OMS (visível também no conceito canadense) acarretou críticas, algumas de natureza técnica (a saúde seria algo ideal, inatingível; a definição não pode ser usada como objetivo pelos serviços de saúde), outras de natureza política, libertária: o conceito permitiria abusos por parte do Estado, que interviria na vida dos cidadãos, sob o pretexto de promover a saúde.”

No âmbito brasileiro, a VIII Conferência Nacional de Saúde, realizada em Brasília, em 1986, já no momento efervescente das discussões sobre a constituinte, estabelece um conceito de saúde, seguindo a linha da Organização Mundial da Saúde, no que tange a sua amplitude⁵¹:

“Em seu sentido mais abrangente, a saúde é a resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio-ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde. É, assim, antes de tudo, resultado das formas de organização social da produção, o resultado das formas de organização

⁵¹Relatório final da VIII Conferência Nacional da Saúde, realizada em 1986 http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf consultado em 19.11.2018.

social da produção, as quais podem gerar grandes desigualdades nos níveis de vida”.

Nota-se, do referido conceito, chamado de conceito ampliado, que não há qualquer referência à enfermidades, doenças e aspectos biológicos, mas tão somente a ideia de saúde enquanto promoção social e desenvolvimento econômico. Referida conceituação, serviu de base para formular o Sistema Único de Saúde, nos moldes do artigo 196 da Constituição da República de 1988 e da lei 8080/1990, não obstante, não deixou de ser objeto de críticas, tendo em vista que ignora a dicotomia saúde-doença. Expondo as críticas, destacam-se as palavras de Lunardi *apud* Caponi (1999, p.29):

“[...]primeiro, a perda de referência a uma especificidade biológica ou psíquica da enfermidade, excluindo da polaridade saúde-doença qualquer afecção não resultante das condições sociais dos indivíduos, como já abordado em relação às populações dos países mais ricos. Como segundo problema, indica a ampliação e a extensão do conceito que permitiria a inserção de praticamente todos os âmbitos da existência dos homens numa relação de saúde-doença, possibilitando a sua medicalização, isto é, tornando, de uma certa forma, até “desejável” a medicalização da existência. Dentre outros equívocos possíveis, decorrentes do uso de um conceito de saúde tão abrangente, é ressaltado o perigo nas exigências de ‘reivindicações e direitos que nem sempre podem ser reduzidos à parâmetros de saúde, como é o caso, por exemplo, do direito à autonomia, como ao legitimar uma extensão de respostas ‘terapêuticas’ para qualquer conflito social’.”

Diante do exposto, nota-se que o conceito de saúde é objeto de intensa discussão e estudado sob diversos aspectos ao longo do tempo, não sendo possível, de plano, apresentar um conceito universal, nem fechado. Não obstante, é preciso destacar que saúde, à despeito das críticas formuladas, deve ser enxergada de forma ampla, no sentido de assegurar ao indivíduo e à coletividade o necessário a uma vida digna, tanto do ponto de vista biológico (saúde-doença), quanto do âmbito social (saúde-desenvolvimento social), tendo em vista que, como será visto a seguir, a saúde foi alçada como direito fundamental na Constituição da República de 1988.

2. A saúde enquanto direito fundamental.

Tomando por base que saúde é um conceito que abrange grande variação, mas se apresenta com aspectos individuais e coletivos, físicos/biológicos e sociais, é indispensável verificar se a saúde, enquanto bem a ser protegido, pode ser considerada um direito e, mais importante ainda, um direito fundamental. Para isso, faz-se indispensável uma análise do conceito de direito fundamental, isto é, o que se entende por direito fundamental, assim como qual o regime jurídico dos direitos fundamentais para, enfim, estabelecer se o direito à saúde, enquadra-se como direito fundamental.

2.1. Evolução histórica dos direitos fundamentais

Conceituar direitos fundamentais é tarefa árdua, a qual a doutrina ainda se desdobra. A dificuldade está no fato de quais premissas se adotam para definir o seu conceito, daí porque surgem diversas teorias para conceituar direitos fundamentais.

Não obstante, é indispensável, abordar um breve histórico sobre os direitos fundamentais. Aliás, o surgimento dos direitos fundamentais é indissociável do próprio surgimento do Constitucionalismo moderno. Com o fim do Estado Absoluto, após as revoluções liberais (Independência dos Estados Unidos e Revolução Francesa, respectivamente, 1776 e 1789), a sociedade consegue se livrar das amarras de submissão impostas pelo Monarca/Imperador/Rei, estabelecendo que é o próprio povo o titular do Poder, surgindo a necessidade de estabelecer um texto de constituição do Estado, estabelecendo limites a sua atuação, limites estes que não permitam a indevida interferência do Estado na vida do povo, do cidadão. Um destes limites estabelecidos nas Constituições são os chamados direitos fundamentais.⁵²

⁵² Sobre a limitação do Poder pelo Direito, imprescindíveis as palavras de Ferreira Filho (2010, p.82): “A limitação do Poder pelo Direito, por um direito anterior à Constituição, é muito clara no constitucionalismo antigo e certamente é mantida pelo constitucionalismo moderno na sua versão pós-positivista. Com efeito, se a Constituição se destina, conforme o artigo 16 da Declaração de 1789, a garantir direitos (subjctivos), ela presume um Direito (objetivo) que a precede.” Ainda sobre a noção de limitação do Estado pelos direitos, Mendes e Branco (2013, p.136): “Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos e, depois, deveres perante o Estado, e que os

O final do século XVIII é marcado por revoluções que revelam a necessidade de se assegurar a liberdade ao indivíduo, visto que está intimamente ligado a teorias econômicas liberais, a fim de diminuir a gerência do Estado sobre os negócios das pessoas, principalmente, da chamada burguesia. Sobre o tema disserta Fonte (2015, p.92):

“No início, o Estado tinha o papel restrito à garantia da segurança de sua população (de ameaças internas e, especialmente, externas), e cobrava os tributos para a realização deste relevante serviço. Este momento inicial decorre das revoluções burguesas do século XVIII, das quais se destacam a Revolução Francesa e a Independência americana, ocasião em que ocorre a fundação do Estado de Direito, de cunho marcadamente liberal. Neste momento histórico os ditos direitos naturais, especialmente o direito à chamada liberdade natural do homem, são afirmados contra o Estado. É também neste ponto que o modelo absoluto, baseado em classes e estamentos, marcado pelos caprichos de governantes despóticos e pela centralização do poder estatal, encontra, finalmente, o colapso. No modelo pretérito a reunião de poderes nas mãos do soberano implicava a sua submissão às próprias regras que criava[...] Como dito, os direitos fundamentais nesta ocasião inaugural eram vistos como esferas de liberdade do indivíduo contra o Estado, pois visavam meramente circunscrever o primeiro em perímetro impenetrável pelo segundo.”.

Nesse sentido, a liberdade (aqui entendida sobre suas diversas formas, como liberdade de ir e vir, liberdade de pensamento, liberdade de iniciativa, entre outras) é inserida dentro de um contexto de indispensável proteção em favor do indivíduo contra o Estado, ganhando relevante status no sistema jurídico, diante da sua essencialidade, daí porque é chamada de direito fundamental.

A evolução da sociedade, principalmente com o crescimento da indústria na Europa ocidental, revela, em meados do século XIX, a necessidade de que o Estado esteja presente, também, para garantir direitos fundamentais, mediante prestações em favor do cidadão, visto que o liberalismo desenfreado revelou-se como

direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades do cidadão”.

causa de extrema desigualdade social na comparação entre aqueles que detêm os meios de produção e os que são a mão de obra, razão pela qual surge a necessidade do Estado intervir diretamente na prestação de determinados direitos básicos e essenciais ao indivíduo, na medida em que indispensável assegurar uma igualdade material entre os indivíduos, que vá além da mera igualdade formal, já atingida, nas medidas da época, pelas revoluções liberais.. Surge, então o constitucionalismo social e, por via de consequência, os chamados direitos sociais fundamentais. Nesse contexto, válidas as palavras de Miranda (2010, p. 23):

“Contrapostos aos direitos de liberdade são, nesse século e no século XX, reivindicados (sobretudo, por movimentos de trabalhadores) e sucessivamente obtidos, direitos económicos, sociais e culturais – direitos económicos para garantia da dignidade do trabalho, direitos sociais como segurança na necessidade e direitos culturais como exigência de acesso à educação e à cultura e em último termo de transformação da condição operária. Nenhuma Constituição posterior à primeira guerra mundial deixa de os outorgar, com maior ou menor ênfase e extensão. Sabe-se, porém, que são diversas – muito mais diversas de que os do Estado liberal – as configurações do Estado social. Os antagonismos ideológicos, os desníveis de estádios de desenvolvimento e as diferenças de culturas e de práticas sociais não só subjazem aos contrastes de tipos constitucionais como explicam realizações e resultados variáveis de país para país”.

Em meados do século XX, com o fim da 2ª Guerra Mundial, a criação da Organização das Nações Unidas em 1945 e elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, visando impedir a ocorrência das atrocidades cometidas contra o ser humano e na busca de paz social, verifica-se a necessidade de proteção de interesses que vão além do indivíduo em si, mas da própria coletividade, daí porque há um terceiro momento de evolução dos direitos fundamentais, voltando-se à proteção da dignidade do indivíduo, mas também da proteção da coletividade. Nesse terceiro momento, tem-se os chamados de direitos de solidariedade, assim definidos por Ferreira Filho (2010, p. 89):

“A expansão dos direitos fundamentais não encontrou termo com a Declaração Universal. Poucos anos após sua edição, uma nova conscientização – que parece ainda não plenamente consolidada – veio à luz.

Fato a ser notado, desenvolveu-se especialmente nos foros internacionais. Tem ela duas facetas. Uma, já aceita de modo geral, corresponde a uma reação contra males que se manifestam no âmbito interno dos Estados (embora possam ter repercussão fora deles). Traduz interesses coletivos, de repercussão na condição de vida das comunidades e, portanto, de seus integrantes, porém não individualizáveis [...] A segunda, que tem forte apelo internacional, contudo sem maior reflexo no âmbito constitucional, reflete o inconformismo com a disparidade de nível de desenvolvimento entre os povos. Deriva da ideia de fraternidade entre os povos. Afirma direitos, como o direito ao desenvolvimento, o direito à autodeterminação dos povos (modo velado de afirmar o direito à independência das colônias dos Estados Europeus), o direito à paz, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade”.

Com efeito, os direitos fundamentais apresentam intensa evolução, de acordo com a modificação da própria sociedade, mormente, com base em novos modelos e meios de vida, que impelem sempre que se busque a proteção contra violações de direitos⁵³. Ressalte-se, ainda, que há quem entenda já haver outras categorias de direitos fundamentais, tais como Bobbio (2004, p. 9), ao tratar do patrimônio genético:

“Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente

⁵³ É preciso ressaltar que parcela da doutrina, ao fazer este esboço histórico sobre direitos fundamentais, costuma utilizar as expressões gerações ou dimensões de direitos fundamentais. Todavia, tendo em vista que no presente trabalho não se pretende estudar com profundidade a teoria dos direitos fundamentais, opta-se por não se valer destas expressões, tendo em vista que são objeto de intensa crítica, diante de sua terminologia limitadora. Nesse sentido, Miranda (2010, p. 24): “Conquanto esta maneira de ver possa ajudar a apreender os diferentes momentos históricos de aparecimento dos direitos, o termo geração, geração de direitos, afigura-se enganador por sugerir uma sucessão de categorias de direitos, umas substituindo-se às outras – quando, pelo contrário, o que se verifica em Estado social de direito é um enriquecimento crescente em resposta às novas exigências das pessoas e das sociedades. Nem se trata de um mero somatório, mas sim de uma interpenetração mútua, com a consequente necessidade de harmonia e concordância prática. Os direitos vindos de certa época recebem o influxo dos novos direitos, tal como estes não podem deixar de ser entendidos em conjugação com os anteriormente consagrados: algumas liberdades e o direito de propriedade não possuem hoje o mesmo alcance que possuíam no século XIX, e os direitos sociais adquirem um sentido diverso consoante os outros direitos garantidos pelas Constituições. Tão pouco as pretensas gerações correspondem a direitos com estruturas contrapostas: um caso paradigmático é o do direito à intimidade ou à privacidade só plenamente consagrado no século XX. E há direitos inseridos numa geração que ostentam uma estrutura extrema complexa: é o caso do direito ao ambiente.”.

se trata.⁹ O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído. Mas já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo.”

Ou seja, os direitos fundamentais estão sempre em plena evolução, na medida em que, ante à mudança da sociedade e das relações humanas, o homem vê a necessidade de ampliar a sua esfera de proteção, ante às possíveis arbitrariedades que podem ser cometidas a seu patrimônio, seja pelo próprio Estado, seja nas relações privadas.

2.2. Teorias sobre direitos fundamentais.

A doutrina, diante da complexidade da matéria, apresenta diversas teorias para justificar os direitos fundamentais, partindo de momentos históricos diferentes, teorias políticas diversas, questões envolvendo a própria evolução da sociedade, de modo que não é possível determinar uma teoria como a mais adequada para explicar o conceito de direitos fundamentais, especialmente, ante à pluralidade de direitos que receberam esta designação no texto da Constituição da República de 1988.

Bello Filho (2014, p. 79) aponta que nenhuma das teorias de direitos fundamentais resolve satisfatoriamente o problema da conceituação:

“Nenhuma destas teorias se impõe aos sistemas constitucionais complexos do mundo contemporâneo – de forma que não traria resultados satisfatórios conceber os direitos fundamentais sob a ótica de apenas uma linha teórico-política. Tampouco os direitos fundamentais limitam-se a uma única função ou restringem-se à uma dimensão objetiva ou subjetiva. A multifuncionalidade dos direitos fundamentais, e a possibilidade de irradiarem efeitos objetivos e subjetivos indicam que nenhuma das teorias unipontuais é capaz de oferecer uma resposta contemporaneamente adequada.”

Com efeito, não é possível adotar um conceito de direitos fundamentais definitivo partindo-se de apenas um ponto de vista teórico e jusfilosófico, na medida em há várias teorias para explicar a fundamentalidade dos direitos, de modo que identificaremos algumas destas teorias.

A primeira delas é a Teoria Liberal dos Direitos Fundamentais, ou seja, o fundamento desta teoria é ligado a um valor específico, que é a liberdade (FONTE, 2015, p.105). São fundamentais apenas aqueles direitos ligados à autonomia do indivíduo, que se contrapõe ao Estado.

Bello Filho apresenta o conteúdo do que se entende por direitos fundamentais a partir da Teoria Liberal (2014, p. 80):

“As pré-compreensões à teoria dogmática que constituem o universo da teoria liberal dos direitos fundamentais veem a todos como direitos de autonomia do cidadão frente ao Estado,⁴⁹ ou direitos de liberdade do indivíduo frente ao Estado. São normas de distribuição de competências entre os indivíduos e o poder politicamente organizado, e apenas são supostas a partir de uma diferenciação entre a esfera do indivíduo e a esfera do Estado. Os direitos fundamentais são tomados como entidades pré-estatais, e são frutos de uma construção social e de uma construção racional, e definem uma esfera de liberdade individual que se opõe à participação do Estado, funcionando como limitador do exercício de poder. A liberdade enquanto direito fundamental possui delineamentos que não são criados ou estabelecidos pelo Estado, mas que são apenas reconhecidos por ele, pois o precedem.”

Ou seja, para a Teoria Liberal são direitos fundamentais as liberdades que se opõem ao Estado e, inclusive, são anteriores a sua própria existência, limitando o exercício de seu poder.

Outra teoria que busca explicar a fundamentalidade de um direito é a Teoria Social, pela qual se verifica a necessidade da presença do Estado para afirmação dos direitos fundamentais, ou seja, é indispensável a existência do Estado, para que se possa exercitar os direitos fundamentais, inclusive, as liberdades. Sobre o tema Bello Filho (2014, p. 82):

“Se a teoria liberal via na abstinência do Estado, a atitude de preservação dos direitos fundamentais, a teoria social vê na necessidade de interferência do Estado para a afirmação dos direitos a única possibilidade de sua realização plena. Há um conjunto de posições jurídicas dos cidadãos em relação ao Estado que podem ser defendidas processualmente e que representam o exato sentido dos direitos fundamentais, em paralelo com uma dimensão subjetiva e outra institucional. As bases desta pré-compreensão residem na percepção das funções e obrigações do Estado para com a sociedade, e na compreensão da necessidade de limites à liberdade individual. Dito de outra maneira, os direitos fundamentais desde uma teoria social não são apenas os direitos de liberdade, mas acima de tudo os direitos a prestações do Estado para diminuir as desigualdades oriundas dos exercícios – arbitrários ou não – do próprio direito à liberdade. Como anota Böckenförd, o ponto de partida desta teoria reside nas consequências derivadas da teoria liberal dos direitos fundamentais.”

Nesse sentido, a Teoria Social dos direitos fundamentais aponta para a necessidade de presença do Estado para assegurar direitos de liberdade, mas também para que estes direitos não sejam exercidos arbitrariamente causando desigualdades sociais.

Por fim, possível destacar a Teoria Democrática dos Direitos Fundamentais, segundo a qual parte-se de um valor democrático para solucionar conflitos, a partir da pluralidade da sociedade contemporânea, assim descrita por Fonte (2015, p. 119):

“Um terceiro grupo de teorias são as chamadas democrático-procedimentais a respeito dos direitos fundamentais. Em sentido amplo, todas as elas partem de um mesmo pressuposto: o valor da democracia como instrumento para a pacificação de conflitos sociais, os quais decorrem das diversas concepções de bem que os indivíduos e grupos sustentam na esfera pública, resultante do pluralismo nas sociedades contemporâneas.”

A referida Teoria Democrática parte das ideias de Jürgen Habermas, no sentido de que se identifica a fundamentalidade de um direito a partir de uma ideia de proteção de direitos baseado na preservação do processo comunicativo (FONTE,

2015, p.124), ou seja, será fundamental os direitos indispensáveis à manutenção da democracia.

No caso, verifica-se que as teorias dos direitos fundamentais buscam explicar a fundamentalidade dos direitos a partir de movimentos políticos e filosóficos, que partem de premissas diversas, o que certamente não significa que somente uma teoria é aplicável, ou apenas uma está correta.

2.3. Conceito de Direitos Fundamentais

Estabelecidas as premissas históricas dos direitos fundamentais e as suas teorias, é preciso definir o conceito de direitos fundamentais. O objetivo do presente trabalho, conforme exposto alhures, não é, logicamente, verificar a validade dos conceitos e teorias sobre direitos fundamentais, mas apenas apresenta-las, para o fim de entender que o bem “saúde”, encontra-se inserido no contexto da proteção dos direitos fundamentais, lhe sendo aplicável o seu regime jurídico.

De acordo com Khamis, a fundamentalidade de um direito está ligada a razões de ordem sistêmica, lógica e ética (2017, p. 166). Nesse sentido, do ponto vista sistêmico é fundamental um direito que tenha precedência sobre outro sob o ponto de vista sistêmico, na medida em que atua como fundamento de outros direitos. Assim, para exemplificar, o autor destaca, sob uma ótica sistêmica, que o direito à igualdade serve de suporte ao direito ao acesso à cargos públicos (KHAMIS, 2017 p. 166).

Sob o ponto de vista lógico, um direito é fundamental quando funciona como fundamento de validade ou de existência de outros direitos. Nesse sentido, o direito à vida é fundamento de validade de qualquer outro direito que possa a ser exercido por alguém, assim como é fundamento de validade do exercício de direitos pelo nascituro, que fica condicionado ao nascimento com vida (KHAMIS, 2017, p. 166).

Por fim, do ponto de vista ético, Khamis afirma a fundamentalidade de um direito, quando fundado em valores vigentes e socialmente aceitos por uma coletividade em dado momento histórico (2017, p. 166/167):

“Finalmente, a fundamentalidade de um direito pode ser estruturada sobre bases éticas, isto é, estar fundada nos valores vigentes e socialmente aceitos por uma coletividade em certo momento histórico. Aqui, portanto, um determinado direito será considerado fundamental, não por causa de uma estruturação sistêmica, nem mesmo com vistas a uma relação lógica de precedência, mas sim por garantir juridicamente - por meio de norma dotada de coercibilidade - os valores considerados essenciais (fundamentais) para o bem viver naquela sociedade. É esse o fundamento que reflete o significado de fundamentalidade arraigado, contemporaneamente, na consciência dos povos. Isso posto, pode-se concluir que direito fundamental é um direito garantido por uma norma jurídica (direito objetivo), que reflete uma opção valorativa considerada essencial para o bem viver dentro do panorama ético vigente em determinada sociedade, num dado contexto histórico, e que pode ser exercido por determinado sujeito que se enquadre na hipótese normativa prescrita (direito subjetivo), acarretando a terceiros um dever (dever jurídico) de obediência, sob pena de coerção.”.

Ou seja, o conceito de direito fundamental está ligado a ideia de valores éticos, daquilo que se entende por mais importante dentro de uma sociedade, o que vale realmente a pena proteger juridicamente em favor dos indivíduos, sejam estes direitos de liberdade individuais, direitos sociais, direitos coletivos, direito ao patrimônio genético, enfim, o que torna um direito fundamental é o valor que se apresenta na sua construção, sendo, contudo, indispensável a sua positivação no ordenamento jurídico.

