

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PELOTAS
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito
Mestrado em Direito

Dissertação de Mestrado



**O ACESSO À JUSTIÇA PARA GRUPOS VULNERÁVEIS SUBMETIDOS A
CUIDADOS PALIATIVOS: PERSPECTIVAS A PARTIR DA EXPERIÊNCIA DO
PROJETO DIREITO CUIDATIVO**

Patrícia Brusamarello Nardello

Pelotas, 2020

Patrícia Brusamarello Nardello

O ACESSO À JUSTIÇA PARA GRUPOS
VULNERÁVEIS SUBMETIDOS A CUIDADOS
PALIATIVOS: PERSPECTIVAS A PARTIR DA
EXPERIÊNCIA DO PROJETO DIREITO
CUIDATIVO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-
Graduação em Direito da Universidade Federal
de Pelotas, como requisito parcial à obtenção
do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof (a). Dra. Karinne Emmanoela Goettems
dos Santos

Coorientador: Prof. Dr. Alexandre Fernandes Gastal

Pelotas, 2020
Patrícia Brusamarello Nardello

Universidade Federal de Pelotas / Sistema de Bibliotecas
Catalogação na Publicação

N223a Nardello, Patrícia Brusamarello

O acesso à justiça para grupos vulneráveis submetidos a cuidados paliativos : perspectivas a partir da experiência do projeto direito cuidadoso / Patrícia Brusamarello Nardello ; Karinne Emanoela Goettems dos Santos, orientadora ; Alexandre Fernandes Gastal, coorientador. — Pelotas, 2020.

166 f.

Dissertação (Mestrado) — Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pelotas, 2020.

1. Direitos fundamentais. 2. Direito à saúde. 3. Direitos sociais. 4. Acesso à justiça. 5. Efetivação. I. Santos, Karinne Emanoela Goettems dos, orient. II. Gastal, Alexandre Fernandes, coorient. III. Título.

CDDir : 341.27

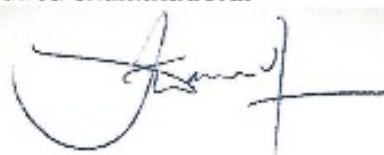
Pelotas, 2020
Patrícia Brusamarello Nardello

**O Acesso à Justiça para grupos vulneráveis submetidos a cuidados
paliativos: perspectivas a partir da experiência do Projeto Direito
Cuidativo**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de
Mestre em Direito no Curso de Pós-Graduação em Direitos Sociais, da
Universidade Federal de Pelotas.

Data da Defesa: 08.05.2020.

Banca examinadora:



Prof.ª. Dra. Karinne Emanuela Goettems dos Santos (orientadora)
Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos
(UNISSINOS).



Prof. Dr. Alexandre Fernandes Gastal (coorientador)
Doutor em Direito pela Universidade Universidade Federal do Rio Grande
do Sul (UFRGS)



Prof. Dr. Guilherme Camargo Massaú.
Pós-doutor em Direito pela Pontifícia Universidade do Rio Grande do Sul.
Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos
(UNISSINOS)

A handwritten signature in blue ink, reading 'Janaína Sturza'.

Profa. Dra. Janaína Machado Sturza.
Pós-Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISSINOS). Doutora
em Direito pela Escola Internacional de Doutorado em Direito Tullio Ascarelli da
Universidade de Roma Tre – Itália.

Lista de Figuras

Figura 1: Níveis de desenvolvimento de cuidados paliativos em todos os países do mundo.

Figura 2: Temas abordados no Direito Cuidativo nos anos de 2018 e 2019.

Figura 3: Andamento processual do Direito Cuidativo.

Figura 4: Incidência dos problemas legais no Brasil.

Figura 5: Evolução do número de processos com a temática da saúde na primeira instância.

Figura 6: Evolução do número de processos com a temática da saúde na segunda instância.

Lista de Tabelas

Tabela 1: Dimensões da qualidade de vida dos pacientes em cuidados paliativos

Lista de Quadros

Quadro 1: Patrocínio dos processos de saúde

Agradecimentos

À Deus que é fonte de toda sabedoria.

Aos meus pais, por todo apoio, incentivo e suporte ao longo destes anos de mestrado.

Ao Gilberto Junior, por sempre me incentivar a perseguir meus sonhos.

Às minhas colegas de mestrado, que caminharam ao meu lado neste sonho e se tornaram amigas para a vida.

À minha orientadora, professora Karinne por me fazer acreditar que o mundo pode ser melhor. Por todo aprendizado e vivências compartilhadas neste período.

Ao meu co-orientador professor Alexandre, por todos os ensinamentos em minha vida acadêmica e pelas contribuições neste trabalho.

A todo o pessoal da Unidade Cuidativa da Universidade Federal de Pelotas, que sempre me receberam de braços abertos e meus agradecimentos também, pelo lindo trabalho social por eles desempenhado.

À CAPES, pela coordenação e diretrizes do programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Pelotas.

Obrigada.

RESUMO

NARDELLO, Patrícia Brusamarello. **O acesso à justiça para grupos vulneráveis submetidos a cuidados paliativos: perspectivas a partir da experiência do projeto Direito Cuidativo**. Orientadora: Karinne Emanoela Goettems dos Santos. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, 2020.

A presente pesquisa analisa as perspectivas de acesso à justiça, a partir das ondas renovatórias de Mauro Cappelletti, de modo a avaliar a efetivação do direito à saúde dos grupos vulneráveis tratados pelo Programa Unidade Cuidativa da Universidade Federal de Pelotas, que integra o “Programa Cuidativa: Integralidade do Cuidado e Qualidade de vida” através do projeto “Direito Cuidativo” promovida pelo Serviço de Assistência Jurídica da UFPEL. Os objetivos específicos da pesquisa serão divididos em capítulos para maior aprofundamento e organização da coleta bibliográfica específica dos direitos em comento, dispostos da seguinte maneira: no primeiro capítulo, será traçado um paralelo entre os direitos fundamentais e a sua evolução histórica, perpassando as suas dimensões e também a justiciabilidade dos direitos sociais; no segundo capítulo, abordar-se-á o direito social à saúde como dever do Estado, considerando-se a existência dos princípios do mínimo existencial e o da reserva do possível para após, adentrar na temática conceitual e histórica dos tratamentos paliativos; no terceiro capítulo, será estudado o direito fundamental de acesso à justiça na ótica da Cappelletti e das três ondas renovatórias por ele propostas, relacionando-as com a realidade enfrentada pelos pacientes em tratamento paliativo que dependem exclusivamente do acesso à justiça para efetivar o seu direito à saúde; e por último, no quarto capítulo será realizada pesquisa empírica junto ao projeto Direito Cuidativo da UFPEL, para posteriormente dialogar-se sobre as novas perspectivas de acesso à justiça para este grupo e acerca da eventual possibilidade de pensar-se em uma nova onda renovatória a ser aplicada no contexto dos pacientes paliativos. O estudo pretende albergar uma ótica qualitativa de acesso à justiça, uma vez que sua ótica quantitativa seria limitada a procedimentos de ingresso e acesso ao Poder Judiciário, deixando de lado a preocupação com a real efetividade e qualidade das prestações jurisdicionais. A temática atinente ao acesso à justiça, assim, encontra-se intimamente ligada com a ideia de justiça social que é característica do Estado Democrático de Direito, sendo um dos caminhos para se alcançar a dignidade da pessoa humana e a cidadania. Para ser possível alcançar tal patamar, mostra-se necessário renovar os olhares para as realidades sociais experimentadas por cada grupo vulnerável, enfatizando-se importância da solidariedade entre os cidadãos na busca do bem comum. A pesquisa utiliza como abordagem o método hipotético-dedutivo, pois parte da colheita doutrinária e conceitual sobre a temática atinente ao acesso à justiça, vulnerabilidades e do direito social à saúde, para embasar a posterior coleta de dados empíricos provenientes do projeto Direito Cuidativo da UFPEL, de modo que se possa aferir se o acesso à justiça está superando as barreiras e propiciando a realização do direito à saúde dos pacientes que se encontram em tratamento paliativo na Unidade Cuidativa da UFPEL. A hipótese ventilada engloba a efetivação do direito à saúde dos mencionados grupos vulneráveis que se encontram sob cuidados paliativos, através da superação dos obstáculos de acesso à justiça pelo projeto Direito Cuidativo, promovida pelo Serviço de Assistência Jurídica da UFPEL. Por conseguinte, os conceitos serão analisados mediante a coleta de dados

tomando-se como base referencial os anos de 2018 e 2019, onde buscar-se-á analisar se o desenvolvimento do projeto Direito Cuidativo do curso de direito da UFPEL, supera os obstáculos elencados por Cappelletti e propicia o acesso à justiça adequado para a efetivação do direito à saúde.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Direito à saúde. Direito Social. Acesso à Justiça. Efetivação.

ABSTRACT

NARDELLO, Patrícia Brusamarello. **Access to justice for vulnerable groups undergoing palliative care: perspectives from the experience of the Care Law project.** Advisor: Karinne Emanuela Goettems dos Santos. 2020. Dissertation (Master in Law) - Federal University of Pelotas, Pelotas, 2020.

This research analyzes the perspectives of access to justice, based on the renewal waves of Mauro Cappelletti, in order to evaluate the realization of the right to health of vulnerable groups treated by the Care Unit Program of the Federal University of Pelotas, which is part of the "Care Program : Comprehensiveness of Care and Quality of Life "through the" Care Law "action promoted by the Legal Assistance Service of UFPEL. The specific objectives of the research will be divided into chapters to further deepen and organize the specific bibliographic collection of the rights under comment, arranged as follows: in the first chapter, a parallel will be drawn between fundamental rights and their historical evolution, spanning their dimensions and also the justiciability of social rights; in the second chapter, the social right to health will be addressed as a duty of the State, considering the existence of the principles of the existential minimum and the reserve of the possible for after, to enter into the conceptual and historical theme of palliative treatments; in the third chapter, the fundamental right of access to justice will be studied from the perspective of Cappelletti and the three renewal waves proposed by him, relating them to the reality faced by patients under palliative treatment who depend exclusively on access to justice to enforce their right the health; and finally, in the fourth chapter, empirical research will be carried out with the UFPEL Care Law program, to later discuss the new perspectives of access to justice for this group and about the possible possibility of thinking about a new renewal wave to be applied in the context of palliative patients. The study intends to harbor a qualitative view of access to justice, since its quantitative view would be limited to procedures for entry and access to the Judiciary, leaving aside the concern with the real effectiveness and quality of the judicial services. The theme related to access to justice, therefore, is closely linked to the idea of social justice that is characteristic of the Democratic State of Law, being one of the ways to achieve the dignity of the human person and citizenship. In order to be able to reach such a level, it is necessary to renew the look at the social realities experienced by each vulnerable group, emphasizing the importance of solidarity among citizens in the pursuit of the common good. The research uses as an approach the hypothetical-deductive method, as part of the doctrinal and conceptual collection on the subject related to access to justice, vulnerabilities and the social right to health, to support the later collection of empirical data from the UFPEL Law Care action. , so that it is possible to assess whether access to justice is overcoming barriers and enabling the realization of the right to health of patients who are undergoing palliative treatment at the UFPEL Care Unit. The ventilated hypothesis encompasses the realization of the right to health of the aforementioned vulnerable groups who are under palliative care, by overcoming obstacles to accessing justice through the Care Law action, promoted by the UFPEL Legal Assistance Service. Therefore, the concepts will be analyzed through the collection of data taking as a reference base the years 2018 and 2019, where we will seek to analyze whether the development of the Care Law action of the UFPEL law course, overcomes the obstacles listed by Cappelletti and provides adequate access to justice for the realization of the right to health.

Key words: Keywords: Fundamental Rights. Right to health. Social Law. Access to justice. Effectiveness.

SUMÁRIO

Introdução.....	12
1 A Constitucionalização do Direito Fundamental à Saúde.....	17
1.1 As dimensões dos Direitos Fundamentais.....	18
1.2 Dos Direitos Fundamentais e Sociais.....	22
1.2.1 Da justiciabilidade dos direitos sociais.....	26
1.3 O Direito à Saúde como dever do Estado e o Sistema Único de Saúde.....	31
1.3.1 O princípio do mínimo existencial.....	34
1.3.2 O princípio da reserva do possível.....	37
2 O Direito Fundamental Social à Saúde no âmbito dos Cuidados Paliativos...45	
2.1 Cuidados Paliativos: conceito e evolução da proteção no contexto mundial.....	50
2.2 Os Cuidados Paliativos no Brasil.....	55
3 O Acesso à Justiça como Direito Fundamental.....	59
3.1 O Projeto Florença.....	64
3.2 As três ondas renovatórias de Acesso à Justiça.....	70
3.2.1 A primeira onda renovatória de acesso à justiça.....	71
3.2.2 A segunda onda renovatória de acesso à justiça.....	75
3.2.3 A terceira onda renovatória de acesso à justiça.....	83
3.3 A importância do Acesso à Justiça para a efetivação do Direito à Saúde no contexto dos pacientes paliativos.....	85
3.3.1 Dos direitos dos pacientes paliativos.....	91
3.3.2 Entre a vulnerabilidade e a solidariedade.....	93
4 A Experiência do Projeto Direito Cuidativo da UFPEL.....	98
4.1 Da metodologia utilizada.....	98
4.1.1 Considerações gerais sobre a pesquisa jurídica científica.....	99
4.1.2 Métodos.....	100
4.2 Da justificativa do Direito Cuidativo.....	103
4.3 Dos dados coletados.....	106
4.4 Perspectivas de novas ondas renovatórias de Acesso à Justiça.....	110
4.5 Do Projeto <i>Global Access to Justice</i>	110

4.5.1 Panorama geral da obra.....	114
4.5.2 O Direito Cuidativo e o Projeto <i>Global Access to Justice</i>	115
4.6 Por uma tutela jurisdicional adequada: seria possível pensar-se em uma nova onda aplicada no contexto dos pacientes paliativos?.....	118
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	137
REFERÊNCIAS.....	142
ANEXO.....	155

INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito deve estar aparelhado para perfectibilizar o direito à saúde dos cidadãos e não somente proclamá-lo como direito fundamental social. Neste contexto, o cidadão portador de doença grave deve receber atenção especial do Estado, de modo que possa realizar o tratamento necessário para manter uma vida com dignidade. Por certo, o direito à saúde engloba uma gama de direitos básicos que o Estado deve proporcionar aos cidadãos, tais como o direito à moradia, à educação, ao trabalho digno, dentre outros, uma vez que o direito à saúde é um direito complexo, possuindo influência e repercussão que decorrem e afetam os demais.

Há determinado grupo de pacientes que ultrapassam a característica da vulnerabilidade econômica ou social, pois se encontram em situação de vulnerabilidade acentuada, tendo em vista que não necessitam de tratamentos para alcançar a cura, mas sim, para obter qualidade de vida. Deste modo, estes pacientes necessitam de cuidados peculiares, denominados de cuidados paliativos para terem sua cidadania e dignidade da pessoa humana respeitadas e observadas com a devida atenção.

A Constituição Federal da República traz a dignidade da pessoa humana como valor supremo no seu artigo 1º, inc. III, o que demonstra a preocupação do Constituinte em assegurar o bem comum através de uma vida digna. O direito à saúde, por sua vez, é um direito fundamental social garantido pela Constituição Federal da República em seus artigos 6º e 196, na esteira do artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (SARLET, 2018).

Quando a dignidade da pessoa humana não é respeitada e o direito à saúde destes pacientes é negado pelo Estado, somente resta a estes cidadãos vulneráveis em situação de tratamento e cuidados paliativos socorrerem-se do acesso à justiça, de modo que acesso à justiça está intimamente vinculado com a ideia de justiça social na busca do bem-comum, uma vez que é através do acesso ao Poder Judiciário, que o cidadão poderá fazer valer a sua cidadania mediante o reconhecimento de direitos que lhe são inerentes (CAPPELETTI e GARTH, 1988).

Para Cappelletti e Garth, há a identificação dos obstáculos enfrentados na busca do acesso à justiça pelos autores denominando-os de “ondas renovatórias”,

para as quais devem ser direcionados esforços políticos no sentido de superá-las e, deste modo, propiciar o acesso efetivo à justiça.

Atualmente, vive-se em uma sociedade multifacetada que abrange enormes dificuldades, vulnerabilidades e desigualdades sociais, sendo o estudo do acesso à justiça pertinente e atual, tanto que está em desenvolvimento um projeto de nível mundial desenvolvido por Garth, o *Global Access to Justice*, que identificará novos obstáculos de acesso à justiça nos países participantes. Assim, o acesso à justiça clama urgentemente por uma maior atenção quanto aos seus aspectos materiais, instaurando uma necessidade de reafirmação de valores e pretensões através da materialização dos direitos perquiridos.

Deste modo, é importante abordar-se o acesso à justiça sob a ótica qualitativa, tendo em vista que o acesso quantitativo seria limitado somente a procedimentos de ingresso e acesso à justiça, deixando de lado a preocupação com a real efetividade e qualidade das prestações jurisdicionais do Estado.

A abordagem que se faz no presente trabalho, conectando o direito à saúde com o acesso à justiça, parte da experiência do projeto Direito Cuidativo, que é uma das ações integrantes do Programa Unidade Cuidativa da Universidade Federal de Pelotas. A Unidade Cuidativa é um componente do Centro Regional de Cuidados Paliativos e visa proporcionar mais qualidade de vida para pessoas acometidas de doenças crônicas que ameaçam a vida (como patologias oncológicas, neurodegenerativas, doenças pulmonares, cardíacas, hepáticas e renais avançadas, dentre outras). Na Cuidativa são oportunizadas atividades lúdicas com o objetivo de amenizar a dor sofrida por esses pacientes, tratando além do âmbito físico também o emocional, social e espiritual.

Este grupo da Unidade Cuidativa abrange uma gama de profissionais das mais variadas áreas, aptos a fornecer atendimento a grupos vulneráveis acometidos por doenças graves que estão à margem da sociedade, sem recursos, carentes de justiça e clamando incansavelmente por seu direito à saúde.

O Serviço de Assistência Jurídica da Universidade Federal de Pelotas participa de uma ação no Programa Unidade Cuidativa da UFPEL, chamado Direito Cuidativo, através da qual é prestada assistência jurídica pelos dos alunos do curso de direito supervisionados pela coordenação do SAJ no atendimento a pacientes em situação de extrema vulnerabilidade que recebem atendimento na Unidade Cuidativa. O atendimento *in loco* implica a recepção tanto de pretensões ínsitas ao

tratamento de saúde (tratamentos, medicamentos e transportes), quanto à questões de outras naturezas que sejam dela decorrentes, assim como as previdenciárias, consumeristas e até mesmo ações cíveis ligadas à família e interdições.

Em decorrência da doença grave surgem diversos impasses jurídicos e dúvidas que necessitam de esclarecimento. Ressalta-se que esses problemas de ordem legal de pessoas se referem a cidadãos que se encontram em situação de vulnerabilidade acentuada e que apresentam grande dificuldade de acesso à justiça. Foi em razão deste contexto peculiar, que no ano de 2018 o Direito Cuidativo iniciou as suas atividades, integrando o Programa Unidade Cuidativa atua no afã de propiciar o direito social à saúde física e principalmente, mental destes pacientes que se encontram sob cuidados paliativos e em situação de vulnerabilidade econômica e social.

O problema de pesquisa é conceituado por Kerlinger (1980, p. 35) como: “uma questão que mostra uma situação necessitada de discussão, investigação, decisão ou solução”. Deste modo, o problema é pesquisa pode ser entendido como a tentativa de oferecer uma solução possível mediante uma proposição, ou seja, uma expressão verbal suscetível de ser declarada verdadeira ou falsa (GIL, 2002). Nesta pesquisa discute-se a possibilidade de novas perspectivas de acesso à justiça para estes grupos vulneráveis que estão submetidos a cuidados paliativos, buscando-se averiguar se os obstáculos identificados por Cappelletti na década de 80 puderam ser superados através do projeto Direito Cuidativo integrante do Programa Unidade Cuidativa da Universidade Federal de Pelotas, considerando, como linha propulsora de análise, o conceito amplo de saúde no âmbito da dignidade humana, com vistas ao bem-estar comum.

O cenário do direito à saúde encontra-se estritamente vinculado ao problema do acesso à justiça, na medida em que os grupos vulneráveis que recebem tratamentos paliativos na Unidade são hipossuficientes economicamente, pois carecem de recursos, conhecimento, tempo hábil e disponibilidade para buscarem sozinhos o ingresso ao Poder Judiciário. Eles são portadores de doenças crônicas e que precisam de cuidados especiais para viver dignamente, mesmo sem expectativa de cura.

A problemática experimentada por estes pacientes torna-se ainda de maior monta quando a consolidação do direito social à saúde deles depende do ingresso de ações judiciais para ter acesso a tratamentos, medicamentos, benefícios

previdenciários e pedidos de deslocamento para realização de tratamentos, pois a delicadeza do estado de saúde, que se traduz na vulnerabilidade destes pacientes, pode ser ainda mais afetada quando do enfrentamento no sistema de justiça.

Na esteira dos obstáculos identificados por Cappelletti, a pesquisa irá elucidar o seguinte questionamento: o projeto Direito Cuidativo propicia a superação dos obstáculos de acesso à justiça enfrentados por estes pacientes para terem efetivado o seu direito à saúde dignamente?

A hipótese compreende a tentativa de oferecer uma solução possível mediante uma proposição, ou seja, uma expressão verbal suscetível de ser declarada verdadeira ou falsa (GIL, 2002).

A presente pesquisa irá elucidar a hipótese abaixo discriminada mediante a coleta de dados empíricos nos dois primeiros anos de atuação (2018/2019) do Serviço de Assistência Jurídica da UFPEL através do projeto Direito Cuidativo no programa Unidade Cuidativa, na cidade de Pelotas/RS. Por certo, os dados recolhidos poderão (ou não) apontar hipótese de que o projeto Direito Cuidativo promovido pelo Serviço de Assistência Jurídica da UFPEL supera os obstáculos de acesso à justiça visando a materialização do direito à saúde.

A motivação para a presente pesquisa é oriunda da realização de pesquisas anteriores referentes a temáticas que contornaram o acesso à justiça, sem, contudo, adentrar em coletas empíricas de dados.

Outrossim, para delimitar o objeto de estudo da presente pesquisa, inicialmente será traçado um paralelo entre os direitos fundamentais e a evolução histórica do conceito, perpassando entre as dimensões dos direitos fundamentais e a justiciabilidade dos direitos sociais, para após abordar o direito social à saúde como dever do Estado outorgando-se enfoque nos tratamentos paliativos de pacientes com doenças terminais, em um contexto marcado por imensas dificuldades de acesso da maior parte da população à saúde e à justiça.

Na sequência, será abordada a temática o direito fundamental de acesso à justiça constitucionalmente adequado pelo viés do exercício pleno da cidadania, para além linha das ondas renovatórias de CAPELLETTI e GARTH (1988).

Por fim, será realizada coleta de dados *in loco* no Programa de Unidade Cuidativa idealizado pela Universidade Federal de Pelotas através do projeto Direito Cuidativo realizada pela Assistência Jurídica da UFPEL, buscando analisar se o contexto a que se propõe tal ação contribui efetivamente para a superação dos

obstáculos de um acesso à justiça constitucionalmente adequado para aquele grupo vulnerável de cidadãos.

1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Inicialmente, cumpre mencionar acerca da variedade de expressões empregadas pela doutrina para se chegar ao conceito de direito fundamental. Nesse sentido, DUQUE (2014, p. 49) menciona que o mais importante é o significado que está por trás da palavra e não a palavra em si. Por conseguinte, acrescenta que: “o sentido clássico dos direitos fundamentais repousa no fato de eles assegurarem determinado acervo de bens jurídicos e de ações das pessoas, contra violações estatais”.

A partir desse objetivo de limitação do Poder Estatal é possível identificar as bases do núcleo material das primeiras Constituições escritas: a noção de limitação jurídica do poder estatal, através da garantia de alguns direitos fundamentais e do princípio da separação dos poderes. Desta forma, os direitos fundamentais se constituem não somente como parte da Constituição formal, mas também como elemento nuclear da Constituição material (SARLET, 2018, p. 59).

Destarte, a essência dos direitos fundamentais é a garantia de dignidade da pessoa, sendo traço identificador dos ordenamentos jurídicos livres e democráticos, onde percebe-se que a dignidade é vista como centro valorativo dos direitos fundamentais (DUQUE, 2014. p. 52).

A importância dos direitos fundamentais se dá quando há a materialização da dignidade da pessoa humana através de sua proclamação e/ou aplicação, sendo este valor unificador e balizador de todo o ordenamento jurídico. Inclusive, mostra-se como limite de aplicação de tais direitos fundamentais, face a importância deste valor unificador do ordenamento jurídico.

Ao longo da evolução constitucionalista brasileira, observa-se que em nosso constitucionalismo pátrio sempre foram reconhecidos alguns direitos fundamentais.

Sobre este ponto, MORAES (1997, p. 39) afirma o seguinte:

Os direitos fundamentais compreendem o conjunto de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e de desenvolvimento da personalidade humana.

Contudo, segundo SARLET (2018, p. 64) foi na Constituição da República de 1988 que foi possível observar inovações de significativa importância nos direitos

fundamentais, sendo a primeira vez na história em que foram tratados com a devida importância. Inclusive, pode-se notar que de forma pioneira o constitucionalismo brasileiro utilizou a expressão “direitos e garantias fundamentais”, pois até então era utilizada a denominação “direitos e garantias individuais”.

Através da mudança da palavra individuais por fundamentais, consegue-se perceber uma lógica mais cidadã e abrangente da atual Constituição de República, denotando a sua preocupação com a abrangência e efetivação dos direitos que ultrapassam a esfera individual. Outrossim, a Carta Magna de 1988 reconheceu o direito à saúde como um direito fundamental.

A incorporação dos direitos fundamentais na ordem jurídica merece peculiar destaque. Sobre a positivação destes direitos, destaca CANOTILHO (2002, p. 377):

Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar lhes a dimensão de fundamental *rights* colocados no local primeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem esta positivação jurídica, os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou até por vezes mera retórica política, mas não são direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional.