Nesta linha, vale destacar as palavras de Comparato (MENDES apud COMPARATO, 2012, p. 221 e seguintes):

“São os direitos que, consagrados na Constituição, representam as bases éticas do sistema jurídico nacional, ainda que não possam ser reconhecidos, pela consciência jurídica universal, como exigências indispensáveis de preservação da dignidade humana”.

Logo, os valores que compreendem as bases éticas de uma sociedade e que se encontram positivados no ordenamento jurídico, podem receber a denominação de direito fundamental.

Parcela da doutrina, ao partir da lógica do conceito ético dos direitos fundamentais, revela que o fundamento inerente à fundamentalidade de direito está arraigado na dignidade da pessoa humana. Os direitos fundamentais são pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana (MENDES e BRANCO, 2013, p. 140).

Aliás, neste ponto, vale observar que se apresenta uma diferenciação entre a fundamentalidade material e a fundamentalidade formal dos direitos fundamentais, já tomando por base, inclusive, o texto constitucional de 1988. Isso porque, não necessariamente, os direitos fundamentais estão todos expressos ou implícitos no rol do artigo 5º da CF e seus parágrafos, mas sim sob uma ótica de defesa da importância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, aliado à necessidade de observância à dignidade da pessoa humana. Sobre o tema, válidas as palavras de Sarlet (2013, vol. 102, p. 13 e seguintes):

“Nesta quadra, um dos maiores desafios para quem se ocupa do estudo da abertura material do catálogo de direitos e garantias é justamente o de identificar quais os critérios que poderão servir de fundamento para a localização daquelas posições jurídico-fundamentais, como tais não expressamente designadas pelo Constituinte, mas que ainda assim integram o catálogo constitucional de direitos fundamentais, desnecessário aprofundar a noção de que a dificuldade varia de acordo com o caso específico em exame[...] Assim, numa primeira aproximação, se com relação às normas de direitos fundamentais integrantes do Título II (Dos direitos e garantias fundamentais) se admite a existência de uma presunção de que sejam normas constitucionais (e fundamentais) em sentido material, no que diz com a identificação e fundamentação de direitos implícitos ou positivados em outras partes da Constituição, não se poderá dispensar um exame acurado no sentido de que sejam guindadas à condição de direitos fundamentais (compartilhando, de tal sorte, do regime reforçado de tais direitos na ordem constitucional) apenas posições jurídicas implícita ou expressamente consagradas, e que efetivamente sejam de tal sorte relevantes no que diz com seu conteúdo e significado, a ponto de merecerem o status de direitos fundamentais, em sentido material e formal, ou mesmo apenas material, quando for este o caso.”.

Deste modo, possível concluir que os direitos fundamentais são, antes de tudo, valores éticos, reconhecidos pela sociedade em dado momento sociedade, dotados de positivação no ordenamento jurídico, a fim de que seja possível a respectiva coerção, aliados ao valor da dignidade da pessoa humana, dignidade esta reconhecida pelo texto constitucional, no artigo 1º, inciso III, como princípio fundamental da república federativa do Brasil.

2.4. O regime jurídico dos direitos fundamentais

Partindo-se da ideia de direitos fundamentais acima exposta, indispensável verificar em que regime jurídico se insere a proteção dos direitos fundamentais. Neste ponto, válido apresentar algumas das características comumente apontadas pela doutrina, assim como as suas classificações e funções. Diante dos limites inerentes do presente trabalho, não haverá preocupação em explorar as eventuais críticas existentes aos elementos acima apontados.

2.4.1. Características dos direitos fundamentais

A doutrina, de uma maneira geral, aponta as seguintes características que seriam comuns aos direitos fundamentais: a universalidade, a historicidade, a relatividade e a aplicabilidade imediata.

No que tange à **universalidade**, reconhece-se que todos têm direito a um mínimo de direitos, que deve ser protegido. Nesse sentido, Novellino afirma que (2015, p. 313):

“A vinculação ao valor liberdade e, sobretudo, à dignidade humana conduz à sua universalidade. A existência de um núcleo mínimo de proteção à dignidade deve estar presente em qualquer sociedade, ainda os aspectos culturais devam ser respeitados. Por isso, a validade universal não significa uniformidade”.

Outra característica apontada pela doutrina é a **historicidade**, ou seja, os direitos fundamentais são reflexos de evolução histórica, de modo que o tempo reflete a sua evolução e conquista, não significando que uma nova proteção de um direito significa o alijamento de outro, mas sim de uma verdadeira soma na esfera de patrimônio juridicamente tutelado. Falando sobre a evolução dos direitos fundamentais, Mendes e Branco (2013. p. 144):

“Essa evolução é impulsionada pelas lutas em defesa de novas liberdades em face de poderes antigos – já que os direitos fundamentais costumam ir-se firmando gradualmente – e em face das novas feições assumidas pelo Poder. O fenômeno leva Bobbio a concluir a que os direitos não nascem todos de uma só vez, ‘nascem quando devem ou podem nascer, Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para suas indigências; ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitação do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor”.

O fenômeno da historicidade, inclusive, foi abordado anteriormente, quando da apresentação da evolução dos direitos fundamentais, de modo que desnecessário tecer maiores minúcias sobre este ponto.

Outra característica que não se pode deixar de abordar, inclusive, diante do grande investimento teórico em que diversos juristas se debruçam e, até hoje, é objeto de grande discussão, é a característica da **relatividade**, os direitos fundamentais, não são considerados absolutos, eles comportam limitações.

Sobre o tema, Novelino (2015, p. 313):

“A tese da existência de direitos absolutos é incompatível com a ideia de que todos os direitos são passíveis de restrições impostas por interesses coletivos ou por outros direitos também consagrados na constituição. A impossibilidade de prevalência simultânea de dos direitos colidentes, sem que haja uma cedência recíproca, impõe o reconhecimento da relatividade desses direitos.”

Da Silva (2006, p. 23 e ss) apresenta brilhante trabalho sobre a possibilidade de restrições ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais, mediante uma análise do suporte fático das normas de direitos fundamentais, especialmente, as chamadas teorias interna e externa. Em seu trabalho, o autor concluiu que há relatividade no conteúdo dos direitos fundamentais, comportando, portanto, restrições e colisões entre direitos, que devem ser resolvidas pelo critério da proporcionalidade:

“A principal versão de uma teoria relativa para o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é aquela que o vincula à regra da proporcionalidade. Segundo essa versão, a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais nada mais é do que a consequência da aplicação da regra da proporcionalidade nos casos de restrições a esses direitos. Ambos os conceitos - conteúdo essencial e proporcionalidade - guardam uma íntima relação: restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos. É nessa característica que reside o caráter relativo da proteção ao conteúdo essencial. Isso porque a definição desse conteúdo não é baseada simplesmente na intensidade da restrição, ou seja, uma restrição não invade o conteúdo essencial simplesmente por ser uma restrição intensa. À intensidade da restrição são contrapostos os graus de realização e de importância dos outros princípios envolvidos no problema. Por isso, uma restrição que possa ser considerada como leve pode, mesmo assim, segundo uma teoria relativa, ser encarada como invasão do conteúdo essencial de um direito: basta que não haja fundamentação suficiente para ela. Nesse sentido, restrições não fundamentadas, mesmo que ínfimas, violam o conteúdo essencial a partir das premissas relativistas. E violações às vezes mais intensas podem ser consideradas constitucionais, i.e., não violadoras do conteúdo essencial.”⁵⁴

Nesse sentido, verifica-se que os direitos fundamentais, não obstante a sua relevância e estatura no ordenamento jurídico, comporta limites ou restrições, de modo que não são considerados absolutos, sendo que a doutrina apresenta métodos específicos para resolver estes conflitos inerentes à relatividade dos direitos fundamentais.

⁵⁴ Sobre restrições de direito fundamentais indispensável a leitura da obra “Teoria dos Direitos Fundamentais” de Robert Alexy.

Por fim, a doutrina, de forma majoritária, identifica ainda outra característica relevante dos direitos fundamentais, que é a **aplicabilidade imediata**.

Quanto à aplicabilidade dos direitos fundamentais, indispensável a redação da norma contida no artigo 5º, §1º da CF, segunda a qual: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”. Referida norma também passa por intensa discussão doutrinária, no que diz respeito aos limites da sua aplicação, isto é, se ele se refere especificamente aos direitos fundamentais estabelecidos no próprio artigo 5º da Constituição. Neste primeiro ponto, vale destacar as palavras de Gotti (2012, p. 65), para quem:

“A interpretação literal do dispositivo em questão – reforçada pela sistemática e teleológica – aponta para a conclusão de que ele se aplica à integralidade dos direitos fundamentais, quer estejam positivados no artigo 5º, quer nos artigos 6º e 17, ou nos localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais (artigo 5º, §2º)”.

Logo, o primeiro ponto a ser destacado é que a redação do referido dispositivo deve ser integrada a todo e qualquer direito fundamental, não se limitando, inclusive, aos direitos fundamentais previstos na Constituição, visto que o próprio constituinte estabeleceu que há outros direitos fundamentais que não estão expressamente previstos no texto constitucional – aqui vale destacar a importância do conceito de fundamentalidade material.

No mesmo diapasão, Sarlet (2015, p. 8097 - Kindle):

[...] Neste sentido, percebe-se, desde logo, que o Constituinte não pretendeu, com certeza, excluir do âmbito do art. 5º, § 1º, de nossa Carta, os direitos políticos, de nacionalidade e os direitos sociais, cuja fundamentalidade – pelo menos no sentido formal – parece inquestionável. Também não há como sustentar, no direito pátrio, a concepção lusitana (lá expressamente prevista na Constituição) de acordo com a qual a norma que consagra a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais abrange apenas os direitos, liberdades e garantias (Título II da CRP) que, em princípio, correspondem aos direitos de defesa, excluindo deste regime reforçado (e não apenas quanto a este aspecto) os direitos econômicos, sociais e culturais do Título III da

Constituição portuguesa. A toda evidência, a nossa Constituição não estabeleceu distinção desta natureza entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, encontrando-se todas as categorias de direitos fundamentais sujeitas, em princípio, ao mesmo regime jurídico, o que também parece corresponder (ao menos no concernente ao disposto no artigo 5º, § 1º, da CF) ao entendimento dominante no Supremo Tribunal Federal.”.

Por outro lado, outro problema que surge quanto à interpretação da referida norma é a medida desta aplicabilidade, ou seja, quais os efeitos produzidos pelos direitos fundamentais, ou melhor colocando, qual a eficácia dos direitos fundamentais, ante a este mandamento de aplicabilidade imediata. Aqui há uma grande celeuma doutrinária. Gotti, resume de forma objetiva os posicionamentos quanto à interpretação do referido dispositivo, e nos valeremos dele para esta exposição (2012, p. 66/67):

“As concepções acerca do significado do princípio da aplicabilidade imediata previsto no artigo 5º, §1º, da Carta de 1988 oscilam entre: a) posições extremamente tímidas, que sustentam que o dispositivo em comento não pode atentar contra a natureza das coisas, de modo que boa parte dos direitos fundamentais apenas alcança sua eficácia nos termos e na medida da lei (Manuel Gonçalves Ferreira Filho); b) posições intermediárias, que advogam que os direitos fundamentais são, em princípio (na medida do possível), diretamente aplicáveis, excetuadas duas hipóteses: a. quando Constituição expressamente remete à concretização do direito fundamental ao legislador, estabelecendo que o direito somente será exercido na forma prevista em lei; b. quando a norma de direito fundamental não contiver os elementos mínimos indispensáveis que lhe possam assegurar aplicabilidade, no sentido de que não possui a normatividade suficiente à geração de seus efeitos principais sem que seja necessária a assunção, pelo Judiciário, da posição reservada ao legislador (Celso Bastos); c) posições mais otimistas, que defendem a tese da inexistência, em nossa Constituição, de normas programáticas, na medida em, além da norma que consagrou a norma de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, o Constituinte cuidou para que fossem criados instrumentos processuais aptos a combater também a omissão por parte do legislador e dos demais órgãos estatais, nomeadamente o mandado de injunção (artigo 5º, inciso LXXI, da CF) – ele me constituindo um autêntico direito-garantia fundamental – e ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, §2º, da CF).”

Ou seja, a doutrina apresenta divergente interpretação sobre a eficácia dos direitos fundamentais, ante à norma que determina a sua aplicação imediata, pois há direitos que dependem, necessariamente, de conformação normativa. Todavia, o posicionamento que aparenta ser o mais adequado e concernente com o que dispõe o referido dispositivo é no sentido de que a norma em questão impõe um fundamento de máxima efetividade dos direitos fundamentais, sendo imediatamente aplicáveis o tanto quanto possível (GOTTI, 2012, p. 67).

No mesmo sentido, as palavras de Sarlet (2015, p. 9217-9219 – Kindle)

“É necessário ter sempre em mente, por outro lado, que na base de todos os desenvolvimentos que não de seguir se encontra o postulado otimizador da máxima eficácia possível, bem como a presunção em favor da aplicabilidade imediata e da plenitude eficaz”.

Portanto, toma-se como conclusão que independentemente das espécies de direitos fundamentais, as quais serão vistas adiante, é indispensável buscar a sua máxima eficácia independentemente de conformação legislativa, sendo, inclusive, possível a sua judicialização, em caso de serem negligenciados. Contudo, indispensável também verificar quais são as espécies de direitos fundamentais apresentadas pela doutrina.

2.4.2. Espécies dos direitos fundamentais

A doutrina costuma apresentar diversas classificações sobre as espécies de direitos fundamentais. Uma das classificações mais utilizadas é fundamentada no próprio desenho trazido pelo constituinte, isto é, levando-se em consideração a organização dos direitos fundamentais na Constituição de 1988 (Título II), a saber: direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos (MORAES, 2013, p. 29). Ou seja, o critério para

classificação das espécies fundamenta-se, exclusivamente, com base na organização legislativa e literal do texto constitucional.

Outro critério bastante utilizado para identificar espécies de direitos fundamentais leva em consideração a característica da historicidade dos direitos fundamentais, ou seja, a evolução histórica, de modo que seria possível identificar gerações/dimensões de direitos fundamentais, sendo a primeira geração a dos chamados direitos civis e políticos, a segunda geração dos direitos sociais, a terceira geração dos direitos de solidariedade e assim por diante (BOBBIO, 2004, p. 9).

Todavia, para esse trabalho iremos optar pela identificação das espécies a partir das funções dos direitos fundamentais de Georg Jellinek, que classifica os direitos fundamentais a partir de 04 status: o status passivo, o status negativo/*libertatis*, status positivo/*civitatis* e status da cidadania ativa (ALEXY, 2015, p. 255).

O status, para Jellinek, nada mais é do que a relação com o Estado que qualifica o indivíduo. Nesse sentido, um status é alguma forma de relação entre cidadão e Estado (ALEXY, 2015, p. 255). A partir dos referidos status é possível, então, classificar os direitos fundamentais, conforme suas funções.

O **status passivo** é aquele por meio do qual o indivíduo encontra-se numa relação de sujeição em relação ao Estado, ou seja, ele possui obrigações e deveres que devem ser cumpridos, assim como proibições. Assim, define Alexy (2015, p. 257):

“Portanto, estar em um status passivo nada mais significa que se encontrar em uma determinada posição que possa ser descrita com o auxílio das modalidades de dever, proibição e competência – ou de seu converso, a sujeição. Aquilo que é obrigatório ou proibido pode variar tanto quanto objeto da competência ou da sujeição”.

O **status libertatis ou negativo**, para Jellinek representa simplesmente faculdades jurídicas não-protégidas, isto é, ações do indivíduo que seriam irrelevantes para o Estado (ALEXY, 2015, p. 259). Por outro lado, a própria doutrina (ALEXY, 2015,

p. 259), afirma que o status negativo não se resume, exclusivamente, a faculdades jurídicas, mas também aos chamados **direitos de defesa ou de não-embaraço**. Nesse sentido, Novelino (2015, p. 311):

“Em sentido amplo, que é mencionado pela maior parte da doutrina, refere-se aos direitos de defesa, compreendido como direitos a ações negativas do Estado voltadas à proteção do status negativo em sentido estrito. Sob esta óptica, impõe aos órgãos estatais o dever de não intervir na esfera de liberdade dos indivíduos (não agir, não fazer algo, abster-se...). Como se pode notar, o status passivo e negativo são antagônicos, pois este tem como conteúdo as liberdades individuais (faculdades) e aquele as obrigações impostas aos indivíduos (deveres e proibições)”

O terceiro status apresentado por Jellinek é o **status positivo**, que nada mais é do que o direito do indivíduo exigir do Estado ações estatais. Nesse sentido, válidas as palavras de Alexy (2015, p. 265):

“...o cerne do status positivo revela-se como o direito do cidadão, em face do Estado, a ações estatais. É a esse ponto que Jellinek se refere quando declara que o status positivo é “exatamente o contrário do negativo”. Ao direito de *a*, em face do Estado, à ação estatal *h* corresponde o dever do Estado, em face de *a*, de realizar essa ação.”

Com efeito, nesse contexto se enquadram os chamados direitos a prestação ou prestacionais, que nada mais são aqueles pelos quais o cidadão pode exigir do Estado que adote alguma providência para que possa exercer seus direitos, inclusive, as liberdades inerentes ao ser humano.

Neste espeque, válidas as palavras de Mendes e Branco (2013, p. 159/160):

“Se os direitos de defesa asseguram as liberdades, os direitos prestacionais buscam favorecer as condições materiais indispensáveis ao desfrute efetivo dessas liberdades. Os direitos a prestação supõem que, para a conquista e manutenção da liberdade, os Poderes Públicos devem assumir comportamento ativo na sociedade civil.

O traço característico dos direitos a prestação está em que se referem a uma exigência a prestação positiva, e não de uma omissão. Na relação jurídica, ao direito prestacional corresponde a uma obrigação de fazer ou dar.”

A doutrina, ainda, ao tratar de direitos prestacionais costuma apontar duas modalidades de direitos fundamentais prestacionais ou de status positivo, a saber: direitos procedimentais/organizacionais (ALEXY, 2017, p. 470 e ss) ou jurídicos (MENDES e BRANCO, 2013, p. 160) e direitos prestacionais em sentido estrito (ALEXY, 2017, p. 499 e ss) ou materiais (MENDES e BRANCO, 2013, p. 160). Os primeiros referem-se à efetivação jurídica pelo Estado do direito fundamental, sendo que alguns deles podem depender de normas infraconstitucionais para serem efetivados. Já os segundos são provenientes da concepção social do Estado, com a finalidade de perseguir a igualdade material entre os indivíduos, a fim de impedir ou atenuar as desigualdades.

Para este trabalho, importará a análise dos direitos prestacionais em sentido estrito, isso porque, como será visto a seguir é o *locus* em que se enquadra o direito à saúde. Alexy assim define esta espécie de direito fundamental (2017, p. 499):

“Direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito”.

Por fim, Jellinek aponta um último status que é o **status ativo**, o qual se refere à capacidade do cidadão em participar das decisões a serem tomadas politicamente. Nesse sentido, afirma Alexy (2017, p. 268):

“Aquilo que o dever e a obrigação impostos aos indivíduos representam para o status passivo, que a faculdade representa para o status negativo e que o direito a algo representa para o status positivo é representado para o status ativo ou status da cidadania ativa pelo conceito de competência. Para que o

indivíduo seja inserido nesse status, a ele 'devem ser outorgadas capacidades que estejam além de sua liberdade natural, como, por exemplo, o direito de votar.'.

Portanto, a partir da teoria de Jellinek sobre as funções dos direitos fundamentais, pode-se chegar a 3 espécies de direitos fundamentais: direitos fundamentais de defesa ou de proteção (status negativo), direitos fundamentais prestacionais (status positivo) e direitos fundamentais de participação (status ativo).

3. O direito fundamental social à saúde.

Tomando por base esta breve análise do conceito de saúde – bem jurídico tutelado pela Constituição – e de uma teoria dos direitos fundamentais, chega-se à imperiosa necessidade de se verificar se o direito à saúde é um direito fundamental, assim como em que espécie de direito fundamental ele melhor se insere e, ainda, qual é a aplicabilidade de norma constitucional que o prevê.

Antes de tudo, contudo, é necessário localizar o direito à saúde na Constituição da República. A saúde é prevista enquanto direito no artigo 6º, “caput”, cujo teor ora se transcreve:

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

Ou seja, o direito à saúde está expressamente previsto em norma constitucional, no título II (dos direitos e garantias fundamentais), capítulo II (direitos sociais). Apenas pela posição topográfica do direito à saúde, já é possível concluir que se trata de um direito fundamental, lançado no rol de direitos sociais.

Não bastasse isso, o direito à saúde também possui regulamentação específica na Constituição, no título VIII (da ordem social), capítulo II (da seguridade

social), seção II (da saúde), a partir do artigo 196 da CF⁵⁵. Ou seja, além de prever o direito à saúde enquanto direito fundamental, a Constituição regulamentou as linhas

⁵⁵ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

§ 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. (Parágrafo único renumerado para § 1º pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento); (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015)

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

I - os percentuais de que tratam os incisos II e III do § 2º; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015)

II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

IV - (revogado). (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015)

§ 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 51, de 2006)

§ 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 63, de 2010) Regulamento

§ 6º Além das hipóteses previstas no § 1º do art. 41 e no § 4º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 51, de 2006)

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

mestras do referido direito, inserindo-o dentro do contexto da seguridade social, que possui orçamento próprio (artigo 195 da CF), inclusive, destinando diretamente o mínimo de recursos que cada ente deve investir na saúde. E mais: o Constituinte colocou o Estado como o principal destinatário do comando que determina a promoção do direito fundamental à saúde. Destarte, o direito à saúde é, essencialmente, de natureza pública, podendo o particular prestá-lo de forma suplementar (art. 199 da CF).

Com efeito, o Constituinte não se limitou a enumerar os direitos fundamentais sociais de maneira genérica, mas primou pela criação de parâmetros na efetivação destes direitos, mecanismos que o Estado e a própria sociedade devem adotar, mediante ações e programas. Nesse sentido, as palavras de Piovesan (2015, p. 53):

“Nesse passo, a Constituição de 1988, além de estabelecer no artigo 6º que são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, ainda apresenta uma ordem social com um amplo universo de normas que enunciam programas, tarefas, diretrizes e fins a ser perseguidos pelo Estado e pela sociedade. A título de exemplo, destacam-se os dispositivos constitucionais constantes da ordem social, que fixa como diretrizes de todos e deveres do Estado a saúde (art. 196), a educação (art. 205), as práticas desportivas, dentre outros.”

§ 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização. Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Deste modo, o Constituinte tratou do direito à saúde de forma ampla, atribuindo-lhe claramente o regime dos direitos fundamentais, com alta carga de importância para sociedade, mas que, claramente, devem ser analisados conforme seu desenho constitucional.

O primeiro ponto a ser destacado é que o direito à saúde é um direito social, na medida em que o constituinte pretendeu precipuamente garantir a todos os cidadãos condições materiais de ter sua saúde garantida, principalmente, para aqueles que não têm condições, por meios próprios, de acessar o sistema de saúde privado, que como visto é suplementar. Trata-se, assim, de previsão necessária para o cumprimento dos objetivos da República estabelecidos no artigo 3º, inciso III, de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Mas, mais do que isso, os direitos sociais, dentre os quais se insere o direito à saúde, estão essencialmente ligados aos direitos de defesa ou liberdades individuais, na medida em que a sua efetivação permite o exercício dos referidos direitos, ou seja, não há como se falar em liberdade de expressão, de pensamento, de manifestação, sem que o indivíduo tenha suas mínimas condições de saúde para exercê-las. Sobre o tema expõe Gotti (2012, p. 47):

“A finalidade precípua dos direitos sociais, é a de assegurar, como se vê, a existência das condições materiais essenciais para o exercício do direito à liberdade individual, a consolidação da democracia, por meio da garantia não apenas da igualdade formal, mas, sobretudo, da igualdade material, como igualdade de oportunidades.”

No mesmo sentido, Bahia e Abujamra (2010, p. 46):

“Vale lembrar, também, que a expressão direitos sociais é utilizada comumente para designar a tutela de bens jurídicos que visam o alcance da justiça social. Os direitos sociais, então, têm por finalidade a melhoria das condições de vida dos cidadãos tidos como hipossuficientes, no afã de se atingir a tão sonhada igualdade social, o que, evidentemente, perpassa pela

devida concretização do direito à saúde a que alude o texto constitucional brasileiro.”

Estabelecida esta premissa, é imprescindível verificar, levando-se em conta a classificação extraída da teoria dos status de Georg Jellineck, em qual espécie se enquadra o direito fundamental social à saúde.

Partindo-se da referida classificação, o direito à saúde pode ser enxergado sob dois aspectos: enquanto abstenção, na medida em que o Estado deve se abster de praticar qualquer conduta que possa agravar a saúde dos cidadãos, nessa perspectiva, verifica-se que o direito à saúde se enquadra como direito de defesa (status negativo), aliando-se à preservação da integridade física e psíquica do indivíduo; por outro lado, essencialmente, enquanto direito prestacional (status positivo), na medida em que cabe ao Estado, expressamente, adotar medidas (ações, diretrizes, programas), para efetivar o direito à saúde.

Sobre o tema Sarlet e Figueiredo (2014, p. 117):

“O direito fundamental à saúde (na condição de um direito em sentido amplo) envolve, outrossim, um complexo de posições jurídico-subjetivas e de direito a prestações. Como direito de defesa (ou direito negativo), o direito à saúde visa à salvaguarda da saúde individual e pública contra ingerências indevidas, por parte do Estado ou sujeitos privados, individual e coletivamente considerados [...] Como direito a prestações em sentido estrito, o direito à saúde abarca pretensões de fornecimento de variadas prestações materiais (tratamentos, medicamentos, exames, internações, consultas, etc.)”

Esta última é a que nos importa para o presente trabalho, pois é com base neste dever prestacional (ou dever de prestação material), que o Estado é constantemente acionado no Judiciário para ser impelido a cumprir o mandamento constitucional estabelecido no artigo 196 da CF.

Neste contexto, aqui já surge um ponto de extrema relevância ao presente trabalho: tendo em vista que o direito à saúde é um direito fundamental, se enquadrando na espécie de direito prestacional, quando o Estado se omite na

efetivação deste direito, não oferecendo, materialmente, as condições para o seu exercício, apresenta-se, por via de consequência, um conflito – que pode ter natureza individual ou coletiva – entre cidadão/sociedade, que dependem do serviço de saúde, e o Estado que deve prover o serviço, mas possui limitação de recursos para a efetivação. Assim, o conflito é levado ao Poder Judiciário, como garante de direitos fundamentais, o que, como veremos, tem abarrotado a justiça com uma série de ações judiciais envolvendo o direito à saúde, em diversos aspectos.

Neste diapasão, o direito fundamental à saúde previsto na Constituição impõe ao Estado a adoção de políticas públicas para sua conformação, mediante programa e ações. Sobre o conceito de política pública, válidas as palavras de Fonte (2015, p. 53):

“Logo, as políticas públicas compreendem as ações e programas para dar efetividade a comandos gerais impostos pela ordem jurídica que necessitam de ação estatal. Portanto, são ações levadas a cabo pela Administração Pública que se encaixam nesta definição”.

Barcellos segue a mesma linha (2005, p. 90):

“Nesse contexto, compete à Administração Pública efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica e, para isso, cabe-lhe implementar ações e programas dos mais diferentes tipos, garantir a prestação de determinados serviços, etc. Esse conjunto de atividades pode ser identificado como 'políticas públicas'. É fácil perceber que apenas por meio das políticas públicas o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição (e muitas vezes detalhados pelo legislador), sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais que dependam de ações para sua promoção.”

Portanto, o direito fundamental à saúde, para ser implementado, depende de uma atuação positiva do Poder Público, o que, como será visto, não retira a possibilidade de judicialização, diante da sua colocação no ordenamento constitucional enquanto direito fundamental.

Ainda analisando o regime jurídico dos direitos, imprescindível verificar a aplicabilidade do direito fundamental social à saúde, à luz do artigo 5º, §1º da CF. Como visto acima, são várias as linhas interpretativas do referido dispositivo, sendo que a que nos aparenta ser a mais adequada é que a aplicabilidade imediata se refere, essencialmente, à máxima efetivação dos direitos fundamentais, isto é, deve-se primar por dar maior aplicabilidade possível aos direitos fundamentais, desencadeando todos os seus efeitos.

A questão que se apresenta, no entanto, é em que medida é possível buscar a máxima efetividade dos direitos fundamentais em se tratando de direitos sociais, especificamente, do direito à saúde, visto que dependem de prestações positivas do Estado para sua conformação, ou seja, que sejam criadas condições materiais, fáticas para o seu exercício, mediante a destinação de recursos.

Neste contexto, no que tange à aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais de natureza prestacional apresenta-se o conflito entre a sua aplicabilidade direta e imediata e a escassez de recursos do Estado⁵⁶. Sabe-se que o Estado possui limitações de recursos, bem como necessidade de aloca-los conforme a disponibilidade. Todavia, tal limitação não pode servir de barreira para efetivação dos direitos fundamentais, especialmente, no que concerne ao mínimo existencial do qual cada indivíduo necessita para viver (artigo 1º, inciso III, da CF, princípio da dignidade da pessoa humana).

Nesse sentido, válidas as palavras de Miranda (2010, p. 33):

⁵⁶ Sobre a escassez de recursos do Estado na efetivação dos direitos fundamentais sociais, Sarlet (2012, Locais do Kindle 9526-9537) “Já há tempo se averbou que o Estado dispõe apenas de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais de tal sorte que a limitação dos recursos constitui, segundo alguns, em limite fático à efetivação desses direitos. Distinta da disponibilidade efetiva dos recursos, ou seja, da possibilidade material de disposição, situa-se a problemática ligada à possibilidade jurídica de disposição, já que o Estado (assim como o destinatário em geral) também deve ter a capacidade jurídica, em outras palavras, o poder de dispor, sem o qual de nada lhe adiantam os recursos existentes. Encontramo-nos, portanto, diante de duas facetas diversas, porém intimamente relacionadas, que caracterizam os direitos fundamentais sociais prestacionais. É justamente em virtude destes aspectos que se passou a sustentar a colocação dos direitos sociais a prestações sob o que se denominou de uma “reserva do possível”, que, compreendida em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma.”

“Todavia, por regra (insista-se), o conteúdo essencial de todos os direitos deverá sempre ser assegurado, e só o que estiver para além dele poderá deixar ou não de o ser em função do juízo que o legislador vier a emitir sobre a sua maior ou menor relevância dentro do sistema constitucional e sobre as suas condições de efectivação.”

Sobre o tema, ainda, válidas as palavras de Gotti, a partir das lições de Ana Paula de Barcellos (2012, p. 74/75), sobre o mínimo existencial dos direitos sociais:

“O mínimo existencial – como já ressaltado – tem sido identificado pela doutrina, como o direito à educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados (aqui compreendida a alimentação, o vestuário e ao abrigo) e o acesso à justiça, com rendimento mínimo garantido, prestações de assistência social básica e subsídio de desemprego [...] As prestações fáticas mencionadas, que integram o conteúdo do ‘mínimo existencial’, por se imporem como regra (e não princípio), devem ser disponibilizadas pelo Poder Público com prioridade e com relação a elas não pode ser arguida a ‘reserva do possível’”.⁵⁷

⁵⁷ Aqui vale uma importante anotação. A definição de “mínimo existencial” é fruto de intensa discussão na doutrina, sendo que não se pretende neste trabalho, tendo em vista a problemática posta e os seus objetivos, enfrentar o debate sobre a matéria, mas apresentar um conceito que seja mais adequado e, cujo qual, vem sendo adotado pela maioria da doutrina e nas próprias decisões judiciais. Sobre o “mínimo existencial”, ainda, possível destacar outras posições, como a do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, no Comentário Geral nº 3, ao analisar o cumprimento dos Estados ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, afirmou em seu item 10 “Com base na vasta experiência obtida pelo Comitê, assim como pelo organismo que o precedeu, ao longo de um período de mais de uma década de exame dos relatórios dos Estados- partes, o Comitê é da opinião de que um núcleo mínimo de obrigações para assegurar a satisfação de níveis mínimos essenciais de cada um dos direitos é incumbência de cada Estado- parte. Assim, por exemplo, um Estado- parte em que qualquer número significativo de indivíduos é privado de gêneros alimentícios essenciais, de cuidados essenciais de saúde, de abrigo e habitação básicos ou das mais básicas formas de educação está, à primeira vista, falhando para desincumbir-se de suas obrigações em relação ao Pacto. Se o Pacto fosse interpretado no sentido de não estabelecer tal núcleo mínimo de obrigações, seria largamente privado de sua razão de ser. Além disso, deve ser observado que em relação a qualquer avaliação no sentido de verificar se o Estado se desincumbiu desse núcleo mínimo de obrigações, deve-se também levar em conta as restrições de recursos disponíveis no país considerado. O artigo 2º (1) obriga cada Estado- parte a tomar as medidas necessárias “até o máximo de seus recursos disponíveis”. Para que um Estado- parte atribua seu fracasso em cumprir seu núcleo mínimo de obrigações à falta de recursos disponíveis, ele deve demonstrar que todo esforço foi feito para usar todos os recursos que estão à disposição” o num empenho para satisfazer, como matéria de prioridade, essas obrigações mínimas.” Extraído do site: <<http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/pb/dhparaiba/2/c3.html>> consultado em 05.12.2018.

Portanto, não se pode chegar a conclusão outra que não seja a aplicabilidade direta e imediata do direito fundamental à saúde, no que tange à obrigação do Poder Público criar as mínimas condições para o seu exercício, sob pena de incorrer em grave omissão constitucional.

No entanto, no próximo capítulo será analisada a possibilidade de judicialização do direito fundamental à saúde, tanto sob o aspecto individual, quanto coletivo, assim como o atual estado das demandas de saúde no âmbito do Estado de São Paulo e, ainda, a atuação coletiva da Defensoria Pública do Estado de São Paulo na concretização deste direito, a fim de se verificar se há, de fato, atuação da Defensoria em demandas coletivas de saúde para efetivação de políticas públicas.

CAPÍTULO 3. Da justiciabilidade coletiva do direito fundamental à saúde no Estado de São Paulo e a atuação da Defensoria Pública.

Estabelecidas as premissas básicas sobre o direito fundamental à saúde, verifica-se que tem sido extremamente comum o acionamento do Poder Judiciário com o objetivo de que este direito venha a ser concretizado pelo Poder Público, em situações de omissões e violações, levando o Judiciário a ser o definidor da implementação do referido direito, especialmente, em demandas individuais, gerando, por consequência, dificuldade orçamentária ao Poder Público na alocação de recursos para concretização do postulado constitucional e das suas leis conformadoras.

Nesse sentido, passa-se a analisar a fundamentalidade do direito à saúde, enquanto direito subjetivo, possibilitando a sua judicialização, apresentando-se a seguir dados da judicialização numa perspectiva ampla nacional e, posteriormente, restringindo a análise da judicialização no Estado de São Paulo, extraíndo-se informações sobre a judicialização coletiva para que, ao final, seja possível analisar o “estado da arte” da atuação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo nas demandas coletivas de saúde.

1. Da exigibilidade do direito fundamental à saúde – direito subjetivo.

Diante do desenho constitucional do direito fundamental à saúde, especialmente, ante à necessidade de sua promoção por políticas públicas, coloca-se o questionamento se é possível o acionamento do Poder Judiciário para implementação do direito? Melhor especificando, o direito à saúde possui natureza subjetiva?

Conforme exposto acima, os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata e direta e, no que tange ao direito fundamental à saúde, a sua aplicabilidade visa a garantir um mínimo existencial a todo indivíduo, com o objetivo de reduzir as desigualdades sociais. Ou seja, o Poder Público tem o dever constitucional de garantir a promoção da saúde.

Todavia, é preciso definir se o fato de ser considerado um direito fundamental com aplicabilidade imediata e direta resulta aos cidadãos em um direito subjetivo à prestação da saúde, ou seja, se considerando a redação do artigo 6º, “caput” da CF e, ainda mais importante, a redação do artigo 196, é possível exigir do Poder Público a prestação do direito à saúde – seja do ponto de vista coletivo ou individual – no Poder Judiciário.

Preliminarmente, é preciso destacar que a doutrina costuma apontar duas dimensões aos direitos fundamentais, a dimensão subjetiva e a dimensão objetiva.

A dimensão objetiva está ligada a uma ideia de direitos fundamentais enquanto princípio básico da ordem constitucional. Nesse sentido, válidas as palavras de Mendes e Branco (2013, p. 167):

“A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípio básico da ordem constitucional. Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação [...] Os direitos fundamentais, assim, transcendem a perspectiva de garantia das posições individuais, para alcançar a estrutura das normas que filtram os valores básicos da sociedade política, expandindo-se para todo o direito positivo”.

Ainda sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, destacam-se os válidos ensinamentos de Sarlet:

“[...]os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais[...]” (2012, Locais do Kindle 3446-3448)

Neste diapasão, a partir de uma análise da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, conclui-se que, para além de garantir direitos aos indivíduos, os direitos fundamentais trazem vetores interpretativos importantes ao ordenamento jurídico, impedem ainda que haja qualquer tipo de arbitrariedade do Poder Público no exercício das suas funções, assim como dos próprios particulares.

Por outro lado, a função que mais se destaca para o presente trabalho e que, de fato, exige maior apreciação é a dimensão subjetiva do direito fundamental à saúde, ou seja, a possibilidade de deduzir uma pretensão para o seu exercício perante o Poder Judiciário. Nesse sentido, aqui vale novamente destacar as palavras de Mendes e Branco (2013, p. 167):

“A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais corresponde à característica desses direitos de, em maior ou menor escala, ensejarem uma pretensão a que se adote um dado comportamento ou se expressa no poder da vontade de produzir efeitos sobre certas relações jurídicas”.

O ponto fulcral é saber se, considerando a configuração jurídico-constitucional do direito à saúde, ele possui uma dimensão subjetiva, isto é, se ele cria ao indivíduo uma posição subjetiva, um direito subjetivo de exigir do Estado – no caso da saúde pública – a efetivação deste direito.

A qualificação de direito subjetivo é objeto de inúmeros debates doutrinários⁵⁸, de modo que vale aqui trazer as ideias de Alexy para quem direito subjetivo é uma expressão que se caracteriza com um supraconceito para posições bastante distintas, destacando, entre tais posições, encontram-se: direitos à algo que, em breve síntese, revela-se como direito à ações negativas e positivas do Estado; liberdade, no sentido de liberdade de proibições e exigências; e, por fim, competências, que são, em apertada síntese, ações institucionais, ou seja, o direito subjetivo enquanto competência, pressupõe a existência de regras constitutivas, chamadas de “normas de competência” (ALEXY, 2017, p.193/253).

⁵⁸ Sarlet, de maneira bem explicativa, elucida a complexidade da temática: “Abstraindo todas as significações que poderiam ser atribuídas à perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, inclusive em face da própria polissignificatividade do termo “subjetivo” (ainda que nos restrinjamos à seara jurídica), cumpre, desde já, assinalar que, sob a epígrafe “perspectiva subjetiva”, é nossa intenção traçar, em linhas gerais, em que sentido tomamos o termo “direito subjetivo” como referido aos direitos fundamentais, fundamentais, até mesmo pelo fato de que a noção de direito subjetivo, a despeito de toda sorte de críticas e controvérsias em torno de seu conteúdo e significado, segue sendo essencial para o Direito e para os direitos fundamentais. Neste contexto, deixaremos de adentrar até mesmo a interessante (mas inesgotável) discussão em torno da própria conceituação de direito subjetivo, ainda não completamente pacificada no seio da dogmática jurídica publicista e privatista. (2012, Locais do Kindle 3641-3648)

Deste modo, os direitos fundamentais, sob uma perspectiva subjetiva ampla seriam o direito a ações negativas e positivas do Estado, liberdades e poderes/competências. No caso, considerando que se está tratando de direitos fundamental social à saúde, sob uma perspectiva subjetiva, evidentemente, a visão que mais nos interessa é o direito a ações positivas do Estado.

Com efeito, é possível concluir que o direito fundamental à saúde, dentro da sua dimensão subjetiva, permite o seu exercício perante o Poder Judiciário, tendo em vista que se impõe ao Estado o dever de prestar a saúde em seus mais diversos aspectos, como a promoção, proteção e recuperação, principalmente, quando se está diante de uma situação em que o mínimo existencial não é atingido pelas políticas públicas que o Estado deveria implementar, mas deixa de fazê-lo.

Aliás, vale frisar que, tendo em vista a natureza individual e coletiva do direito à saúde, as pretensões podem surgir tanto sob um prisma do direito de determinado cidadão, como também de um grupo ou entidade. Nesse sentido, vale destacar as palavras de Sarlet e Figueiredo (2014, 119):

“À semelhança de outros direitos socioambientais, o direito à saúde apresenta uma titularidade simultaneamente individual e transindividual (coletiva e até mesmo difusa), que não se esgota em nenhum desses aspectos e autoriza, com isso, que seja exigível judicialmente tanto por ações individuais, quanto por procedimentos coletivos, segundo as circunstâncias concretas. A caracterização como direito coletivo, ou mesmo interesse difuso em certas hipóteses, não exclui a titularidade individual do direito à saúde, visto, que, a despeito de questões ligadas à saúde pública e coletiva, o direito à saúde não perde o cunho individual decorrente de sua relação com a proteção da vida, a integridade física e corporal, a dignidade humana e o mínimo existencial de cada indivíduo, pois não é o fato de todas as pessoas terem problemas de saúde que torna um direito exclusivamente coletivo, pois também o direito à vida não é um típico direito coletivo.”

O direito fundamental à saúde, portanto, revela-se como um direito fundamental social, de natureza subjetiva, que pode ser exercido tanto individualmente, quanto por uma coletividade (em sentido amplo), sendo que tal natureza permite a judicialização em caso de omissão ou violação do Poder Público

em sua efetivação. Ressalta-se que o Poder Judiciário vem adotando esta linha de entendimento, especialmente, a partir do julgamento do Ministro de Celso de Mello na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45⁵⁹, cuja parcela da decisão transcreve-se “in verbis”:

“Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.”