Por certo, a positivação dos direitos fundamentais na Carta Magna de um país representa a intenção do Constituinte em prestigiar a efetivação prática destes direitos, mediante a elaboração de políticas públicas pela legislação infraconstitucional que outorguem a eles a devida prioridade.

1.1 AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Por conseguinte, a Constituição Federal abrigou em seu catálogo direitos fundamentais que exercem funções vinculadas a perspectiva objetiva e subjetiva, se utilizando das mais variadas técnicas de positivação.

Esse duplo caráter de direitos representa formas diferentes com que o Estado deve agir para respeitá-los, sendo a dimensão subjetiva manifestada pela clássica ideia de proteção do cidadão frente ao poder estatal, enquanto a dimensão objetiva trata da proteção também contra os poderes privados. Trata-se de um reconhecimento que demonstrou significativo avanço histórico (DUQUE, 2014, p. 121). Porém, a evolução social caracterizada pela disseminação dos poderes privados, fez surgir uma nova ameaça aos direitos fundamentais, despertando a necessidade de repensar os instrumentos de proteção desses direitos. O que fez

surgir a outra dimensão dos direitos fundamentais: a dimensão objetiva. Nas palavras de DUQUE (2014, p. 122):

Desde então, os direitos fundamentais passaram a ser encarados por meio de uma dupla perspectiva, seja como direitos subjetivos individuais, seja como elementos objetivos fundamentais da comunidade, constituindo essa abordagem em uma das inovações mais importantes do direito constitucional contemporâneo, para não dizer, a mais relevante a partir do século XX.

A dimensão subjetiva gira entorno da posição jurídica do indivíduo como titular de um direito de exigir uma ação ou uma abstenção do Estado ou de outro indivíduo, tendo em vista preservar a sua situação em particular. CANOTILHO (2002) pontua que: “o direito subjetivo consagrado por uma norma de direito fundamental reconduz-se, assim, a uma relação trilateral entre o titular, destinatário e o objeto do direito”.

Por sua vez, a dimensão objetiva destina-se a organizar uma atividade que tenha influência coletiva, funcionando como programa diretor para a realização constitucional (BARROS, 2003, p. 132).

Desta forma, a amplitude do catálogo dos direitos fundamentais permitiu que estivessem abrangidos pela nova Carta, direitos fundamentais de diversas dimensões.

Os direitos de primeira dimensão se referem às liberdades negativas clássicas, que enfatizam o direito à liberdade, à vida, à propriedade, que nas palavras de BONAVIDES (1993, p. 517) representam os direitos civis e políticos, que correspondem a fase inicial do constitucionalismo ocidental.

Os direitos de segunda dimensão relacionam-se com as liberdades positivas, concretas, visando garantir a igualdade material entre o ser humano, obrigando o Estado a atuar para garantir a saúde, educação, assistência social, acesso à justiça, entre outros.

Já os direitos de terceira dimensão consagram os princípios da solidariedade ou fraternidade, protegendo interesses de titularidade coletiva ou difusa, não se destinando, especificamente, à proteção de interesses individuais. Destacando-se nesta dimensão, o direito ao meio ambiente equilibrado previsto no artigo 225 da CF (BRASIL, 1988).

Por fim, os direitos de quarta dimensão são aqueles relacionados à engenharia genética, conforme explica NOVELINO (2008, p. 229):

Tais direitos foram introduzidos no âmbito jurídico pela globalização política, compreendem direito à democracia, informação e pluralismo. Os direitos fundamentais de quarta dimensão compreendiam o futuro da cidadania e correspondem à derradeira fase da institucionalização do Estado Social sendo imprescindíveis para a realização e legitimidade da globalização política.

Outrossim, os direitos fundamentais permitem a sua classificação conforme as suas gerações. Destarte, BOBBIO (2004, p. 32) afirma que o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases principais, onde na primeira restaram proclamados os direitos de liberdade, na segunda geração foram proclamados os direitos de natureza política, sem os quais não seria possível exercer a liberdade, e por último, foram proclamados os direitos sociais, que demonstraram o aperfeiçoamento das novas necessidades/valores.

Sob outro aspecto, SARLET (2018, p. 45-46) critica alguns critérios classificatórios encontrados na doutrina, como a distinção entre direitos de liberdade e igualdade, o agrupamento dos direitos fundamentais de acordo com as diversas gerações ou dimensões, a distinção entre direitos civis, políticos e sociais. Porém, pontua que a maior parte da doutrina se utiliza dessas classificações. Para o autor, é viável a distinção entre direitos fundamentais escritos ou expressamente positivados (na CF e tratados internacionais) e dos direitos fundamentais não escritos (implícitos ou decorrentes dos princípios).

Por certo, a evolução histórica dos direitos fundamentais representa um processo contínuo aperfeiçoado a cada dia, estando em progressivo desenvolvimento com o objetivo de adequar as atuais necessidades em consonância com os ideais de liberdade e dignidade da pessoa humana.

Esses direitos são positivados na legislação desta forma, levando-se em conta o conceito e a finalidade a qual se prestam. Sobre o assunto BONAVIDES (2007, p. 560) afirma como função dos mesmos:

Criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, eis aquilo que os direitos fundamentais almejam, segundo Hesse, um dos clássicos do direito público alemão contemporâneo. Ao lado dessa acepção lata, que é a que serve de imediato no presente contexto, há outra, mais restrita, mais específica e mais normativa, a saber: direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais.

Porém, acerca do desenvolvimento do conceito de direitos fundamentais ao longo da histórica, alguns pontos merecem destaque no presente estudo, tendo em

vista o gradativo processo de desenvolvimento implementado com a sua positivação no final do século XVIII.

Os valores de dignidade da pessoa humana, de liberdade e de igualdade entre os homens tem sua origem na filosofia clássica, especialmente a greco-romana e também no pensamento cristão. Já na idade média, pode-se identificar a existência de postulados que tinham como função orientar e limitar o poder. Posteriormente, os direitos fundamentais tiveram importante desenvolvimento em razão das teorias jusnaturalistas a partir do século XVI (SARLET, 2018, p. 38).

Nas palavras de BOBBIO (2004, p. 47): São várias as perspectivas que se podem assumir para tratar do tema dos direitos do homem. Indico algumas delas: filosófica, histórica, ética, jurídica, política. Cada uma dessas perspectivas liga-se a outras, mas pode também ser assumida separadamente.

Um importante ponto na evolução histórica dos direitos fundamentais foi o pensamento de Lord Edward Coke nas discussões sobre o *Petition of Righths* de 1628, em razão de suas manifestações públicas apontarem para a existência de *fundamental rights* dos cidadãos ingleses, direitos esses de proteção dos cidadãos contra a prisão arbitrária e o reconhecimento do direito de propriedade, inspirados na tríade: vida, liberdade e propriedade. Seu pensamento teve peculiar importância sobre outros pensadores franceses, alemães e americanos do século XVIII, destacando-se John Locke que foi pioneiro no reconhecimento dos direitos naturais e inalienáveis do homem (vida, liberdade, propriedade e resistência). Na sequência, outros pensadores tiveram importante contribuição nesse processo, tais como Rousseau na França, com Tomas Paine na América e com Kant na Alemanha (SARLET, 2018, p. 40).

Acerca do questionamento realizado por KANT (1981): “Se o gênero humano está em constante progresso para o melhor”, o autor BOBBIO (2004, p. 48) pontua:

[...] do ponto de vista da filosofia histórica, o atual debate sobre os direitos do homem está cada vez mais amplo, cada vez mais intenso, tão amplo que agora envolveu todos os povos da Terra, tão intenso que foi posto na ordem do dia pelas mais autorizadas assembleias internacionais pode ser interpretado como ‘sinal premonitório’ (*signum prognosticum*) do progresso moral da humanidade.

Através do progresso nesse sentido, tem-se como importantes na seara de desenvolvimento dos direitos fundamentais, a Declaração de Direitos do povo da

Virgínia de 1776 e a Declaração Francesa de 1789, sendo esta última a pioneira na transição entre os direitos de liberdade ingleses e para os direitos fundamentais constitucionais. Igualmente importante foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que marcou a transição do antigo regime para a instauração da ordem burguesa na França (SARLET, 2018, p. 43-44).

Sobre a influência mútua dos diplomas da época nesta seara, pontua SARLET (2018, p. 44):

Sintetizando, há que reconhecer a inequívoca relação de reciprocidade, no que concerne à influência exercida por uma declaração de direitos sobre a outra, sendo desnecessária, para os fins deste estudo, qualquer análise que tenha como objeto a mensuração da graduação da intensidade desta influência mútua, se é que tal aferição se afigura viável.

Desta forma, os direitos fundamentais sofreram ao longo da história diversas mudanças no tocante ao seu conteúdo, titularidade, eficácia e efetivação, necessitando, por vezes, até hoje de algumas modificações e/ou adaptações interpretativas sob pena de perderem a sua efetividade prática e sua razão de ser.

1.2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS

No presente trabalho serão abordados dois direitos fundamentais previstos na Constituição Federal da República de 1988, o direito de acesso à justiça e o direito à saúde (rol dos direitos sociais). Nesta linha, cabe realizar alguns esclarecimentos acerca da distinção entre os direitos fundamentais e os sociais.

Em um primeiro momento, impende pontuar que todos os direitos sociais assim denominados pela Carta Magna são também direitos fundamentais¹, ou seja, direitos de relevante envergadura na legislação constitucional e infraconstitucional. Sob outro aspecto, o inverso não é verdadeiro uma vez que nem todos os direitos fundamentais podem ser classificados como direitos sociais.

No âmbito do direito constitucional positivo nacional, os direitos que foram expressamente ou implicitamente positivados no Título II da CF/88 (dos direitos e garantias fundamentais), os direitos dispersos em outros dispositivos do texto

¹ Os autores SARLET e FIGUEIREDO (2008, p.03-04) constataam que: “[...] o Poder Constituinte de 1988 acabou por reconhecer um conjunto heterogêneo e abrangente de direitos (fundamentais) sociais, o que, sem que se deixe de admitir a existência de diversos problemas ligados a uma precária técnica legislativa e sofrível sistematização (que, de resto, não constituem uma particularidade do texto constitucional) acaba por gerar consequências relevantes para a compreensão do que são, afinal de contas, os direitos sociais como direitos fundamentais.”

constitucional e por último, os direitos localizados nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil são considerados direitos sociais fundamentais. Existe um “elo entre direitos fundamentais sociais, vida e dignidade da pessoa humana”. (SARLET e FIGUEIREDO (2008, p. 06-07).

Desta forma, é inegável a fundamentalidade dos direitos sociais, considerando-se as prerrogativas da própria Constituição brasileira, tendo em vista que o Poder Constituinte os intitulou de formas expressa como direitos fundamentais, reconhecendo-lhes eficácia vinculante em relação ao Poder Público (MENDES, 1999, p. 46).

Sobre a diferenciação prática para efetivar esses direitos, questiona SILVA (2008, p. 592):

Em face dos esforços de alguns autores em demonstrar que não há diferença entre os direitos individuais e os direitos sociais, é de se perguntar, então, por que os primeiros são muitas vezes efetivamente realizados enquanto que os direitos sociais frequentemente não ultrapassam a barreira da promessa constitucional.

O conceito de direitos fundamentais sociais é amplo e engloba tanto posições jurídicas prestacionais quanto direitos de defesa, que dependem de uma ação positiva do Estado, enquanto os direitos fundamentais individuais correspondem a direitos de cunho negativo, os chamados direitos de defesa (civis e políticos). Sendo assim, os direitos sociais encontram a barreira financeira para a sua efetivação, uma vez que podem ser considerados como direitos “caros”. Contudo, não se pode generalizar, uma vez que importante ressalva realiza SARLET (2018, p. 180) acerca da existência da dimensão negativa dos direitos sociais:

Enquadram-se na noção de direitos sociais negativos (de cunho defensivo) os direitos subjetivos de caráter negativo (defensivo) que correspondem também à dimensão prestacional dos direitos fundamentais, inclusive dos direitos sociais a prestações.

Acerca do conceito de direitos sociais, LUÑO (1998, p. 183) os caracteriza como: “o conjunto das normas através dos quais o Estado leva a cabo a função equilibradora das desigualdades sociais”.

Para a compreensão da real tentativa de definição dos direitos sociais, deve-se aceitar a vontade expressada pelo Constituinte. Deve-se considerar além da atuação positiva do Estado para garantir a segurança social, através da compensação de desigualdades e assegurar um patamar mínimo de condições para

uma vida digna, também servem esses direitos para proteção da liberdade de determinados bens jurídicos, com o objetivo de equilibrar a vulnerabilidade dos cidadãos em face do poder estatal, social e econômico, a exemplo do direitos dos trabalhadores (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p.05).

Por conseguinte, indaga-se: seriam os direitos sociais cláusulas pétreas² da Constituição Federal da República de 1988? Sobre essa temática, há divisão de correntes pela doutrina. BRANDÃO (2008, p. 462) entende que assumem a condição de cláusulas pétreas unicamente aqueles direitos de natureza individual contidos no art. 5º da CF/88, realizando uma interpretação literal da expressão “direitos e garantias individuais”. Essa interpretação restritiva retiraria os direitos sociais (art. 6 a 11), os direitos de nacionalidade (arts. 12 e 13) e os direitos políticos (arts. 14 a 17) estariam excluídos da proteção intitulada como cláusula pétrea (SARLET, 2018, p. 441). Porém, essa posição seria difícil de sustentar eis que caso assim fosse, até mesmo os direitos coletivos seriam suprimidos do rol.

Sob outro aspecto, a partir dessa compreensão também seria possível a constatação de que existe hierarquia entre as dimensões de direitos fundamentais da Carta Magna, uma vez que os direitos de natureza individual seriam mais renomados e respeitados do que os direitos de outras dimensões.

Com relação às interpretações restritivas neste sentido, o autor SARLET (2018, p. 442-443) afirma que elas esbarram nos seguintes argumentos:

Tal concepção e todas aquelas que lhe podem ser equiparadas esbarram, contudo, nos seguintes argumentos: a) a Constituição brasileira não traça qualquer diferença entre os direitos de liberdade (defesa) e os direitos sociais, inclusive no que diz com eventual primazia dos primeiros sobre os segundos; b) os partidários de uma exegese conservadora e restritiva em regra partem da premissa de que todos os direitos sociais podem ser conceituados como direitos a prestações materiais estatais, quando, em verdade, já se demonstrou que boa parte dos direitos sociais são equiparáveis, no que diz com sua função precípua e estrutura jurídica, aos direitos de defesa; c) para além disso, relembremos que uma interpretação que limita o alcance das “cláusulas pétreas” aos direitos fundamentais elencados no art. 5º da CF acaba por excluir também os direitos de nacionalidade e os direitos políticos, que igualmente não foram expressamente previstos no art. 60, §4º, inc. IV, de nossa lei fundamental.

² Sobre o conceito de cláusulas pétreas, o autor SARLET (2018, p. 424-439) explica que podem ser assim considerados aqueles direitos que integram o rol artigo 60, parágrafo 4, inc. IV da Carta Magna, onde há o estabelecimento de limites matérias para à reforma da Constituição. Na sequência, afirma que a maior parte da doutrina entende que “reforma” engloba os conceitos de revisão e emendas. Há uma dúplici função nas cláusulas pétreas uma vez que há importante proteção dos conteúdos que compõem a identidade e a estrutura da Constituição. Porém, segundo a doutrina majoritária há uma proibição, na verdade, de ruptura de determinadas princípios constitucionais e não dos dispositivos constitucionais em si.

Desta forma, qualquer interpretação que enverede por não incluir os direitos sociais³ no manto de proteção das cláusulas pétreas, estaria equivocada. Portanto, seria possível afirmar-se que além dos direitos sociais serem direitos fundamentais, também possuem são considerados cláusulas pétreas, não podendo ser suprimidos de forma sorrateira da nossa Constituição.

Neste contexto, o direito fundamental social à saúde trata-se de uma prerrogativa jurídica assegurada a todos os cidadãos pela própria Constituição Federal da República em seu artigo 196, sendo reconhecidamente um direito subjetivo. Conforme ensina CANOTILHO (1992, p. 544), o direito subjetivo consagrado através de uma norma de natureza fundamental, acaba por tornar-se uma relação triangular entre o titular deste direito, o destinatário e o objeto do direito.

Acerca da perspectiva de direito subjetivo do direito social à saúde, pontua BARCELLOS (2017):

A posição topográfica do direito à saúde na Constituição Federal, em conjunto com o teor das disposições que a disciplinam, faz nascer a necessidade de enfrentar o tema questionando-se a sua vinculação com a matéria das políticas públicas, ou, atrelado à condição de direito individual subjetivo.

Assim, há obrigação por parte do Estado em realizar políticas públicas que propiciem o gozo deste direito, o que não ocorre em todos os direitos sociais, que muitas vezes não possuem seu conteúdo delimitado e necessitam de regulamentação pela legislação infraconstitucional para o seu exercício.

No caso do direito à saúde, muitas vezes as políticas públicas mostram-se insuficientes para a sua efetivação, dando brechas para o descaso do Poder Público e culminando com o ingresso de diversas ações judiciais como uma forma de exigir o cumprimento e a efetivação do direito à saúde dos cidadãos. Por vezes, essa é a

³ Com relação a inclusão dos direitos sociais no rol de proteção das cláusulas pétreas, afirma SARLET (2018, p. 443): “Já no preâmbulo de nossa Constituição encontramos referência expressa no sentido de que a garantia dos direitos individuais e sociais, de igualdade e da justiça constitui objetivo permanente de nosso Estado. [...] Não resta qualquer dúvida de que o princípio do Estado Social, bem como dos direitos fundamentais sociais, integram elementos essenciais, isto é, a identidade de nossa Constituição, razão pela qual já se sustentou que os direitos sociais (assim como os princípios fundamentais) poderiam ser considerados – mesmo não estando expressamente previstos no rol de ‘cláusulas pétreas’ – autênticos limites materiais implícitos à reforma constitucional. Poder-se-á argumentar ainda que a expressa previsão de um extenso rol de direitos sociais no título dos direitos fundamentais seria, na verdade, destituída de sentido, caso o Constituinte, ao mesmo tempo, tivesse outorgado a estes direitos proteção jurídica diminuída.

única maneira de exigir o cumprimento das obrigações estatais: ingresso no Poder Judiciário.

No mesmo sentido destacam ABRAMOVICH e COURTS (2011):

Embora os principais direitos econômicos, sociais e culturais tenham sido consagrados em diversas constituições, tanto no plano nacional quanto no internacional, ou seja, reconhecidos universalmente, há ainda o obstáculo das demandas judiciais perante um juiz ou tribunal como meio de efetivar o mínimo desses direitos.

Em linhas gerais, é justamente nesta seara de busca da efetivação do direito social à saúde através do acesso à justiça que se insere o presente estudo, tendo em vista que quando o Estado não efetiva os direitos por ele consagrados, haverá somente um meio de socorro para a população: o Judiciário.

1.2.1 Da justiciabilidade dos direitos sociais

A justiciabilidade dos direitos sociais foi muito discutida pelo Judiciário em nosso país, tendo em vista que as normas contidas na Constituição estabelecem diretrizes a ser seguidas que muitas vezes carecem de aplicação prática, pois demandam verbas direcionadas e políticas públicas pelo Poder Público para a sua efetivação. Nesses casos, abre-se a pauta de discussão acerca da possibilidade de ingresso com ações individuais na justiça onde pleiteia-se a efetivação desses direitos.

Da promulgação da Constituição Federal da República de 1988 já se passaram duas décadas, mas ainda se afigura possível afirmar que o debate acerca dos direitos fundamentais e sua eficácia social (efetividade) permanece atual e segue ocupando a perspectiva dos grandes objetivos para o Estado e a sociedade (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p.01).

Quando os direitos sociais e fundamentais são desrespeitados pelo Estado, será impossível concretizar os Direitos Humanos. Neste sentido, destacam STURZA e SIPPERT (2019):

Em virtude da não concretização dos direitos sociais, e quando o Estado não garante um direito fundamental, não permite também os Direitos Humanos, que são preteridos e não são efetivados, acarretando um grande número de pessoas vivendo em condições precárias, sem vida digna e em condições de miserabilidade.

Destarte, é sabido que o direito à saúde sofre limitações práticas, pois é muito comum no Brasil haver a negativa de determinado medicamento, internação, tratamento, dentre outros, pela via administrativa, onde através de um procedimento simplificado o cidadão prova que necessita de determinado tratamento para sobreviver (por exemplo), e busca tratar a doença que possui com a devida cautela e auxílio do Estado. Auxílio esse, com certeza financeiro, pois tratando-se de obrigação do Estado, este deve fornecer suporte para perfectibilização do direito à saúde daquele cidadão.

Sobre a necessidade de disponibilidade de recursos por parte do Estado para propiciar o atendimento às obrigações positivas relacionadas aos direitos sociais, afirma SILVA (2008, p. 590):

Ao contrário do que ocorre com a realização e a proteção dos direitos individuais, a realização dos direitos sociais, ao depender de enormes gastos públicos, depende de decisões que extrapolam o simples raciocínio jurídico-formal. Em um cenário de recursos escassos, no qual não há dinheiro suficiente para resolver nem mesmo os principais problemas de saúde, educação e moradia dos indivíduos - e essa é a realidade em quase todos os países do mundo - é necessário que alguém tome a decisão sobre como e onde os recursos públicos serão alocados.

É neste cenário que iniciaram os primeiros debates sobre a possibilidade de ingresso junto ao Poder Judiciário para pleitear determinada ação do Estado que não estivesse sendo implementada através do requerimento administrativo realizado, ou seja, quando houvesse negativa por parte do Estado.

Há algum tempo atrás, a doutrina nacional mais progressista via na indeterminação semântica dos direitos sociais um obstáculo insuperável para a sua tutela judicial (SILVA, 1999, p. 83-84). Uma leitura conservadora do sentido da programaticidade dos direitos culminaria para a ausência de justiciabilidade imediata daquelas normas. Porém, essa visão ultrapassada⁴ não poderia prosperar por muito

⁴ Um importante exemplo desta posição foi o acórdão proferido à unanimidade pela 1ª Turma do STJ no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança de n. 6.564/RS: "Normas constitucionais meramente programáticas – ad exemplum, o direito à saúde – protegem um interesse geral, todavia, não conferem, aos beneficiários deste interesse, o poder de exigir sua satisfação.. Estas normas (arts. 195, 196, 204 e 227 da CF) são de eficácia limitada, ou, em outras palavras, não têm força suficiente para desenvolver-se integralmente, 'ou não dispõem de eficácia plena', posto que dependem, para ter incidência sobre os interesses tutelados, de legislação complementar. Na regra jurídico-constitucional que dispõe 'todos têm o direito e o Estado o dever' – dever de saúde – como afixam os constitucionalistas, 'na realidade todos não têm direito, porque a relação jurídica entre o cidadão e o Estado devedor não se fundamenta em vinculum juris gerador de obrigações, pelo que falta ao cidadão o direito subjetivo público, oponível ao Estado, de exigir em juízo, as prestações prometidas a que o Estado se obriga por proposição ineficaz dos constituintes'. No sistema jurídico

tempo, considerando-se que as normas “valem como lei pois o direito constitucional é direito positivo” CANOTILHO (2002, p. 1101).

É notável o avanço ocorrido em nosso país, principalmente no decorrer da última década. Anteriormente, o discurso predominante na doutrina e jurisprudência era o de que os direitos sociais constitucionalmente consagrados por serem normas programáticas, não poderiam servir de fundamento para exigir em juízo de obrigações positivas do Estado (SARMENTO, 2008).

Sob outro argumento, parte minoritária da doutrina (PIOVESAN; STANZIOLA VIEIRA, 2006) ainda discorda especificamente da justiciabilidade do direito à saúde, baseando-se em argumentos de ótica liberal clássica e na separação dos poderes. Essa visão restritiva parte da premissa de que não seria função do Poder Judiciário manejar critérios de conveniência e oportunidade visando o atendimento de demandas por parte da população na área da saúde, uma vez que eles seriam próprios da administração e não caberia ao Judiciário intervir.

Afora este entendimento que já se encontra ultrapassado nos dias de hoje, considerando-se a parte majoritária da doutrina e o entendimento consolidado nos tribunais, destacam os autores PIOVESAN; STANZIOLA (2006) acerca da importância da decisão judicial para garantir a efetivação do direito à saúde:

Quanto ao direito à saúde, o que se diagnostica é que se visa, na decisão judicial, assegurar o direito à saúde como uma prerrogativa constitucional inalienável e indisponível, decorrente do direito à vida. A este direito se correlaciona o dever do Estado de formular e implementar políticas que visem a garantir a todos o acesso universal e igualitário ao direito à saúde.

A distinção dos direitos civis e políticos com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais reside no fato de que o primeiro gênero traz obrigações negativas, enquanto com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais nascem uma gama de obrigações positivas, que devem ser satisfeitas através de recursos do erário público. Neste sentido, a estrutura dos direitos econômicos, sociais e culturais por um fazer do Estado, através de prestações positivas, tais como: promover os serviços de saúde, assegurar a educação, sustentar o patrimônio cultural e artístico da comunidade. Porém, mesmo possuindo o caráter positivo (um fazer) estes direitos, de certa forma, também possuem obrigações de cunho negativo.

pátrio, a nenhum órgão ou autoridade é permitido realizar despesas sem a devida previsão orçamentária, sob pena de incorrer no desvio de verbas”.

Sobre o assunto, afirma BARROSO (2019):

O controle jurisdicional em matéria de entrega de medicamentos deve ter por fundamento – como todo controle jurisdicional – uma norma jurídica, fruto da deliberação democrática. Assim, se uma política pública, ou qualquer decisão nessa matéria, é determinada de forma específica pela Constituição ou por leis válidas, a ação administrativa correspondente poderá ser objeto de controle jurisdicional como parte do natural ofício do magistrado de aplicar a lei.