No mesmo sentido, é válido destacar trecho do voto do Min. Celso de Mello no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, envolvendo questão de fornecimento de medicamento:

“[...]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 dos poderes), sem que se impuser, nesse processo de ponderação de interesses e valores em conflito, a necessidade de fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde[...]Cumprir não perder

⁵⁹ A referida ação do controle de constitucionalidade havia sido movida em virtude de veto parcial promovido pelo Presidente da República a proposta legislativa sobre o § 2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. O dispositivo vetado possui o seguinte conteúdo material: “§ 2º Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.”. Todavia, a ADPF perdeu o objeto, em razão da conversão em lei, sem o referido veto. Não obstante, o Ministro Celso de Mello apreciou a possibilidade de judicializar questões envolvendo os direitos sociais fundamentais, em razão da omissão do Estado, inclusive, no que diz respeito à não efetivação de políticas públicas.

de perspectiva, por isso mesmo, que o direito público subjetivo à saúde representa a prerrogativa jurídica indisponível, assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutela, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar⁶⁰.

Com efeito, não restam dúvidas de que, pese seja o direito à saúde um direito social, cuja implementação depende de programas e ações a serem disponibilizados pelo Poder Público, na forma do artigo 196 da CF, a não implementação destas políticas ou a não execução das políticas públicas já criadas, ensejam, tanto individualmente, como coletivamente, o manejo de instrumentos processuais para que se faça valer perante o judiciário a efetivação do referido direito, na medida em que se trata de direito fundamental subjetivo.

Como se extrai do conteúdo do artigo 196 e 198 da Constituição, a saúde pública é regida pelos princípios da universalidade, igualdade e integralidade, tendo criado um Sistema Único de Saúde, mediante descentralização das atribuições entre os diversos entes federativos. Ressalta-se, ainda, que o artigo 7º da Lei 8.080/1990, que cria e regulamenta o Sistema Único de Saúde, estabelece os princípios que regem o S.U.S, dentre os quais extrai-se a universalidade, a igualdade e a integralidade. Nessa toada, a própria legislação de regência do artigo 196 da Constituição estabelece uma ordem principiológica de atendimento aos cidadãos, que exigem o dever de atuação do Estado – aqui entendido em todas as suas esferas federativas - , de modo que, se não adotadas as providências para criar as ações e programas previstos em lei, surge necessariamente a possibilidade de judicializar a questão.

Negar o acesso ao judiciário, seria, por via de consequência, negar o acesso à saúde em si mesma e, certamente, isso afetaria aqueles que menos detêm condições financeiras e, na maioria dos casos, pessoas atendidas pela Defensoria

⁶⁰ Voto disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>> Acesso: em 05.12.2018.

Pública, na medida em que o próprio sistema estabelece que a saúde deve ser universal, integral e isonômica⁶¹.

Sobre o tema, mais uma vez valido anotar as lições de Sarlet (2011, p. 140):

“O fato é que a supressão pura e simples da tutela judicial individual (e mesmo coletiva, quando se trata de atender determinados grupos de pessoas) poderá gerar uma dupla violação do princípio isonômico. Com efeito, num primeiro plano, verifica-se que o Estado, ainda que investido (como o é, no mais das vezes) de boa-fé, viola o dever de assegurar o acesso igualitário e universal estabelecido no artigo 196, da CF/88 que preceitua que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas públicas que visem, entre outros, assegurar o acesso universal e igualitário a serviços para

⁶¹ As noções de universalidade, integralidade e igualdade estabelecidas na Constituição da República e no artigo 7º da Lei 8080/1990 é fruto de debate doutrinário e jurisprudencial. O Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado em sede de Recurso Especial Repetitivo nº 1.657.176/RJ, analisando a possibilidade de judicialização sobre medicamentos não padronizados pelo Sistema Único de Saúde, concluiu pela obrigação do Poder Público fornecer medicamentos ainda que não previstos nas normas internas e regulações do S.U.S tendo, entretanto, estabelecido 3 (três) requisitos cumulativos para compelir o Estado a entregar a medicação, a saber: 1 - comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; 2 - incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito; e 3 - existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). Como se nota, pelo menos do item “2”, já se poderia verificar uma limitação à ideia de universalidade, visto que estariam excluídos do acesso à justiça, aqueles que tivessem capacidade financeira. No mesmo sentido, vale consignar o entendimento de Sarlet (2015, Kindle 10548-10562): “Considerando o exposto, convém registrar que se a posição adotada é, de fato, em prol do reconhecimento, no caso concreto e a depender das circunstâncias, até mesmo de um direito originário a prestações na esfera da saúde, não se está a cancelar aqui, nem a ideia de que o direito a saúde seja um direito a “qualquer coisa”, nem a tese da gratuidade absoluta dos serviços públicos de saúde, no sentido de uma impossibilidade de qualquer tipo de cobrança pelo uso do sistema público de saúde, já que, ao contrário do que pretende expressiva doutrina,³²⁰ não há como deduzir do princípio da universalidade do acesso um princípio da gratuidade do acesso, visto que acesso igualitário e universal (como expressamente enuncia o art. 196 da CF) não se confunde – pelo menos não necessariamente – com um acesso totalmente gratuito. Em primeiro plano, a garantia do direito à saúde para todos (universalidade) e em igualdade de condições (acesso igualitário) não se identifica com os benefícios no âmbito da assistência social (esta sim, prestação completamente desvinculada de qualquer contraprestação específica por parte do beneficiário, nos termos expressos pela CF). Além disso, o que a Constituição assegura é que todos tenham, em princípio, as mesmas condições de acessar o sistema público de saúde, mas não que qualquer pessoa, em qualquer circunstância, tenha um direito subjetivo definitivo a qualquer prestação oferecida pelo Estado ou mesmo a qualquer prestação que envolva a proteção de sua saúde. Considerando que a própria Constituição autoriza a existência de sistemas privados de prestação de serviços de saúde (pagos diretamente pelas pessoas que a estes sistemas resolvem aderir), já se vislumbra que a gratuidade em qualquer caso se revela como questionável, havendo aspectos a serem repensados.”. Todavia, para o presente trabalho, a referida discussão não será objeto de maiores aprofundamentos, na medida em que se pretende verificar de que modo é possível resolver, consensualmente, os conflitos relativos ao direito fundamental à saúde.

sua promoção, proteção e recuperação, ao excluir um grupo maior ou menor de indivíduos do acesso a determinadas prestações. Assim, a negativa de que quem (mesmo em caráter individual) não foi atendido não poderá obter a tutela jurisdicional, implica não apenas negar a possibilidade de efetivação do direito à saúde (como as consequências advindas em termos de violação – no plano jurídico e fático – de tal direito) quanto acaba por criar um segundo nível de “discriminação”, impedindo que tal indivíduo busque, por meio do Poder Judiciário, a correção da desigualdade. Em outras palavras o cidadão é duplamente punido”.

Diante de toda a exposição, conclui-se que o direito fundamental à saúde, enquanto direito social, é constituído de uma dimensão objetiva, que deve ser analisada do ponto de vista valorativo no cerne do Estado Social e Democrático de Direito valendo, dentre outras funções, como vetor interpretativo e função normativa para impedir arbitrariedades e discriminação pelos particulares e pelo Poder Público; e, além disso, é também eivado de uma dimensão subjetiva, por meio da qual, tanto o indivíduo, como uma coletividade, em virtude de uma omissão na criação ou execução de política pública de saúde, podem levar ao Poder Judiciário uma pretensão.

Essa conclusão, bastante desenvolvida pela doutrina e encampada pela jurisprudência, de que há um dimensão subjetiva do direito fundamental à saúde revelou, ao longo dos anos, uma intensa judicialização do referido direito, principalmente, quanto à obrigação do Poder Público de dar efetividade ao comando constitucional, cuja busca, muitas vezes, atinge pessoas economicamente hipossuficientes ou grupos de vulneráveis (pessoas idosas, crianças e adolescentes, pessoas com deficiência, mulheres vítimas de violência de gênero, população LGBT, dentre outras), atendidos pelo serviço prestado pela Defensoria Pública. Entretanto, considerando que o objetivo do presente trabalho é analisar a atuação da Defensoria Pública Paulista na tutela coletiva do direito social à saúde, torna-se de extrema importância analisar com mais precisão os dados da judicialização da saúde, a fim de verificar se, de fato, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo atua coletivamente perante o Poder Judiciário em demandas envolvendo o direito fundamental à saúde.

2. Judicialização da Saúde Pública – análise quantitativa.

Após uma análise dos principais aspectos do direito à saúde, com ênfase na sua definição constitucional enquanto direito fundamental, assim como tendo em vista a conclusão de que, inobstante o direito à saúde tenha aspecto de direito prestacional, que depende de políticas públicas a serem adotadas pelo Estado, seu desenho constitucional implica na existência de um direito subjetivo à saúde, chega-se ao ponto de se analisar qual a situação atual das demandas de saúde no Poder Judiciário Paulista, isto é, em que medida o Judiciário atua nas demandas de saúde e se há impacto no sentido de que haja o desenvolvimento de políticas públicas do Estado, a partir deste controle judicial.

Preliminarmente, antes de ingressar especificamente na questão da judicialização da saúde, mais especificamente da saúde pública, traremos um conceito de judicialização, para melhor compreensão da terminologia (BARROSO apud NOBRE, 2011, p.356/357):

“Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência do poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o legislativo e o Executivo.”

Nesse sentido, a judicialização reflete a tomada de decisão pelo Poder Judiciário sobre demandas que envolvam questões relativas à efetivação de políticas públicas. Ou seja, a questão é levada ao Poder Judiciário para ser definida de maneira a aplicar, distributivamente, direitos sociais. O Judiciário acaba por exercer uma verdadeira justiça distributiva, visto que concede direitos sociais àqueles que por alguma razão não tiveram acesso. Lopes, define a justiça distributiva no que tange aos direitos sociais do seguinte modo (2006, p. 166/167):

“O contencioso social pode ser visto como o lugar em que se discutem demandas distributivas sob a égide do direito. Demandas distributivas são essencialmente aquelas em torno de duas espécies de pedidos: (1) os que dizem respeito à distribuição de bens coletivos, ou seja, a distribuição dos

benefícios, quanto aos bens que já existem; (2) as que dizem respeito à produção de bens coletivos e, portanto, à distribuição do ônus, quanto aos bens que precisam ser criados. No primeiro caso pode-se dizer que o que está em jogo é uma questão jurídica relativamente conhecida, embora bastante olvidada em nosso ensino e na prática forense; trata-se do acesso a bens indivisíveis e das formas de adjudicação possíveis em caso de disputa destes bens. No segundo caso[...] o sistema judicial envolve-se em tarefas tidas como exclusivamente administrativas. Elas envolveriam planejar ações, arranjar meios materiais e recursos humanos para realizá-las, acompanhá-lhes o desenvolvimento, corrigir periodicamente os desvios encontrados e a falta de sucesso nos objetivos propostos”.

O Poder Judiciário, assim, ao fazer o controle de políticas públicas de saúde, mediante decisões proferidas em sede de ações propostas contra o Poder Público acaba, direta e indiretamente, determinando o modo como os recursos públicos devem ser aplicados, o que, evidentemente, contribui para que o gestor tenha dificuldade de administrar seu orçamento na execução das políticas. Ressalte-se, no entanto, que a atuação do Poder Judiciário não significa interferência na administração pública ou violação da separação dos poderes, posto que é bastante clara a sedimentação da ideia de que o direito à saúde é um direito subjetivo, sendo dever do Estado garanti-lo, de modo que, no momento que deixa de fazê-lo, a interpelação judicial surge.

Antes de ingressar numa análise da atuação coletiva perante o Poder Judiciário paulista, imperioso destacar um panorama da judicialização das políticas públicas de saúde, a partir de dados coletados nacionalmente, para que se tenha a dimensão da quantidade de demandas movidas para efetivar o direito fundamental à saúde. Ressalte-se que, nestes dados, não há definição da natureza das demandas, isto é, se individuais ou coletivas.

Em pesquisa feita pela Confederação Nacional dos Municípios (CNM) durante o primeiro semestre de 2015⁶², de caráter nacional, mas com ênfase nos gestores municipais, verificou-se a situação das demandas de saúde em face dos

⁶² Dados extraídos do artigo da área técnica da Confederação Nacional dos Municípios <https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca/An%E1lise%20sobre%20a%20Judicializa%E7%E3o%20da%20Sa%FAde%20nos%20Munic%EDpios.pdf> consultado em: 07.12.2018.

Municípios espalhados pelo Brasil. Na pesquisa, considerando os dados levantados pelo CNM, foi apresentado um ranking dos Municípios que sofrem com o maior índice de judicialização:

Cidade/ UF	Quantidade	IDH-M
Piracicaba (SP)	7.080	0,785
Jundiaí (SP)	4.446	0,822
Franca (SP)	3.044	0,788
Não-Me-Toque (RS)	3.040	0,765
Santana da Vargem (MG)	2.000	0,698
Cachoeirinha (RS)	1.500	0,757
Lamarão (BA)	1.500	0,518
Muriaé (MG)	1.500	0,734
Limeira (SP)	1.500	0,775
Bossoroca (RS)	1.500	0,692
Tubarão (SC)	1.320	0,796
Mogi Guaçu	1.306	0,774
Botucatu (SP)	1.200	0,800
Ibirité (MG)	1.020	0,704
Guarujá (SP)	1.000	0,751
Itu (SP)	900	0,773
Aripuanã (MT)	810	0,675
Pitangueiras (SP)	800	0,723
Aguai (SP)	700	0,715
Garopaba (SC)	610	0,753
Total:	36.776	0,738

Fonte: Pesquisa Nacional CNM

Com efeito, em apenas um semestre, considerando 20 Municípios, nota-se, desde logo, o alto índice de judicialização das questões de saúde por todo o país, sendo que os Municípios mais afetados com a demanda, no período avaliado, foram

os da região sudeste, que possuem um alto índice de desenvolvimento. As razões disso, segundo o estudo em questão, são consequência, principalmente, pelo fato de que as cidades do topo do ranking estão próximas a polos onde há grandes estruturas de saúde (ALBERT, 2016, p. 165).

Deste modo, verifica-se que um fator que contribuiu ao fenômeno da judicialização é o próprio fato de haver melhores ou, pelo menos, maiores quantidades de equipamentos de saúde estruturados, pois isso permite um maior acesso aos serviços de saúde e, como consequência, crescem as demandas.

Dados relevantes também são extraídos de pesquisa feita pelo Conselho Nacional de Justiça, também de âmbito nacional, que abarcam demandas propostas contra todos os entes federativos, até junho de 2014, levando em conta as informações prestadas pelos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais.

Tribunal Estadual	Número de ações
TJSP	44.690
TJAC	7
TJAP	76
TJAL	6.303*
TJBA	841
TJAM (não informado)	-
TJCE	8.344
TJDFT	2.575
TJES	8.991
TJMG	66.751
TJPA	19
TJGO	309
TJMS	1.081
TJMA	668
TJMT	6.664
TJPE (não informado)	-
TJRJ	46.883
TJRR	64
TJPI	229
TJRN	452
TJPR	2.609
TJRO	595
TJRS	113.953
TJSC	18.188
TJTO	149
TJSE	189
TJPB (não informado)	-
Total:	330.630

**Números fornecidos pela assessoria de imprensa do tribunal.*

Fonte: Conselho Nacional de Justiça

Ações de saúde

Tribunal Federal	1º Grau	2º Grau	TOTAL
TRF-1	10.194	5.608	15.802*
TRF-2	4.919	1.567	6.486
TRF-3	3.126	1.579	4.705
TRF-4	24.229	11.058	35.287
TRF-5	7	4	11
			TOTAL: 62.291

**Números fornecidos pela assessoria de imprensa do tribunal.*

Fonte: Conselho Nacional de Justiça

Os dados coletados pelo Conselho Nacional de Justiça apontam, portanto, um alto índice de judicialização, especialmente, nas regiões sul e sudeste, destacando-se, no âmbito do Poder Judiciário Estadual o Rio Grande do Sul, com mais de 113 mil ações.

Verifica-se, desta maneira, pelos dados acima coletados, que a judicialização da saúde é bastante intensa, revelando ser o Poder Judiciário um grande ator na definição de políticas públicas de saúde, especialmente, nas regiões sul e sudeste onde, curiosamente, os índices de desenvolvimento humano são maiores do que outras regiões do país.

Estabelecidas estas premissas, é indispensável analisar, estatisticamente, qual é o estado atual das demandas sanitárias julgadas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sendo imprescindível frisar que, partindo das limitações da presente pesquisa, abordar-se-á apenas aquelas demandas envolvendo saúde pública.

3. A judicialização da saúde pública no âmbito do Poder Judiciário de São Paulo – uma análise de dados atuais.

Tendo em vista que o objetivo da presente pesquisa é verificar a atuação da Defensoria Pública de São Paulo em sede de tutela coletiva no direito fundamental à saúde, indispensável uma análise atual de dados extraídos a partir de pesquisa

realizada no mecanismo de consulta de jurisprudência disponibilizado no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo⁶³.

Na pesquisa efetuada, foram verificados apenas recursos de apelação e reexames necessários apreciados pelo Tribunal de Justiça entre o período de *01.01.2018 a 19.12.2018*. O referido período se justificativa, pois diz respeito à totalidade de demandas no período de um ano de julgamentos envolvendo a matéria no Poder Judiciário paulista, permitindo uma completude na análise dos dados e das demandas. Ademais, referido período demonstra o volume de ações, sendo uma análise quantitativa apta a verificar o nível de judicialização da saúde pública no âmbito do Estado de São Paulo - aqui incluindo demandas em face do próprio Estado de São Paulo, como também contra Municípios. Por fim, para fins de esclarecimento, o mês de dezembro completou apenas 20 dias em razão do recesso forense iniciado em 20.12.2018, com a interrupção das atividades judiciais, excetuadas as realizadas em regime de plantão.

Optou-se, ainda, por abordar apenas recursos de apelação e reexames necessários julgados pelos órgãos competentes do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, porque permite uma análise de processos com julgamento de mérito realizado por duas instâncias, conferindo maior legitimidade para as decisões e, ainda, pelo fato de que somente até a segunda instância há análise de matéria fática, o que não é admissível em sede recursos aos tribunais superiores, pois nestes apenas é possível apreciar teses de direito, conforme entendimento consolidado na jurisprudência⁶⁴.

Conforme exposto, a coleta de dados foi efetuada por meio do mecanismo de busca de jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo. A pesquisa utilizou os seguintes indicadores de “classes” do processo de conhecimento: apelações e reexames necessários; e como “assunto”: direito administrativo e outras matérias de direito público. Dentro deste tópico “assunto” foi especificado o tema saúde, mediante

⁶³ Disponível em: < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do> > acesso em: 22.12.2018

⁶⁴ Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça: “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.” Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf> acesso em: 23.12.2018.

os seguintes subtemas: tratamento médico hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos, saúde mental, hospitais e outras unidades de saúde, doação e transplante de órgãos. A escolha da temática justifica-se, pois são indicadores voltados diretamente à implementação de políticas públicas de saúde pública para efetivação do direito fundamental.

Mediante tal ferramenta chegou-se ao resultado de 7.703 apelações e/ou reexames necessários julgados, envolvendo demandas de saúde pública. Ou seja, em 01 ano foram apreciadas quase 8.000 apelações e/ou reexames necessários, o que representa uma média de, aproximadamente, 640 processos por mês, apenas no Tribunal de Justiça de São Paulo.

Frisa-se que se trata somente de uma amostragem de um universo de ações em fase recursal ordinária dos processos de conhecimento, mas que representa a grande quantidade de demandas de saúde judicializadas. A investigação, deste modo, como previamente informado, não considerou os processos que foram distribuídos em primeira instância neste ano, assim como os que ainda estão em trâmite na primeira instância ou que não tiveram recursos julgados e, ainda, as ações protocoladas e os seus recursos em trâmite nos Juizados Especiais Cíveis e da Fazenda Pública do Estado, bem como os eventuais Mandados de Segurança protocolados em instância originária conforme a correspondente autoridade coatora. Logo, o número absoluto de judicialização da saúde no ano de 2018, é possivelmente maior.

Nesta perspectiva, verifica-se que o fenômeno da judicialização ainda está muito presente no âmbito do Poder Judiciário do Estado de São Paulo, em que pese a existência de algumas medidas alternativas que vêm sendo adotadas visando a sua diminuição por parte de diversas instituições, dentre as quais a Defensoria Pública⁶⁵.

⁶⁵ As instituições públicas paulistas, de um modo geral, têm buscado alternativas à judicialização dos conflitos de saúde, mediante a elaboração de termos de cooperação, a fim de evitar a propositura de demandas. Exemplo disso é o programa "Acessa S.U.S. A Defensoria Pública, o Poder Executivo Estadual, o Ministério Público e o Tribunal de Justiça assinaram termo de cooperação, no final de 2016, a fim de diminuir a judicialização de demandas de saúde por medicamentos, alterando fluxos de encaminhamento, por via digital, por meio do Programa "Acessa S.U.S". Valendo-se do referido termo de cooperação, a Defensoria Pública encaminha o usuário de seus serviços para uma comissão que avaliará a receita do paciente, sendo que, caso o medicamento esteja inserido nos protocolos clínicos,

Dito isso, o primeiro dado que se extrai, portanto, é o volume de ações julgadas em sede recursal para um período de um ano. No entanto, para o enfrentamento do problema desta pesquisa – a atuação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo na tutela coletiva do direito à saúde -, é indispensável restringi-la para as demandas coletiva. Deste modo, utilizando-se, ainda, da ferramenta fornecida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, foi acrescentado aos indicadores “apelação” e “reexame necessário”, como parte da ementa dos julgados, o tema “*ação civil pública*”⁶⁶.