Sendo assim, os direitos econômicos, sociais e culturais podem ser caracterizados como uma gama de obrigações positivas e também negativas por parte do Estado, ainda que para identificá-los, as obrigações positivas tenham uma importância maior. Um exemplo desta dimensão negativa por parte do Estado poderia ser a relacionada ao direito à saúde, na parte que toca a obrigação de não causar danos à saúde (ABRAMOVICH; COURTIS, 2011).

A possibilidade de ingresso judicial para efetivar esses direitos trata-se de um importante mecanismo prático em face da morosidade estatal, reiteradamente identificada no caso dos direitos sociais de prestação positiva. Segundo ABRAMOVICH; COURTIS (2011):

O qualificador dos direitos sociais como absoluto não está somente vinculada ao papel do Estado de cumprir com a obrigação de agir, mas também na existência de algum poder judicial de atuar do titular de direito em caso de não cumprimento da obrigação devida, havendo assim, uma sentença impondo o referido compromisso do Estado com o credor dos direitos sociais.

Essa mudança de entendimento pode ser considerada altamente positiva, sendo, possível afirmar atualmente que o Poder Judiciário brasileiro “leva a sério” os direitos sociais, tratando-os como legítimos direitos fundamentais. A incorporação da possibilidade de ingresso judicial acabou sendo incorporada como um dos instrumentos que se encontram à disposição dos cidadãos para a garantia de sua dignidade (SARMENTO, 2008).

Com as alterações de entendimento, que apontaram para a possibilidade de ingresso de ações judiciais, a jurisprudência brasileira ficou em sintonia com a orientação do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, através da Observação Geral n. 9, de 1998:

Ainda que seja necessário levar em conta a orientação geral de cada um dos sistemas jurídicos, não há nenhum direito reconhecido pelo Pacto que não se possa considerar que possui, na grande maioria dos sistemas, algumas dimensões significativas, no mínimo, de justiciabilidade. As vezes

se afirma que as questões que supõem a alocação de recursos devem ser confiadas às autoridades políticas e não a tribunais. Ainda que se deva respeitar as competências respectivas dos diversos poderes, é conveniente reconhecer que os tribunais já intervêm geralmente em uma gama considerável de questões que têm conseqüências importantes para os recursos disponíveis. A adoção de uma classificação rígida de direitos econômicos sociais e culturais, que os situe, por definição, fora do âmbito dos tribunais seria, portanto, arbitrária e incompatível com o princípio de que os dois grupos de direitos são indivisíveis e independentes. Também se reduziria drasticamente a capacidade dos tribunais para proteger os direitos dos grupos mais vulneráveis e desfavorecidos da sociedade". (ONU, 1998)

Destarte, quando o Estado através dos Poderes Executivo e Legislativo opta por políticas públicas ineficientes em determinadas áreas, principalmente como ocorre na área da saúde pública, deve arcar com o ônus que lhes é imposto pelo Poder Judiciário, caso contrário estar-se-ia diante de uma situação vexatória onde o Estado que é incumbido de prestar uma política pública eficaz na área da saúde, não poderia ser judicialmente demandado sob o argumento da separação de poderes, "jogando o ônus de sua consciente omissão aos ombros da população, enfim, desassistida" (WAILLA, 2018, p. 57).

Desta forma, ainda que a passos lentos, a justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil é capaz de gerar um legado de transformação e emancipação, através da ruptura gradual da visão conservadora e formalista do Poder Judiciário (PIOVESAN; STANZIOLA VIEIRA, 2006), com vias de possibilitar uma alternativa eficaz para a efetivação dos direitos sociais quando o Estado manter-se inerte.

1.3 O DIREITO À SAÚDE COMO DEVER DO ESTADO E O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

As primeiras ideias de saúde pública iniciaram-se no Brasil por volta do século XIX, com a vinda da Corte portuguesa. Na época, eram realizadas ações para combater a lepra e à peste através de controle sanitário, realizado de forma prioritária nos portos e ruas. Porém, somente entre os anos de 1870 e 1930 é que o Estado começou efetivamente a praticar ações mais efetivas no campo da saúde, utilizando-se da autoridade e da força policial. Pode-se afirmar que esse modelo principiante apresentou sucesso no controle das doenças epidêmicas, pois exemplificativamente, conseguiu erradicar a febre amarela da cidade do Rio de Janeiro (BARROSO, 2009).

Na sequência, afirma o autor BARROSO (2009) que não haviam ações públicas curativas por parte do Estado, uma vez que estas ficavam a cargo dos serviços privados e das obras de caridade. A partir da década de 30, houve a instauração do sistema público de saúde, que passou também a realizar ações sobre o viés curativo dos pacientes. Foi criado nesta época o Ministério da Educação e Saúde Pública, responsável por manejar ações na área da saúde. Igualmente, foram criados os institutos de previdência (IAPs) que ofereciam serviços de saúde visando a cura de doenças, sendo que algumas dessas unidades desses possuíam hospitais próprios, que representou grande avanço para a época.

Na época, mesmo com a evolução de algumas ações importantes na seara da saúde pública, esse acesso não era universalizado e restringia-se a beneficiar os trabalhadores que realizavam devidamente as contribuições previdenciárias. Com a criação do INPS (Instituto Nacional de Previdência Social) foram criados o Serviço de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência e a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social. Conforme referido anteriormente, esses serviços tinham como principal intuito a proteção da saúde curativa de quem possuía trabalho formal e era contribuinte do regime previdenciário (BARROSO, 2009).

No entanto, a maior parte da população brasileira, não integrava o mercado de trabalho formal e acabava ficando a mercê de efetivar o seu direito à saúde, dependendo exclusivamente das obras de caridade alheias, nos moldes do que ocorria no século XIX (BARROSO, 2009).

Através da redemocratização de nosso país, o acesso ao direito à saúde passou a ser entendido como uma obrigação do Estado em prol de todos os cidadãos, sem qualquer distinção, conforme previsão constitucional no artigo 196 (BRASIL, 1988).

Desta forma, o ápice do movimento sanitário ocorreu na Assembleia Constituinte, pois foi a partir da Constituição Federal de 1988, que a prestação do serviço público de saúde não estaria mais restrito somente aos trabalhadores do mercado formal, tendo em vista que todos os brasileiros, independentemente de possuírem vínculo empregatício, passaram a ser titulares do direito à saúde.

Logo após a entrada em vigor da Constituição Federal, em setembro de 1990, foi aprovada a Lei Orgânica da Saúde (Lei no 8.080/90) que estabeleceu em seu artigo 2º: “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício” (BRASIL, 1990). Essa lei

estruturou o modelo operacional do SUS, disciplinando a sua forma de organização e funcionamento.

No sítio eletrônico do Ministério da Saúde, tem-se a seguinte conceituação do Sistema Único de Saúde – SUS⁵- (BRASIL, 2019):

O Sistema Único de Saúde (SUS) é um dos maiores e mais complexos sistemas de saúde pública do mundo, abrangendo desde o simples atendimento para avaliação da pressão arterial, por meio da Atenção Primária, até o transplante de órgãos, garantindo acesso integral, universal e gratuito para toda a população do país. Com a sua criação, o SUS proporcionou o acesso universal ao sistema público de saúde, sem discriminação. A atenção integral à saúde, e não somente aos cuidados assistenciais, passou a ser um direito de todos os brasileiros, desde a gestação e por toda a vida, com foco na saúde com qualidade de vida, visando a prevenção e a promoção da saúde.

Entre as principais atribuições do SUS, está prevista no artigo 6⁶, inc, VI da Lei 8.080/90: “formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção” (BRASIL, 1990).

No seu artigo 16, inc. XIII é estabelecida a obrigação de cooperação entre todos os entes da federação em matéria de saúde: “Prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios⁷ para o

⁵ A página virtual do Ministério da Saúde pode ser acessada através do seguinte sítio eletrônico: <http://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>.

⁶ O artigo 6 da Lei 8.080/90 (BRASIL, 1990) dispõe sobre todas as obrigações incluídas no Sistema Único de Saúde – (SUS): Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I - a execução de ações:

a) de vigilância sanitária;
b) de vigilância epidemiológica;
c) de saúde do trabalhador; e
d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

II - a participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico;

III - a ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - a vigilância nutricional e a orientação alimentar;

V - a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho;

VI - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção;

VII - o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde;

VIII - a fiscalização e a inspeção de alimentos, água e bebidas para consumo humano;

IX - a participação no controle e na fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

X - o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico;

XI - a formulação e execução da política de sangue e seus derivados. (...)]

⁷ Sobre o fornecimento de medicamentos e a distribuição das competências, assevera BARROSO (2009): “Ao Município, por seu turno, cabe definir a relação municipal de medicamentos essenciais, com base na RENAME³¹ e executar a assistência farmacêutica. O propósito prioritário da atuação municipal é assegurar o suprimento de medicamentos destinados à atenção básica à saúde, além de outros medicamentos essenciais que estejam definidos no Plano Municipal de Saúde. [...] A União em

aperfeiçoamento da sua atuação institucional” e à direção municipal do SUS foi incumbido o dever de organizar, controlar, gerir e executar os serviços públicos de saúde (artigo 18, I e III).

Importante ressalva sobre a repartição de competências entre os entes federativos realiza BARROSO (2009):

Veja-se, portanto, que o fato de um ente da Federação ser o responsável perante a população pelo fornecimento de determinado bem não significa que lhe caiba custeá-lo sozinho ou isoladamente. Esta, porém, será uma discussão diversa, a ser travada entre os entes da Federação, e não entre eles e os cidadãos.

Nas palavras de MARTINI (2015, p. 63), a constitucionalização do direito à saúde visou reduzir a complexidade através da positivação do direito mas acabou por aumentá-la pois criou-se uma série de ações que se constituiriam como obrigação para o Estado, sendo necessária a criação de uma estrutura capaz de dar conta da concretização deste direito em termos práticos, ou também, da possibilidade de exigí-lo judicialmente, tornando-o mais complexo ainda.

Na esteira no que afirma WAILLA (2018):

A ineficiência e insuficiência do SUS são apenas frutos colhidos de uma política pública rasa, descomprometida com as condições de vida da população, pautada pela focalização das ações de saúde e pelo atendimento aos interesses das classes dominantes nessa área (indústria farmacêutica, empresas e cooperativas médicas), impingindo incalculáveis prejuízos à população atendida que, no mais das vezes, vai encontrar no Poder Judiciário a ‘tábua de salvação’ para a realização dos direitos sociais, em particular o direito à saúde.

Destarte, passaram-se anos desde a inclusão do direito à saúde universal como obrigação do Estado, mas ainda persistem as dificuldades práticas para efetivá-lo, em que pese existir o Sistema Único de Saúde que foi criado especialmente para lidar com estas necessidades. Contudo, é inegável o avanço em nosso constitucionalismo pátrio ao incluir este direito no rol dos direitos fundamentais, pois quando este for descumprido ou violado por parte do Estado,

parceria com os Estados e o Distrito Federal ocupa-se sobretudo da aquisição e distribuição dos medicamentos de caráter excepcional,³⁴ conforme disposto nas Portarias no 2.577/GM, de 27 de outubro de 2006, e no 1.321, de 5 de junho de 2007.³⁵ Assim, ao gestor estadual caberá definir o elenco de medicamentos que serão adquiridos diretamente pelo Estado, particularmente os de distribuição em caráter excepcional”. [BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Jurisp. Mineira, Belo Horizonte, a. 60, n° 188, p. 29-60, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/516/1/D3v1882009.pdf>. Acesso 12 nov. 2019.]

através de ação ou omissão (como normalmente ocorre) abre-se o caminho para o ingresso judicial visando dar efetividade prática a esta obrigação estatal.

Por certo, o ideal seria se o sistema funcionasse como uma engrenagem sólida, fornecendo tratamentos e medicamentos a todos os que necessitam, mas em que pese na prática isso não ocorra com a totalidade da população, pode-se afirmar que há alternativa de amparo ao cidadão destas situações, sob o viés do Judiciário.

1.3.1 O princípio do mínimo existencial

No que permeia o direito à saúde, faz-se mister abordar o processo de sua judicialização⁸, também denominado de judicialização das políticas públicas, onde os cidadãos acabam precisando ingressar judicialmente para pleitear os custos de seus medicamentos e/ou tratamento, sendo muito discutido pela doutrina e jurisprudência acerca dos dois princípios enunciados no subtítulo: o princípio do mínimo existencial e o princípio da reserva do possível.

Por certo, o papel do Judiciário não pode ser menor do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que poderiam ser efetivados a partir da sua atuação jurisdicional. Por outro lado, não deve almejar além do que lhe é incumbido, sob pena de promover os direitos fundamentais de uns e causar grave lesão aos direitos de outrem (BARROSO, 2009).

Em um primeiro momento, seria possível afirmar que a discussão engloba uma colisão de valores ou de interesses que se contrapõem - o direito à vida e à saúde e, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível (BARROSO, 2009). Porém, o debate vai além disso. É na prática o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros. Sobre esse embate: “Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão” (BARROSO, 2009).

⁸ Sobre o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil, destaca BARROSO (2009): “Nos últimos anos, no Brasil, a Constituição conquistou, verdadeiramente, força normativa e efetividade. A jurisprudência acerca do direito à saúde e ao fornecimento de medicamentos é um exemplo emblemático do que se vem de afirmar. As normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, mera convocação à atuação do Legislativo e do Executivo, e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais. Nesse ambiente, os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica. A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos numa variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde.”

O mínimo existencial corresponde a um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção estatal, exigindo obrigações positivas por parte do Estado. Para aproximar-se do seu conceito representativo é necessário socorrer-se à ideia de liberdade, nos princípios constitucionais de igualdade, do devido processo legal, da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão (TORRES, 1989).

Sendo assim, o mínimo existencial não possui um conceito próprio⁹, fechado, abrangendo qualquer direito ainda que não seja fundamental, considerado em sua dimensão essencial e inalienável (TORRES, 1989). Sob outro aspecto, o mínimo existencial é de difícil mensuração, uma vez que engloba os aspectos qualitativos ao invés dos quantitativos, sendo uma “incógnita muito variável” (TORRES, 1989).

Para TORRES, o fundamento do direito ao mínimo existencial, está nas condições para o exercício da liberdade e para além dela, na felicidade do homem: “cumprindo ao Estado garantir a maior felicidade possível através da razão e do direito (TORRES, 1989).

SARLET e FIGUEIREDO (2008, p. 08) afirmam que o primeiro jurista de renome a defender a existência de um direito à garantia de recursos mínimos para uma existência com dignidade foi o Otto Bachof, que no início da década de 1950 considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana previsto no artigo 1, inc. I da Lei Fundamental da Alemanha, não trata apenas da garantia de liberdade mas também de um mínimo de segurança social, considerando que sem os recursos para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria prejudicada. Posteriormente a essa interpretação, o Tribunal Administrativo da Alemanha reconheceu o direito subjetivo de um indivíduo com base nessa interpretação de mínimo existencial, concedendo a um indivíduo carente auxílio material do Estado. Esse entendimento restou confirmado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha resultando no reconhecimento

⁹ Sobre a dificuldade de elaboração de um conceito taxativo acerca do mínimo existencial, asseveram SARLET e FIGUEIREDO (2008, p. 14): “De todo o exposto e a despeito de uma série de outros aspectos que ainda poderiam ser colacionados, há como extrair, ainda, outra constatação de relevo também para os desenvolvimentos subsequentes, qual seja, a impossibilidade de se estabelecer, de forma apriorística e acima de tudo de modo taxativo, um elenco dos elementos nucleares do mínimo existencial, no sentido de um rol fechado de posições subjetivas negativas e positivas correspondentes ao mínimo existencial”.

Por certo, a garantia de uma existência digna efetiva engloba mais do que a garantia à própria sobrevivência, pois situa-se além do limite da pobreza absoluta e não é passível de quantificação, situando-se para além da esfera financeira e adentrando às expectativas e necessidades que o indivíduo possui no momento. Contudo, deve-se atentar para o fato de que o conteúdo do mínimo existencial não pode ser confundido com o denominado de mínimo vital, tendo em vista que este diz respeito à garantia de vida humana sem necessariamente abarcar as condições para a vida humana com certa dignidade. Ainda no plano da jurisprudência europeia, ganhou destaque o recente posicionamento do Tribunal de Portugal no que diz respeito ao reconhecimento de direitos tanto de cunho negativo quanto positivos por parte do Estado com o condão de proporcionar um mínimo de sobrevivência digna, através da prestação de obrigações materiais positivas por parte do Estado (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 09-11).

No Brasil, embora não se tenha previsão expressa sobre o mínimo existencial é importante ressaltar que a sua aplicação é independente de tal previsão, tendo em vista que o mínimo existencial decorre da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana, amplamente respaldados na Carta Magna.

A garantia a uma existência digna consta nos princípios e objetivos da ordem constitucional de econômica previstos no rol do artigo 170¹⁰. Os próprios direitos sociais específicos tais como a assistência social, a saúde, a moradia, a previdência social, o direito dos trabalhadores, entre outros, acabam englobando uma porção de mínimo existencial, embora não possam ser meramente reduzidos somente a esse ângulo - de mínimo existencial - (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 12).

Outrossim, destaca TORRES a presença do mínimo existencial também no princípio da igualdade, previsto no artigo 5¹¹ *caput* da Constituição Federal (BRASIL, 1988):

¹⁰ Artigo 170: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios. I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (BRASIL, 1988).

¹¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]. (BRASIL, 1988).

O mínimo existencial, que não tem dicção normativa específica, está compreendido em diversos princípios constitucionais. O princípio da igualdade assegura a proteção contra a pobreza absoluta, eis que esta resulta da desigualdade social. A igualdade, aí, é a que informa a liberdade, e não a que penetra nas condições de justiça, tendo em vista que esta vai fundamentar a política orçamentária dirigida ao combate à pobreza relativa.

A existência digna é o objetivo maior da República Democrática de nosso país, devendo ser assegurada em todos os âmbitos e norteadas pelos ditames da própria justiça social, conforme enunciado no caput do artigo 170 da CF (BRASIL, 1988). Do dispositivo pode-se denotar a importância da justiça na efetivação das garantias mínimas para uma existência humana digna, não podendo esta ser restrita a somente a garantia do mínimo existencial, uma vez que deve visar a ampla aplicação de todos os preceitos constitucionais insculpidos na Constituição.

Desta forma, o judiciário deve intervir sempre que um direito fundamental estiver sendo descumprido na prática, especialmente quando prejudicado o mínimo existencial de qualquer cidadão (BARROSO, 2009).

1.3.2 O princípio da reserva do possível

Realizados alguns apontamentos acerca a conceituação do mínimo existencial e a importância de sua observação e aplicação prática, faz-se mister trazer à baila o princípio da reserva do possível, também muito mencionado na seara da efetivação dos direitos sociais.

Segundo SARLET (2018, p. 293) esse debate torna-se importante sob a perspectiva de que os direitos sociais prestacionais possuem como objeto a realização de determinadas ações vinculadas à destinação, distribuição e criação de bens materiais, o que demanda a alocação de recursos por parte do Estado, podendo-se afirmar que possuem uma dimensão econômica relevante.

Destarte, a dimensão econômica mostra-se relevante quando se trata da efetivação dos direitos sociais, e em especial, ao direito à saúde. Conforme sabido, para que o Estado promova o suporte esperado aos cidadãos nos ditames estabelecidos pela Carta Magna deve deslocar recursos econômicos para investimentos nessa área, muitas vezes, privando-se de investimentos em outros setores. Esse cenário seria o esperado, sopesando-se que a efetividade do direito à

saúde está diretamente ligada ao direito à vida. Sobre o custo para a efetivação dos direitos sociais, pontua SARLET (2018, p. 294):

Já no que diz com os direitos sociais a prestações, seu “custo” assume especial relevância no âmbito da sua eficácia e efetivação, significando, pelo menos para significativa parcela da doutrina, que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica, já que aqui está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas.

Em um país onde a desigualdade social é elevada, o Estado deve assumir esta função paternal de efetivação dos direitos sociais, de forma a garantir uma vida digna a todos. É neste interim que aparecem os primeiros julgados utilizando o conceito da “reserva do possível” com o objetivo de mitigar a prestação de determinadas obrigações positivas e com valor economicamente elevado por parte do Estado.

Em um primeiro momento, na Alemanha em 1972 a expressão “reserva do possível” foi difundida através de importante decisão da Corte Constitucional Alemã conhecida como o caso denominado de *Numerus Clausus*, que versava sobre a validade da limitação do número de vagas nas universidades públicas, tendo em vista a existência de um número maior de candidatos. Foi decidido que o legislador em primeira linha deve atender, na administração de seu orçamento também a outros interesses da sociedade, considerando as exigências de harmonização econômica geral (SARMENTO, 2008).

Assevera BARCELLOS (2002, p. 232) que é importante observar o limite de possibilidades materiais para a efetivação desses direitos por parte do Estado, pouco adiantando sob o enfoque prático a existência de previsão legislativa ou de técnica hermenêutica se não houver dinheiro estatal para arcar com a despesa gerada pelo direito subjetivo em questão.

Nesta linha, a jurisprudência alemã restou firmada no sentido de que a obrigação reclamada deve corresponder ao que o cidadão pode razoavelmente exigir da sociedade, de modo que mesmo o Estado possuindo recursos para tal prestação deve-se levar em conta que a obrigação se mantenha no limite do razoável¹² (SARLET, 2018, p. 295).

¹² Acrescenta SARLET (2018, p. 295) que seria possível sustentar com base neste argumento que não haveria como impor ao Estado determinada prestação social a alguém que não faça jus ao

Sendo assim, considerando-se a realidade econômica e social, a teoria da reserva do possível acaba sendo utilizada para afastar do Estado a obrigação de efetivar os direitos fundamentais sociais em razão da falta de recursos financeiros suficientes.

Na visão de SARLET (2018, p. 296) existe uma estrutura tríplice que abrange a reserva do possível: a indisponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais, a disponibilidade jurídica e a proporcionalidade da prestação (no que toca a sua exigibilidade e razoabilidade¹³). Esses aspectos guardam estreita vinculação entre si e também com os princípios constitucionais, pois exigem um equacionamento sistemático de modo que o princípio da máxima eficácia e o princípio da efetividade dos direitos fundamentais sirvam para a garantia dos direitos sociais de cunho prestacionais.

Deste modo, a reserva do possível corresponde a um limite jurídico e fático dos direitos fundamentais que pode atuar, em determinadas hipóteses, como garantia dos direitos fundamentais quando houver conflito entre direitos, estando fora dos limites considerados como imanentes ou núcleo essencial (SARLET, 2019, p. 296).

Segundo SARMENTO (2008) a ideia de reserva do possível engloba em dois componentes, sendo um deles o fático e outro o jurídico. O componente fático diz respeito à disponibilidade dos recursos econômicos necessários para a satisfação do direito material, enquanto o componente jurídico corresponde à existência de autorização orçamentária para que o Estado possa suportar com os respectivos custos.

Sobre a existência de diversos conceitos sobre a reserva do possível, pontua SARMENTO (2008) que o conceito fático engloba a possibilidade da escassez extrema dos recursos públicos, dependendo da prova da completa falta de recursos por parte do Estado para que ocorra a denegação do direito social perquirido. Essa compreensão, na concepção do autor, estaria incorreta porque

benefício, em razão de possuir ele próprio de recursos suficientes para satisfazer tal pretensão (seu sustento, neste caso exemplificado). Essa ponderação, segundo a doutrina alemã, cabe ao legislador.

¹³ Com relação a aplicação do princípio da razoabilidade, exemplifica SARMENTO (2008): “Se, por exemplo, um portador de determinada doença grave postular a condenação do Estado a custear o seu tratamento no exterior, onde, pelo maior desenvolvimento tecnológico, a sua patologia tiver maiores chances de cura, o juiz não deve indagar se o custo decorrente daquela específica condenação judicial é ou não suportável para o Erário. A pergunta correta a ser feita é sobre a razoabilidade ou não da decisão do Poder Público de não proporcionar este tratamento fora do país, para todos aqueles que se encontrem em situação similar à do autor.”

ignoraria a necessidade de o Poder Público atender a uma infinidade de demandas onerosas a qual se obriga (igualmente com amparo constitucional). Ela permitiria: “Que em nome da proteção do direito de uma pessoa, todos os direitos e interesses legítimos das demais que necessitassem de recursos públicos fossem completamente sacrificados”.

Outra interpretação que poderia ser empregada, seria a de compreender a reserva do possível como uma avaliação a ser realizada sobre o impacto de determinada pretensão individual do titular do direito sobre o universo dos recursos públicos disponíveis. Essa posição é um pouco menos restritiva do que a primeira, tendo em vista que permitiria que a prestação fosse negada quando os seus custos acarretassem um impacto elevado sobre as contas públicas e possam comprometer a satisfação das necessidades de outros direitos fundamentais ou sociais de igual relevância. Essa interpretação também restou rechaçada pelo autor, porquanto não respeitaria a igualdade entre as pessoas (SARMENTO, 2008)

Uma compreensão mais correta acerca da aplicação prática da reserva do possível seria a de que o Estado não deve conceder a um indivíduo aquilo que não detiver condições de arcar a todos os que se encontrarem naquela mesma situação, sendo esta uma exigência que deve ser observada, sob pena de atentar-se contra o princípio da igualdade (SARMENTO, 2008).

A partir desta perspectiva, destaca o autor SARMENTO (2008) que: “trata-se, em suma, de avaliar a legitimidade constitucional de uma omissão em matéria de política pública, o que demanda um olhar focado não só na árvore, mas em toda a floresta”.

O autor CANOTILHO (2002, p. 1.255) aborda a reserva do possível nas perspectivas fática ou jurídica, referindo-se à fática quando há a limitação dos recursos materiais enquanto a jurídica diz respeito à capacidade, ao poder ou à competência de disposição dos recursos materiais existentes.

Ainda, a perspectiva jurídica da reserva do possível pode ser compreendida como a reserva orçamentária ou parlamentar, juntamente com os seus aspectos financeiros e organizacionais. Essa perspectiva pode se apresentar de duas formas, dependendo da matéria em exame. Em uma delas, há de fato uma lacuna com relação a política pública em questão, havendo omissão constitucional a respeito e em razão disso, inexistindo previsão orçamentária a respeito. Já na segunda forma, não há lacuna, mas a administração pública dentro do âmbito de sua

discricionariedade não priorizou determinado recurso, e em razão disso, há o ingresso junto ao Poder Judiciário (VILLAS-BÔAS, 2014, p. 161).

Ressalta-se que a tarefa de zelar pela preservação da reserva do possível é de todos os órgãos estatais e agentes políticos, devendo ser pensada uma estratégia eficaz para aumentar o ganho de recursos e diminuir o impacto da reserva do possível. Deste modo, a reserva do possível deve ser encarada com certas ressalvas, levando-se em conta que ela tem sido utilizada como argumento impeditivo da intervenção judicial e como uma desculpa genérica para justificar a omissão do Estado no campo da efetivação dos direitos fundamentais sociais. Na opinião do autor levar a sério a reserva da possível demanda do Poder Público a comprovação da indisponibilidade total ou parcial de recursos, do não desperdício dos recursos públicos em outras questões, como também a comprovação da efetiva aplicação destes (SARLET, 2018, p. 372-373).

Sob outra perspectiva, a doutrina e a jurisprudência brasileiras vem entendendo que se deve evitar a proteção insuficiente ou deficiente nas intervenções judiciais em matéria da efetivação dos direitos sociais, seja no seu reconhecimento ou no tocante ao controle das políticas públicas (SARLET, 2018. p. 374).

A reserva possível compreendida a partir do entendimento do Tribunal Constitucional Federal Alemão - aquilo que o indivíduo pode razoavelmente esperar da sociedade – não é a ótica que prevalece nacionalmente no Brasil. O foco não é no âmbito do razoavelmente esperado, mas sim, da possibilidade e da existência de recursos financeiros para tanto VILLAS-BÔAS (2014, p. 157).

Não pode ser comparada a realidade brasileira com a dos países europeus, e especialmente, pela realidade da Alemanha onde o Estado provê com excelência e sem maiores dificuldades as necessidades dos cidadãos provenientes da efetivação de direitos fundamentais sociais sem maiores dificuldades. A realidade brasileira esbarra no sonho de um Estado provedor e programático que nunca pôde ser realmente implementado.

A intenção do Constituinte foi a de instaurar aqui no Brasil um Estado Social, paternalista, que pudesse dar amparo e suporte a todos os cidadãos com relação as obrigações que lhe foram incumbidas. A intenção do Constituinte transformou-se em obrigação do Estado (com toda a razão pois na sua maioria tratam-se de direitos subjetivos a prestações) que atualmente demonstra

difficultades práticas na implementação de políticas públicas efetivas. Com a reserva do possível, a prestação estatal esbarra na preocupação com os reflexos econômicos da decisão, mitigando a atenção e a devida homenagem aos direitos fundamentais e humanos consagrados em nossa Constituição. Neste sentido observa DWORKIN (2002), p. 333: “é preciso agir sempre de um modo que seja financeiramente menos dispendioso para o conjunto da comunidade”.

Acerca deste entendimento, VILLAS-BÔAS (2014, p. 157) realiza importante ressalva:

Há que se recomendar cuidado, entretanto, para que isso, bem como posições excessivamente políticas não detenham todo o peso na decisão, em detrimento da efetivação da norma e dos princípios maiores do ordenamento. O aspecto econômico pode até ser visto como um elemento de ponderação, é de fato, mas sobre ele não deve pesar todo o fiel da balança, sob pena de comprometer a imparcialidade e a própria justiça da decisão, recaindo no mais liberal utilitarismo.

Destarte, o risco de tornar a reserva do orçamento como um argumento absoluto faria, na prática, com que o legislador infraconstitucional que é o responsável por elaborar o plano orçamentário, detivesse maior poder do que o constituinte, que propriamente determinou a prioridade no cumprimento e na efetivação dos direitos fundamentais (VILLAS-BÔAS, 2014, p. 159).

No mesmo sentido, assevera SARMENTO (2008):

Se os direitos sociais são fundamentais (o que parece claro, à luz da Constituição de 88), isto significa que eles valem como “trunfos” que se impõem mesmo contra a vontade das maiorias de ocasião. Daí porque, seria um contrassenso permitir que o legislador frustrasse a possibilidade de efetivação de direitos sociais, ao não alocar no orçamento as verbas necessárias para a sua fruição.

Desta forma, na averiguação do mínimo existencial, deverão ser estabelecidos os pontos prioritários para a destinação dos gastos públicos. Após, restando, recursos remanescentes, o legislador deve planejar onde investir. Sendo assim, o mínimo existencial, juntamente com o estabelecimento de prioridades orçamentárias pode conviver harmonicamente com a reserva do possível (BARCELLOS, 2002, p. 246).

O ônus probatório para comprovar que a demanda afronta a reserva do possível é matéria do Estado, trazida em momento de defesa processual e que deve, portanto, colacionar todas as provas que entender pertinentes ao caso, não cabendo ao autor da pretensão individual a comprovação de que o Estado possui

condições de arcar com a obrigação perquirida. Neste sentido, conclui SARMENTO (2008):

Não basta, portanto, que o Estado invoque genericamente a reserva do possível para se opor à concessão judicial de prestações sociais – como, infelizmente, tem ocorrido na maior parte das ações nesta matéria. É preciso que ele produza prova suficiente desta alegação.

A reserva do possível mesmo quando aplicada não tornará ineficazes os direitos nela perquiridos, mas obrigará uma análise para além do direito em questão, direcionando-se para a alocação de recursos e seus critérios organizacionais com o objetivo de melhor efetivar os direitos de todos. Ressalta-se, novamente, que a reserva do possível financeira deverá ser comprovada para a sua real caracterização (VILLAS-BÔAS, 2014, p. 164).

O conceito de reserva do possível e a sua aplicação prática dependem da interpretação dos juízes na análise dos casos concretos, individualmente considerados, tendo em vista que as demandas individuais trazem as peculiaridades de cada caso e as necessidades de cada jurisdicionado, devendo estas serem balizadas a partir da existência de um mínimo existencial e da reserva do possível.

Contudo, é importante asseverar que a escassez dos recursos não pode servir como justificativa para a desídia estatal perante seus membros, levando-se em conta a situação de pobreza excessiva com que a maior parte da população convive. Alguns destes, inclusive, chegam ao ponto de atingir a própria dignidade como seres humanos o que notadamente é consequência da “má gestão dos recursos existentes e da infamante distribuição de renda, que nega a esses indivíduos as condições mais básicas de subsistência para si e para sua família” (VILLAS-BÔAS, 2014, p. 160).

2. O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE NO ÂMBITO DOS CUIDADOS PALIATIVOS

Realizadas algumas delimitações no tocante a constitucionalização do direito à saúde, a possibilidade de sua justiciabilidade e a sua efetivação como dever do Estado, neste próximo capítulo, entende-se como necessário o aprofundamento da temática do direito da saúde no contexto dos cuidados paliativos para, então, partir-se para o recorte abordado no presente estudo: os cuidados paliativos prestados a pacientes vulneráveis e o acesso à justiça.

A saúde é um direito social previsto no artigo 6º da Constituição Federal da República e exige prestações positivas por parte do Estado. O autor José Afonso da Silva (2007, p. 285-286) conceitua os direitos sociais como:

[...] prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas nas normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização das situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade”.

A seara dos direitos sociais está em constante modificação, uma vez que as demandas de proteção social tiveram sua origem na Revolução Industrial e se encontram em constante desenvolvimento técnico e econômico, o que certamente fará surgir novas demandas adequadas para as novas realidades (BOBBIO, 2004, p. 333).

Acrescenta-se ainda que a base dos direitos sociais se encontra no princípio da dignidade da pessoa humana¹⁴ e do próprio direito à vida, havendo a necessidade de se assegurar aos indivíduos uma existência digna (SARLET, 2018, p. 329-330).

Sobre o tema, assevera MARTINI (2015, p. 58) que a política também foi extremamente importante para a comunicação com o próprio direito, eis que o direito posto por si só, não consegue efetivar à saúde, tampouco conseguiria efetivar a pretensão de torná-la um direito, que ocorreu por volta do ano de 1980. Foi diante desta junção de complexidade do ambiente, contingência e evolução social que foi possível a inserção¹⁵ da saúde no direito, uma vez que os anseios político-sociais da

¹⁴ Conforme SARLET (2006, p. 60) o conceito de dignidade da pessoa humana corresponde: “a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”

¹⁵ A essa inserção dos anseios políticos e sociais no ramo do direito chama-se de acoplamento estrutural. Segundo MARTINI: “O acoplamento estrutural é, então, um conceito de extrema relevância para a matriz sistêmica, pois é o mecanismo que possibilita ao sistema colocar em funcionamento os seus próprios elementos com as estruturas de outro sistema, sem causar confusão nos limites dos sistemas envolvidos no acoplamento”. Ainda, acerca do acoplamento estrutural entre os diversos subsistemas sociais no processo de redemocratização no Brasil, acrescenta: “Após um longo período de ditadura militar, chegou-se a uma nova conformação dos processos de comunicação social, por meio da generalização de novas expectativas normativas comuns, institucionalizadas no nível máximo constitucional. Evidencia-se isso por meio das ‘vitórias constitucionais que resultam no reconhecimento e tutela do direito à saúde’.” (MARTINI, Sandra Regina. Sistema da saúde e transformação social. In: MARTINI, Sandra Regina (coordenadora); FALER, Camila Susana [et al]. Saúde, direito a transformação social: um estudo sobre o direito à saúde no Rio Grande do Sul. Coleção direito a transformação social. Vol. II. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015).

época indicavam para a expectativa normativa de que a saúde se tornasse de fato um direito.

Outrossim, é indubitável a intenção de nosso Constituinte de prestigiar o direito à saúde como um direito social e fundamental do cidadão. E qual seria a razão para este prestígio? Segundo CIARLINI (2013, p. 34): “o intento desses preceitos normativos que tratam de direitos fundamentais é o de conceder certa efetividade a eficácia vinculante a determinados princípios e regras constitucionais”. Sendo assim, os artigos 196 a 198 da CF/88 demonstram intuito de execução e criação de políticas públicas para efetivação dos direitos constitucionalmente garantidos.

De acordo com FERRAJOLI (2007, p. 409) o direito à saúde pode ser considerado como uma molécula que em sua composição possui de um lado o direito negativo de imunidade, que garante a proibição a lesões, tais como a poluição ao ar e da água, a não colocação no comércio de alimentos adulterados e impróprios para o consumo, buscando evitar danos à saúde. De outro lado, há um direito de cunho positivo, tipicamente social à prestação sanitária.

Nesse patamar, o direito à saúde deve ser compreendido como uma série de deveres do Estado para com o cidadão, uma vez que essas obrigações não pretendem somente diminuir ou erradicar as enfermidades, mas também garantir o desenvolvimento de uma vida saudável (MARTINI, 2015, p. 61).

O direito social à saúde se encontra em diversos preceitos constitucionais: artigo 6º, artigo 7º, inc. XXII, artigo 23, inc. II, artigo 24, inc. XII, artigo 30, inc. VII, artigo 194, artigos 196 a 200, artigo 212, §4º, artigo 227, §1º, inc. I.

Desta forma, a Constituição da República prevê em seu artigo 196 a necessidade de o Estado garantir políticas sociais e econômicas que visem dois objetivos no tema da saúde: a redução do risco de doenças e o acesso universal e igualitário. Na sequência, pelo artigo 198 depreende-se das diretrizes do Sistema Único de Saúde que é necessário um núcleo de direção em cada esfera de governo com foco no atendimento integral do paciente, dando prioridade para a prevenção e fazendo um importante apelo para a participação da comunidade.

Nesse sentido, pode-se verificar que na Unidade Cuidativa da UFPEL¹⁶ a participação da comunidade não se torna somente uma diretriz, mas uma base para

¹⁶ A Unidade Cuidativa da UFPEL é um núcleo idealizado e mantido pela Universidade Federal de Pelotas visando o atendimento de pacientes encaminhados via SUS que recebem neste local

o funcionamento de todo programa, tendo em vista que os profissionais que o integram estão dispendo de seu tempo e organização voluntariamente, em prol dos cuidados paliativos dos cidadãos que necessitam. Assim, mostra-se cristalina a participação da comunidade no projeto com o fito de propiciar o acesso à saúde integral destes pacientes que se encontram em tratamento paliativo.

A Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS, 1946) traz no preâmbulo a definição de saúde como:

A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social.

Percebe-se que a OMS possuiu a intenção de enfatizar que o conceito de saúde não corresponde apenas à ausência de doença ou enfermidade, mas que se trata de um bem-estar amplo (físico, mental e social). O ideal de plena satisfação física, mental e social é o objetivo buscado por qualquer indivíduo, de forma consciente ou inconsciente (VILLAS-BÔAS, 2014, p. 25). Tal conceito é importante para a criação de políticas públicas que viabilizem a saúde sob todas as óticas.

Acerca da amplitude do conceito, afirma VILLAS-BÔAS (2014, p. 29) sobre a importância do conceito denso de saúde para propiciar a conciliação entre discurso, expectativas, carências e realidade, a fim de encontrar o melhor meio para viabilizá-los através de políticas públicas que se enquadrem nessas demandas. Sobretudo, a proteção do direito social à saúde possui importância ímpar em uma sociedade pautada pelas desigualdades sociais.

Outrossim, a Lei 8.080/90 que regula o funcionamento dos serviços de saúde em todo o país e dispõe sobre promoção, proteção e recuperação da saúde, no seu artigo 4º define a compreensão do sistema como:

O conjunto de todas as ações e serviços de saúde prestados por órgão e instituições públicas federais, estaduais e municipais, de administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo poder público (BRASIL, 1990).

atendimento personalizado através de uma gama diversificada de profissionais (médicos, fisioterapeutas, terapeutas ocupacionais, assistentes sociais, enfermeiros, advogados, dentre outros). Esses profissionais são voluntários no programa de atendimento paliativo e contam com o auxílio de universitários da própria UFPEL. Sobre a prestação de serviços de assistência e amparo jurídico de forma voluntária, participa a coordenação e os alunos do Serviço de Assistência Jurídica da UFPEL, sendo este projeto intitulado de 'Direito Cuidativo', objeto de análise no presente trabalho sob a perspectiva do acesso à justiça.

A partir dessa lei é possível perceber que o conceito de saúde passa a ser produto de uma série de variáveis trazidas pelo artigo 3º: “a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso a bens e serviços essenciais” (BRASIL, 1990).

Esse conjunto engloba o que WAILLA (2018) define como a superação da visão tradicional de saúde como a ausência de doença:

Do mesmo modo, rompe com as pré-condições para o acesso aos serviços de saúde pública, determinando-os serem direito de toda a população, em todo território nacional, indistintamente, a serem assegurados pelo Estado, em todas as esferas de governo. Passa-se, então, a ter a saúde como um direito humano reconhecidamente fundamental, calcado nas bases principiológicas do amplo e irrestrito acesso a todos os serviços de saúde disponíveis na rede pública, bem como no dever do Estado, por meio de medidas sociais e econômicas, de assegurá-los, observando tais patamares de igualdade e universalidade.

Neste sentido, SARLET e FIGUEIREDO (2007, p. 199-200) ensinam o conceito de direito à saúde em sentido amplo, como aquele que engloba uma série de medidas para proteger a saúde dos cidadãos, tal como ocorre nos deveres de proteção, assim como engloba a função organizacional das instituições, serviços, ações e procedimentos, sem os quais seria impossível a exercício desse direito fundamental em razão dos deveres de organização e procedimento.

Com relação ao sentido estrito do direito à saúde destacam SARLET e FIGUEIREDO (2007. 199-200) sobre a dimensão prestacional, caracterizada pelo fornecimento de serviços e bens materiais para o titular desse direito fundamental, englobando a totalidade de prestações que objetivem assegurar a saúde de alguém, tais como o atendimento médico e hospitalar, a entrega de remédios, a realização de diversos tipos de exames e o acesso aos tratamentos recomendados.

A negativa de prestação por parte do Estado das diversas obrigações decorrentes do direito à saúde, conforme as citadas no parágrafo anterior, culmina em uma busca pela vida e pela dignidade por intermédio do acesso aos tribunais. Nesta esfera, salienta SARLET (2018, p. 338) que a corriqueira negativa de prestação dos serviços considerados como essenciais na área da saúde, poderia ser equiparado à aplicação de uma pena de morte para aquele cidadão que cometeu o grave crime de não ter condições de acessar à saúde com seus próprios recursos.

Ademais, na maioria das vezes, isso ocorre sem a instauração de processo, realização de defesa e sem a responsabilização dos agentes estatais.

Como se observa, há uma cristalina vinculação entre a saúde e o conjunto dos direitos fundamentais, com enfoque na efetivação dos demais direitos sociais. Sendo assim, o ideal de vida saudável pode ser compreendido através da justiça social e da promoção dos demais direitos, como forma de alcance ao bem-estar pleiteado (VILLAS-BÔAS, 2014, p. 29).

Nesse sentido, conforme asseveram STURZA e SIPPERT (2019) a efetivação do direito à saúde é indispensável para o exercício da cidadania:

Ter e dispor de saúde são condições essenciais para uma boa qualidade de vida. Sem estas, torna-se improvável que o indivíduo tenha uma vida digna e possa exercer a sua cidadania de forma plena, com condições de efetivar a (re)construção dos direitos humanos numa sociedade cada vez mais globalizada e sectária. Entretanto, ao dar proteção e reconhecimento, o Estado de Direito permite ao indivíduo, por meio da cidadania, pelo menos a esperança de melhorar suas precárias condições de vida.

Destarte, a efetivação do direito à saúde se torna ainda mais peculiar em determinados contextos, como ocorre no caso dos pacientes que necessitam de tratamentos paliativos, pois estes clamam urgentemente por uma posição do Estado quanto à efetivação do seu direito à saúde, e consequentemente, à vida.

2.1 CUIDADOS PALIATIVOS: CONCEITO E EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO NO CONTEXTO MUNDIAL

Para o aprofundamento da temática, faz-se necessário estudo acerca do conceito e do tratamento despendido aos cuidados paliativos mundo e posteriormente, no Brasil.

O conceito e os princípios que regem os cuidados paliativos foram definidos pela primeira vez no ano de 1990 pela Organização Mundial da Saúde, que recomendou a sua observação para os 90 países em 15 idiomas diferentes. O conceito de cuidados paliativos foi pensado, inicialmente, para os pacientes portadores de câncer, planejando-se a criação de uma assistência completa à saúde em final de vida. Inclusive, os cuidados paliativos passaram a integrar um dos pilares básicos de cuidados ao paciente oncológico (GOMES, OTHERO, 2016).

Posteriormente, no ano de 2002 a Organização Mundial da Saúde (WHO, 2002) aprofundou o conceito de cuidados paliativos, definindo-os como uma abordagem que melhora a qualidade de vida dos pacientes e também das suas famílias diante dos problemas associados a doenças com alto risco de vida, através da prevenção e do alívio ao sofrimento. Essa definição engloba todos os meios de identificação precoce da doença, bem como o tratamento da dor e dos seus problemas subsequentes, sejam eles físicos, psicossociais e espirituais.

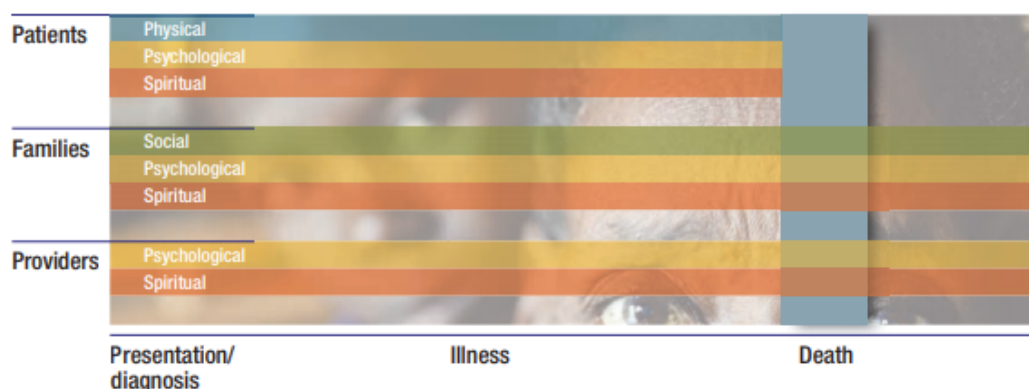
Ainda, sobre os cuidados que englobam o tratamento paliativo a OMS (WHO, 2002, p. 03) destaca os seguintes:

- a) Proporcionar o alívio da dor e dos outros sintomas angustiantes; b) Afirmar a vida e considerar a morte como um processo normal; c) Os cuidados não devem ter o intuito de apressar ou adiar a morte mas devem integrar os aspectos psicológicos e espirituais do atendimento ao paciente; d) Deve ser oferecido um sistema de apoio para ajudar os pacientes a viver de forma ativa até a morte; e) Deve existir um sistema de apoio a família para auxílio no trato com o paciente, a sua doença e ao seu próprio processo de luto; f) Deve ser considerado que a melhora na qualidade de vida do paciente também poderá influir positivamente na doença; g) Os cuidados devem ser aplicados no início do curso da doença e em conjunto com outras terapias que se destinem a prolongar a vida (como por exemplo, a quimioterapia e a radioterapia); h) Deve incluir as investigações necessárias para melhor atender e gerenciar complicações clínicas.

Pode-se perceber pela amplitude conceitual e pelas diretrizes que dão um norte para a instauração dos cuidados paliativos, que a intenção de OMS é a de proporcionar uma melhor qualidade de vida (mesmo que em seu final) tanto para o próprio paciente, quanto para a sua família, durante o conhecimento e a evolução da doença estendendo-se até a fase de luto, em que o apoio pela perda do familiar se torna importante e indispensável, o que estende os cuidados paliativos para além da morte do paciente.

O gráfico abaixo exemplifica:

Tabela 1: Dimensões da qualidade de vida dos pacientes em cuidados paliativos



Fonte: World Health Organization. National Cancer control Programmes: Policies and managerial guidelines world. 2002.

A OMS (WHO, 2014, p. 07) separa os conceitos de cuidados paliativos dos pacientes adultos e das crianças. Os cuidados paliativos em adultos que se iniciam antes do estágio terminal são considerados ótimos. Já em crianças, eles devem ser prestados no caso de doenças crônicas e de vida, e não somente naquelas crianças que se encontrem em fases terminais. Os cuidados paliativos devem começar tão logo o conhecimento da doença e se prolongar independentemente da criança estar recebendo algum tipo de tratamento para a sua doença.

Algumas doenças se destacam devido a sua incidência e chamam a atenção para a necessidade de cuidados paliativos em grupos de adultos e crianças. No grupo dos adultos, se destacam o Alzheimer, as demências, o câncer, as doenças cardiovasculares, a cirrose hepática, as doenças pulmonares obstrutivas crônicas, a diabetes, o HIV/AIDS, a insuficiência renal, a esclerose múltipla, a doença de Parkinson, a artrite reumatoide e a tuberculose resistente a medicamentos. Já as doenças que requerem cuidados paliativos para crianças são: o câncer, as doenças cardiovasculares, a cirrose do fígado, as anomalias congênitas (excluindo as anomalias do coração), as desordens do sangue e do sistema imunológico, o HIV/AIDS, a meningite, as doenças renais, os distúrbios neurológicos e as condições neonatais (WHO, 2014, p. 10).

Contudo, faz-se mister salientar que nem todas as pessoas que sofrem das doenças crônicas e malignas citadas acima necessitam de cuidados paliativos. Isto ocorre, em razão do fator indicativo desta necessidade estar caracterizado pela presença de dor, levando-se em conta que cada pessoa que necessita de cuidados paliativos precisa estar amparada por cerca de dois profissionais cuidadores.

O panorama dos dados coletados em termos mundiais pela Organização Mundial da Saúde (WHO, 2014, p. 12) identifica que no ano de 2011 mais de 29 milhões de pessoas morreram de doenças que exigiam cuidados paliativos. A maior proporção corresponde a adultos (94%), dos quais 69% têm mais de 60 anos e 25% tem entre 15 e 59 anos de idade. Apenas 6% de todas as pessoas que necessitam de cuidados paliativos são crianças na faixa etária de 0 a 14 anos.

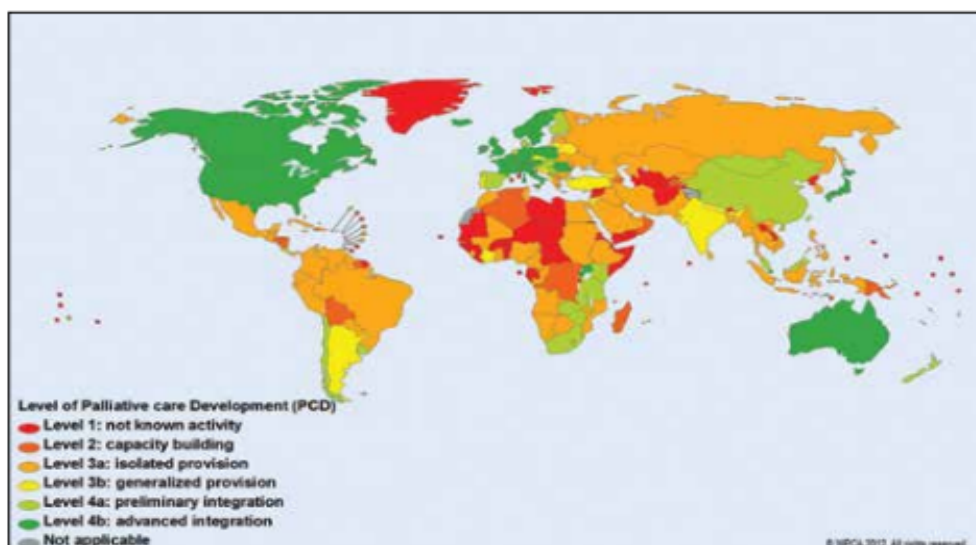
Tendo em vista o número elevado de pacientes ao redor do mundo que precisam de cuidados paliativos, a OMS (WHO, 2014, p. 42) realizou um levantamento de dados a respeito dos níveis de desenvolvimento dos países na área deste tipo de cuidados. Para melhor visualização do resultado da pesquisa, foi confeccionada uma figura do mapa mundial onde os países foram divididos em diversos níveis que foram representados em cores.