A escolha da análise à luz da Ação Civil Pública justifica-se em razão de ser ela o instrumento processual por meio do qual é possível extrair a judicialização da saúde sob o aspecto de direito coletivo, nos termos da Lei 7347/1985 – inserindo-se no microssistema coletivo⁶⁷ -, mediante a possibilidade de dilação probatória – o

o usuário é encaminhado ao posto de atendimento com a medicação. Por outro lado, caso não esteja, o pedido pela oferta da medicação fora das listas será avaliado por uma comissão que num prazo de até 30 (trinta) dias – em casos de urgência a resposta será dada em 72h -, que poderá manifestar-se favoravelmente ao pleito ou, ainda, poderá apresentar uma alternativa terapêutica ou, simplesmente, recusar o pedido. Nos últimos dois casos, evidentemente, o paciente poderá optar por judicializar a sua demanda, fundamentada num laudo médico substanciado. Outras ferramentas que são utilizadas pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo são as audiências públicas, a fim de discutir a execução e implementação de políticas públicas de saúde, como ocorreu no Município de São José dos Campos. Naquele município, a Defensoria Pública convocou audiência pública, em junho de 2016, diante dos diversos casos individuais recebidos, a fim de discutir o problema e propor soluções sobre os problemas enfrentados pela população na implementação da política pública. Foram ouvidos especialistas sobre o tema e a população. Neste caso, contudo, em que pese os esforços para solução administrativa, a questão culminou na propositura de ação coletiva, com a judicialização do pleito. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/justica-obriga-governo-a-zerar-fila-de-espera-por-aparelhos-auditivos-em-sao-jose.ghtml>> acesso em: 15.12.2018. Enfim, existem outros mecanismos extrajudiciais para solução de conflitos do direito à saúde, mas que não afastam a tendência de judicialização da saúde, conforme se verifica dos dados pesquisados neste trabalho.

⁶⁶ Com o objetivo de evitar discrepâncias na pesquisa, em substituição ao termo ação civil pública, foram utilizadas na busca as expressões “tutela coletiva” e “saúde coletiva”, valendo-se dos mesmos indicadores (apelações/reexames necessários) e assunto (direito administrativo e saúde). O resultado quantitativo foi inferior aos dados obtidos com o termo “ação civil pública”, enquanto que o resultado qualitativo foi idêntico, visto que as ações encontradas foram exatamente iguais às apresentadas com a expressão “ação civil pública”.

⁶⁷ A legislação que trata de tutela coletiva no sistema jurídico brasileiro, não seguiu a tradição de codificação, ou seja, o seu regramento encontra-se esparso no ordenamento jurídico, por meio de diversas legislações, sendo que as duas normas principais que orientam o processo coletivo são a lei 7347/1985 (que regulamenta a ação civil pública) e a lei 8078/1990, a partir do artigo 81 (Código de Defesa do Consumidor). Nesse sentido, Zanetti Jr. e Garcia (2018, p. 19): “Os sistemas processuais do CDC e da LACP foram interligados, estabelecendo-se, assim, um microssistema processual coletivo, sendo aplicáveis, reciprocamente, a um e outro, conforme os artigos 90 do CDC e 21 da LACP (este último introduzido pelo artigo 117 do CDC). Mas não somente, também todas as demais leis que tratam dos direitos coletivos materiais e estabelecem regras processuais passam a integrar este microssistema, porque estas normas, unidas pelos princípios e lógica jurídica comum, não individualista, se interpenetram e subsidiam”.

que não é admissível em sede de outros remédios constitucionais em sua perspectiva coletiva -, o que permite o aprofundamento da situação fática em se tratando de política pública de saúde. Outrossim, conforme exposto anteriormente, à Defensoria Pública foi conferida, legalmente, a legitimidade ativa para propositura de ação civil pública, inicialmente, com alteração da lei 7347/1985 e, posteriormente, com a Lei Complementar 132/2009, que alterou a Lei Orgânica Nacional da Defensoria, LC 80/1994, em favor das pessoas necessitadas, frise-se, em tese ou potencialmente necessitadas, sendo dispensável a comprovação da necessidade para ingressar com a ação, conforme entendimento jurisprudencial dantes abordado. Deste modo, as ACP's se apresentam como o mecanismo mais usual e próprio das Defensorias Públicas na judicialização de políticas públicas de saúde, sob uma ótica coletiva deste direito fundamental, razão bastante para ser utilizada como indicador na presente averiguação.

A partir desta pesquisa chega-se a um resultado de 280 recursos de apelação e/ou reexame necessário⁶⁸. Deste modo, levando-se em consideração apenas o *nomen iuris* ação civil pública como parte da ementa, extrai-se que o número de judicialização das demandas de saúde acima apontado é reduzido para menos que 0,5% de ações propostas, o que já expõe, claramente, um baixíssimo percentual de ações fundamentadas na lei 7.347/1985 com o objetivo de judicializar a política pública de saúde, sob uma dimensão coletiva do direito.

Porém, a partir de um olhar verticalizado destes casos, ingressando de forma preliminar numa visão qualitativa dos dados, nota-se que, na realidade, a preponderância destas chamadas “ações civis públicas” não são de casos envolvendo julgamentos do direito coletivo à saúde “em sentido amplo” (ou direito essencialmente coletivos), que visassem uma providência judicial em favor de determinada coletividade ou, até mesmo, objetivando uma política pública sob uma ótica de

⁶⁸ O resultado obtido, conforme anteriormente exposto, decorre do acréscimo, no mecanismo de busca de ementa, da expressão “ação civil pública”. Com tal providência, a busca apresentou 434 recursos de apelação e/ou reexame necessários. Entretanto, verificando-se o conteúdo destes recursos, observou-se que havia julgados que não guardavam relação com “ação civil pública” e foram apresentados em razão da similitude de palavras na ementa de pesquisa: “pública”, “ação”, “processo civil”, dentre outras. Diante disso, foram contabilizadas apenas as ementas de julgados que se referiam ao instrumento processual ação civil pública, chegando-se ao resultado de 280 recursos de apelação e reexames necessários julgados.

interesse difuso. Do universo de 280 ações, apenas 13 (treze), conforme será visto a seguir, se referem, propriamente, a ações civis públicas que visam implementar, coletivamente, o direito fundamental à saúde, isto é, 4% (quatro por cento) do total de “ações civis públicas”.

Ou seja, 96% (noventa e seis por cento) das ACP's em questão, isto é, 0,034% do total das ações investigadas no período, foram manejadas pelo Ministério Público com o objetivo de atender interesse individual de determinado cidadão, diante do entendimento de que o direito previsto no artigo 196, da CF é direito fundamental indisponível. O “parquet”, por meio destas demandas, pleiteia, em geral, medicamentos⁶⁹; internações em unidade hospitalar especializada⁷⁰; insumos de saúde⁷¹ (fraldas, alimentação especializada, aparelhos de respiração, órteses e próteses, dentre outros); exames, consultas e cirurgias⁷². São ações que apontam as falhas na programação de políticas públicas de saúde, mas que visam exclusivamente atender um interesse individual, sob uma perspectiva de justiça distributiva individualista, conforme será abordado adiante.

No que tange às ações civis públicas movidas em defesa do direito coletivo à saúde, verificou-se que 11 foram movidas pelo Ministério Público, sendo que dentre essas duas não tiveram o mérito apreciado, enquanto que a Defensoria Pública moveu apenas duas ações coletivas, tais dados, que são de extrema relevância ao presente trabalho, serão melhor analisados nos próximos tópicos.

Conclui-se, a partir destes dados, que as ações civis públicas em questão, nada mais são do que medidas propostas pelo Ministério Público para viabilizar direito

⁶⁹ Julgados sobre medicamentos pleiteados pelo Ministério Público em favor de indivíduo: Apelação 1037904-44.2016.8.26.0562; Apelação 1023789-89.2016.8.26.0506; Remessa Necessária 1053091-32.2017.8.26.0506; Remessa Necessária 1014295-69.2017.8.26.0506; Remessa Necessária 1057164-47.2017.8.26.0506.

⁷⁰ Julgados de internações pleiteadas pelo Ministério Público em favor de indivíduo: Remessa Necessária 1001565-50.2017.8.26.0595; Remessa Necessária 1001767-29.2017.8.26.0271; Remessa Necessária 1007230-83.2016.8.26.0271; Apelação 1000743-59.2016.8.26.0219.

⁷¹ Julgados de insumos de saúde pleiteados pelo Ministério Público em favor de indivíduo: Apelação / Remessa Necessária 0001949-30.2011.8.26.0566; Apelação 1023780-30.2016.8.26.0506; Apelação 1043880-40.2015.8.26.0506; 1033354-77.2016.8.26.0506.

⁷² Julgados de exames, consultas e cirurgias pleiteadas pelo Ministério Público em favor de indivíduo: Apelação 1001521-57.2017.8.26.0360; 1007645-30.2016.8.26.0477; Remessa Necessária 1000546-54.2015.8.26.0441.

individual indisponível – legitimidade reconhecida pela jurisprudência – fazendo o “parquet” uso do instrumento processual previsto na lei 7347/1985, muito embora, à luz de uma técnica processual, o mais adequado seria alocar estes processos como ações movidas mediante rito comum, agindo o Ministério Público como legitimado extraordinário, na defesa de interesse individual de terceiro, tendo em vista a sua atribuição constitucional de defender interesses individuais indisponíveis, na forma da redação do artigo 127, da CF⁷³, e não propriamente ações que seguem o rito da lei 7347/1985.

3.1. Das ações coletivas de saúde propriamente ditas julgadas pelo Poder Judiciário de São Paulo – análise qualitativa das decisões.

Como dito, as ações coletivas propriamente ditas encontradas na pesquisa foram apenas 13, sendo que em 11 o mérito foi apreciado pelo Tribunal. Tendo em vista que o objetivo do trabalho é verificar a atuação da Defensoria Pública de São Paulo na tutela coletiva, as ações cujo mérito não foi julgado foram desprezadas pela pesquisa, visto que não houve apreciação de matéria fática. Ante a tal cenário, imprescindível uma análise mais detida destas ações para, posteriormente, verificar os resultados qualitativos da pesquisa.

A primeira trata-se de ação civil pública, que tramitou sob o nº 1002532-49.2016.8.26.0363 (1), movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, em face do Município de Mogi-Mirim. A referida ação foi proposta em razão da precariedade do transporte de pacientes do Sistema Único de Saúde realizado pelo Município em questão. No caso, havia déficit de funcionamento dos veículos, por falta de manutenção, assim como ausência de veículos para atender toda a população. Na apreciação de recurso contra sentença de primeira instância que havia julgado procedente o pedido, o Tribunal de Justiça de São Paulo, pela sua 5ª Câmara de Direito Público, manteve a sentença, sendo que, em sua fundamentação, a Des. Relatora Heloísa Mimessi concluiu pela possibilidade de judicialização de políticas

⁷³ “Art. 127. O Ministério Público é 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.”

públicas, diante da necessidade de se observar o mínimo existencial⁷⁴. Com efeito, verifica-se que o Ministério Público postulou em juízo a melhoria de uma política pública de saúde existente no Município, mas que não estava funcionando adequadamente, em razão da má administração dos recursos públicos.

A segunda ação foi movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, em face do Estado de São Paulo, Município de Casa Branca e Santa Casa de Misericórdia de Casa Branca, sob o nº 0003181-93.2012.8.26.0129 (2), com o objetivo de obriga-los a realizar contratação de médicos plantonistas, 24 horas por dia, para as especialidades mais indispensáveis aos atendimentos de urgência e emergência, em razão de greve dos servidores. Em primeira instância, o pedido foi julgado procedente. Contudo, após recurso de apelação do Estado de São Paulo, o Tribunal de Justiça, por meio da 11ª Câmara de Direito Público, reformou a decisão, por entender que não havia como o Poder Judiciário se imiscuir na questão, pois não se vislumbrou falta de médicos por ausência de políticas públicas, mas sim em razão de uma situação excepcional de greve⁷⁵. Deste modo, a referida ação civil pública, além

⁷⁴ Trecho do voto: “Cabem, aqui, algumas considerações a respeito do controle judicial de políticas públicas. Atualmente, doutrina e jurisprudência são tranquilas em admitir a excepcional intervenção do Poder Judiciário em matérias afetas, em princípio, ao Executivo, quando demonstre que a Administração não está atuando nos limites estabelecidos pela lei; e que essa atuação falha prejudica um direito fundamental, no seu núcleo essencial (“mínimo existencial”). Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirPastaProcessoDigital.do?origemDocumento=P&nuProcesso=100253249.2016.8.26.0363&cdProcesso=RI004ARLS0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=MX0UHU9QI3xhDMraFDVa7jbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvnUpt6UI4L4AU2PXrhWFp8JElur%2Bk8m8uHYKEq9vnBjyqSA7flGRkiQ6YR0lbKx32YdiFAZdgnhdV3sWpU2yzuHeRvhBITONEPT7TfAKhOGw7JDyI6iKZQZNOFy3jIPG7Q54FmkETE2BpLHujXoYH0LYxAuCFKFZdcgjlCOrjek0bav2v5BVPDwZaR5hGie8>> acesso em: 22.12.2018

⁷⁵ Nesses termos, destaca-se trecho do voto do Des. Relator Oscild de Lima Júnior: “Em que pesem os argumentos formulados pelo Ministério Público, não se vislumbra, no caso em tela, o agir desarrazoado do Estado a justificar a intervenção do Poder Judiciário para determinar a condenação na contratação de mais médicos, notadamente pelo fato de que a alegada situação calamitosa em que se encontrou a Santa Casa de Casa Branca não decorreu da inexistência de médicos no Município, mas, sim, de movimentos de greve impossíveis de serem bloqueados via contratação de médicos concursados”. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=0003181-93.2012.8.26.0129&cdProcesso=RI004MOYG0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=MX0UHU9QI3xhDMraFDVa7jbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvKTghS%2BnUIR3c867apt7fGn01dIp92%2BGHI0iHgKWVvoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwYdiFAZdgnhdV3sWpU2yzuHeRvhBITONEPT7TfAKhOGxN3E0acR%2BZTnBahNFFHYIHqoe3RZuXbPk%2FPVu8zugpF4TTPyXQOP2fP9JSMf4VMG996MY%2BH89JhzMnBKp9nv%2Fn>> acesso em: 22.12.2018.

de ter sido julgada improcedente, discutia política pública de saúde já existente, mas que se encontrava deficitária, em razão de um fato circunstancial: greve de servidores.

No terceiro processo envolvendo tutela coletiva do direito fundamental à saúde, sob o nº 1003425-74.2017.8.26.0114 (3), o Ministério Público do Estado de São Paulo ingressou com ação civil pública contra o Município de Campinas, a fim de obrigar o ente municipal a construir um novo Centro de Saúde para os bairros Recanto dos Dourados, Gargantilha, Carlos Gomes e Monte Bello I e II, visto que o prédio existente para o atendimento médico aos moradores destas comunidades era precário e inadequado. A sentença que julgou procedente o pedido do Ministério Público para condenar o Poder Público Municipal a efetuar a construção do equipamento de saúde foi integralmente reformada em segunda instância, após recurso da municipalidade, em julgamento proferido pela 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo como principal argumento a impossibilidade de gerência do Poder Judiciário em políticas públicas⁷⁶. Entendeu o Tribunal que não competia ao Poder Judiciário se imiscuir na forma como o administrador gerencia o orçamento e as políticas públicas de saúde, extrapolando, assim, a sua função constitucional.

O processo nº 1002767-73.2015.8.26.0032 (4), o quarto analisado, diz respeito a uma ACP movida pelo Ministério Público contra o Município de Araçatuba, em razão de terem sido constadas irregularidades no serviço de atendimento de saúde prestado por uma Unidade Básica de Saúde (UBS) daquele ente da federação. O pedido foi julgado parcialmente procedente, a fim de que o Município de Araçatuba adotasse algumas providências para o atendimento dos usuários do S.U.S naquele equipamento público. Recorreram da decisão o Ministério Público e o Município. A 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, deu provimento ao recurso do Ministério Público para condenar o Município a adotar todas as

⁷⁶Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirPastaProcessoDigital.do?origemDocumento=P&nuProcesso=1003425-74.2017.8.26.0114&cdProcesso=RI004BGVB0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=MX0UHU9QI3xhDMraFDVa7jbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4lUZbNOKN4F0xYudKlv%2BhJXjyJMRiV%2FOOC85Ovdx5Elur%2Bk8m8uHYKEq9vnBjyqSA7flGRkiQ6YR0lbKx32YdiFAZdgnhdV3sWpU2yzuHeRvhBITONEPT7TfAKhOGw7JDyI6iKZQZNOFY3jIPG7t9QVAFHtk%2Bov6TcVRmuokv8ilRdt6ezE1sO%2B518yF8gfaYtQ61pdEpa5hfXMjGP0>> acesso em: 22.12.2018.

providências indicadas na inicial para melhoria dos serviços⁷⁷, visto que restou demonstrada a omissão do Poder Público e ineficiência na gestão. No caso, portanto, verifica-se a existência de processo coletivo com o objetivo de implementar melhorias em equipamento de saúde do Município, em especial para a comunidade atendida pela Unidade Básica de Saúde em questão⁷⁸.

Já o quinto processo analisado tramitou sob o nº 1000557-74.2015.8.26.0444 (5), tratando-se de uma ação civil pública movida pelo Ministério Público em face do Município de Pilar do Sul, com o objetivo de cumprimento da legislação sanitária que determina ser necessária a instalação e o funcionamento de um Centro de Atenção Psicossocial (CAPS I), um Serviço Residencial Terapêutico tipo II e 4 leitos de Saúde Mental na Santa Casa do Município. Até o momento, dentre todas as ações analisadas, esta é a primeira ação proposta para, efetivamente, implantar política pública inexistente em determinado ente da federação. Em primeira instância, o pedido foi julgado totalmente procedente para condenar o Município a implantar o CAPS I, a prestar o serviço de residência terapêutica tipo II e providenciar quatro leitos psiquiátricos no hospital local. O Município apelou e teve seu recurso parcialmente provido apenas para reduzir o valor da multa aplicada na sentença, em caso de descumprimento da decisão. A 1ª Câmara de Direito Público, que julgou o recurso, entendeu que não havia que se falar em ingerência do Poder Judiciário na atuação do Poder Executivo, pois o próprio Município, no processo, reconheceu a existência de crédito orçamentário para implementação da política pública em questão⁷⁹. No presente caso nota-se que houve clara omissão na implementação de

⁷⁷ Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=1002767-73.2015&foroNumeroUnificado=0032&dePesquisaNuUnificado=1002767-73.2015.8.26.0032&dePesquisa=&uuidCaptcha=#>> acesso em : 22.12.2018.

⁷⁸ O Município de Araçatuba conta com várias Unidades Básicas de Saúde espalhadas pelo Município, de modo que a ação proposta visava atender às necessidades de apenas parcela dos municípios. Disponível: <<https://aracatuba.sp.gov.br/?s=UBS>> acesso em: 24.12.2018.

⁷⁹ Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirPastaProcessoDigital.do?origemDocumento=P&nuProcesso=1000557-74.2015.8.26.0444&cdProcesso=RI004F6KZ0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=S G5TJ&cdServico=190201&ticket=MX0UHU9QI3xhDMraFDVa7jbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IU ZbNOKN4F0xYudKlvy3srtKNGHyJR%2FRWQwiuMCZElur%2Bk8m8uHYKEq9vnBjyqSA7flGRkiQ6Y RolbKx32YdiFAZdgnhdV3sWpU2yzuHeRvhBITONEPT7TfAKhOGw7JDyl6iKZQZNOFY3jIPG7pTY8H DbkkJbemoMlgE4C7KVbthnyJ4isR%2BUYk%2F1uosdcB0DSjQ6vY29qQ%2Be9mkxf>> acesso em : 22.12.2018

política pública até então inexistente, servindo a ação civil pública, como mecanismo apto a obrigar o Poder Público a concretizar o direito fundamental à saúde, reconhecendo o Tribunal de Justiça a omissão da administração pública no cumprimento da norma contida no artigo 196 da CF, bem como as normas definidoras das políticas de saúde mental.

No processo nº 0004799-55.2014.8.26.0274 (6), o sexto que se analisa, dentre aquelas ações coletivas destacadas no período de 01.01.2018 a 19.12.2018, verifica-se uma ACP movida pelo Ministério Público em face do Estado de São Paulo e do Município de Itápolis, a fim de obrigar o Poder Público a atendimento de urgência, em várias especialidades, indispensáveis e essenciais, ao atendimento da população do Município. O pedido, em primeira instância, foi julgado procedente. Em sede de recurso de apelação interposto pelo Estado de São Paulo, a 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, manteve a sentença, na medida em se tratava nos autos de condições mínimas de atendimento aos cidadãos, não havendo que se falar em discricionariedade da administração pública⁸⁰. No caso, a política pública de saúde existia, mas havia deficiência de recursos humanos – médicos – para fazer o atendimento em situação de urgência. Portanto, mais uma vez, tem-se a ineficiência na gestão administrativa de recursos públicos e humanos.

A sétima ação civil pública, que tramitou sob o nº 0006976-24.2011.8.26.0168 (7), foi movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra o Município de Dracena e o Estado de São Paulo. A ação objetivou compelir o Poder Público Estadual e Municipal a disponibilizar vagas, na rede pública ou privada às suas custas, para a internação dos pacientes registrados na central de vagas em Unidades de Terapia Intensiva, no prazo máximo de uma hora a contar do acionamento da central de vagas. Em primeira instância, o pedido foi julgado

80

Disponível

em:

<[120](https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=0004799-55.2014.8.26.0274&cdProcesso=RI0048J1N0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=S G5TJ&cdServico=190201&ticket=MX0UHU9QI3xhDMraFDVa7jbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IU ZbNOKN4F0xYudKlvnhINTThQLRgL3xUt98Lrvn301dlp92%2BGHI0iHgKwVvoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BG ny%2BKR%2BYOwYdiFAZdgnhdV3sWpU2yzuHeRvhBITONEPT7TfAKhOGwh2tt1%2Fy5HyO%2Fjv %2Fxs82axa4mV3QkVnow3zjfRK1VG2XNMWYz0dnFrOvYhFwUH59tBv77f3kalq4UgdWN0gMMj> acesso em 22.12.2018.</p></div><div data-bbox=)

parcialmente procedente para condenar o Poder Público a disponibilizar dez leitos/SUS de unidade de terapia intensiva (UTI) na Santa Casa de Dracena, na forma das normas e convênios celebrados, no prazo de trinta dias. Os requeridos Município de Dracena e Estado de São Paulo apelaram da sentença. No julgamento proferido pela 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo os recursos somente foram acolhidos para reduzir o valor da multa cominatória aplicada, visto que restou comprovada a insuficiência de leitos para internação disponibilizados pelos entes públicos naquela cidade e, também, por não haver fiscalização sobre a sua ocupação, visto que, por haver disponibilização de leitos mediante convênio com a Santa Casa local, alguns deles estavam sendo utilizados por pacientes com plano de saúde. Com efeito, verifica-se que o caso envolveu política pública existente, mas cuja eficiência foi questionada pelo Ministério Público, na sua função fiscalizatória, em razão da utilização inadequada de leitos disponibilizados mediante convênio entre entidade privada e Poder Público⁸¹.

A oitava ação civil pública que ora se analisa, também foi movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face do Município de Dracena, bem como contra a Santa Casa do Município de Dracena, tendo tramitado sob o nº 0008658-48.2010.8.26.0168 (8). O Ministério Público pleiteou a condenação dos requeridos a procederem à internação de pacientes do SUS transferidos de outros municípios ou encaminhados por médicos particulares, imputando à corré Santa Casa a recusa em disponibilização de leitos comuns ou de UTI a pacientes não encaminhados via SUS, pela Central Reguladora de Vagas, e de direcionar à internação em regime particular os pacientes atendidos por médicos particulares, além

⁸¹ Em seu voto, o Desembargador Paulo Galiza entendeu não haver violação da harmonia entre os Poderes, conforme trecho que segue: “Diante da evidente insuficiência da concretização do direito fundamental à saúde pela Administração Pública, que não vem cumprindo seu dever constitucional, extraível do art. 196 da Constituição da República e, no presente caso, do convênio celebrado entre o Município de Dracena e o Hospital da Santa Casa de Dracena, então, é legítimo ao Judiciário exigir a adequação da conduta do poder público, sem que isso configure violação à independência harmônica entre os poderes da República.”. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=0006976-24.2011.8.26.0168&cdProcesso=RI003FS3I0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=S G5TJ&cdServico=190201&ticket=xSm0QhVl0NfKGkNIU96p%2FTbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvgCCY%2FyddJG9eQSKN927Gtn01dIp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwYdiFAZdgnhdV3sWpU2yzuHeRvhBITONEPT7TfAKhOGzT8xEgzJa1%2FjTGZR17UhDP99BdY5l%2BM%2FTvDpQG%2BO122oHXGbQ9KJ%2B5rt6tiAfOxhakxBwbrXjjuWy0tX5soQwg>> acesso em: 23.12.2018.

de danos morais coletivos. Em primeira instância, o pedido foi julgado procedente. Após recurso de apelação de ambas as rés no processo, a 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, manteve a decisão de primeira instância, reconhecendo a necessidade de atendimento integral dos pacientes do Sistema Único de Saúde, em cumprimento ao convênio celebrado entre a Santa Casa e o Município de Dracena, não podendo haver cobrança de serviços particulares. Só houve provimento em parte do recurso do Município, a fim de reduzir o valor da multa cominatória na obrigação de fazer. Deste julgado, é possível verificar, mais uma vez, que a ação civil pública foi proposta para tratar de política pública de saúde existente em um Município, mas cujo funcionamento era insuficiente ante ao não cumprimento das normas de um convênio celebrado entre a municipalidade e uma entidade privada⁸².

As últimas 03 (três) ações civis públicas, das 11 analisadas, envolvem política pública de saúde dentro do sistema penitenciário paulista.

A primeira destas ações foi movida pelo Ministério Público contra o Estado de São Paulo, sob o nº 1007427-53.2014.8.26.0127 (9), em razão da constatação da falta de atendimento médico e de medicamentos por mais de sete (sete) meses e odontológico, que jamais foi prestado, na Cadeia Pública do Município de Carapicuíba. Na ação, o Ministério Público esclarece que alguns dos serviços foram prestados, de forma superficial, pelo próprio Município de Carapicuíba, sendo que o Estado de São Paulo jamais adotou qualquer providência. Em primeira instância, o pedido foi julgado procedente para compelir o Estado a implantar na Cadeia Pública equipe de saúde integrada por médico, enfermeiro, odontólogo, assistente social e psicólogo, para realização de visitas uma vez por semana, preventivamente, bem como em casos emergenciais ou urgentes, quando necessário. O Estado de São Paulo apelou, tendo

82

Disponível

em:

<<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=0008658-48.2010.8.26.0168&cdProcesso=RI003VPD20000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=xSm0QhVI0NfKKGkNIU96p%2FTbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvzikBvvUaRxYg9qe96PxAk301dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwYdiFAZdgnhdV3sWpU2yzuHeRvhBITONEPT7TfAKhOGypivGOGUbBMTmonD4XgWtGU6btgjWR%2BALS61ZoPQ9T%2FDJOiJ0Xb4otnd334ZRNyYaAOSu5HugGSz%2FuPZsypWhO>> acesso em: 23.12.2018.

a 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negado provimento ao recurso. Em seu acórdão, o Desembargador Relator Júlio Spoladore ressaltou que as pessoas presas estão em situação de maior vulnerabilidade, visto que não têm condições de buscar, por seus próprios meios, atendimento médico. Ademais, ressaltou a precariedade do sistema carcerário e a omissão do Poder Público de uma maneira geral no atendimento das pessoas sob sua custódia. Destacou, por fim, uma série de dispositivos legais que obrigam o Poder Público ao atendimento de saúde das pessoas presas⁸³. Deste modo, verifica-se que, por meio da decisão judicial, foi implementada política pública de saúde voltada a uma coletividade – pessoas presas – até então inexistente.

As duas últimas ações foram movidas pela *Defensoria Pública do Estado de São Paulo*, atuando em sede de tutela coletiva voltada à implementação de política pública de saúde dentro do sistema carcerário paulista.

A primeira ação civil pública movida pela Defensoria Pública tramitou sob o nº 0002461-27.2012.8.26.0453 (10) e foi proposta contra o Estado de São Paulo, a fim de obrigar o Poder Público a fornecer atendimento médico psiquiátrico na Penitenciária “Rodrigo dos Santos Freitas” de Balbinos/SP. No julgamento em primeira instância, o pedido foi julgado improcedente. A Defensoria Pública interpôs recurso de apelação, tendo sido negado seu provimento, sob a justificativa de que apenas 14 (catorze) pessoas necessitavam de atendimento psiquiátrico, de modo que a administração pública, dentro de sua discricionariedade, entendeu desnecessária a indicação de profissional especializado na referida penitenciária, sendo que há outros psiquiatras destacados para outros presídios que atendem em Balbinos/SP em regime de plantão. Deste modo, o Tribunal de Justiça, por meio de sua 9ª Câmara de Direito Público, entendeu não haver omissão estatal, nem falta de política pública de saúde no estabelecimento prisional⁸⁴, pois havia equipe médica para atender a população carcerária.

83

Disponível

em:

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=1007427-53.2014&foroNumeroUnificado=0127&dePesquisaNuUnificado=1007427-53.2014.8.26.0127>

&dePesquisa=&uuidCaptcha=#> acesso em: 23.12.2018.

84

Disponível

em:

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=>

123

A derradeira ação investigada, também promovida pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, tramitou sob o nº 0007252-07.2015.8.26.0268 (11), tendo por objeto condenar o Município de Itapecerica da Serra e o Estado de São Paulo à manutenção de equipes mínimas de saúde no centro de detenção provisória de Itapecerica da Serra, nos termos da Portaria Conjunta nº 01/2014, do Ministério da Saúde e do Ministério da Justiça, e da Portaria nº 482/2014, do Ministério da Saúde, que regulam o Programa Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP), bem como fornecimento de medicamentos. A ação, em primeira instância, foi julgada procedente condenando os requeridos a, no prazo de 90 dias, adotara as medidas pleiteadas na ação civil pública. O Município e o Estado apelaram da sentença. No julgamento proferido pela 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, houve acolhimento parcial do recurso interposto pela Fazenda Pública do Estado, a fim de alterar o prazo para implementação da equipe médica no CDP, assim como para reduzir a multa. No referido julgado, o Des. Relator Carlos Eduardo Pachi, entendeu que a equipe médica existente no CDP de Itapecerica da Serra era desprovida de médicos, contrariando os direitos mais básicos dos cidadãos cuja liberdade está restrita. Nesse sentido, vale destacar trecho do julgado:

“Em relação aos presos propriamente ditos, a Constituição Federal, em seu art. 5º, XLIX, lhes assegura o respeito à integridade física e moral, prevendo, também, no inciso III, que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante. A Deliberação CIB nº 62/2012, por sua vez, aprova as Diretrizes para a Atenção à Saúde da População Privada de Liberdade, com objetivo de aperfeiçoar as ações de saúde destinadas à população encarcerada, define que as equipes de saúde nas unidades prisionais e centro de detenção provisória com população entre 500 e 1.200 presos deverão ser compostas, no mínimo, por 01 médico (20 horas semanais), 01 dentista (20 horas semanais), 01 enfermeiro (30 horas semanais) e 02 auxiliares de enfermagem (30 horas semanais). O CDP de Itapecerica, entretanto, conta com uma população de mais de 2.400 detentos, e com uma equipe de saúde desprovida de médico. O espírito da deliberação

supramencionada, reside no art. 41, VII da Lei de Execução Penal que assegura como direito do preso a assistência à saúde, que não pode ser restringido em razão do encarceramento. Referido dispositivo reitera o quando prevê o artigo 14 do mesmo diploma legal que assegura o direito do preso ao acesso a atendimento de caráter preventivo e curativo de orem médica, farmacêutica e odontológica.”⁸⁵

Portanto, na última ação, verifica-se que a tutela coletiva foi destinada à consecução de política pública de saúde inexistente em estabelecimento prisional.

Nota-se que num universo de quase 8000 recursos de apelação e/ou reexames necessários julgados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo tão somente 11 ações, cujo mérito foi analisado, referem-se a demandas de direito à saúde essencialmente coletivo (coletivo “stricto sensu” ou difuso), o que, repita-se, representa menos de 0,5% do total de ações.

O primeiro dado a ser apontado é que das 11 ações, 08 foram julgadas procedentes (ações nº 1, 4, 5, 6, 7, 8, 9 e 11 nesta ordem analisadas). Ou seja, o Tribunal de Justiça entendeu que, de fato, houve violação do direito fundamental à saúde, sendo indispensável a sua concretização por meio de uma decisão judicial, ante à omissão ou ineficiência da Administração Pública, evidenciando que as ações civis públicas têm potencial para, diante de omissões ou violações quanto às políticas públicas de saúde, obrigar o Poder Público a concretizar o direito fundamental social à saúde, sob um viés coletivo.

No entanto, o dado indispensável para análise nesta pesquisa é a quantidade de ações civis pública movidas pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo para concretização da tutela coletiva da saúde no período apreciado. Dentre as

85

Disponível

em:

<<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=0007252-07.2015.8.26.0268&cdProcesso=RI004DYWH0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=zQhNJhpHqEeeEtbI1XX%2F0jbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvma%2FiYzKAJzm81%2Fp97tbNI301dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwYdiFAZdgnhdV3sWpU2yzuHeRvhBITONEPT7TfAKhOGycorri29umbMEG09rD%2FJlnhqK7VoM47A4cSFOfEiJ5G6B3MJtCJDs18JR2jBvRebw1wCZzV8CUWTcbr9Mzf7mP>> acesso em: 23.12.2018.

demandas existentes 09 (nove) ações foram movidas pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e 02 (duas) pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, sendo que este ponto será melhor analisado no tópico seguinte.

Outras conclusões, porém, são extraídas dos referidos julgados, no período analisado: nenhuma das 11 ações visou obter política pública de saúde no âmbito estadual, isto é, muito embora em algumas destas ações o Estado tenha sido acionado em Juízo no polo passivo, elas pretendiam resolver problemas locais, a saber: o atendimento de um determinado município ou até mesmo de uma coletividade menor inserida num município – como um conjunto de bairros sem serviços adequados de saúde - ou estabelecimentos prisionais sem atendimento médico adequado – a coletividade, aqui entendida, por todas as pessoas presas naquele determinado estabelecimento prisional. Deste modo, conclui-se que não se demanda coletivamente o Estado de São Paulo, no que diz respeito ao direito à saúde, com a finalidade de obriga-lo a materializar política pública de saúde regional, que venha a favorecer maior contingente de pessoas.

Ainda no que concerne à análise dos litígios em face do Estado de São Paulo, somente em dois casos o Estado foi acionado individualmente, como responsável pela implementação ou execução da política pública de saúde (ações de n 9 e 10). Nos outros 9 casos, ou houve acionamento do Estado em conjunto com Município (2, 6, 7 e 11) no contexto da responsabilidade solidária entre os entes federativos na implementação das políticas públicas de saúde⁸⁶, ou os Municípios foram acionados individualmente (n 1, 3, 4, 5 e 8), como responsáveis diretos pela política pública de saúde. Este dado representa que muito embora o constituinte tenha previsto a competência administrativa comum entre os entes da federação para implementar políticas públicas de saúde (artigo 23, inciso II, da CF), os municípios –

⁸⁶ A jurisprudência tranquila dos Tribunais Superior e do próprio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo é no sentido de que, no que concerne ao dever do Estado em implementar política pública de saúde, o constituinte atribuiu responsabilidade solidária entre os entes federativos, diante do disposto no artigo 196, “caput” c.c artigo 23, inciso II, ambos da CF. Neste diapasão, destaca-se o Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1088226/MG, julgado em 27/11/2018, pelo Superior Tribunal de Justiça; o Recurso Extraordinário nº 855178/SE, julgado em sede de Repercussão Geral pelo Supremo Tribunal Federal; e, por fim, a Súmula 37 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *in verbis*: “A ação para o fornecimento de medicamento e afins pode ser proposta em face de qualquer pessoa jurídica de Direito Público Interno.”

que tem orçamento e poder de arrecadação inferior aos demais entes da federação – são mais demandados judicialmente, sob o aspecto coletivo, demonstrando, desta forma, a imprescindibilidade de se rever o atual pacto federativo sobre a saúde no Brasil, seja para, eventualmente, ampliar as receitas dos municípios, a fim de suprir as necessidades locais, seja para impor maiores responsabilidades na execução de políticas públicas de saúde aos demais entes da federação. Naturalmente, esta questão não é objeto da presente pesquisa, de modo que não serão realizadas maiores digressões sobre o tema⁸⁷.

Indispensável destacar, também, que, neste universo de ações, somente três se destinaram a implementar políticas públicas inexistentes, isto é, cuja obrigação legal existia (5, 9 e 11), mas o Poder Público era completamente omissivo na sua concretização. Deste modo, a judicialização da saúde, sob a perspectiva coletiva, neste baixo contingente de demandas – apenas 11 -, revela-se como um mecanismo para obrigar a administração a gerir de forma eficiente os recursos e estruturas já existentes. Assim, considerando o período analisado, as tutelas coletivas de saúde promovidas estão muito mais ligadas a uma ineficiência do Poder Público na gestão dos equipamentos e recursos públicos de saúde já existentes, do que propriamente uma omissão em concretizar programa ou ação de saúde inexistente⁸⁸.

Porém, essa conclusão a partir dos números apresentados não indica, como não poderia deixar de ser, que o Poder Público – aqui entendido tanto os Municípios, como o Estado de São Paulo – é cumpridor das normas constitucionais e legais que estabelecem as políticas públicas de saúde⁸⁹, visto que a judicialização sob a perspectiva individualista demonstra, claramente, as falhas na execução e implementação destas políticas, como, por exemplo, a assistência terapêutica (padronizados e não padronizados pelo Sistema Único de Saúde), fornecimento de

⁸⁷ Sobre o tema recomenda-se a leitura do artigo intitulado “O impacto do federalismo sanitário brasileiro na efetividade do direito à saúde” de autoria de Renato Braz Mehanna Khamis e Ivan Ricardo Garisio Sartori. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4613/pdf>>

⁸⁸ Neste ponto, indispensável um apontamento. Verifica-se que, a partir da atuação coletiva em razão da ineficiência da administração pública na gestão de seus recursos, sob uma perspectiva da proteção do direito fundamental à saúde, há uma clara tendência em impedir que o Estado haja de modo insuficiente. Sob este olhar, não há como negar a incidência da proporcionalidade, especialmente, quanto à proibição da proteção insuficiente.

⁸⁹ Artigo 6º, artigo 196, ambos da CF, lei federal 8080/1990, as legislações estaduais e municipais, dentre tantas outras que regem o direito sanitário.

insumos de saúde, disponibilização de leitos em unidades hospitalares, agendamento de consultas, exames, cirurgias, dentre outras. Estas demandas para efetivação do direito fundamental à saúde encontram-se dentro de um contexto muito maior de mais de 7600 julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no período explorado.

Com efeito, conclui-se que remanesce a ideia de judicialização do direito à saúde sob uma perspectiva de justiça distributiva individualista, voltada a efetivar o direito à saúde em favor de determinados cidadãos, e não em razão de uma política pública que abarque toda uma coletividade de pessoas⁹⁰.

Tal conclusão, vale destacar, não é recente. Lopes, já havia observado tal cenário no que tange à judicialização da saúde, analisando julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo entre 1997 a 2003 (2006, p. 255/256):

“O levantamento dos casos mostrou justamente que os tribunais ficam à vontade para julgar o caso a favor de um indivíduo, mas não ficam à vontade para obrigar à revisão de políticas públicas gerais. Nestes termos, as ações civis públicas tendem a ter mais sucesso quando propostas para defender interesses divisíveis e singulares do que quando propostas para defender ‘interesses difusos’. Levando às últimas consequências: as ações civis públicas funcionam melhor quando usadas fora de seu propósito do que quando utilizadas para os fins que alimentaram a sua criação, pelo menos quando analisamos os casos de saúde e educação tratados como direitos sociais.”⁹¹

⁹⁰ A individualização dos conflitos para implementação da saúde é reflexo, muitas vezes, de uma visão ainda extremamente liberal do Poder Judiciário na efetivação de direitos, o que revela, inclusive, a necessidade de uma melhor reflexão sobre a solução judicial destes conflitos (ARELLANO, L.F.V., 2017, p. 407). Não se está a negar, evidentemente, que o direito à saúde tem feição individual, não podendo ser tratado exclusivamente como direito coletivo. Contudo, no contexto do controle judicial de políticas públicas, é possível buscar respostas com maior potencial de abrangência, mediante a propositura de ações coletivas, as quais podem ter resultados potencialmente amplos, abrangendo toda uma coletividade que se enquadre naquela mesma situação tratada individualmente.

⁹¹ Ainda no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, verifica-se que nos anos de 2016 e 2017 foram julgados mais de 14.000 casos de fornecimento de medicamentos e tratamentos hospitalares. Ressalte-se que estes dados envolvem todo o universo recursal e ações originária do Tribunal de Justiça, o que reflete, portanto, a diferença nos números, mas, de modo não menos diferente, demonstra o grande volume de ações julgadas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Os referidos dados foram fornecidos pela Secretaria do Tribunal de Justiça, mas extraídos da seguinte notícia: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-15/judicializacao-saude-juizes-passam-ditar-politicas-publicas-setor>. Consultado em 07.12.2018.

Os resultados apontam portanto que: 1- há baixíssima quantidade de ações com o fim de tutelar coletivamente o direito fundamental à saúde; 2- dentre as poucas ações propostas, nenhuma com a finalidade de concretizar política pública de saúde em âmbito regional/estadual, mas tão somente local; 3 – alta litigiosidade coletiva contra os entes municipais, em que pese a repartição de competências constitucionais comum a todos os entes federativos e a distribuição financeira desigual aos municípios em relação aos demais entes da federação; 4- a maioria das ações coletivas foram voltadas a obrigar o Poder Público a gerir de forma eficiente os equipamentos de saúde já existente, diante do seu funcionamento deficitário, de modo que meramente 3 (três) ações foram voltadas a implementar política pública de saúde inexistente.

Diante dos resultados apresentados é imprescindível, tendo em vista o objeto do presente trabalho, investigar, como é, atualmente, a atuação da Defensoria Pública na tutela coletiva do direito fundamental à saúde.

3.2. A atuação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo na tutela coletiva do direito à saúde – um olhar aprofundado a partir da pesquisa.