No nível 1 que é representado pela cor vermelha, tem-se os países que não possuem alguma atividade reconhecida na área dos cuidados paliativos. No nível 2 que é representado pela cor laranja, estão representados os países com alguma capacidade de desenvolvimento nessa área. O nível 3 é dividido em nível 3-A e nível 3-B, onde o primeiro diz respeito aos países que possuem isoladas provisões de cuidados paliativos, na cor amarelo escuro. O Brasil está inserido neste grupo de providências isoladas.

A seguir, o nível 3-B é caracterizado pela provisão generalizada de cuidados paliativos e é representada pela cor amarelo claro. O nível 4 também é dividido em dois subníveis, sendo que o nível 4-A é representado pelos países que possuem integrações preliminares com os cuidados paliativos, sendo identificado pela cor verde claro. Já o nível 4-B é o mais desenvolvido em termos de cuidados paliativos no mundo. É representado com maior abrangência nos países dos continentes da América do Norte, Europa e Austrália, uma vez que possuem integração avançada em termos de cuidados paliativos, sendo representada pela cor verde escuro no mapa.

Em contrapartida, os países que em que os cuidados paliativos não são utilizados estão representados pela cor cinza.

Figura 1. Níveis de desenvolvimento de cuidados paliativos em todos os países do mundo.



Fonte: WHO (World Health Organization). Global Atlas of Palliative Care at the End of Life. Worldwide palliative care alliance. January, 2014.

Outrossim, pode-se afirmar que em alguns países da América do Sul, como Chile e Argentina, os Programas Nacionais de Cuidados Paliativos são muito efetivos, tendo em vista que buscam aliviar a administrar a dor e os outros sintomas (físicos, psicológicos, espirituais e sociais) proporcionando aos pacientes e sua família uma melhor qualidade de vida (FRIPP, 2009).

2.2 OS CUIDADOS PALIATIVOS NO BRASIL

O tratamento dos cuidados paliativos no Brasil ainda está em evolução, tendo em vista que possui apenas alguns núcleos e hospitais dedicados a este tipo de cuidado específico. Para o aprofundamento do estudo, faz-se necessário conhecer a evolução do tratamento outorgado aos cuidados paliativos em nosso país, seja por intermédio de ações práticas ou por legislações específicas.

Atualmente, existe uma oferta fragmentada de tratamento paliativo aos pacientes, em poucos serviços, a maioria localizada em hospitais, oferecendo rotineiramente cuidado integral e humanizado aos usuários do SUS (FRIPP, 2009).

Contudo, segundo VICENZI (2016) somente na década de 1980 teve início no Brasil a implementação dos cuidados paliativos. O primeiro serviço de cuidados paliativos surgiu no Estado do Rio Grande do Sul no ano de 1983, e, por conseguinte na Santa Casa de Misericórdia no Estado de São Paulo.

A Lei nº 8080/90 (BRASIL, 1990) dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Conforme o exposto em seu artigo 1º, a lei possui a intenção de regular as ações e serviços de saúde, executados de forma isolada ou conjunta, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado no Brasil. Desta forma, todas as prestações em matéria de saúde devem obedecer às regras estabelecidas na referida lei. Em seu artigo 7º, a lei prevê os princípios¹⁷ que regem a prestação de serviços públicos e particulares conveniados de saúde.

O Instituto Nacional de Câncer (INCA, 2018) oferece cuidados paliativos desde 1996 para os pacientes que são atendidos em suas Unidades Hospitalares, por meio da unidade especializada denominada Hospital do Câncer IV, no estado do Rio de Janeiro. Tal hospital é também utilizado para a realização do aprofundamento de estudos na área dos cuidados paliativos, debates e articulação para a expansão desta área na política de saúde do Brasil.

Em 1997 foi criada a Associação Brasileira de Cuidados Paliativos (ABCP), que exerce importante contribuição na divulgação dos Cuidados Paliativos no país, através do apoio de profissionais capacitados da América do Norte. No mesmo ano, houve a criação do primeiro curso de Cuidados Paliativos na Universidade de São Paulo (SBGG, 2015).

Por conseguinte, no ano de 2000 o Hospital do Servidor Público Estadual de São Paulo iniciou a prestação de cuidados paliativos na modalidade de atendimento

¹⁷ Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema; III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde; VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário; VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática; VIII - participação da comunidade; IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo: a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios; b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde; X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico; XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população; XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos. XIV – organização de atendimento público específico e especializado para mulheres e vítimas de violência doméstica em geral, que garanta, entre outros, atendimento, acompanhamento psicológico e cirurgias plásticas reparadoras (BRASIL, 1990).

domiciliar aos seus pacientes. Em seguida, no mesmo hospital foi inaugurada uma enfermaria específica para ser utilizada nesse tipo de cuidado quando necessário. Dois anos após, em 2002, o Sistema Único de Saúde inseriu a prática dos cuidados paliativos nos serviços prestados em oncologia através da publicação da Resolução nº 19 (BRASIL, 2002) do Ministério da Saúde que tratou do Programa Nacional de Assistência à dor. Em seu artigo 2º houve a primeira previsão específica de criação de grupo especializado em tratamento paliativo no Brasil: “Constituir, no âmbito da Secretaria de Assistência à Saúde, o Grupo Técnico Assessor do Programa Nacional de Assistência à Dor e Cuidados Paliativos”. A partir desta normativa, a Política Nacional de Cuidados Paliativos foi iniciada no SUS.

No ano de 2006, foi instituída através da Portaria nº 3.150 (BRASIL, 2006) a Câmara Técnica em Controle da Dor e Cuidados Paliativos, com o objetivo de estruturar de forma mais efetiva as diretrizes nacionais de atenção em cuidados paliativos e dor crônica. Essa Portaria acabou revogando a Portaria 19 do ano de 2002, pois disciplinava a matéria de forma mais efetiva.

No mesmo ano, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº 1.805 (CFM, 2006) que reconheceu a técnica dos cuidados paliativos. Posteriormente, no ano de 2009 o mesmo Conselho inclui os cuidados paliativos como um dos princípios do novo Código de Ética da profissão. Em 2012, os primeiros médicos brasileiros receberam a certificação em Medicina Paliativa como área de atuação dentro da medicina. O CFM lança a Resolução nº 1.995/2012 (CFM, 2012) sobre Diretivas Antecipadas de Vontade que também auxiliou no tratamento dos pacientes paliativos e sua regulamentação no Brasil.

No ano de 2013, foi instituída da Portaria nº 874 que dispôs sobre a Política Nacional para a Prevenção e Controle do Câncer na Rede de Atenção à Saúde das Pessoas com Doenças Crônicas no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Em seu artigo 13 é previsto que faz parte do cuidado integral: “a prevenção, a detecção precoce, o diagnóstico, o tratamento e os cuidados paliativos, que devem ser oferecidos de forma oportuna, permitindo a continuidade do cuidado” (BRASIL, 2013).

Como visto, as legislações brasileiras que tratam dos cuidados paliativos são na sua maioria portarias e resoluções, que mencionam os cuidados paliativos, sem, contudo, definir e organizar de forma efetiva a sua prestação.

Sobre esta temática UGARTE (2014) realizou um estudo acerca da evolução do tratamento normativo dos cuidados paliativos no Brasil e concluiu houveram algumas alterações importantes voltadas para os cuidados paliativos considerando o período do ano de 2002 até 2014, através da inserção dos cuidados paliativos no SUS no âmbito da atenção domiciliar e dos cuidados oncológicos. Porém não se tem avanços efetivos por falta de definição normativa acerca da matéria, a exemplo da ausência de linhas de financiamento federal voltadas para a implantação de serviços.

Na sequência, concluiu que:

A legitimação da inserção da prática paliativa no SUS ainda demanda ações do Ministério da Saúde no que diz respeito à formulação de políticas públicas mais contundentes, que contemplem definições das modalidades de atenção nos pontos de atenção na rede, com linhas de financiamento e possibilidade de monitoramento e avaliação, voltadas à atenção em cuidados paliativos de forma coordenada e integrada na rede de atenção à saúde (UGARTE, 2014).

Recentemente, em 31 de outubro de 2018 foi dado um importante passo na regulamentação dos cuidados paliativos no âmbito do SUS., tendo em vista que foi criada a Resolução nº 41 (BRASIL, 2018) que dispõe sobre as diretrizes para a organização dos cuidados paliativos, à luz dos cuidados continuados integrados, trazendo inclusive o conceito¹⁸ de cuidados paliativos.

Observa-se que na Resolução foi levada em consideração a Recomendação da 67ª Assembleia da Organização Mundial de Saúde no ano de 2014, que solicitou aos seus estados membros o desenvolvimento, fortalecimento e implementação de políticas de cuidados paliativos baseadas em evidências. Igualmente, foi destacado que o Brasil vive um processo de envelhecimento populacional que acabou modificou a pirâmide etária e aumentou a prevalência de doenças crônicas não transmissíveis em nossa sociedade.

Desta forma, podem ser observados importantes avanços na matéria dos cuidados paliativos através desta Resolução, a partir objetivos esculpidos em seu artigo 3º (BRASIL, 2018): o de integrar os cuidados paliativos na rede de atenção a saúde, promover a melhoria da qualidade de vida dos pacientes através do incentivo

¹⁸ Art. 2º Cuidados paliativos consistem na assistência promovida por uma equipe multidisciplinar, que objetiva a melhoria da qualidade de vida do paciente e seus familiares, diante de uma doença que ameaça a vida, por meio da prevenção e alívio do sofrimento, da identificação precoce, avaliação impecável e tratamento de dor e demais sintomas físicos, sociais, psicológicos e espirituais. Parágrafo único: Será elegível para cuidados paliativos toda pessoa afetada por uma doença que ameaça a vida, seja aguda ou crônica, a partir do diagnóstico desta condição. (BRASIL, 2018)

do trabalho em equipe multidisciplinar, fomentar a instituição de disciplinas e conteúdos programáticos de cuidados paliativos no ensino de graduação e especialização dos profissionais de saúde, oferecer permanente atualização sobre os cuidados paliativos para os trabalhadores de saúde no SUS, promover a disseminação de informação sobre os cuidados paliativos na sociedade, ofertar medicamentos que promovam o controle dos sintomas destes pacientes e desenvolver uma mentalidade de atenção à saúde humanizada em toda a linha de cuidado e em todos os níveis de atenção.

Ainda, foi previsto na Resolução que os cuidados paliativos devem ser ofertados em qualquer rede de atenção à saúde, observando as necessidades de cada paciente, mediante a atenção básica, domiciliar, ambulatorial, de urgência/emergência e hospitalar, sendo que cada modalidade de atendimento foi descrita na resolução. Outrossim, houve a previsão orçamentária para este tipo especial de cuidados, através de financiamento a ser pactuado pela Comissão Tripartite (BRASIL, 2018).

Os avanços em termos de cuidados paliativos, conforme pode-se perceber, ocorrem de forma lenta e gradual através de pequenas alterações nas legislações que possibilitam a sua implementação, mesmo que não esteja tudo regulado. É inegável a pertinência e a atualidade do presente assunto, pois a Resolução nº 41 (BRASIL, 2018) é recente e tem muito a contribuir para a implementação de políticas públicas que tornem o acesso a este tipo peculiar de cuidados, cada vez mais efetivo.

Acerca do avanço propiciado por tal resolução na seara dos cuidados paliativos, afirma o Presidente da Academia Nacional de Cuidados Paliativos, Daniel Neves Forte (ANCP, 2018):

Com a Resolução, estamos agora um passo adiante nesta longa caminhada. Muitos outros passos ainda serão necessários. Muitos outros desafios ainda virão e, quando vierem, serão superados com diálogo e determinação. Para todos aqueles empenhados em melhorar o cuidado ao sofrimento dos pacientes e seus familiares que enfrentam doenças graves, hoje é um dia histórico. Demos um passo importante. Cuidado Paliativo agora é uma Resolução do SUS.

Em termos mais regionais, a Unidade Cuidativa de Pelotas/RS serviu de inspiração para a criação da Política Estadual dos Cuidados Paliativos, através do Projeto de Lei nº 222/2017, considerado pioneiro no Brasil. O Projeto foi proposto

pela Deputada Estadual Stela Farias e foi este ano sancionado pelo Governador Eduardo Leite em 31 de janeiro de 2019, passando a vigorar como a Lei nº 15.277

Por certo, para a efetiva implantação dos cuidados paliativos no estado do Rio Grande do Sul, ainda é preciso dar passos mais concretos, efetivando as ações previstas na lei estadual de cuidados paliativos mediante a implantação de políticas públicas neste sentido, tal como preleciona o artigo 4, inciso I que descreve as diretrizes dos cuidados paliativos (RIO GRANDE DO SUL, 2019):

Art. 4. A Política Estadual de Cuidados Paliativos tem como diretrizes:
I: fortalecimento de políticas públicas que visem desenvolver ao máximo a saúde potencial de cada cidadão, incluindo políticas que tenham como objeto a criação de ambientes favoráveis à saúde e ao desenvolvimento de habilidades individuais e sociais para o autocuidado; [...]

Sendo assim, para a implementação do direito à saúde através da prestação de cuidados paliativos pelo Estado, é necessário que existam ações neste sentido. Os direitos sociais, e em especial os direitos à saúde, à educação e à moradia, possuem estrutura e dimensão de forma que a sua realização perpassa pela atuação do Estado. Desta forma, faz-se necessário, para as suas efetivações a construção de hospitais, escolas e casas, a contratação de médicos e professores e que os materiais hospitalares e escolares sejam adquiridos e postos à disposição dos cidadãos (SILVA, 2008, p. 590).

3 O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

“Se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos

devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torna-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço". (MOREIRA, 2004, p. 05).

O direito fundamental de acesso à justiça encontra-se previsto no rol do artigo 5º, inc. XXXV da Constituição Federal (BRASIL, 1988), onde há a previsão de proteção jurisdicional de lesão ou ameaça a direito. A posição de referido direito na Carta Magna se coaduna com a localização topográfica dos direitos fundamentais, que figuram no início da Carta, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais, demonstrando que tais direitos fundamentais são: “parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica” (SARLET, 2018, p. 67).

O preceito constitucional exposto acima, ao realizar a vedação que a lei venha a excluir do Poder Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça a direito, não intenciona focalizar no jurisdicionado como destinatário final, mas em um primeiro momento, direciona-se ao próprio Poder Legislativo, no intuito de garantir a análise de mérito dos danos temidos ou sofridos (MANCUSO, 2019, p. 29). A partir desta premissa, não poderá o Estado se esquivar da análise de mérito das discussões, por menores que possam parecer ser.

O direito de acesso à justiça também pode ser denominado de direito à ordem jurídica justa¹⁹ ou de direito à efetividade do processo. Neste sentido, leciona BEDAQUE (2004, p. 791):

Entre os direitos fundamentais da pessoa encontra-se, sem dúvida, o direito à efetividade do processo, também denominado direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa, expressões que pretendem representar o direito que todos têm à tutela jurisdicional do Estado. Essa proteção estatal deve ser apta a conferir tempestiva e adequada satisfação de um interesse juridicamente protegido, em favor de seu titular, nas situações em que isso não se verificou de forma natural e espontânea.

Sob a perspectiva internacional, dispõe a Convenção Interamericana de direitos humanos em seu artigo 8º (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969) da qual o Brasil é signatário, que toda pessoa tem o direito de ser

¹⁹ Sobre o assunto, contribui BARCELLOS (2017): “Esta compreensão de acesso à justiça de modo mais amplo, em relação à ordem jurídica justa, está estreitamente associada às transformações ocorridas na concepção e configuração do Estado, especialmente ao compreender sua estrutura enquanto Estado Social, relacionado aos valores e concepções vigentes conforme o lugar e a época. No Brasil, o esquema constitucional traçado, com todos os seus valores e princípios confirma tal questão”.

ouvida por juiz/tribunal competente, com todas as garantidas e dentro de um prazo razoável, na investigação de natureza penal ou na determinação de direitos de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de outra natureza.

Desta forma, o direito de acesso à justiça é previsto e positivado constitucionalmente como um direito fundamental no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, sendo também reconhecido e proclamado internacionalmente, o que o eleva a categoria de direito humano.

Conforme referido anteriormente, o conceito de acesso à justiça é abrangente, cabendo apenas destacar uma ressalva quando a expressão empregada (YARSHELL, 2000, p. 82):

Deliberadamente, emprega-se o termo “justiça” e não “Justiça”, porque o texto pretende se referir ao fenômeno mais amplo do acesso à ‘ordem jurídica justa’ [...] e não apenas do acesso ao Poder Judiciário, que a palavra “Justiça” designa (embora este último aspecto seja fator decisivo para o atingimento do primeiro).

Nos estados liberais burgueses dos séculos XVIII e XIX existiam procedimentos para a resolução dos conflitos de natureza civil notadamente individualistas. O direito de acesso à proteção judicial era compreendido como um direito formal do indivíduo de propor ou de contestar determinada ação. Na época, entendia-se que embora o direito de acesso à justiça fosse um direito natural do indivíduo, este não dependia do Estado para a sua proteção pois assim como os direitos naturais não necessitavam de uma proteção específica do Estado, o acesso à justiça também não necessitaria, havendo o entendimento de que o Estado apenas deveria agir em caso de violação deste direito por outros. Portanto, o Estado permanecia passivo relativamente ao reconhecimento (e conhecimento) individual dos direitos de cada cidadão bem como da sua possibilidade de defesa (CAPELLETI e GARTH, 1988, p. 09).

Acrescenta o autor:

Afastar a ‘pobreza no sentido legal’ (a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições) não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens, no sistema *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva (CAPELLETI e GARTH, 1988, p. 09).

Posteriormente, com os novos direitos humanos consagrados²⁰ e garantidos nas modernas constituições estão os direitos ao trabalho, o direito à saúde, o direito à segurança material e à educação. A mudança na visão do Estado com atitudes passivas com relação a efetivação destes direitos modificou-se para uma visão consensual de que é necessária a atuação positiva do Estado para a garantia de todos esses direitos sociais básicos (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 11).

Sendo assim, o direito ao efetivo acesso à justiça ganhou importante destaque na medida em que as reformas do estado social procuraram amparar os indivíduos com novos direitos subjetivos na qualidade de consumidores, locatários, empregados e por certo, de cidadãos. Destarte, o acesso à justiça pode ser visto como o mais básico dos direitos humanos insertos em um sistema jurídico modernizado e igualitário, uma vez que visa a garantia efetiva dos direitos perquiridos, e não somente a sua proclamação (CAPPELLETTI e GARTH, 2002, p. 11-12).

Com relação a amplitude da compreensão do conceito de acesso à justiça, pontua (BARCELLOS. 2017):

Esta compreensão de acesso à justiça de modo mais amplo, em relação à ordem jurídica justa, está estreitamente associada às transformações ocorridas na concepção e configuração do Estado, especialmente ao compreender sua estrutura enquanto Estado Social, relacionado aos valores e concepções vigentes conforme o lugar e a época. No Brasil, o esquema constitucional traçado, com todos os seus valores e princípios confirma tal questão.

Nesta perspectiva, CAPPELLETTI e GARTH (1988. p. 11-12) pontuam acerca da importância do reconhecimento progressivo da temática atinente ao acesso à justiça entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos ficaria desprovida de significado se ausentes os mecanismos para a sua reivindicação. Portanto, o acesso à justiça deve compreendido como requisito fundamental, através do qual o sistema jurídico moderno e igualitário pretende garantir.

Sendo assim, em que pese o reconhecimento dos direitos sociais, econômicos e culturais universalmente, tendo em vista que se encontram em diversas constituições nos âmbitos nacional e internacional, pode-se claramente identificar o obstáculo dos processos judiciais perante um juiz ou tribunal como a

²⁰ A exemplo da Constituição Francesa de 1946.

única forma de efetivar o mínimo previsto nesses direitos (ABRAMOVICH; COURTIS, 2011).

Outrossim, o conceito de acesso à justiça sob a perspectiva ampla não pode ser vislumbrado somente como o acesso traduzido pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, ao contrário do que afirmam alguns autores (BARCELLOS, 2017). O conceito de acesso à justiça não pode se manter atrelado a antigas acepções relacionadas ao monopólio da justiça estatal, que por sua vez, são pautadas pela universalidade/ubiquidade da jurisdição e pela facilitação do acesso, podendo passar a ideia de que o direito de ação converte-se em um verdadeiro dever de ação, desestimulando a busca dos direitos por outros meios, como por exemplo, pela heterocomposição (MANCUSO, 2019, p. 29).

Nesta esteira, o acesso à justiça cumpre sua função para além de direito proclamado, mas de um requisito para que os demais direitos fundamentais, sociais ou infraconstitucionais possam ser garantidos e efetivados aos cidadãos que necessitem de socorro junto ao Poder Judiciário para sua aplicação. Nas palavras de BOBBIO (2004, p. 45):

Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

A compreensão atual é a de que o Estado assume posição que ultrapassa a de proclamador de direitos, devendo também garantir que seus cidadãos encontrem meios de efetivação destes direitos. Não basta que o Estado reconheça determinado direito se não houver a preocupação de instalação de um sistema que possibilite por meios legais e ágeis a sua busca em caso de negativa a prestações ou violações de direitos. É neste contexto que se insere a importância da atuação junto ao Poder Judiciário para efetivar o direito social à saúde, quando este é negado ou simplesmente ignorado pelo Poder Público.

O estudo moderno do processo civil é caracterizado justamente por essa busca de efetivação dos direitos, destacando CAPELLETI e GARTH (1988, p. 12) que: “o ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística”.

Contudo, ressalta-se que o procedimento realizado pelo Judiciário de tratar a consequência do conflito e não a sua real causa, acaba resultando em sérias consequências práticas, tais como: a duração excessiva dos feitos, exasperação das partes em razão da demora, os custos e a imprevisibilidade dos julgamentos, a distribuição desigual do ônus probatório (entre os litigantes habituais e os eventuais). Isso resulta na crescente desconfiança da população no Judiciário. Não se pode deixar de mencionar nesta oportunidade, também os atritos institucionais entre o Judiciário e os outros Poderes, ou seja, com o Executivo em razão da requisição de aportes orçamentários e com o Legislativo, através de matérias sujeitas a reserva legal que intencionalmente não são regulamentadas, cabendo ao Judiciário (através do ativismo judicial²¹) resolver matérias sujeitas à reserva legal (MANCUSO, 2019, p. 33).

Nenhum dos sistemas jurídicos modernos pode eximir-se de críticas, uma vez que as falhas de funcionamento podem ser observadas nos mais diversos países, devendo-se perguntar: “a que preço e em benefício de quem estes sistemas de fato funcionam” (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 07), não podendo ser tal resposta afastada da premissa de que “a justiça social, tal com desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo” (CAPELLETTI e GARTH, 1988, p. 08).

Sob este aspecto, surge a necessidade da legislação em acompanhar o referido processo, criando normas que respondam e alcancem materialmente os anseios de uma sociedade democrática. Isso porque, quando é propiciado o acesso à justiça de qualidade ao cidadão, está sendo concretizada também a democracia. Neste sentido, alerta ROJO (2000, p. 95) que a justiça e a democracia devem ser conjugadas de forma conjunta e harmônica: “El verdadero desafio consiste en advertir que justicia e democracia se complementan, concibiendo los medios de dinamizar la democracia a través de la justicia y no contra la justicia”.

²¹ Por ativismo judicial, entende-se: “O exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez que o fenômeno golpeia mais fortemente o Poder Legislativo, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas”. (RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129).

3.1 O PROJETO DE FLORENÇA

Os autores Mauro Cappelletti e Bryant Garth em importante obra sobre acesso à justiça servem como ponto de partida para a presente pesquisa no que se refere à ótica do acesso à justiça.

Os autores realizaram um estudo aprofundado na área do acesso à justiça que foi publicada em quatro volumes em anos diferentes, a partir do ano de 1974. Tal colaboração foi de fundamental importância para o aprofundamento do tema, resultando em um importante marco no estudo do direito processual civil. A extensa pesquisa realizada foi denominada de Projeto Florença e apenas na última obra foi apresentada a sua conclusão, que foi traduzida para o português através da Ministra aposentada do Supremo Tribunal Federal Ellen Gracie Northfleet²².

A importância doutrinária de Capelletti ultrapassa a realidade italiana e atinge o mundo jurídico como um todo. O autor participou ativamente do Projeto de Florença de Acesso à Justiça em 1973 e apresentou um relatório que evidenciava a problemática enfrentada com relação ao tema e as possíveis soluções para o Judiciário (PEDRON, 2016, p. 20).

O estudo englobou a coleta de dados de sistemas judiciais de 23²³ países que foram compilados e deram origem a publicação intitulada Acesso à Justiça: o movimento mundial para a efetivação dos direitos – um relatório geral, em Milão no ano de 1988.

O enfoque do acesso à justiça que surgiu em tantos países demonstra a capacidade que nossos sistemas jurídicos possuem para voltar-se ao atendimento das necessidades de determinados grupos, que por muito tempo, não tiveram alternativas para pleitear seus direitos (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 161).

No Projeto de Florença, foram identificados alguns pontos críticos que foram caracterizados como obstáculos ao acesso à justiça.

O primeiro objeto identificado é o que se refere às custas judiciais. A resolução de litígios perante os tribunais é custosa na maior parte dos países, em

²² A obra referida acima apresenta a seguinte referência: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie. Porto Alegre: Fabris, 1988.

²³ Austrália, Áustria, Bulgária, Canadá, China, Inglaterra, França, Alemanha, Holanda, Hungria, Indonésia, Israel, Itália, Japão, Polônia, União Soviética, Espanha, Suécia, Estados Unidos, México, Colômbia, Chile e Uruguai.

razão da transferência de parte dos encargos estatais para o pagamento dos salários dos juízes, servidores, as despesas com o funcionamento do prédio do tribunal e o seu respectivo aparelhamento de funcionamento. No Sistema Americano, inclusive, o custo se torna mais visível pois o vencido não possui a obrigação de reembolsar os honorários de advogado despendidos pelo vencedor da ação (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 16).

Sob outro aspecto, há a obrigatoriedade de o vencido arcar com o ônus da sucumbência (no tocante às custas processuais), o que acaba gerando incerteza no ingresso da ação a menos que o litigante tenha certeza de seu direito (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 17). Algo inconteste, é a extrema dificuldade em realizar tal estimativa²⁴, uma vez que os processos apresentam risco (mesmo que pequeno em determinados casos) de sucumbência na demanda, em razão de novos entendimentos, novas legislações aplicáveis, etc.

As causas que envolvem valores pequenos acabam sendo as mais prejudicadas com a barreira dos custos, que podem ser superiores ao valor que será auferido com a demanda. Os dados do Projeto Florença demonstram que crescem os custos na medida em que se reduz o valor da causa²⁵, evidenciando a problemática das pequenas causas.

Ainda dentro do primeiro obstáculo de custos, tem-se a duração do processo. A demora na condução dos processos judiciais que perduram ao longo dos anos pode aumentar os custos que as partes estão tendo com a demanda, principalmente se forem considerados os índices da inflação. O aumento dos custos nesse sentido: “pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito” (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 20).

Sobre o tempo de demora dos processos que tramitam perante o Poder Judiciário Brasileiro têm-se as seguintes estatísticas apresentadas no Relatório

²⁴ Em alguns casos é difícil realizar a estimativa do valor que possivelmente será gasto caso a demanda venha a ser rechaçada, a exemplo de países como a Grã-Bretanha onde o demandante não pode precisar o tamanho do risco que estaria assumindo com o ingresso da ação, tendo em vista que os honorários advocatícios podem variar muito. Em alguns casos, faz-se necessário que os autores promovam a segurança do juízo no que se refere às despesas do adversário antes do ingresso da ação. (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 18)

²⁵ A exemplo disso, refere-se que na Alemanha uma causa que o valor corresponda a US\$ 100,00 possuiria o custo de US\$ 150,00 no sistema do Judiciário regular, mesmo na hipótese de utilização apenas da primeira instância. Já o custo de uma ação de US\$ 5.000,00 que percorreria duas instâncias ficaria em US\$ 4.200,00. Custos estes, ainda elevados, mas numa proporção mais vantajosa em razão do valor da causa ser maior. (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 19-20).

Justiça em Números do ano de 2019 (CNJ, 2019): os processos em trâmite na Justiça Comum demoram em média para percorrer as fases de conhecimento, execução e recursal aproximadamente 4 anos e 7 meses²⁶, enquanto os processos nos Juizados Especiais tramitam em média durante 4 anos²⁷ (fase de conhecimento, execução judicial e turmas recursais).

Sem muitas dificuldades mostra-se possível aferir o obstáculo “custo” em razão do tempo despendido de trâmite processual em nosso país, sendo palpável o aumento do custo processual enquanto é aumentado o tempo de duração do processo até que o direito autoral seja efetivamente satisfeito. O que acaba deixando de lado, muitas vezes, o senso de justiça buscado pelas partes por intermédio do Poder Judiciário.

O segundo obstáculo noticiado por Cappelletti reside na denominada possibilidade das partes, sendo possível a identificação na prática de algumas vantagens e desvantagens estratégicas. Neste ponto, Cappelletti se utiliza do significado cunhado por Marc Galanter para afirmar a diferença prática das possibilidades das partes: “noção de que algumas espécies de litigantes gozam de uma gama de vantagens estratégicas” (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 21).

Por certo, existem litigantes que podem pagar para propor os seus litígios. Contudo, dentro do obstáculo das possibilidades das partes, nem todos possuem tal condição. Ainda, acrescenta-se, poucos possuem tal condição. O obstáculo se impõe quando o dinheiro investido por uma das partes é superior ao da outra, gerando uma disparidade de armas (defesas com melhores argumentos, mais qualificados profissionais, etc.). A tarefa de demonstrar o direito e colacionar as provas processuais para comprova-lo dependem de cada parte, sendo inegável que esta diferença afeta a capacidade de desenvolvimento da causa (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 21).

Outro aspecto que pode ser destacado, segundo CAPPELLETTI e GARTH (1988, p. 22) é o da capacidade jurídica pessoal, relacionado com as diferenças de educação, meio e *status* social. Existem barreiras que antes mesmo do ingresso no Judiciário, já precisam ser superadas, sendo que a maior parte das pessoas não

²⁶ Sendo esse período distribuído da seguinte maneira: na fase de conhecimento levam em média 1 ano e 1 mês de trâmite; na parte de execução judicial duram 2 anos e 9 meses e, por último, em fase recursal, 9 meses (CNJ, 2019).

²⁷ Sendo este período distribuído da seguinte maneira: na fase de conhecimento levam em média 1 ano e 6 meses de duração; na fase de execução judicial da sentença proferida duram em média 1 ano e 5 meses, e por último, em fase recursal perante as Turmas Recursais, 1 ano e 1 mês (CNJ, 2019).

conseguem, na prática, ultrapassa-las na maior parte dos processos. Os autores Cappelletti e Garth consideram este um “conceito muito mais rico, e de crucial importância na determinação da acessibilidade da justiça”.

O primeiro nível deste problema se dá na questão do reconhecimento de direitos juridicamente exigíveis como direitos próprios. Essa barreira abarca os menos privilegiados da população, mas somente estes. Exemplificando, os autores CAPPELLETTI e GARTH (1988, p. 23) mencionam que:

Mesmo consumidores bem informados, por exemplo, só raramente se dão conta de que sua assinatura num contrato não significa que precisam, obrigatoriamente, sujeitar-se a seus termos, em quaisquer circunstâncias. Falha-lhes o conhecimento jurídico básico não apenas para fazer objeção a esses contratos, mas até mesmo para perceber que sejam passíveis de objeção.

Outras razões também foram identificadas pelos autores como desincentivo aos litígios formais: “procedimentos complicados, formalismo, ambientes que intimidam, como o dos tribunais, juízes e advogados, figuras tidas como opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho” (CAPPELLETTI e GARTH , 1988, p. 23-24).

Por certo, no tocante aos obstáculos identificados por Mauro Cappelletti com a colaboração de Bryan Garth os mesmos se mostram ainda atuais. É possível identificar sem maiores dificuldades a estranheza com que os cidadãos ingressam nos prédios do Poder Judiciário, assim como a forma com que lidam com o sistema de justiça. É possível notar que tal ambiente ainda hoje não tem o condão de recepcionar os litigantes não habituais²⁸, terceira ramificação do obstáculo da possibilidade das partes.

A terceira grande barreira identificada por CAPPELLETTI e GARTH (1988, p. 26) é a enfrentada com os interesses difusos, onde os autores se valem de Galanter para afirmar que a desigualdade relacionada ao acesso pode ser superada com maior eficiência se os indivíduos encontrarem uma maneira de unirem suas causas

²⁸ Os autores Mauro Cappelletti e Bryan Garth citam em sua obra a lição de Galanter sobre os litigantes eventuais e habituais. Segundo Galanter, as vantagens dos litigantes habituais são numerosas: “1) Maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) O litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos; 3) O litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora; 4) Ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos; 5) Pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros”. (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 25).

para desenvolver estratégias a longo prazo, com o intuito de fazer frente às organizações que irão enfrentar. Ou seja, através do manejo do processo coletivo.

Os interesses difusos englobam os interesses fragmentados ou coletivos, a exemplo do direito ao meio ambiente saudável e o direito do consumidor. O obstáculo surge em razão de eles apresentarem a natureza difusa, conforme destacam CAPPELLETTI e GARTH (1988, p. 26): “é que, ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação”.

As tendências de evolução do Estado contemporâneo operam em escalas diferentes nos diversos países. Contudo, é possível observar um universo homogêneo no qual o império da informação e da tecnologia dominam a economia globalizada, massificando a diversidade cultural existente de tal modo que as pessoas passam a possuir interesses de consumo em comum (SANTOS, 2016, p. 35)

Destarte, faz-se importante diferenciar a defesa de direitos coletivos e a defesa coletiva de direitos (ZAVASCKI, 2011). O direito coletivo é o gênero do qual o direito difuso e o direito coletivo *stricto sensu* são espécies. A primeira modalidade decorre de mera circunstância de fato, havendo indeterminação absoluta de seus titulares, como ocorre no Direito ao Meio Ambiente sadio (art. 225 da CF), enquanto no direito coletivo *stricto sensu* ocorre uma determinação relativa dos titulares decorrente de uma relação jurídica base, a exemplo do que ocorre no direito de classe dos advogados de integrar na Composição dos Tribunais (art. 94 da CF). Já os direitos individuais homogêneos são direitos de cunho individual tuteláveis coletivamente em face da origem comum que têm, como ocorre no direito dos adquirentes ao abatimento proporcional do preço quando a mercadoria adquirida for viciada (art. 18, §1º, inc. III do CDC). Deste modo, ao tratar-se da defesa coletiva de direitos homogêneos, não se está qualificando a natureza deste direito como coletivo, mas sim, a forma coletiva de efetivação da sua tutela.

O que ocorre na prática é que embora as pessoas tenham motivos para demandar coletivamente para efetivar determinado direito difuso, existem barreiras à organização do processo que podem prejudicar que esse interesse comum seja unificado e posto em prática, em virtude de alguns motivos: “podem estar dispersas, carecer da necessária informação ou simplesmente ser incapazes de combinar uma estratégia comum” (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 26).

Outrossim, cumpre trazer à baila o conceito de processo coletivo trabalhado por DIDIER (2010, p. 44):

Processo coletivo é aquele instaurado por um em face de um legitimado autônomo, em que se postula um direito coletivo lato sensu ou se afirma a existência de uma situação jurídica coletiva passiva, com o fito de obter um provimento jurisdicional que atingirá uma coletividade, um grupo ou um determinado número de pessoas.

Apesar de terem sido traçadas breves diferenciações conceituais acerca dos direitos difusos e coletivos, ZAVASCHI (2011, p. 38) alerta que:

Nem sempre são perceptíveis com clareza as diferenças entre os direitos difusos coletivos e os direitos coletivos, ambos transindividuais e indivisíveis, o que, do ponto de vista processual, não tem maiores consequências, já que, pertencendo ambos ao gênero de direitos transindividuais, são tutelados judicialmente pelos mesmos instrumentos processuais. Pode-se, pois, sem comprometer a clareza, identificá-los em conjunto, pela sua denominação genérica de direitos coletivos ou de direitos transindividuais.

Em determinados casos o ingresso com demandas individuais não resguarda a proteção dos direitos perquiridos, havendo a necessidade do ingresso coletivo para ter-se a força e a atenção necessária adequada ao caso, sob pena da demanda individual ser ineficiente ou ainda, ineficaz ou inviável para o autor. Neste sentido alerta CAPPELLETTI e GARTH (1988, p. 27):

A demanda individual pode ser de todo ineficiente para obter o cumprimento da lei; o infrator pode não ser dissuadido de prosseguir em sua conduta. A conexão de processos, é, portanto, desejável – muitas vezes, mesmo, necessária – não apenas do ponto de vista de Galanter, senão também do ponto de vista de reinvidicação eficiente dos direitos difusos.

Com relação a todos os obstáculos destacados por Cappelletti e Garth é possível identificar algumas que falhas da época em que foram identificados e transcritos pelos autores permanecem atuais no nosso sistema Judiciário.

A existência de novos direitos subjetivos característicos do Estado de bem-estar social esbarra justamente nestes obstáculos, assim como o direito à saúde e a sua efetivação, que é objeto do presente estudo. Mostra-se extremamente difícil a transformação destes direitos importantes em vantagens concretas para as pessoas comuns na sociedade moderna. As barreiras que precisam ser transpostas se referem às pequenas causas manejadas por autores individuais (especialmente os menos favorecidos) em face de litigantes habituais e organizacionais, acostumados a litigar para satisfazer seus interesses. Assim, “supondo que esses direitos sejam

para valer – coloca-se a questão fundamental de como fazê-lo” (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 29).

Para estes obstáculos foram apontadas, por conseguinte, possíveis soluções denominadas de “ondas renovatórias” de acesso à justiça (CAPPELLETTI e GARTH, 1988).

3.2 AS TRÊS ONDAS RENOVATÓRIAS DE ACESSO À JUSTIÇA

Para a realização do presente estudo, faz-se necessária uma análise para além dos obstáculos estudados na década de 70. Faz-se mister abordar as suas possíveis soluções, de modo que seja possível identificar se alguma delas se enquadraria no entrave experimentado pelos pacientes que se encontram em situação de cuidados paliativos e acentuada vulnerabilidade.

A primeira onda renovatória diz respeito à assistência judiciária aos pobres e está relacionada ao obstáculo econômico do acesso à justiça. A segunda onda refere-se à representação dos interesses difusos e coletivos em juízo e visa contornar o obstáculo organizacional do acesso à justiça, normalmente norteado e aplicado pela ótica individual de acesso. Por fim, a terceira onda traz o enfoque do acesso à justiça na sua concepção mais ampla, visando a criação de técnicas processuais adequadas ao processo bem como uma melhor preparação dos estudantes e aplicadores do direito (CAPPELLETTI e GARTH, 1988).

Da análise dos obstáculos resumidamente dispostos acima, é possível identificar de forma objetiva os três entraves de acesso à justiça: hipossuficiência financeira, necessidade de demandas coletivas para a obtenção de determinados direitos e a implementação de novos ritos processuais juntamente com assessorias jurídicas facilitadas.

Outrossim, será analisada a possibilidade de uma nova onda renovatória que demonstre a superação dos obstáculos perpassados pelos pacientes paliativos quando do ingresso no sistema de justiça.

3.2.1 A primeira onda renovatória de acesso à justiça

A primeira onda renovatória de acesso à justiça diz respeito a assistência judiciária para os mais necessitados. Segundo CAPPELLETTI e GARTH (1988, p. 32), nas sociedades modernas surge a necessidade estampada de auxílio de um advogado na condução das demandas jurídicas, sendo a presença deste profissional indispensável para auxiliar na interpretação das leis e procedimentos, que estão cada vez mais complexos e em constantes alterações.

Os autores CAPPELLETTI e GARTH (1988) em sua obra *Acesso à Justiça* concluíram que na maioria dos países pesquisados, os procedimentos implementados para propiciar a assistência judiciária aos mais necessitados mostrava-se inadequado, uma vez que eram prestados por advogados particulares, sem qualquer contraprestação. Não se pode negar que nesses casos o acesso foi de certa forma (mesmo que de forma ínfima) garantido, sem, contudo, existir uma atuação positiva do Estado para isso. A falta dessa atuação estatal positiva para a garantia do acesso, demonstrava o desinteresse estatal em dar voz às pequenas demandas, às demandas dos mais pobres.

Desta forma, em uma economia globalizada onde os advogados por serem profissionais liberais necessitam prover seu sustento através de seu trabalho, os horários que eram disponibilizados para as demandas gratuitas (e, portanto, solidárias) era diminuto quando se tratavam de profissionais requisitados, com muitos clientes e experiências. Nesses casos, havia a limitação dos casos gratuitos em que o advogado atenderia naquele mês.

Nos anos de 1919 a 1923, em razão das falhas que esse sistema apresentava, a Alemanha iniciou um sistema de remuneração por parte do Estado dos advogados que atuavam de forma caridosa, a qual deveria ser extensiva a todos aqueles que solicitassem. Já na Inglaterra, a reforma ocorreu no ano de 1949, através do *Legal Aid and Advice Scheme* confiado a associação nacional de advogados (*Law Society*). Esse sistema estendia a importância da presença do advogado não somente para o aconselhamento jurídico, como também para a assistência judiciária nos processos (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 33).

Destarte, em termos mundiais cada vez mais restava evidenciada a preocupação com a assistência judiciária (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 33):

A consciência social que redespertou, especialmente no curso da década de 60, colocou a assistência judiciária no topo da agenda das reformas judiciárias. A contradição entre o ideal teórico do acesso efetivo e os

sistemas totalmente inadequados de assistência judiciária tornou-se cada vez mais intolerável.

A reforma mais significativa ocorreu no ano de 1965 nos Estados Unidos, através do *Office of Economic Opportunity* e espalhou-se ao redor do mundo no início da década de 70. Os sistemas de assistência gratuita aos pobres começaram a receber gradativamente a atenção necessária para serem melhorados na prática. O Sistema *Judicare* foi o responsável pela melhoria nos serviços de assistência judiciária ao redor do mundo (Áustria, Inglaterra, Holanda, França e Alemanha). Esse sistema parte da premissa de que a assistência judiciária gratuita é um direito para válido para todas aquelas pessoas que nele se enquadrarem, sendo implementado através do pagamento de advogados particulares por parte do Estado, uma vez que: “a finalidade do sistema *Judicare* é proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 35).

Após, surgiu outro sistema para a defesa dos interesses dos mais necessitados. Esse sistema remunerava os advogados que estivessem comprometidos a promover os interesses dos pobres, enquanto classe. Os escritórios dos advogados deveriam estar localizados nas comunidades pobres, com o intuito de facilitar o acesso²⁹ destes de forma mais ágil. Segundo CAPPELLETTI e GARTH (1988, p. 40):

Advogados particulares, encarregados de apenas atender a indivíduos, geralmente não são capazes de assegurar essas vantagens. Em suma, além de apenas encaminhar as demandas individuais dos pobres que são trazidas aos advogados, tal como o sistema *judicare*, esse modelo norte-americano: 1) vai em direção aos pobres para auxiliá-los a reivindicar seus direitos e 2) cria uma categoria de advogados eficientes para atuar pelos pobres, enquanto classe.

Contudo, esse novo sistema também foi objeto de críticas, por ser demasiadamente protetivo: “tratar os pobres como se fossem incapazes de perseguir seus próprios interesses, é muito paternalista. Tratem-se os pobres, dizem elas, simplesmente como indivíduos comuns, com menos dinheiro”.

²⁹ O novo sistema comparado com o antigo (*Judicare*) apresenta inúmeras vantagens práticas. Nas palavras de CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 41: “As vantagens dessa sistemática sobre o *Judicare* são óbvias. Ela ataca outras barreiras ao acesso individual, além dos custos, particularmente os problemas derivados da desinformação jurídica pessoal dos pobres. [...] Esses escritórios, que reúnem advogados numa equipe, podem assegurar-se as vantagens dos litigantes organizacionais, adquirindo conhecimento e experiência dos problemas típicos dos pobres.

Ressalta-se a existência de causas que para o cidadão comum não tenham grande relevância, mas que para o cidadão mais hipossuficiente apresentam um relevante significado, tais como: pleitear uma pequena quantia em dinheiro, um objeto (ou até medicamento) de pequeno valor, questões menores de vizinhança que geram incômodo, posses indevidas, etc. São causas pequenas de valor, mas que se não estiverem ao abrigo do sistema de justiça acabam por negar um direito que é justo a seu titular (SILVA, 2001, p. 118).

Na sequência, sobrevieram sistemas que mesclavam os dois sistemas anteriores, abrindo possibilidade para que a parte interessada escolhesse entre o *judicare* (mais focado nos casos individuais) e nos escritórios localizados nas comunidades (mais focados em casos de maior alcance).

No Brasil, o Distrito Federal inaugurou a ideia de assistência judiciária aos pobres, inspirando os outros estados brasileiros a pensarem sobre o assunto. Contudo, foi somente no ano de 1935³⁰ estado de São Paulo criou o primeiro serviço de assistência judiciária, que contou com advogados plantonistas remunerados pelo Estado. Posteriormente, outros estados (Rio Grande do Sul e Minas Gerais) seguiram o exemplo e também iniciaram a prestação de serviços de assistência judiciária aos menos favorecidos. Em 1950 através da Lei Federal n. 1.060/50 solidificou-se o entendimento de que o Estado deveria prover a assistência judiciária, bem como a isenção de custas aos mais necessitados (MESSITTE, 1968).

Desde a época, a referida legislação não sofreu alterações de significativa relevância, sendo aplicada até os dias atuais em nosso país (por certo, com algumas modificações) através da seguinte forma: nomeação feita pelo juiz para um advogado privado atuar em interesse da parte hipossuficiente, nomeação mediante a indicação de prévia lista pela Ordem dos Advogados que indicará os profissionais habilitados e interessados, a defesa através dos órgãos públicos (municipais, estaduais e federais), bem como as faculdades de direito, que através de seus alunos orientados por professores advogados, realizam o atendimento e ingressam com ações em prol dos mais necessitados (MESSITTE, 1968).

Especialmente no que se refere ao ingresso de ações pleiteando medicamentos e/ou tratamentos quimioterápicos em face do Estado, o ingresso

³⁰ Um ano após a promulgação da Constituição de 1934 que trouxe a previsão de que: “A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando para esse efeito, órgãos especiais e assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos” (BRASIL, 1934).

facilitado através das assistências judiciárias das faculdades e da Defensoria Pública, facilitam o acesso à justiça na busca da efetivação do direito à saúde.

Em sua tese de doutorado, BARCELLOS (2017, p. 186) evidenciou em coleta de dados realizada na Comarca de Pelotas/RS, em que eram pleiteados medicamentos, a importância dessas instituições na defesa dos interesses dos necessitados:

Quadro 1: Patrocínio dos processos de saúde

PATROCÍNIO DA CAUSA	No DE PROCESSOS	PERCENTUAIS
Defensoria Pública	40	64,52%
Escritórios Particulares	11	17,74%
Serviço de Assistência Judiciária UCPEL	7	11,29%
Serviço de Assistência Judiciária Atlântico Sul	1	1,61%
Ministério Público	4	6,45%

Fonte: BARCELLOS (2017, p. 186)

Acerca dos dados coletados que evidenciam uma porção elevada de litigantes na área da saúde caracterizados como hipossuficientes, BARCELLOS (2017, p. 187) conclui que:

Essas tefs primeiras informações sinalizam que a condição de hipossuficiência de 77,42% dos jurisdicionados nos processos de saúde analisados, isso porque tanto a Defensoria Pública, como o escritório de prática jurídica da UCPEL, exigem, para assumir as demandas judiciais, a comprovação de renda, assim, inequivocamente, a esmagadora maioria dos que recorrem ao Poder Judiciário para pleitos de saúde são hipossuficientes.

Com essa afirmativa não se está excluindo do rol de hipossuficientes também aqueles representados pelos escritórios de advocacia particular, pois nesses processos, todos obtiveram a concessão do benefício da gratuidade de justiça, o que também sinaliza a hipossuficiência, porém,

tiveram a opção de eleger o profissional patrocinador da causa, enquanto que os demais buscaram o serviço gratuito.

Igualmente, outra pesquisa também evidenciou a característica da hipossuficiência econômica que envolvem os processos na área da saúde (VENTURA, *et al*, 2008). Foram analisados 289 processos referentes a ações individuais de medicamentos, na Comarca de Rio de Janeiro Capital, nos meses de julho de 2007 a junho de 2008. Tal pesquisa apontou para o percentual de 95,8% de processos em que há a indicação de hipossuficiência econômica do autor, mencionando a concessão da gratuidade de justiça ou a Defensoria Pública nessas ações, contra 12 demandas em que não houveram quaisquer menções nesse sentido (representando 4,2% do total). Dos processos em que foram pleiteadas a concessão do benefício da gratuidade da justiça, nenhum deles foi negado. Tais dados permitiram a conclusão:

O dado analisado permitiu constatar que solicitação e deferimento da gratuidade de justiça e, conseqüentemente, o reconhecimento judicial da hipossuficiência econômica do reivindicante, é uma característica majoritária da demanda judicial de medicamentos.

Sendo desta forma, é possível observar que a segunda onda renovatória de acesso à justiça que trata da hipossuficiência econômica está evidenciada nas demandas onde são pleiteados medicamentos e/ou tratamentos de saúde. Para a efetivação do direito da saúde, em um primeiro momento, denota-se acerca da necessidade de enfrentamento da barreira financeira para o ingresso de ações judiciais, sendo indispensável o atendimento dessas pessoas pelos serviços que ofereçam gratuidade judiciária, tais como as Assistências Jurídicas das faculdades e a Defensorias Públicas dos estados.

3.2.2 A segunda onda renovatória de acesso à justiça

Por conseguinte, a segunda onda renovatória de acesso à justiça identificada pelos autores CAPPELLETTI e GARTH foi a relacionada a interesses difusos, sendo assim denominados os interesses de grupos, diversos dos interesses apresentados pela onda anterior (grupo hipossuficiente economicamente).

Destarte, a proteção dos direitos coletivos decorre da sua própria natureza e classificação, o que autoriza terceiros a perquirirem estes direitos judicialmente em nome de determinado grupo.

A Inglaterra foi considerada pioneira na instalação de mecanismos para a tutela coletiva de direitos através do sistema *common law* no século XVII, que permitia em determinados casos que terceiros fossem a juízo em nome próprio pleitear interesses de grupos. Foi neste contexto que nasceu a chamada ação de classe (*class actions*), que enfrentava, inicialmente, grandes dificuldades de aplicação. O cenário somente começou a mudar no ano de 1873, com o advento do *Court Of Judicature Act*, por meio do qual houve o delineamento de alguns contornos que propiciaram mais afrente, a criação da moderna ação de classe difundida e aperfeiçoada pelo sistema norte-americano (ZAVASCKI, 2011).

Contudo, nos Estados Unidos é onde esse movimento de atenção aos interesses coletivamente considerados realizou maiores avanços, estampados nas modificações e providências na área da assistência jurídica dentre os anos de 1965 e 1970. Essa preocupação com a adequação dos ordenamentos jurídicos aos interesses coletivos era (e ainda é) pertinente, bastando realizar uma análise sobre as noções tradicionais do processo civil para concluir que estas não trariam respostas sobre os papéis dos tribunais nesse aspecto coletivo (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 49).