A pesquisa realizada no período de 01.01.2018 a 19.12.2018, apresentou como resultado numérico 02 (duas) ações civis públicas promovidas pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, revelando uma ínfima atuação no contexto da tutela coletiva deste direito fundamental. Entretanto, antes de tecer minúcias sobre este resultado, faz-se necessário rememorar alguns pontos relativos à estrutura e organização da instituição, com a finalidade de se realizar uma análise mais adequada e profunda dos dados que se apresentaram,

Tendo em vista o que já foi exposto no primeiro capítulo do presente trabalho, em que pese a Defensoria Pública, em seu desenho atual, tenha sido fruto do texto constitucional de 1988, a instituição paulista foi tão somente criada 18 (dezoito) anos após a sua promulgação, isto é, a Defensoria Pública paulista ainda está vivendo seu momento de criação e de crescimento, sendo uma instituição

extremamente jovem e com diversos desafios e obstáculos em sua frente, se comparada, por exemplo, ao centenário Ministério Público. Em todo Estado há apenas 750 Defensores Públicos, enquanto o número de Juízes supera o número de 2200⁹² e de promotores é de aproximadamente 2000⁹³. De fato, trata-se de um número relativamente alto, se considerado o pouco tempo de existência da instituição bandeirante. Apesar disso, a partir de um olhar mais crítico, o número de defensores ainda está muito abaixo das necessidades do Estado, tendo em vista que se está diante da maior unidade da federação, com população estimada em mais de 45 milhões de pessoas, segundo dados extraídos do IBGE⁹⁴. Ademais, a demora na criação da instituição no Estado deveria ser compensada com uma brevidade na sua total implementação, o que não se verifica na prática, seja pelo número de membros, seja ainda pela discrepante receita destinada ao Ministério Público em relação à Defensoria Pública⁹⁵.

Frisa-se, novamente, conforme o “Mapa da Defensoria Pública no Brasil”, que há um déficit de mais de 2000 defensores públicos no Estado de São Paulo, de modo que o trabalho da Defensoria Pública é extremamente prejudicado, ante ao pouco contingente de membros. Tal constatação é realizada, pois a Defensoria Pública nesta unidade da federação, após 12 anos de sua criação, ainda depende de convênios suplementares com outras instituições para poder prestar o serviço de assistência jurídica integral e gratuita no Estado de São Paulo.

⁹²Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/PrimeiraInstancia/Juizes>> acesso em: 24.12.2018

⁹³Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/12/ministerio-publico-de-sp-pede-400-novos-promotores.shtml>> acesso em: 24.12.2018.

⁹⁴Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sp/panorama>> acesso em: 05.01.2018.

⁹⁵No ano de 2018, as receitas da Defensoria Pública totalizaram, aproximadamente, 725 milhões de reais, sendo este valor composto pelo Fundo de Assistência Judiciária em, aproximadamente, 80%, enquanto que os outros 20% decorrem de receitas recebidas diretamente do tesouro do Estado. Logo, o orçamento da Defensoria Pública depende da variação de um fundo, o que já revela um grande problema na definição do seu planejamento, pois o fundo pressupõe uma expectativa de receitas, que podem não ser atingidas e dificultar demasiadamente a gestão da instituição. As receitas do Ministério Público, por sua vez, previstas para o mesmo período, superam o valor de 2 bilhões e quatrocentos mil reais, sendo que decorrem quase que exclusivamente de repasses do tesouro estadual. Ou seja, as receitas do Ministério Público superam em 3 (três) vezes as receitas da Defensoria Pública, o que certamente impõe diversas restrições de atuação desta em relação àquela instituição. Os dados foram colhidos dos portais transparência de ambas as instituições, disponíveis em: <<https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=5169>> <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Portal_da_Transparencia/Execucao_Orc/Execucao_Orc_Receitas/Execucao_Receitas_2018> acesso em: 25.12.2018.

Desta forma, em razão da falta de membros, assim como das dificuldades orçamentárias, a Defensoria Pública não atua diretamente em todas as comarcas do Estado de São Paulo o que, certamente, dificulta e, muitas vezes, impede que tenha conhecimento da situação das políticas públicas de saúde nos diversos municípios espalhadas no Estado limitando, substancialmente, a sua atuação, se comparada ao Ministério Público. Como exposto no decorrer deste trabalho, a Defensoria atua diretamente em apenas 40 comarcas, das mais de 300 existentes no Poder Judiciário paulista.

Ainda quanto à questão estrutural da Defensoria Pública, verifica-se não são todos os 750 defensores que têm atribuição para atuar na área de Fazenda Pública, ou seja, em demandas correlatas à defesa de direitos em relação ao Poder Público estadual e municipal. Em todo o Estado, são apenas 132⁹⁶ cargos destinados à atuação perante a Fazenda Pública, ou seja, 17% do total de cargos que têm atribuição para atuar em demandas contra o Poder Público. Destes 132 cargos, apenas 06 (seis) têm atribuição exclusiva para atuar em demandas relativas às Fazendas Públicas, com lotação específica na capital do Estado, o que representa menos de 1% dos cargos, visto que os outros 126 têm atribuições cumulativas: cível, família e, em alguns casos, cumulação com atribuições criminais.

Aliada a estas questões estruturais, a legitimidade ativa da Defensoria Pública para propor ação civil pública, conforme exhaustivamente exposto, somente foi reconhecida, mediante lei, em 2007, com a promulgação da lei 11.448/2007. A atuação coletiva da Defensoria Pública, com respaldo legal, é bastante recente, com pouco mais de uma década.

Traçado este panorama geral sobre a estrutura da Defensoria Pública paulista, é possível fazer uma análise específica dos resultados quantitativos e qualitativos apontados na pesquisa realizada no tópico anterior, no que tange à atuação da Defensoria Pública de São Paulo na tutela coletiva à saúde. Isso porque,

⁹⁶ Dado extraído da Deliberação nº 143 do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Disponível em: <<https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=6842&idModulo=5010>> Acesso em: 25.12.2018.

somente foram verificadas 2 (duas) ações movidas pela Defensoria Pública, em um universo de 11 (onze) que tiveram o mérito apreciado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

Primeiramente, atuação coletiva da Defensoria Pública do Estado de São Paulo está aquém do esperado, numericamente, no que diz respeito à concretização do direito à saúde. Em um comparativo com a quantidade de ações movidas pelo Ministério Público, verifica-se que o “parquet” tem uma proporção de 4 (quatro) vezes mais ações que a Defensoria, no mesmo período.

Mas não é somente o dado quantitativo que chama a atenção, a própria amostragem qualitativa das ações civis públicas propostas pela Defensoria Pública apontaram que a atuação neste campo de direitos fundamentais, no período analisado, restringiu-se a obter a concretização de políticas públicas de saúde em favor de pessoas inseridas dentro do sistema carcerário paulista. Ou seja, a identificação do problema em ambas ACP's refere-se a um grupo específico de pessoas vulneráveis – pessoas presas – não havendo, assim, qualquer atuação destinada a atender de forma mais generalizada outros usuários do Sistema Único de Saúde, seja do ponto de vista local (municipal) ou, até mesmo, regional/estadual.

Com efeito, salta aos olhos, num primeiro momento, que muito embora a Defensoria Pública tenha obtido a legitimação legal para fazer uso das ações civis públicas, além de ser instituição voltada à defesa judicial de direitos fundamentais coletivamente, dentre os quais se insere, claramente, o direito social à saúde, a sua atuação é ínfima, não tendo qualquer repercussão na concretização de programas e ações que deveriam ser implementados pelo Poder Público – Estado e Municípios – de modo que chega-se a uma conclusão preliminar de que seria premente à instituição rever sua atuação, sob pena de se ver socialmente deslegitimada para demandar coletivamente na defesa de direitos fundamentais, ante à expectativa que os usuários e os movimentos sociais tiveram quando da criação da Defensoria paulista, valendo reforçar que o apoio de diversos movimentos sociais foram aptos a fazer pressão no governo do Estado de São Paulo em prol da concretização fática da instituição.

Todavia, essa conclusão decorrente da pesquisa realizada, não pode ser dissociada de outros elementos para entender o fenômeno da baixa judicialização coletiva do direito à saúde pela Defensoria. Tendo em vista a exposição inicial do presente tópico, é imperioso correlacionar o resultado encontrado com alguns fatores que certamente contribuem para a atuação ainda incipiente nesta seara.

O primeiro fator mais evidente é a disparidade de estrutura entre a Defensoria Pública do Estado de São Paulo e o Ministério Público⁹⁷. O MPSP conta com um quadro 3 (três) vezes maior de promotores públicos, bem como uma receita que supera 3 (três) vezes a destinada à Defensoria Pública, o que reverbera substancialmente no exercício do mister constitucional de ambas instituições, dentre as quais, evidentemente, as demandas coletivas, que dependem de uma ampliação na constituição da instituição para coleta de dados e informações concernentes às políticas públicas de saúde, sem falar na necessidade de quadro de pessoal técnico para análise dos eventuais problemas de implementação de política pública de saúde. A ausência de estrutura justifica, em parte, a baixa litigiosidade nos conflitos de saúde coletivo.

É possível encontrar, ainda, como um dos fatores aliados ao problema estrutural, o fato de que o Ministério Público é o principal destinatário das ações coletivas, visto que a própria lei 7347/1985 é fruto de anteprojeto desenvolvido por promotores de justiça paulistas⁹⁸, de modo que esta instituição conta com uma

⁹⁷ A comparação com o Ministério Público é indispensável neste ponto, pois além de terem sido encontradas apenas ações civis públicas movidas por ambas as instituições com o objetivo de implementar o direito fundamental à saúde, a Defensoria Pública foi equiparada constitucionalmente ao Poder Judiciário, conforme se depreende da Emenda Constitucional 80/2014, que inseriu o §4º ao artigo 134 da CF, determinando a aplicação do artigo 93 da CF (Estatuto da Magistratura) à Defensoria Pública, naquilo que for cabível. Tal regra, como não poderia deixar de ser, também se aplica ao Ministério Público, na forma do artigo 129, §4º da CF “§ 4º Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93.”. Deste modo, ante à equiparação constitucional entre as instituições em diversos aspectos, imprescindível que se verifique, de modo comparativo, a atuação coletiva na área da saúde das duas instituições.

⁹⁸ A lei 7347/1985 que rege os contornos da ação civil pública foi inspirada em um anteprojeto apresentado por promotores públicos do Estado de São Paulo. Sobre o histórico de aprovação da Lei 7347/1985, destacam-se as lições de Grinover (2008, p. 301): “Em 1982, realizou-se na Faculdade de Direito da USP o primeiro seminário sobre a tutela dos interesses difusos, coordenado por Ada Pellegrini Grinover. No encerramento, o desembargador Weiss de Andrade propôs, em nome da Associação Paulista de Magistrados, que o grupo de juristas ali reunido formasse um grupo de estudos objetivando a apresentação de um anteprojeto de lei relativo à matéria. O grupo, formado por Ada Pellegrini Grinover, Cândido Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Junior, preparou um anteprojeto que, depois de apresentado à Apamagis, foi discutido em vários congressos

experiência nesta área de mais de 30 (trinta) anos quanto à tutela coletiva dos direitos fundamentais, enquanto que a Defensoria Pública do Estado de São Paulo somente possui 12 anos de existência e 11 anos de legitimidade reconhecida em lei para propor ação civil pública. Portanto, o Ministério Público ainda tem domínio deste “locus” de atuação em relação à Defensoria Pública.

Entretanto, não se pode deixar de destacar que, mesmo diante desta discrepância estrutural e maior domínio da técnica processual coletiva, há, de uma forma geral, um baixo índice de ACP's movidas pelo MPSP no mesmo período, isto é, apenas 09 (nove) ações com mérito julgado, o que serve para demonstrar que o reduzido uso de instrumentos coletivos para tutela do direito fundamentação à saúde não é justificado, tão somente, pela composição deficitária da Defensoria Pública.

A realidade é que ambas as instituições judicializam o direito à saúde numa lógica claramente distributiva e individualizada, sem perspectiva de ordem global com relação às problemáticas de implementação de políticas públicas de saúde mais abrangentes no Estado de São Paulo e em seus respectivos municípios.

Como anteriormente apontado, foram encontradas 280 ações civis públicas, sendo que somente 13 tratavam, propriamente, de direito coletivo à saúde. As outras 267 foram ações movidas pelo Ministério Público para efetivar,

e seminários jurídicos, ao longo do ano de 1983. No início de 1984, o Projeto foi levado ao Congresso Nacional pelo Deputado Flávio Bierrenbach, do PMDB paulista, acompanhado de uma justificativa assinada pelos próprios autores do anteprojeto. O projeto de lei tomou, no Congresso Nacional, o n. 3.034/84. Paralelamente, integrantes do Ministério Público também discutiam o assunto. No XI Seminário Jurídico dos Grupos do Ministério Público de Estado de São Paulo, realizado em 1983 em São Lourenço, foi aprovada a proposta, formulada por A. M. de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Junior, no sentido da elaboração de uma proposta de lei sobre a ação civil pública. Embora os autores tenham declaradamente tomado como ponto de partida o anteprojeto do grupo constituído pela Apamagis, o resultado foi uma proposta que resultava no fortalecimento do MP (à época, parte integrante do Poder Executivo), em detrimento da sociedade civil. Em junho de 1984, o Procurador Geral da Justiça de São Paulo, Paulo Salvador Frontini, encaminhou o projeto elaborado pelo MP ao Presidente da Confederação Nacional do Ministério Público, Luiz Antonio Fleury Filho, para encaminhamento ao Congresso Nacional. Dada a ligação do MP com o executivo, à época, Fleury encaminhou o projeto ao Ministro da Justiça do Governo Figueiredo, Ibrahim Abi-Ackel que, após alguns estudos, enviou o projeto ao Congresso Nacional, com mensagem do Executivo. O projeto do Executivo, apesar de ter chegado ao Congresso depois, andou mais rapidamente do que o do Deputado Flávio Bierrenbach, tendo sido aprovado em meados de 1985, transformando-se na Lei 7347/1985, sancionada em julho pelo Presidente Sarney, sendo que o veto presidencial recaiu sobre a proteção de "qualquer outro interesse difuso", contida no projeto do MP. Segundo afirmação constante de Edis Milaré, a lei aprovada manteve 90% do anteprojeto elaborado pelo grupo de trabalho da Apamagis.”

individualmente, o direito fundamental à saúde. Com relação à Defensoria Pública, em que pese não tenha sido objeto do presente trabalho a quantidade de ações individuais movidas pela instituição em favor de seus usuários no período estudado, certamente, o volume ultrapassa em muito a quantidade de ações coletivas, isso porque, para fins de mera amostragem, numa simples verificação de recursos apelação/reexames necessários julgados relativos à processos propostos na Comarca de Praia Grande, local em que este pesquisador atua na Defensoria Pública, foram encontrados 16 processos de um total de 43 – utilizando-se dos mesmos mecanismos da averiguação acima realizada. Portanto, no Estado inteiro o volume certamente é muito mais amplo⁹⁹. Deste modo, o próprio usuário dos serviços da Defensoria Pública, quando a procura tem em mente a resolução de seu caso individual, de modo que a grande demanda exigida no Estado, somada à pouca quantidade de defensores, acaba por minar a execução de suas funções sob uma perspectiva coletiva. À título de demonstração, no ano de 2017, no Estado inteiro foram realizados 646.360 atendimentos iniciais de usuários na área cível¹⁰⁰. Deste modo, a procura individual pela Defensoria contribuiu para uma resposta às necessidades dos usuários.

Outro fator relevante que justifica a acanhada atuação da Defensoria na tutela coletiva do direito fundamental à saúde é o baixo número de cargos com atribuição específica para agir em demandas contra a Fazenda Pública. Isso passa, claramente, por uma imprescindível estruturação da instituição com o provimento de mais cargos com atuação voltada a demandas contra Fazenda Pública. Não obstante, essa destinação de cargos passa por uma escolha fundamentada nas maiores necessidades de atuação institucional no Estado de São Paulo que, atualmente, tem exigido uma presença maior da Defensoria Pública paulista em processos criminais, infracionais, execuções criminais e processos de família. Por conseguinte, diante da estrutura escassa e o orçamento inferior da instituição em relação ao MPSP, a

⁹⁹ Este fenômeno, aliás, ainda está muito presente nas áreas cíveis de atuação da Defensoria Pública paulista. À título de exemplo, no ano de 2017, foram propostas pela Defensoria, no Estado inteiro, mais de 73.000 ações individuais (das mais variadas matérias, isto é, ações de família, cíveis, fazenda pública), enquanto que 43 ações coletivas foram movidas no mesmo período, conforme se pode extrair dos dados fornecidos pela estatística anual da Corregedoria da Defensoria Pública, disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/0/corregedoria_docs/Anu%C3%A1rio2017.pdf> acesso em: 25.12.2018.

¹⁰⁰ Idem.

Defensoria optou por dar maior ênfase aos cargos existentes para outras áreas, levando-se em conta a maior vulnerabilidade dos usuários envolvidos, bem como o contingente de demandas exigidas.

Destaca-se, ainda, que não há na Defensoria Pública do Estado de São Paulo nenhum cargo destinado especificamente à tutela do direito à saúde. Explica-se: os cargos com atribuição para Fazenda Pública são destinatários de funções que transcendem à defesa do direito fundamental à saúde, pois envolvem uma quantidade maior de direitos a serem defendidos ou pleiteados no Judiciário contra o Poder Público, tais como: direito à educação, direito ao transporte, direito à moradia, direitos envolvendo servidores públicos, direito tributário, dentre outros. Deste modo, a falta de cargos especializados, aliado aos poucos cargos destinados à atuação perante o Poder Público explicam o baixo índice de ações coletivas movidas pela Defensoria Pública voltadas ao direito coletivo à saúde.

Aliás, a partir desta conclusão pode-se entender a razão de ambas as ações coletivas da Defensoria encontradas, no período analisado, digam respeito à tutela coletiva do direito à saúde das pessoas presas.

No Estado de São Paulo, além de haver uma grande quantidade de cargos destinados à atuação criminal/execução criminal, em cujas atribuições se encontra a realização de visitas periódicas aos estabelecimentos prisionais para realização de uma defesa criminal mais efetiva, a Defensoria Pública conta ainda com um Núcleo Especializado de Situação Carcerária, que realiza inspeções nos estabelecimentos prisionais, permitindo tomar conhecimento direto das condições de saúde dos presos, a ponto de agir especificamente na defesa dos direitos dessas pessoas, dentre os quais o direito fundamental à saúde.

Os Núcleos Especializados são previstos como órgãos de atuação da Defensoria Pública, na forma do artigo 98, inciso II, “b” da Lei Complementar 80/1994. A lei, entretanto, não especifica propriamente qual a função dos núcleos, de modo que, no âmbito das Defensores Estaduais, cabem às respectivas legislações regulamentar a matéria. Deste modo, a Lei Complementar Estadual 988/2006, que

rege a Defensoria Pública paulista, estabelece a regulamentação dos núcleos especializados a partir do artigo 52¹⁰¹. De acordo com o referido dispositivo, os núcleos são órgãos permanentes prestando suporte e auxílio aos membros da instituição. A lei criou 7 (sete) núcleos especializados, permitindo à Defensoria criar outros, a saber: interesses difusos e coletivos, cidadania e direitos humanos, infância e juventude, consumidor e meio-ambiente, habitação e urbanismo, situação carcerária, segunda instância e tribunais superiores. Dentre as atribuições destes núcleos – artigo 53, inciso II – está a de propor ações coletivas para tutela de direitos. Diante disso, a Defensoria Pública criou 09 núcleos: cidadania e direitos humanos, infância e juventude, consumidor, habitação e urbanismo, situação carcerária, segunda instância e tribunais superiores, pessoa idosa e com deficiência, promoção dos direitos das mulheres e defesa da diversidade e da igualdade racial¹⁰². Como se nota, não há núcleo especializado para defesa do direito à saúde, sendo que a atuação na defesa deste direito pelos núcleos é correlata ao tema para o qual foi criado.

A especialização da Defensoria Pública, portanto, se apresenta como positiva para atuação em demandas coletivas, porque permite ao defensor aplicar seu tempo no estudo da temática, bem como em tomar contato direto com as questões envolvendo políticas públicas para concretização de determinado direito fundamental, como é o caso do direito à saúde.

A Defensoria Pública de São Paulo, diferentemente de outras Defensorias Públicas estaduais¹⁰³, não conta com um núcleo especializado do direito à saúde, de

¹⁰¹ “Artigo 52 - A Defensoria Pública do Estado contará com Núcleos Especializados, de natureza permanente, que atuarão prestando suporte e auxílio no desempenho da atividade funcional dos membros da instituição.”

¹⁰² A Deliberação 38/2007 e suas alterações do Conselho Superior da Defensoria Pública regulamenta, especificamente, a regulamentação dos núcleos, isto é, seus componentes, critérios de funcionamento, atribuições, entre outras questões. Disponível em: < <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=906&idModulo=5010> > acesso em: 26.12.2018

¹⁰³ A Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul conta com núcleo especializado criado pela Lei Complementar do Estado 13087/2008. Disponível em: < http://www.defensoria.rs.def.br/upload/1536690221_Lei%20Complementar%20n%C2%BA%2013.087-2008.pdf > acesso em: 26.12.2018; A Defensoria Pública do Estado da Bahia criou um núcleo de saúde, mediante resolução do Conselho Superior daquela instituição em 2016. Disponível em: < <http://www.defensoria.ba.def.br/arquivo/noticias/nucleo-de-saude-da-defensoria-publica-e-criado-pelo-conselho-superior> > acesso em: 26.12.2018. A Defensoria do Rio de Janeiro não possui um núcleo

modo que a atuação se torna esparsa perante os defensores públicos com atribuição para atuar perante a Fazenda Pública e entre os demais núcleos especializados, de acordo com sua área de atuação, não permitindo uma visão mais específica quanto à implementação de políticas públicas de saúde no Estado de São Paulo, sob uma perspectiva mais geral, que exige possa, eventualmente, exigir uma medida judicial com a propositura de uma ação civil pública.

Considerando, portanto, os dados coletados na pesquisa chega-se à conclusão que a atuação da Defensoria Pública Estadual de São Paulo ainda é insuficiente no plano coletivo do direito fundamental à saúde, sendo possível anotar alguns fatores que contribuem com esta conclusão: 1- falta de estrutura da Defensoria Pública Estadual se comparada ao Ministério Público; 2- a recém criação da Defensoria Pública no Estado de São Paulo, revelando se estar diante de uma instituição ainda em construção; 3- a recém inclusão da Defensoria Pública no rol dos legitimados para tutela coletiva do direito à saúde; 4- a inexistência de cargos especializados em tutela do direito fundamental à saúde, como também a falta de um núcleo especializado sobre o direito à saúde; 5- a predominância da perspectiva individualista do direito fundamental à saúde, preferindo manejar ações individuais para concretizar o direito, revelando, assim, uma necessária modificação do olhar da Defensoria Pública para a deficiência ou inexistência das políticas públicas de saúde no Estado de São Paulo.

Desta feita, a Defensoria Pública do Estado tem um grande desafio pela frente, que é não apenas de se estruturar, mediante a sua interiorização no Estado de São Paulo com a criação de mais cargos e, ainda, a ampliação de suas receitas para tanto, o que, claramente, não dependem exclusivamente da vontade da Defensoria, mas de vontade política do governo estadual, com o aporte de mais receitas à instituição, mas, além disso, uma necessária especialização na sua atuação quanto à concretização do direito fundamental à saúde, isso porque, tal providência demonstrou ser profícua, quando se analisa qualitativamente as ações civis públicas movidas para concretização de políticas públicas de saúde em favor de pessoas encarceradas. Por

especializado, mas uma Coordenadoria em Tutela Coletiva e Direito à Saúde. Disponível em: < <http://www.defensoria.rj.def.br/Institucional/Estrutura> > acesso em 26.12.2018;

derradeiro, indispensável a capacitação da carreira, com o objetivo de permitir que haja um olhar mais aprofundado para o cumprimento da norma constitucional prevista no artigo 196 da CF, sob um viés coletivo, privilegiando uma atuação em favor de um maior número de pessoas, sem prejuízo, claro, de atuar em casos individuais, quando assim for necessário.

CONCLUSÃO

Como visto, a Defensoria Pública é instituição permanente do Sistema de Justiça, voltada a promoção dos direitos humanos e defesa dos direitos individuais e coletivos, dentre os quais se insere o direito à saúde.

O direito à saúde, por sua vez, é reconhecidamente um direito fundamental social, tendo em vista não somente a relevância ética do bem “saúde” para a sociedade brasileira, mas também em razão do “status” de fundamentalidade conferido pelo Constituinte de 1988 ao referido direito, na medida em que não apenas o enquadrrou no rol de direitos fundamentais, conforme se verifica da redação do artigo 6º, “caput” da CF, como também o regulou em minúcias a partir do artigo 196, da CF, atribuindo ao Poder Público o principal responsável pelo sua implementação, mediante políticas públicas de saúde.

Diante deste cenário, o direito à saúde passou a ser objeto de intensa judicialização, sendo reconhecido pela doutrina e jurisprudência, como um direito subjetivo, individual e coletivo, permitindo assim a sua postulação em juízo, quando o Poder Pública se queda inerte no cumprimento de seu dever constitucional.

Com efeito, ante à condição de legitimada ativa da Defensoria Pública para atuar coletivamente (artigo 5º, inciso II, da Lei 7347/1985), assim como considerando a grande quantidade de demandas de saúde apreciadas pelo Poder Judiciário, propôs-se no presente trabalho investigar a atuação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo na tutela coletiva do direito à saúde, a partir de uma análise de dados de julgamento de recursos de apelação e reexames necessários apreciados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no ano de 2018 (01.01.2018 a 19.12.2018), coletados a partir do mecanismo de busca de jurisprudência disponível no sítio eletrônico do referido Tribunal.

No período objeto da investigação foram encontradas 7.703 ações envolvendo o direito à saúde pública. Entretanto, dentre este amplo universo de demandas, apenas 280 ações se apresentaram como “ações civis públicas”, o que

representa menos de 0,5% do total de ações julgadas no período. Porém, a partir de uma apuração mais detalhada destas 280 ações, verificou-se que, na realidade, apenas 13 ações correspondiam a uma tutela coletiva do direito fundamental à saúde propriamente dita (direitos difusos e coletivos), visto que as outras 267 nada mais eram do que ações movidas pelo “parquet”, a fim de judicializar, em favor de cidadãos determinados, o direito fundamental à saúde, sob o fundamento de se tratar de direito individual indisponível.

Dentre estas 13 ações coletivas, apenas 11 tiveram o mérito apreciado. As ações, vale destacar, tiveram o objetivo de resolver problemas locais, ou seja, nenhuma das ações coletivas propostas tiveram por finalidade enfrentar um problema regional e, até mesmo, estadual de ausência de política pública de saúde. Ressalte-se que inexistência de ações neste sentido, não revela ausência de problemas quanto à concretização de políticas públicas de saúde numa perspectiva mais ampla do território paulista, na medida em que contrasta com o grande volume de ações individuais julgadas no mesmo período analisado.

No que tange, especificamente, à atuação da Defensoria Pública, verificou-se que dentre as 11 ações com mérito julgado, tão somente duas delas foram movidas pela instituição bandeirante. Em uma das ações o pedido foi julgado procedente, enquanto a outra o pedido foi improcedente. Ambas ações civis públicas propostas pela Defensoria Pública paulista tiveram o objetivo de judicializar questões envolvendo a ausência de política pública de saúde em estabelecimentos prisionais.

Logo, num universo de mais de 7.703, verificou-se apenas 02 ações coletivas da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, demonstrando o pouco uso de mecanismos coletivos na efetivação do direito fundamental à saúde pela instituição paulista.

O resultado apresentado na pesquisa realizada revela que, de um modo geral, se opta por judicializar questões envolvendo o direito fundamental à saúde sob uma perspectiva distributiva e individualista, sem que haja uma análise coletiva do direito (em sentido amplo), que teriam potencial muito maior para resolver omissões

do Poder Público na implementação de políticas públicas, visto que abrangeria maior contingente populacional.

Malgrado o baixo índice de ações coletivas da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, o resultado não pode ser analisado, exclusivamente, sob uma ótica de deficiência de atuação da instituição na tutela coletiva do direito fundamental à saúde, na medida em que alguns outros aspectos levam a esta ínfima atuação, a saber: 1- falta de estrutura da Defensoria Pública Estadual se comparada ao Ministério Público, visto que além da disparidade orçamentária, a Defensoria conta com apenas 750 Defensores Públicos, enquanto que o Ministério Público com mais de 2000 Promotores de Justiça; 2- a recém criação da Defensoria Pública no Estado de São Paulo, revelando se estar diante de uma instituição ainda em construção, na medida em que a instituição foi concebida há apenas 12 anos; 3- a recente inclusão da Defensoria Pública no rol dos legitimados para tutela coletiva do direito à saúde; 4- a inexistência de cargos especializados em tutela do direito fundamental à saúde, como também a falta de um núcleo especializado sobre o direito à saúde. A atuação especializada, inclusive, demonstrou resultado profícuo na pesquisa, pois ambas as ações da Defensoria Pública foram voltadas à implementação de política pública em estabelecimentos prisionais, em cuja presença da Defensoria Pública paulista é marcante, contando inclusive com um Núcleo Especializado; 5- e, por fim, a predominância da perspectiva individualista do direito fundamental à saúde, preferindo manejar ações individuais para concretizar o direito, revelando, assim, uma necessária modificação do olhar da Defensoria Pública para a deficiência ou inexistência das políticas públicas de saúde no Estado de São Paulo.

Deste modo, além de uma indispensável estruturação da instituição, o que depende necessariamente de vontade política do Poder Público Estadual em criar mais cargos e conferir mais orçamento, a Defensoria Pública paulista necessita se especializar no estudo das deficiências estruturais das políticas públicas de saúde no Estado, permitindo assim a judicialização pontual de demandas, que possam satisfazer maior número de pessoas que fazem uso do sistema público de saúde, cabendo a ressalva de que tal providência não inviabiliza a judicialização individual deste direito, quando necessário.

REFERÊNCIAS

ALBERT, C.E. **Análise sobre a Judicialização da Saúde nos Municípios**. Revista Técnica. Confederação Nacional dos Municípios. Disponível em: <<https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca/An%E1lise%20sobre%20a%20Judicializa%E7%20da%20Sa%FAde%20nos%20Munic%EDpios.pdf>> acesso em: 07.12.2018.

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo. Editora Malheiros. 2ª Edição. 5ª Tiragem. 2015.

ALVES, C.F. **A estruturação dos serviços de Assistência Jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: PUC-RJ, 2005, 281 p. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional do Departamento de Direito da PUC-Rio, Rio de Janeiro, 2005.

ARELLANO, L.F.V. **Para além da reserva do possível: cognição conglobante e dialética pública no controle jurisdicional de políticas públicas**. São Paulo. Editora RT. Revista de Processo. Vol 266, Ano 42, p. 393/417. Abril 2017.

BAHIA, C.J.A; ABUJAMRA, A.C.P. **A justiciabilidade do direito fundamental à saúde: concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. Revista dos Tribunais | vol. 892/2010 | p. 37 - 86 | Fev / 2010.

BARCELLOS, A.P.DE. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. Vol. 240. P.83/103. Abril/Jun 2005.

BATISTELLA, C. **Abordagens Contemporâneas do Conceito de Saúde**. In: FONSECA, A.F; CORBO, A.D'A (org.). O Território e o Processo Saúde-Doença. Rio de Janeiro. EPSJV/Fiocruz. 2007.

BEGA, C.B. **A consolidação da atuação da Defensoria Pública em Processos Coletivos**. In: MILARÉ, E. (coord). Ação Civil Pública após 30 anos. São Paulo. Editora Revistas dos Tribunais. 2015.

BELLO FILHO, N.de.B. **Teorias dos direitos fundamentais: apontamentos para um discurso dogmático**. Revista dos Tribunais Nordeste. vol. 4/2014. p. 71 – 94. Mar / 2014.

BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS. **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswwho.html>> Acesso: 08.12.2018.

BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro. Editora Elsevier. 7ª Reimpressão. 2004.

BONELLI, M.D.G. **O Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros e o Estado: a profissionalização no Brasil e os limites dos modelos centrados no mercado**. Revista Brasileira de Direitos Sociais. Volume 14, nº 39, fevereiro de 1999. <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v14n39/1722.pdf> consultado em: 12.10.2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Decreto 1030, de 14 de novembro de 1890**. Organiza a Justiça do Distrito Federal <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1030-14-novembro-1890-505536-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso: 08.12.2018.

_____. Câmara dos Deputados. **Decreto 2457, de 08 de fevereiro de 1897**. Organiza a Assistência Judiciária no Distrito Federal. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2457-8-fevereiro-1897-539641-publicacaooriginal-38989-pe.html>> Acesso em: 12.10.2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Fórum da Saúde. Quantidade de demandas nos tribunais.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/demandasnoatribunais.forumSaude.pdf> - Consultado em 13.11.2018.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sp/panorama> acesso em: 24.12.2018.

_____. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Mapa da Defensoria Pública no Brasil.** Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/deficitdedefensores> acesso em: 26.12.2018.

_____. Ministério da Saúde. Relatório da 8ª Conferência Nacional de Saúde. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf Consultado em: 19.11.2018.

_____. Planalto. **Lei Complementar 80/1994, de 12 de janeiro de 1994.** Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm Acesso em: 29.11.2018.

_____. Planalto. **Constituição da República, de 15 de outubro de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm acesso: 29.11.2018.

_____. Planalto. **Lei 261, de 03 de dezembro de 1841.** Reforma o Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM261.htm Acesso em: 08.12.2018.

_____. Planalto. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm> Acesso: 08.12.2018.

_____. Planalto. **Decreto 3689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm> Acesso em: 08.12.2018.

_____. Planalto. **Lei 13105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 08.12.2018.

_____. Planalto. Lei 9394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm> acesso em: 10.12.2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4163.** Julgada em 29 de fevereiro de 2012. Ministro Relator Cezar Peluso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3451439>> Acesso em: 08.12.2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Ação Rescisória 1937.** Julgamento em 30.06.2017 Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13320463>> acesso em 29.11.2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n 421.** Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>>. Acesso em: 29.11.2018.

CANGUILHEM, G. **Normal e o Patológico**. Rio de Janeiro. Editora Forense Universária. 6ª Edição. 2009.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre. Sergio Antônio Fabris Editor. 2002.

CARDOSO, L.Z.L. **Fendas Democratizantes, Mecanismos de Participação Popular na Defensoria Pública e o Equacionamento da Luta Social por Oportunidade de Acesso à Justiça**. In: RÉ, A.I.M.R (org.). **Temas Aprofundados Defensoria Pública**. Salvador. Editora JusPodivm. 2ª Edição. 2ª Tiragem. Vol. 1. 2014.

CORGOSINHO, G. **Defensoria Pública. Princípios Institucionais e Regime Jurídico**. Belo Horizonte. Editora Arraes. 2ª Edição. 2014.

DA SILVA, V.A. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. Revista de Direito de Estado, nº 4. Pg. 23/51. 2006.

DE ARAÚJO, J.S; XAVIER, M.P. **O conceito de saúde e os modelos de assistência: considerações e perspectivas em mudança**. Revista Saúde em Foco, Teresina, v. 1, n. 1, art. 10, p. 137-149, julho de 2014. Disponível em: www4.fsnet.com.br/revista/ consultado em 25.11.2018.

DE GODOY, A.E. **Conflitos Habitacionais Urbanos, atuação e mediação jurídico-política da Defensoria Pública**. Curitiba. Editora Juruá. 2015.

DE MORAES, A. **Direito Constitucional**. São Paulo. Editora Atlas. 29ª Edição. 2013.

ESTEVES, D.; SILVA, F.R.A. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2ª Edição, 2015.

FENSTERSEIFER, T. **Defensoria Pública na Constituição Federal**. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2017.

_____. **Defensoria Pública, direitos fundamentais e ação civil pública.** São Paulo. Editora Saraiva. 2015.

FERREIRA FILHO, M.G. **Princípios fundamentais do direito constitucional.** São Paulo. Editora Saraiva. 2ª Edição. 2010.

FONTE, F.de.M. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais.** São Paulo. Editora Saraiva. 2ª Edição. 2015.

FÓRUM JUSTIÇA. **100 Regras de Brasília.** Disponível em: <<http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2011/10/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>> acesso em: 30.10.2018.

FOUCAULT, M. **História da Loucura.** São Paulo. Perspectiva. 11ª Edição. 2017a.

_____. **O nascimento da clínica.** Rio de Janeiro. Editora Forense Universitária. Grupo Gen. 7ª Edição. 2017b.

GOTTI, A. **Direitos Sociais. Fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados.** São Paulo. Editora Saraiva. 2012.

GRINOVER, A.P. **Legitimidade da Defensoria Pública para ação civil pública.** Revista de Processo. Vol. 165/2008. P. 299 – 317. Nov/2008.

HADDAD, E.G.de.M; GOZETTO, A.C.de.O. **O movimento pela criação e fortalecimento da Defensoria Pública paulista.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 76/2009. P. 372 – 388. Jan - Fev/ 2009.

KHAMIS, R.B.M. **A indisponibilidade do direito fundamental à proteção do meio ambiente.** Veredas do Direito, Belo Horizonte, v.14, n.29, p.153-173, Mai./Ago. de 2017

LOPES, J.R.D.L. **Direitos Sociais: Teoria e Prática**. São Paulo. Editora Método. 2006.

LOREDO, J.P. **A legitimação coletiva da Defensoria Pública. Um Caminho entre o acesso à justiça e a hipossuficiência organizacional**. 2014.

LUNARDI, V.L. **Problematizando conceitos de saúde, a partir do tema da governabilidade dos sujeitos**. Revista Gaúcha de Enfermagem, Porto Alegre, v.20, n.1, p.26-40, jan. 1999. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/RevistaGauchadeEnfermagem/article/view/4219/2229>> Acesso em: 25.11.2018.

MAIA, M.C. **A legitimidade coletiva da Defensoria Pública para a tutela de segmentos sociais vulneráveis**. Revista de Direito do Consumidor. Vol. 101/2015. P. 351 – 383. Set - Out / 2015.

MAPELLI JÚNIOR, R. **Judicialização da Saúde: regime jurídico do S.U.S e intervenção da Administração Pública**. Rio de Janeiro. Atheneu. 2017.

MENDES, G.F.; BRANCO, P.G.G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Editora Saraiva. 8ª Edição. 2013.

MENDES NETO, J.P. **Direitos fundamentais - um pressuposto à soberania, democracia e o estado democrático de direito**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 80/2012, p. 221 – 250, jul – set, 2012.

MIRANDA. J. **O regime dos direitos sociais**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 47 n. 188, 24-36, out./dez. 2010.

NOBRE, M.A.DE.B. **Da Denominada “Judicialização da Saúde”: pontos e contrapontos**. In NOBRE, M.A. DE B; DA SILVA, R.A.D. (Coord). O CNJ e os

Desafios da Efetivação do Direito à Saúde. Belo Horizonte. Editora Fórum. 1ª Edição. 2011.

NOVELINO, M. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador. Editora JusPodivm. 10ª Edição. 2015.

PIOVESAN, F. **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas**. In CANOTILHO, J.J.G; CORREIA, M.O.G; CORREIA E.P.B (Coord.). Direitos Sociais Fundamentais. São Paulo. Saraiva. 2ª Edição. 2015.

RÉ, A.I.M.R.; **Manual do Defensor Público. Teoria e Prática**. Salvador. Editora JusPodivm. 2013.

REIS, G.A.S; ZVEIBIL, D.G; JUNQUEIRA, G. **Comentários à Lei da Defensoria Pública**. São Paulo. Saraiva. 2013.

SÁ JÚNIOR, L.S.de.M. **Desconstruindo a definição de saúde**. Jornal do Conselho Federal de Medicina (CFM) jul/ago/set de 2004, pg 15-16. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/index.asp?opcao=bibliotecaJornalJulAgoSet2004>>. Consultado em 25.11.2018.

SADEK, M.T.A. **Defensoria Pública: a Conquista da Cidadania**. In: RÉ, A.I.M.R (org.). Temas Aprofundados Defensoria Pública. Salvador. Editora JusPodivm. 2ª Edição. 2ª Tiragem. Vol. 1. 2014.

SÃO PAULO. Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Disponível em: <<https://www.defensoria.sp.def.br>> Acesso em: 30.10.2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Consulta de Jurisprudência. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>> acesso em: 20.12.2018.

_____. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. **Lei Complementar Estadual 988/2006**. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2006/lei.complementar-988-09.01.2006.html>> acesso em: 23.12.2018.

_____. Ministério Público do Estado de São Paulo. **Portal Transparência**. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Portal_da_Transparencia/Execucao_Orc/Execucao_Orc_Receitas/Execucao_Receitas_2018> acesso em: 25.12.2018.

SARLET, I.W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora Ltda. 12ª Edição (e-book). 2015.

_____. **Notas sobre a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e a assim chamada constitucionalização do direito penal e processual penal no Brasil**. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 102/2013 | p. 13 - 44 | Maio - Jun / 2013 DTR\2013\3300.

_____. **A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos Direitos Sociais analisada à luz do Exemplo do Direito à Promoção e Proteção da Saúde**. In NOBRE, M.A. DE B; DA SILVA, R.A.D. (Coord). O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde. Belo Horizonte. Editora Fórum. 1ª Edição. 2011.

_____; FIGUEIREDO, M.F. **O Direito Fundamental à Proteção e Promoção da Saúde no Brasil: principais aspectos e problemas**. In RÉ, A.I.M.R. (org). Temas Aprofundados Defensoria Pública. Salvador. Juspodvim. 2ª Edição. 2ª Edição. Volume 1. 2014.

SCLIAR, M. **História do Conceito de Saúde**. PHYSIS: Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, 17(1):29-41, 2007.

SOARES, T.A. **A Defensoria Pública de São Paulo: um modelo inovador de assistência jurídica gratuita.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 78/2009. P. 411 – 425. Maio – Jun. 2009.

SOUSA, J.G. **A legitimidade da Defensoria Pública para a tutela dos interesses difusos: uma abordagem positiva.** Revista de Processo. vol. 175/2009. p. 192 – 227. Set / 2009

WEIS, C. **A implementação das decisões e recomendações internacionais de direitos humanos em matéria de tortura: a atuação da Defensoria Pública.** In: RÉ, A.I.M.R (org.). Temas Aprofundados Defensoria Pública. Salvador. Editora JusPodivm. 2ª Edição. 2ª Tiragem. Vol. 1. 2014.

ZANETTI JR, H; GARCIA, L. **Direitos Difusos e Coletivos.** Salvador. Juspodvim. 9ª Edição. 2018.