O procedimento processual civil quase sempre foi visualizado e identificado como um litígio de três ângulos: autor, réu e juiz. O autor e o réu detinham em comum uma pretensão proposta por um e resistida pelo outro, enquanto o juiz tinha a obrigação de resolver os litígios através do provimento jurisdicional, mediante a investidura estatal que lhe confere coercitividade.

Essa concepção mais ultrapassada do processo civil clássico “não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos”. Isso porque, nas palavras de CAPPELLETTI e GARTH (1988, p. 49): “o processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais”.

Nas palavras de COSTA; FERNANDES (2017, p. 364):

Os interesses metaindividuais têm como titular uma coletividade desprovida de personalidade jurídica e, portanto, não apta à sua defesa por meio da técnica da legitimidade ordinária. De fato, os titulares dos interesses metaindividuais não são pessoas físicas ou jurídicas (por exemplo, a

coletividade formada pelos moradores de determinada área onde passa um rio poluído). Assim, não há possibilidade de defesa em juízo do interesse do lesado ou ameaçado de lesão pelos próprios titulares, seja pela impossibilidade jurídica, seja pela impossibilidade fática de sua reunião ou mesmo individuação.

Em razão disso, os direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. Sob outro aspecto, as regras relativas à legitimidade processual, o procedimento tradicional e a forma de condução dos processos pelos juízes, não facilitavam as demandas de interesses coletivos interpostas por particulares (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 50).

Algumas mudanças foram identificadas pelos autores CAPPELLETTI e GARTH (1988, p. 50) no que toca à legitimidade processual e ao direito de as partes serem citadas e ouvidas pessoalmente em juízo, considerando-se que nem todos os titulares de um direito coletivo podem comparecer em juízo, até mesmo pela imensa dificuldade de identificação de seus titulares, como no caso dos direitos difusos (onde para além da dificuldade na identificação dos titulares, tem-se a impossibilidade de individualização eis que atingem a sociedade como um todo).

Na sequência, pensando na solução para esse entrave processual, os autores CAPPELLETTI e GARTH (1988, p. 51) pontuam que a ação governamental deve ser o principal método para a representação dos interesses difusos, tendo em vista a dificuldade de dar-se legitimidade a indivíduos ou a grupos para atuarem em defesa destes interesses. Porém, a ação governamental não tem trazido resultados muito positivos tanto em países do *common law*, como em países de sistema continental europeu, instituições governamentais estas que, deveriam se preocupar em proteger o interesse público, acabam sendo por sua própria natureza incapazes de fazê-lo³¹.

Em razão disso, surge a necessidade da outorga de permissão para que um procurador (advogado) privado ou demandantes ideológicos suplementem a ação do governo neste sentido. A exemplo, uma reforma moderna poderia ocorrer através da

³¹ Os órgãos de governo incumbidos da proteção dos interesses coletivos, apesar de deterem força organizacional acabam sendo suscetíveis a pressão realizada pelos interesses estatais. Os autores CAPPELLETTI e GARTH (1988, p. 51-52) ainda acrescentam que: “O Ministério Público dos sistemas continentais e as instituições análogas, incluindo o *Staatsanwalt* alemão e a *Prokuratura* soviética, estão inerentemente vinculados a papéis tradicionais restritos e não são capazes de assumir, por primeiro, a defesa dos interesses difusos recentemente surgidos. Eles são amiúde sujeitos a pressão política – uma grande fraqueza, se considerarmos que os interesses difusos, frequentemente, devem ser afirmados contra entidades governamentais.

admissão de ações propostas por cidadãos para embargar ações governamentais. Essas reformas existem na prática, com mais frequência, no campo da proteção ambiental³² (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 59).

Contudo, para a implementação desta suplementação da legitimidade pública pelas esferas de particulares, tem-se alguns problemas identificáveis na prática, tais como a necessidade de verba e esforço para a criação de uma entidade com porte suficiente para albergar estas demandas, bem como a falta de organização e especialização para representar adequadamente os interesses difusos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 60).

O sistema americano parece ser o mais evoluído neste aspecto em razão da *Class Action* permitir que o litigante represente todo um grupo de pessoas numa determinada ação, driblando os custos de criação de uma instituição permanente através dos honorários condicionais, por exemplo. Esses honorários serão devidos aos patronos da demanda coletiva em caso de êxito da ação, o que acaba se tornando compensador para os advogados que nela trabalharem, aptos a receberem uma remuneração importante. Esse modo de organização faz com que existam vantagens para litigar em causas de grupo ou de interesse público. Porém, as *Class Actions* precisam contar com “especialização, experiência e recursos em áreas específicas, que apenas grupos permanentes, prósperos e bem assessorados possuem” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 61).

Contudo, segundo os autores CAPPELLETTI e GARTH (1988, p. 61) as *Class Actions* encontram barreiras em alguns aspectos importantes para demandar em juízo a defesa de interesses coletivos, tais como a possibilidade de não ter êxito na demanda e com isso, o casuístico não receber nenhum tipo de remuneração pelo seu trabalho. Outro aspecto é a necessidade (na maior parte das vezes) que o procurador realize práticas de *lobby* e outras atividades fora do processo para aumentar as chances de êxito na demanda. Ainda, essa modalidade de ação se torna incapaz de solucionar determinados prejuízos sofridos por consumidores, tornando-a “um meio imperfeito de reivindicação dos interesses difusos”.

³² Exemplos que podem ser destacados são as admissões de ações particulares nos Estados Unidos para requerer a aplicação da Lei Antipoluição Atmosférica (*Clean Air Act*) e a Lei Italiana de 1967 que permite a qualquer pessoa acionar as autoridades municipais em razão da concessão de licenças irregulares para a construção. Na Alemanha, foi adotada solução semelhante nos casos em que era possível o ingresso de ação popular em face de legislação considerada atentatória à Declaração de Direitos contida na constituição de Bávara de 1946 (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 55-56).

Nesta esteira, a melhor maneira para solucionar o problema da representação dos interesses difusos é a solução mista, onde CAPPELLETTI e GARTH (1988, p. 66-67) sustentam que:

Esses interesses exigem uma eficiente ação de grupos particulares, sempre que possível; mas grupos particulares nem sempre estão disponíveis e costumam ser difíceis de organizar. A combinação de recursos, tais como as ações coletivas, as sociedades de advogados do interesse público, a assessoria pública e o advogado público podem auxiliar a superar este problema e conduzir à reinvidicação eficiente dos interesses difusos.

A opinião dos autores CAPPELLETTI e GARTH traz o enfoque, portanto, para uma solução mista, englobando uma multiplicidade de entes que estejam à disposição na tarefa de representar os interesses difusos em juízo, alargando a representatividade ativa.

Na mesma linha do que propõem os autores, o sistema brasileiro tenta funcionar no âmbito do processo coletivo através do sistema misto. Porém, embora tenha inúmeros legitimados ativos à tutela dos interesses metaindividuais, diferente do que ocorre no sistema americano que serviu de inspiração para o nosso sistema, não foi outorgado às pessoas físicas legitimidade para a propositura de ação civil pública (COSTA; FERNANDES, 2017, p. 364).

Outrossim, no sistema brasileiro não foi conferido ao juiz o poder de decisão sobre a representatividade adequada tal como ocorre nos Estados Unidos, cabendo única e exclusivamente ao legislador delimitar os pormenores desta representatividade e enumerar os entes que são aptos a representar a coletividade nessas demandas (COSTA; FERNANDES, 2017, p. 364).

Afora essas dificuldades de ordem prática para o procedimento coletivo ser realmente efetivo, cumpre destacar que o processo coletivo é o principal meio para reinvidicação de direitos e interesses difusos ou coletivos, em razão do elevado grau de abstração que possuem. O papel dos órgãos enumerados como legítimos para a proposição destas demandas é extremamente importante e determinante para a efetivação destes direitos, que pelo contrário, estariam desprotegidos por carência de legitimidade.

No panorama brasileiro, a Constituição Federal da República abordou o processo coletivo nos incisos do artigo 5º, LXX e LXXI e no artigo 129, inciso III da CF (BRASIL, 1988). Inclusive, no inciso XXI, do artigo 5º da CF/88, veio a previsão de legitimidade das entidades associativas para representação de seus associados

judicial ou extrajudicialmente quando autorizadas por lei. De forma esparsa em nosso ordenamento, é possível encontrar outra gama de leis voltadas para interesses específicos que tratam da possibilidade de proteção a interesses coletivos³³.

As mudanças no sistema processual civil ocorreram a partir de duas fases distintas (ZAVASCKI, 2011. p. 15). A primeira ocorreu a partir das alterações realizadas no ano de 1985, onde foram incluídos instrumentos para tutelar direitos e interesses transindividuais, enquanto o segundo aconteceu a partir do ano de 1994, quando a preocupação não foi somente a de instituir novos mecanismos para a tutela coletiva, mas de aprimorar ou ampliar os já existentes.

Segundo ZAVASCKI (2011. p. 22), o microssistema do processo coletivo possui instrumentos e objetivos próprios para a tutela de direitos coletivos e para a tutela coletiva de direitos, que podem ser perfectibilizados através de mecanismos também considerados próprios deste tipo de procedimento, com suas próprias regras e princípios, o que confere uma identidade peculiar e definida no cenário processual.

O autor MAZZILLI (2015) pontua que com o Código de Processo Civil editado em 2015 teve-se a oportunidade de preenchimento das lacunas que circundam o procedimento coletivo, que por vezes se torna o único meio fundamental de acesso à Justiça para grupos que não conseguiriam reparar suas lesões através do processo individual, pois são custosas e podem levar ao abandono do direito. Contudo, são os tímidos os dispositivos que trataram da tutela coletiva no novo regramento: o sistema da tutela coletiva das leis esparsas, o incidente de resolução das demandas repetitivas, a possibilidade de reclamação da parte ou do Ministério Público para garantir a observância de súmula ou de acórdão proferidos em IRDR e em incidentes de assunção de competência, a suspensão de todos os processos individuais e coletivos no julgamento dos recursos repetitivos, a intimação do Ministério Público para intervir em causas que envolvessem litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana, a defesa de direitos coletivos dos

³³ Tais como: a Lei de Proteção a Pessoas Portadoras de Deficiência (Lei nº 7.853/89), a Lei de Mercados Capitais (Lei nº 7.913/89), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) e o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03). Igualmente, não se pode deixar de fora a Ação Popular (prevista no artigo 5º, inc. LXXIII da CF e regulada pela Lei nº 4.717/65) e o Mandado de Segurança Coletivo (artigo 5º, inc. LXX da CF regulado pelo procedimento previsto na Lei nº 1.533/51) quando versar sobre interesses de natureza coletiva (ZAVASCKI, 2011. p. 15).

necessitados pela defensoria pública e o incidente de assunção de competência (MAZZILLI, 2015).

Todavia, pode ser pontuado como um avanço importante na seara coletiva: a defesa dos interesses coletivos dos necessitados pela Defensoria Pública através do artigo 185 do CPC (BRASIL, 2015), assunto que foi matéria de discussão nas cortes superiores³⁴ e que ganhou mais força constando no Código de Processo Civil. Por certo, tal dispositivo confere uma legitimidade para a Defensoria Pública que se insere no contexto de “razão de ser” da própria instituição, mas que se mostra muito importante para a promoção e efetivação dos direitos pela via coletiva.

É necessário voltar-se para o coletivo, pensar em ações que visem o bem comum ao invés de serem privilegiados direitos individuais de uns em detrimento de outros que por sua vez, possuem mais facilidade no acesso aos sistemas de justiça.

Para a efetivação dos direitos sociais em nosso país, é recorrente a utilização do Poder Judiciário para proclamar o direito e fazer valer as suas decisões através de seu poder de coerção. Ressalta-se nesta seara, que os titulares dos direitos sociais são todos os indivíduos, sem qualquer tipo de distinção por força do mandamento constitucional.

Sendo assim, todas as pessoas que sofrem determinada limitação de seu direito poderiam ser beneficiadas por uma decisão judicial que traria consigo o caráter político, em razão de adentrar na seara das políticas públicas. Porém, conforme asseveram COSTA e FERNANDES (2017, p. 370): “Entretanto, não é o que vem sendo observado no Brasil, onde tem sido muito comum a judicialização dos direitos sociais pela via individual”.

A proposição de ações individuais com o objetivo de pleitear a efetivação de direitos de cunho social (e, portanto, inerentes a todos) é plenamente cabível em nosso ordenamento jurídico, tendo em vista que estes direitos também são direitos considerados como subjetivos, e em razão disso, podem ser pleiteados por seus titulares quando violados. Em contrapartida, as consequências dessa prática individualista acabam prejudicando o controle judicial das políticas públicas, que

³⁴ Notícias do site do STF: “Por unanimidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), em sessão nesta quinta-feira (7), julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3943 e considerou constitucional a atribuição da Defensoria Pública em propor ação civil pública. Essa atribuição foi questionada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp) sob a alegação de que, tendo sido criada para atender, gratuitamente, cidadãos sem condições de se defender judicialmente, seria impossível para a Defensoria Pública atuar na defesa de interesses coletivos, por meio de ação civil pública”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291085>>. Acesso 07 dez. 2019.

teria como principal função a diminuição das desigualdades pois abrangeria a todos os cidadãos sem qualquer distinção. Por conseguinte, acrescentam as autoras COSTA e FERNANDES (2017, p. 371):

Em outras palavras, o Poder Judiciário, conquanto tenha o objetivo de promover a igualdade prevista na Constituição da República, ao conceder determinadas tutelas apenas àqueles que individualmente o acessam, acaba tornando-se, ele mesmo, um gerador de desigualdades. As causas que impulsionam a propositura de ações individuais em detrimento de ações coletivas em sede de direitos sociais vão desde a estrutura do processo civil brasileiro até a falta de incentivos para a propositura de ações coletivas.

No âmbito do direito social à saúde se mostra ainda mais relevante a aplicação prática do procedimento coletivo, que permitiria demandas em nome da coletividade pleiteando a concessão de determinados medicamentos, tratamentos e até mesmo a construção de mais leitos em uma UTI, por exemplo, o que beneficiaria toda a população. Seria possível focar nas soluções e não tão somente no problema, um a um, individualmente considerado.

Com a proliferação de ações individuais na área da saúde, fica difícil para o juiz enxergar o panorama geral de dados (COSTA; FERNANDES, 2017, p. 371), o que pode acarretar na modificação da política pública de forma menos criteriosa, deixando o cenário macro refém das decisões individuais, que se fossem intentadas pela via coletiva, poderiam rumar para a alocação de recursos visando o planejamento e a realização de políticas públicas específicas.

Outro aspecto que deve ser considerado nas ações individuais é o impacto que podem causar no próprio direito à saúde de milhares de cidadãos, como no exemplo dos medicamentos de alto custo que são deferidos individualmente em casos específicos e comprovados, mas que acarretam um rombo no orçamento que afeta os tratamentos das doenças com remédios e tratamentos mais básicos e com custo normal. Essas ações, portanto, acabam interferindo na política pública já existente para atender determinado indivíduo que ingresse com a ação (COSTA; FERNANDES, 2017, p. 371 – nota de rodapé). Sob outro aspecto, pontua-se que não se está aqui afirmando que os medicamentos de alto custo não deveriam ser concedidos, não havendo motivos para adentrar nas miúdes das discussões acerca desta temática neste ensaio, apenas se está a referir que no caso do ingresso de uma ação coletiva que pleiteasse o determinado medicamento de alto custo para beneficiar determinados cidadãos que padecessem desta doença específica, haveria a possibilidade de organização e criação de uma política pública específica para

este caso (tais como o implemento de pesquisas, estudo da viabilidade da produção do medicamento, a captação e destinação de recursos para o custeio, *etc*), o que não prejudicaria a concessão de outras providências de saúde mais básicas.

Desta forma, o direito à saúde clama urgentemente por maior atenção no que toca ao seu aspecto coletivo, sendo a segunda onda renovatória de importância ímpar nas discussões que abordam a efetivação do direito à saúde através do poder Judiciário. Para que isso seja possível, nas palavras de MARINONI, ARENHART e MIDIDIERO (2016, p. 424-425):

É preciso, pois, para o bem operar com as ações coletivas, despir-se de velhos preconceitos (ou 'pré-conceitos'), evitando recorrer a raciocínios aplicáveis apenas à 'tutela individual' para solucionar questões atinentes à 'tutela coletiva', que não é, e não pode ser, pensada sob a perspectiva da teoria da 'ação individual'. [...] O despreparo para o trato com esses novos e poderosos mecanismos vem, nitidamente, minando o sistema e transformando-o em ente teratológico que flutua no limbo.

3.2.3 A terceira onda renovatória de acesso à justiça

A terceira onda renovatória trabalhada pelos autores CAPPELLETTI e GARTH (1988, p. 67) diz respeito a representação processual efetiva para as partes, incluindo a advocacia judicial, extrajudicial, tanto por meio de advogados particulares quanto por intermédio de advogados públicos, trazendo uma reflexão sobre o conjunto de instituições, mecanismos práticos, servidores e procedimentos utilizados no processamento das ações. Os autores denominam a terceira onda como “o enfoque do Acesso à Justiça”, tendo em vista que abrange na integralidade todas as melhorias que poderiam ser realizadas no âmbito do processo, ultrapassando muito além das expostas na primeira e segunda ondas.

Esse movimento surgiu em razão de movimentos anteriores que reivindicavam uma representação legal efetiva, principalmente levando em conta a realidade dos grandes litigantes (Estado, grandes empresas) em face dos pequenos litigantes (pobres, inquilinos, consumidores), havendo uma dificuldade peculiar para efetivar os direitos deste grupo menos favorecidos. A representação destes grupos frágeis por si só, não se mostrava suficiente na prática, surgindo a necessidade de uma ampla gama de reformas no procedimento, na forma com que o conflito é tratado, na estrutura dos tribunais, nos regramentos internos. Segundo os autores, o fomento das atividades conciliatórias é uma destas reformas necessárias, uma vez

que fomentaria a pacificação dos conflitos e poderia utilizar meios informais para a sua solução (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 70-71).

O processo civil deveria ser adaptado como um todo, eliminando as práticas que distanciam as partes e aumentam a burocracia e o tempo de duração dos processos, adequando-os a cada procedimento específico de acordo com a natureza do conflito. Ora, se os conflitos são diferentes, nascem de direitos divergentes e rumam para caminhos opostos de solução, devem possuir procedimentos distintos.

Nas palavras dos autores CAPPELLETTI e GARTH (1988, p. 71):

Existem muitas características que podem distinguir um litígio de outro. Conforme o caso, diferentes barreiras ao acesso podem ser mais evidentes, e diferentes soluções, eficientes. Os litígios por exemplo diferem em sua complexidade. É geralmente mais fácil e menos custoso resolver uma questão simples de não-pagamento, por exemplo, do que comprovar uma fraude. Os litígios também diferem muito em relação ao montante da controvérsia, o que frequentemente determina quanto os indivíduos (ou a sociedade) despenderão para solucioná-los. Alguns problemas serão mais bem 'resolvidos' se as partes simplesmente se 'evitarem' uma à outra.

Deste modo, a onda denominada pelos autores de enfoque no acesso à justiça possui repercussões práticas através do uso de procedimentos de solução de conflitos conduzidos por leigos ou para profissionais e ainda o uso de mecanismos privados ou informais de solução de litígios, tais como o juízo arbitral, à conciliação e de incentivos econômicos para causas menos complexas (CAPPELLETTI, 1988, p.85).

A introdução dos ritos que privilegiem o consenso, é importante pois possui como pano de fundo o valor do diálogo e da abertura para a conversa. Embora valores pareçam não representar o perfil da sociedade contemporânea individualista, é imprescindível investir na transformação social. Se a cultura do consenso não é uma realidade, é possível que os ritos conciliatórios modifiquem essa cultura, a fim de tornar exitosos os procedimentos auto compositivos de solução de conflitos (SANTOS; NARDELLO, 2018).

Indubitavelmente, o estímulo das práticas que prezem pela conversa e pelo diálogo como forma de resolverem os impasses, seja através da mediação ou da conciliação, é uma necessidade urgente na nossa sociedade, onde pouco há espaço para ouvir o outro e encontrar de forma pacífica uma solução. Quando as partes chegam a um consenso de como devem resolver determinado conflito, essa decisão

transmuta-se na decisão mais louvável para o caso, que juiz nenhum conseguiria ajustar do modo que fique melhor para ambas as partes.

Acerca da importância da implementação das práticas consensuais no âmbito do processo, pontuam SANTOS e NARDELLO (2018):

Sob essa perspectiva, a cultura de solução de conflitos precisa estar não só adequada à natureza dos conflitos na contemporaneidade, como especialmente comprometida com a compreensão da realidade social nas suas circunstâncias de tempo e espaço. Isso significa renunciar aos modelos decisórios clássicos e formais e constituir, em prol de uma sociedade plural e de novas subjetividades, espaços dialogais que permitam a participação direta dos sujeitos em conflito e comprometidos com o bem comum.

Deste modo, no âmbito da terceira onda renovatória tem-se como importantes as mudanças propostas com o enfoque de acesso à justiça, podendo inclusive, serem transportadas para o universo das ações que tratam do direito à saúde, onde em muitas dessas ações não há conflito propriamente dito, mas um “ganho de tempo” por parte do Estado que nega determinada prestação administrativamente, estando ciente de que na justiça haverá a obrigatoriedade da concessão.

Contudo, para que no âmbito consensual possam ser resolvidos litígios que envolvam também o poder público, abre-se a necessidade de realização de um exame mais detalhado no que a doutrina vem denominando de processos de interesse público, que será tratado nos tópicos seguintes. Abre-se o questionamento acerca da necessidade de ir além, de ultrapassar e/ou aprimorar as denominadas três ondas renovatórias de acesso à justiça da forma com que foram pensadas e desenvolvidas por Cappelletti e Garth.

3.3 A IMPORTÂNCIA DO ACESSO À JUSTIÇA PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO CONTEXTO DOS PACIENTES PALIATIVOS

O acesso à justiça serve como meio para que muitos cidadãos possam ter efetivado o seu direito à saúde. Por certo, esta não seria a forma mais adequada, uma vez que o ideal residiria na capacidade do Estado de suportar os custos e a organização de todo o sistema de saúde, de modo que com a arrecadação de impostos, pudesse outorgar à população um serviço de máxima efetividade.

Contudo, na ausência desta efetividade do sistema em alguns casos (e não em poucos casos) o paciente possui como única alternativa socorrer-se ao Poder Judiciário. Neste sentido, pontuam STURZA e SIPPERT (2019):

Por isso, ante o atual modelo globalizado e suas implicações nas relações sociais e no surgimento de novas demandas, se faz necessário uma ressignificação do Estado, das políticas públicas e do direito, com objetivo de atender as reivindicações da sociedade. A garantia e a proteção dos direitos fundamentais, entre eles o acesso à saúde pública são imprescindíveis para que o indivíduo consiga ter uma cidadania plena.

Destarte, o direito à saúde é o que está em jogo, uma vez que praticamente ele está escorrendo pelas mãos destes pacientes que necessitam de cuidados e tratamentos peculiares e invasivos para a sua própria sobrevivência ou sobrevida³⁵.

Segundo ABRAMOVICH e COURTIS (2011), um direito social pode ser considerado como pleno quando houver algum poder judicial para agir em nome de seus titulares no caso de não cumprimento da obrigação devida pelo Estado. Quando não houver na legislação instrumentos viabilizadores que possam remediar o descumprimento de certas obrigações relativas aos direitos sociais, nada impede que possam ser criados ou desenvolvidos outros meios adequados para tanto. Neste íterim, os procedimentos adequados para efetivar o direito social à saúde dos pacientes paliativos também poderão ser considerados políticas públicas.

A definição de políticas públicas é ampla e comporta uma série de definições e campos de visão. SOUZA (2006, p. 25-26) afirma que as políticas públicas são o centro dos embates entorno dos interesses, preferências e ideias dos governos. Sendo assim, embora existam diversas definições acerca do conceito, este engloba uma visão holística do tema, destacando que o todo é mais importante do que a soma das partes. Nesta esteira, partindo-se da definição de políticas públicas como um campo holístico é possível destacar-se dois pontos: o primeiro, é que essa área comporta várias disciplinas em conjunto, sendo objeto de áreas do conhecimento variadas. E o segundo, é que este caráter abarca várias visões diferentes sobre o mesmo assunto.

³⁵ Alguns conceitos mencionados no presente trabalho são oriundos de outras áreas fora do âmbito do direito. Para uma melhor compreensão dos conceitos aqui utilizados que destoem da realidade jurídica, serão trazidos os respectivos significados. Sobre o conceito de Sobrevida, explica o Instituto Oncoguia: "As taxas de sobrevida são utilizadas pelos médicos como uma forma padronizada de discussão do prognóstico de um paciente. Elas não podem predizer o quanto cada paciente viverá, mas podem ajudar a dar uma melhor ideia do prognóstico. A taxa de sobrevida em 5 anos se refere à porcentagem de pacientes que vivem pelo menos 5 anos após o diagnóstico da doença. Não obstante, muitas pessoas vivem muito mais tempo do que 5 anos e muitas são curadas. As taxas de sobrevida são baseadas em resultados anteriores de um grande número de pessoas que tiveram a doença, mas não se pode prever o que vai acontecer no caso específico de uma paciente". (ONCOGUIA, Instituto. Taxa de Sobrevida para Câncer de Mama. Disponível em: <http://www.oncoguia.org.br/conteudo/taxa-de-sobrevida-para-cancer-de-mama/6563/264/>. Acesso 02 dez. 2019).

Sendo as políticas públicas decorrentes da atividade legislativa quando busca colocar em prática as legislações criadas, impende referir que o Poder Legislativo precisa de interpretação e aplicação, sendo este o papel dos tribunais. Na verdade, existe um papel duplo: a interpretação das negociações de grupos de interesses incorporados à legislação e também de possibilitar o serviço público de solução legítima dos litígios (POSNER, 2007, p. 476).

Sobre o assunto acrescenta POSNER (2007, p. 483):

Uma divisão eficiente do trabalho entre os Poderes Legislativo e Judiciário leva o legislativo a concentrar-se no atendimento às exigências de distribuição de riqueza, por parte dos grupos de interesses, e o Judiciário a atender à grande demanda social por regras eficientes que cuidem da segurança, da propriedade e das transações.

O direito surge, deste modo, para garantir e efetivação de direitos que o Legislativo nem o Executivo não conseguem pôr em prática. Sob outro aspecto, nas palavras de SILVA (2008): “o papel do direito é constantemente colocado à prova, visto que, na tradição liberal, a implementação de políticas públicas nunca foi matéria afeita aos profissionais do direito”.

Partindo-se para a compreensão de que o Poder Judiciário por vezes é o único meio de efetivação de determinados direitos e principalmente, do direito à saúde, é pertinente pensar-se em como esta instituição está aparelhada para receber e lidar com estas demandas.

Na esteira do que defende ARENHART (2017, p. 479) é necessário que exista um procedimento apto a discutir a realização de políticas públicas, ultrapassando as características dos processos comumente utilizados no Brasil, instaurando a necessidade de participação de sociedade e a ampliação da cognição judicial, de modo que o Judiciário possa tomar ciência de todo o problema que envolve aquele litígio.

Os poucos cidadãos que conseguem ter o efetivo acesso à justiça acabam conseguindo por determinação judicial todo e qualquer procedimento necessário para a recuperação de sua saúde, enquanto a maior parcela da população que não tem condições de acessar a justiça acaba ficando refém da administração pública que é muitas vezes ineficiente no campo das políticas públicas de saúde (LEÃO, 2017, p. 80).

Deste modo, é complexo o fenômeno da discriminação social no acesso à justiça, pois perpassa para além das condições econômicas, que podem ser mais

facilmente identificadas, envolvendo fatores sociais e culturais extremamente difíceis de transformar. Assim, não podem ser deixadas de lado as inovações sociológicas no domínio do tema do acesso à justiça, tendo em vista que se faz necessário diminuir as distâncias experimentadas pela justiça civil e justiça social (SANTOS, 2008, p. 170-171).

A problemática torna-se ainda maior quando há a presença da litigiosidade contida ou reprimida, conforme pontua WATANABE (1985, p.2). Tal litigiosidade corresponde a demandas que não puderam ser de fato judicializadas em razão do acesso à justiça ser considerado deficiente, acarretando a falta de credibilidade das instituições ou a resignação das partes. O que ocorre de fato, é a renúncia ao direito pleiteado antes mesmo de ele ser judicializado.

Por certo, a dificuldade dos cidadãos hipossuficientes economicamente faz com que a estreita ponte do acesso à justiça possa parecer inalcançável. Neste sentido, destaca BARCELLOS (2017):

Observa-se que entre os elementos não jurídicos que contribuem para as dificuldades de acesso à justiça tem-se, merecendo o devido destaque, a pobreza e a ausência de informação. Para a pobreza situa-se como entrave o elevado custo processual e, mesmo quando assegurada a assistência jurídica integral aos necessitados, nos moldes previstos no art. 5º, inciso LXXIV, CF, as dificuldades econômicas dificultam o efetivo acesso à ordem jurídica justa, tudo em decorrência da desigualdade, do abismo potencialmente existente entre as partes de condições socioeconômicas distintas.

Esse abismo existente entre as camadas mais pobres da população e as que detém condições econômicas melhores não pode interferir na efetivação do acesso à justiça. Os pacientes que se encontram para além da hipossuficiência econômica (e independentemente desta) em razão estarem em situação de vulnerabilidade acentuada provocada por doença terminal e em tratamento paliativo, merecem que o acesso à justiça seja observado por uma ótica especial.

Desta forma, as políticas públicas para este grupo de pacientes, devem se pautar em ritos de acesso específicos, pensados especificadamente neste grupo de cidadãos, pautando-se na esteira do que leciona CAPPELLETTI (1988, p. 71) sobre a terceira onda renovatória: “diferentes barreiras ao acesso podem ser mais evidentes, e diferentes soluções, eficientes”.

Acerca das diversas barreiras que podem ser encontradas na prática do acesso à justiça, é necessário verificar o papel e a importância dos diversos fatores e entraves envolvidos, objetivando o desenvolvimento de mecanismos que

possibilitem enfrentá-los de forma efetiva. O foco de acesso à Justiça deve levar em conta todos esses fatores, considerando-se que há um crescente reconhecimento da necessidade e utilidade de tal enfoque no mundo atual (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 73).

Sob este aspecto, ressalta-se a importância da adoção de balizas para dimensionar a importância e as peculiaridades de cada causa, tendo em vista que cada uma demandará procedimentos específicos, havendo causas que em razão de sua natureza precisam ser resolvidas de forma rápida e outras, que podem admitir longas deliberações para chegar na solução (CAPPELLETTI, 1988, p. 72), conforme já referido no tópico anterior.

Neste sentido, destaca SANTOS (2016, p. 159):

É preciso considerar que o acesso à justiça efetiva depende de um aparato procedimental no mínimo adequado ao perfil do conflito. Neste sentido, o Estado, como prestador de políticas públicas em prol do exercício dos direitos fundamentais, deve regular procedimentos aptos e que igualmente devem evoluir na proporção da realidade conflituosa.

As demandas que envolvem os pacientes que necessitam de tratamentos paliativos são urgentes. Os pacientes paliativos possuem pressa. Pressa para obter o medicamento, o tratamento, a cura, a cronificação da doença, a vida. É nesse contexto que devem estar inseridas as novas perspectivas para um acesso adequado à justiça dos pacientes paliativos, devendo ser pensadas alternativas para que seja possível transpor as diversas barreiras que estes já encontram por si só, sejam elas econômicas ou sociais.

Essas novas necessidades demonstram que o modelo clássico jurisdicional não está pronto para receber tais demandas, face a exaustão do próprio modelo implantado pelo Estado de Bem Estar Social, incapaz de efetivar e executar os programas sociais de políticas públicas para toda a população (SANTOS, 2016. p. 169). Neste aspecto, acrescenta (SANTOS, 2016, p. 170):

De outro lado, há que se reconhecer que a litigiosidade registrada em excesso também decorre da própria inadequação do modelo de jurisdição, enquanto organização de controle e pacificação sociais, eis que apegado a um formato normativista e anacrônico, que não dialoga e, portanto, não é compatível com as formas contemporâneas de conflito, e em especial por não respeitar a história e a tradição inerentes à conquista dos direitos.

No contexto da primeira onda de CAPPELLETTI e GARTH (1988) quando os pacientes detiverem poucos recursos para a manutenção de seu tratamento e

consequentemente, da sobrevida, estes teriam direito a pleitear a efetivação de seus direitos de forma incontestável através da Defensoria Pública e das Assistências Judiciárias das faculdades de direito. Mas esses pacientes seriam tratados como assistidos portadores de doença³⁶, que sabidamente possuem preferência, justamente como os demais? Ou será que mereceriam estes, tratamento diferenciado por estarem experimentando uma doença terminal e usufruindo dos últimos dias/meses de suas vidas? Será que a saúde destes pacientes não se encontra mais debilitada e fragilizada do que a dos demais, de modo que o direito à sua efetivação mereça preferência?

Outrossim, cumpre referir que o obstáculo econômico pode ser uma peculiaridade recorrente de grande parcela destes pacientes, porém a vulnerabilidade financeira não supera a vulnerabilidade mais delicada por eles experimentada: o curso de tratamentos de final de vida. Sob outro viés, os pacientes que possuem boas condições financeiras também se encontram nessa situação de vulnerabilidade acentuada em razão de estarem realizando tratamento paliativo.

Destarte, tem-se como necessária a implementação/adaptação de novos ritos processuais e a participação dos estudantes de direito na busca da efetivação do direito à saúde dos pacientes paliativos através do acesso à justiça destes grupos.

É necessário e oportuno pensar em meios pelos quais seja possível tornar o acesso adequado segundo os princípios e valores provenientes da Constituição Federal da República, sob pena de serem judicializados conflitos sem que se obtenha a prestação jurisdicional célere e adequada ao caso. Acerca do cenário de judicialização dos conflitos, pontua SANTOS (2016):

O cenário da judicialização dos conflitos mostra, portanto, uma estrutura estatal despreparada, recebendo 'novos litígios' com estruturas e instrumentos processuais inadequados ou incompatíveis com a realidade social, produtora de conflitos e em grande escala, seja qualitativamente, seja quantitativamente, muito embora a Constituição Federal já contenha um arcabouço de diretrizes necessárias para a construção de um modelo de resolução de conflitos adequado e efetivo.

³⁶ A Lei n. 12.008 de 2009 (BRASIL, 2009) incluiu no Código de Processo Civil vigente à época de sua edição (CPC/73) a prioridade de tramitação dos processos em que as partes fossem portadoras de doença grave, da mesma maneira com que foi outorgada a prioridade no caso dos idosos. Com o advento do Código de Processo Civil de 2015 a previsão restou estampada no artigo 1.048:

“Art. 1.048. Terão prioridade de tramitação, em qualquer juízo ou tribunal, os procedimentos judiciais: I - em que figure como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos ou portadora de doença grave, assim compreendida qualquer das enumeradas no art. 6º, inciso XIV, da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988” (BRASIL, 2015).

A intenção de tornar os mecanismos de tutela realmente efetivos é legítima e urgente, pois nada adiantará o ingresso judicial sem que a prestação seja em tempo, efetiva.

3.3.1 Dos direitos dos pacientes em tratamento paliativo

Inúmeros conflitos surgem a partir do contexto dos pacientes que estão submetidos a tratamento paliativo, tendo em vista que alguns direitos são específicos e peculiares deste grupo, o que acaba destacando a necessidade de muitas vezes, ingressar com ações judiciais para perquiri-los. Com relação aos direitos, os pacientes possuem alguns direitos específicos que devem ser examinados caso a caso, que são semelhantes aos direitos dos pacientes com câncer. A título exemplificativo e para melhor demonstrar a importância do acesso à justiça destes pacientes, alguns direitos podem ser destacados.

A aposentadoria por invalidez, por exemplo, pode ser pleiteada por estes pacientes, desde que sua incapacidade para exercer suas atividades profissionais possa ser considerada como definitiva pela perícia médica do INSS. O recebimento do benefício independe do pagamento de 12 contribuições, porém o paciente deve estar inscrito no Regime Geral de Previdência Social. Ainda, o paciente poderá receber um adicional de 25% se for necessário o auxílio permanente de outra pessoa (ICESP, 2018). Igualmente, na esteira dos benefícios previdenciários, também há a possibilidade de obtenção de auxílio-doença se o paciente ficar impossibilitado de trabalhar por mais de 15 dias e quando não detiver vínculo com a Previdência Social e cumprir os requisitos, poderá obter o benefício do LOAS. Outrossim, estes pacientes podem não precisam recolher o Importo de Renda nos seus benefícios, pois estão isentos.

Na aquisição de veículos, os pacientes também podem obter a isenção de IPI, IPVA e IOF (uma única vez) mediante requerimentos específicos, o que gera nítido desconto quando forem adquirir um veículo, seja ele adaptado ou não.

A Portaria nº 55 da Secretaria de Assistência à Saúde do Ministério da Saúde instituiu o programa de tratamento fora do domicílio para viabilizar o atendimento de pacientes portadores de doenças que não podem ser tratadas em seu município por falta de condições técnicas. Também sendo possível, de um

Estado para outro. Os pacientes recebem uma ajuda de custo que cobre o transporte para o tratamento e também a hospedagem e, quando necessário acompanhante, as despesas deste também serão cobertas pelo programa.

Os pacientes também possuem o direito de saque do PIS / PASEP com portarem câncer e estiverem cadastrados antes de 1988 ou possuírem dependente portadores da doença, recebendo o saldo total de suas cotas e rendimentos. Nesta esteira, os pacientes com câncer, portadores do vírus HIV e pessoas em estágio terminal de outras doenças, ou seus dependentes, poderão sacar o benefício do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), em qualquer agência da Caixa Econômica Federal (ICESP, 2018).

Os direitos mencionados nos parágrafos anteriores são os que mais se destacam para usufruto dos pacientes em tratamentos paliativos. Porém, não podem ficar de fora os exemplos corriqueiros e característicos de qualquer cidadão que sofra de determinada doença, como o acesso a medicamentos não liberados pelo Estado, o acesso a tratamentos específicos e, também, as ações de natureza civil como as de curatela e interdição, dentre outros direitos que devem ser analisados no caso concreto.

Ressalta-se que as ações de natureza civil não são próprias do universo destes pacientes, mas acabam sendo, sem dúvida, necessárias ao longo do desenvolvimento da doença terminal que lhes acometem, podendo surgir neste percurso a incapacidade e outras questões familiares específicas de cada caso. Quando essas questões ganham contornos de uma ação onde quem pleiteia está realizando tratamentos de final de vida (e, portanto, paliativos) é de ser outorgada uma atenção diferenciada e peculiar a estes demandantes.

Sendo assim, numerosos direitos podem ser pleiteados por esses pacientes. Como sabido, não são raras as vezes em que para buscar esses direitos há a necessidade de ingressar com ações judiciais, embora sejam esses direitos reconhecidos constitucionalmente. A reincidente negativa estatal em presta-los, acarreta a necessidade do paciente e de seus familiares de socorrer-se à Justiça.

3.3.2 Entre a vulnerabilidade e a solidariedade

Conforme visto anteriormente, os direitos sociais embora positivados em nossa Carta Magna, na maioria das vezes não são na sua integralidade efetivados,

por uma série de motivos. Porém, a proteção destes deve estar sempre no topo dos objetivos dos administradores, o que na prática nem sempre acontece (ou poucas vezes acontece). Acerca da importância da proteção dos direitos sociais, destaca SILVA (2010, p. 77):

Se 'proteger direitos sociais' implica uma exigência de ações estatais, a resposta à pergunta 'o que faz parte do âmbito de proteção desses direitos?' tem que, necessariamente incluir ações. 'Proteger direitos', nesse âmbito, significa 'realizar direitos'. Por isso, pode-se dizer que o âmbito de proteção de um direito social é composto pelas ações estatais que fomentem a realização desse direito.

Na ótica do Direito Cuidativo, a vulnerabilidade acentuada em que se encontram tais pacientes merece um olhar especial, uma revisitação e adequação das ondas renovatórias identificadas por CAPPELLETTI e GARTH (1988), com o fito de propiciar o acesso à justiça constitucionalmente adequado para que se tenha um tratamento especial a estes grupos vulneráveis.

O conceito de vulnerabilidade é trabalhado em diversas áreas do direito, como no direito penal e no direito internacional, mas possui enfoque e aprofundamento na área do direito do consumidor, onde é também considerado como um princípio através do artigo 4º, inc. I do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990a).

Essa condição é trabalhada de uma forma generalista, considerando a totalidade do grupo de consumidores como possível de serem identificados como vulneráveis (MARQUES e MIRAGEM, 2012, p. 185):

Do princípio da vulnerabilidade previsto no art. 4º, inc. I, retira-se uma presunção (legal) absoluta de vulnerabilidade do consumidor, seja rico ou pobre, analfabeto ou pós-doutor, qualquer consumidor ou sujeito de direito qualificado como consumidor é vulnerável.

Na área da saúde, as pessoas que se encontram em condição de vulnerabilidade, podem ser separadas em dois grupos. A vulnerabilidade por condições de saúde, como sendo aquela que afeta em razão de determinada condição biológica ou do ciclo de vida, necessitando de cuidado mais específico e as vulnerabilidades socioeconômico-culturais oriundas da condição de vida de determinado grupo e/ou indivíduo, tornando-o mais fragilizado socialmente e dependente de tratamento diferenciado a ser dado pelo sistema público de saúde (AITH e SCALCO, 2015, p. 49).

O conceito de vulnerabilidade está sendo adequado para cada caso concreto, de modo que a partir de sua análise consegue-se aferir as vulnerabilidades específicas experimentadas por determinado indivíduo, sem considerar a vulnerabilidade econômica como o único filtro de “cidadãos necessitados”. O papel da Defensoria Pública em defesa dos grupos vulneráveis é inegável e já vem sendo reconhecido em diversos julgados pelos tribunais superiores em nosso país. Sobre essa temática, pontua MAIA (2017, p. 156):

Ao se vincular a Defensoria Pública aos segmentos sociais vulneráveis, não se pretende, de maneira alguma, firmar qualquer monopólio defensorial sobre a tutela dos grupos fragilizados. Ao contrário, quer-se demonstrar que se trata de Instituição Estatal constitucionalmente vocacionada – desde o nome – para a defesa dos vulneráveis.

A vinculação da missão da Defensoria Pública com os grupos vulneráveis deve ser vista com a superação das barreiras provenientes da exigência dos requisitos caracterizadores da hipossuficiência econômico-financeira, uma vez que a tutela dos grupos socialmente vulneráveis já vem sendo vinculada ao papel da Defensoria, há algum tempo (MAIA, 2017, p. 156).

A Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 3943³⁷ julgada pelo STF abriu um importante precedente acerca da desnecessidade de interpretação literal dos requisitos “necessitados” e “insuficiência de recursos” para fins de legitimação da Defensoria Pública para a defesa de interesses coletivos. A interpretação destes requisitos foi realizada de forma ampla para a efetivação dos preceitos constitucionais, de modo que o conceito de necessitados ultrapassou a insuficiência de recursos para abranger outra faceta de vulneráveis, para além da vulnerabilidade econômica.

Nesta toada, a tutela dos direitos dos indivíduos ou dos segmentos sociais vulneráveis não deve manter à risca a exigência do pressuposto da hipossuficiência

³⁷ 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. (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3943. Relatora: Ministra Carmem Lúcia. Julgado em 07.05.2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2548440>>. Acesso 04 mar. 2019).

econômica, sob pena de deixar determinados grupos vulneráveis à margem de acesso à justiça e consequentemente, de acesso à efetivação de seus direitos sociais.

Destarte, em que pese a importância dos critérios para promoção do direito universal à saúde, as contingências financeiras, jurídicas e políticas voltadas para a inclusão, acabam gerando o efeito menos esperado, potencializando e tornando essas mesmas políticas como uma forma de exclusão social. Isso porque, além de não possibilitar a total inclusão e acesso de todos os menos favorecidos ao sistema de saúde, as diretrizes propostas acabam propiciando a exclusão daqueles que integram outros segmentos econômicos da sociedade (CIARLINI, 2013, p. 28-29).

O acesso universal à saúde acaba sendo caracterizado por um acesso seletivo de determinados grupos individualmente considerados, sem levar-se propriamente em conta a situação de vulnerabilidade em que se encontram os demais.

O grupo de pacientes que se encontra em tratamento paliativo na Unidade Cuidativa em Pelotas/RS apresenta vulnerabilidade acentuada em razão da condição de saúde debilitada, necessitando de cuidados e atenção especiais, tendo em vista a peculiar condição de saúde caracterizada pelo final de seu ciclo de vida. Juntamente com tal alarmante vulnerabilidade, muitas vezes é possível agregar a vulnerabilidade social-econômica na situação destes pacientes que dependem do SUS para a realização de tratamentos e obtenção de medicamentos.

Contudo, chega um momento em que tratamentos não contribuem com eficácia para a saúde e o bem-estar destes pacientes. A doença está avançando e nada poderá detê-la. Neste momento, o SUS não pode fechar a porta para estes pacientes, mas deve se preocupar com a condição (física e psicológica) em que tal paciente irá passar os seus últimos dias, em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Essa situação demonstra uma vulnerabilidade acentuada destes pacientes que precisam sejam empregados cuidados paliativos focados na dor em sua totalidade, tal como ocorre na Unidade Cuidativa, onde profissionais das mais diversas áreas se solidarizam com a causa dos cuidados paliativos e da negativa do SUS em cobrir os diversos tipos de tratamentos possíveis, doando parte de seu tempo profissional para melhorar a condição de vida destes pacientes.

Acerca da importância da solidariedade na República, afirma MASSAÚ (2011):

Além de servir de ajuda mútua, a solidariedade reduz indiferenças e conflitos, é uma atitude positiva em relação à tolerância e compositora de uma ordem e um bem comum. Nestes contextos, a solidariedade assimilará a função de compor a interação entre os diferentes, sem que cada indivíduo tenha que se submeter ao outro nem abdicar da sua particularidade individual e cultural – dentro da perspectiva da dignidade humana.

É justamente neste contexto solidário em que se almeja o bem comum é que o direito pode e deve realizar suas contribuições práticas, de modo que o acesso à justiça não seja mais uma preocupação deste grupo com tantas limitações, mas uma tranquilidade em saber, que se necessário, há um grupo previamente determinado, organizado e capacitado para lidar com estas demandas e atender os pacientes e seus familiares.

A orientação solidária³⁸ emana dos próprios direitos fundamentais consagrados na Carta Magna da República, uma vez que devem ser vistos como direitos de alcance de todos os cidadãos, e quando assim não o forem, a mobilização para que sejam efetivados não pode ser outorgada a um ou a outro especificamente, mas a toda coletividade.

Na Unidade Cuidativa, em torno de 300 pessoas são acompanhadas por profissionais após o encaminhamento de algum hospital para a Unidade. São realizados atendimentos multiprofissionais e práticas integrativas, como a arte-terapia, a dança circular, musicoterapia, meditação, hortas e *reiki*, sendo estes denominados de práticas integrativas.

Nesta esteira, assevera WAILLA (2018, p. 128):

Entra em cena, nessa conjuntura, as Práticas Integrativas e Complementares, popularmente conhecidas como medicina alternativa, com baixo custo e resultados surpreendentes no que tange à melhoria na qualidade de vida a elas aliada. Justamente por tais atributos, é que seu crescimento vem sendo motivo de destaque no setor saúde entre a própria população, impulsionada e estimulada inclusive pela Organização Mundial da Saúde.

³⁸ Nas palavras de MASSAÚ (2011): “O Estado arruma uma série de compromissos na ordem interna, como o de justiça social e compensação nas desvantagens, com assunção de tarefas antes realizadas pela voluntariedade privada, as quais compõem todo o âmbito da assistência social com o seu dever e cuidado estatal. Por meio dessa orientação solidária, emanada dos Direitos Fundamentais, ativa-se a ação solidária no sentido de uma virtude do cidadão, uma instrução à solidariedade. Assim, ela condensa normativamente a obrigação dos cidadãos e do Estado a desempenhar funções solidárias”.

As programações são organizadas no afã de animar os pacientes no desenvolver do tratamento paliativo, bem como dar ânimo aos familiares que os acompanham. Há inclusive, um grupo de enlutados e cuidadores que também fazem parte da proposta oferecida na Cuidativa. A médica que coordena a Unidade Cuidativa, Dra. Julieta Fripp, afirma ser um sonho a conquista deste espaço com a colaboração da comunidade e de tantos profissionais dispostos a ajudar.

O trabalho conjunto dos profissionais das mais diversas áreas de forma voluntária demonstram o cuidado e o olhar fraterno presente na Cuidativa. Sobre a importância dos aspectos da fraternidade provenientes do direito romano, ressalta STURZA e MARTINI (2019, p. 30):

Nesse sentido, vislumbra-se que a fraternidade refere-se ao bom e harmônico convívio com os outros, à união de ideias e de ações, ao viver em comunidade. Daí, uma das ideias do que venha a ser o Direito Fraterno: é um direito que é para todos e que é aceito e/ou proposto por todos. Diante destes aspectos do Direito Fraterno, poder-se-ia pensar que a sua aplicabilidade é utópica, no sentido de ser irrealizável. Não o é. Acreditar no cosmopolitismo como a forma de vida em que o respeito aos direitos fundamentais é assumido por todos não é acreditar em ilusões: é apostar na própria humanidade (...).

De fato, na Unidade Cuidativa é possível vislumbrar profissionais que apostam na humanidade. Profissionais estes, que dedicam seu tempo pelo bem do próximo. É com este espírito que o Direito Cuidativo passou a integrar uma das ações do programa Unidade Cuidativa, através do atendimento jurídico gratuito a pacientes e seus familiares que se encontram em extrema vulnerabilidade em razão dos cuidados paliativos, tendo iniciado no ano de 2018 por iniciativa da Assistência Judiciária da UFPEL, através de grupo de alunos e professores voluntários e previamente escolhidos.

Contudo, faz-se mister ressaltar que embora algumas ações já tenham sido desenvolvidas no sentido de propiciar o acesso à justiça, esta tarefa recém iniciou pois há muito trabalho a ser feito para que os direitos das pessoas possam ser efetivados (CAPPELLETI e GARTH, 1988, p. 161).

4 A EXPERIÊNCIA DO PROJETO DIREITO CUIDATIVO DA UFPEL

A presente pesquisa irá coletar dados empíricos sobre a atuação do projeto Direito Cuidativo através do serviço de Assistência Judiciária Gratuita da UFPEL, procurando averiguar *in loco* a realidade que estes pacientes enfrentam e as demandas que possuem. Para tanto, serão objeto de análise os dois primeiros anos de atuação do Direito Cuidativo: 2018 e 2019.

A partir da análise dos dados, procurar-se-á estudar a realidade de acesso à justiça experimentada por estes pacientes em razão das doenças crônicas que lhes acometem, no afã de terem efetivado o seu direito humano à saúde através do exercício do acesso à justiça.

A importância do acesso à justiça para efetivar o acesso à saúde se destaca em um cenário onde o Judiciário é cada vez mais invocado para tentar resolver os inúmeros conflitos concretos sobre o direito à saúde, exercendo função importante de intervenção direta e controle, inclusive sobre as políticas públicas (SARLET e FIGUEIREDO, 2009).

O poder Judiciário de forma repressiva acaba precisando substituir o sistema da administração pública, que já deveria ter implementado espontaneamente a prestação social. A exemplo disso, observa-se que as pessoas vão aos tribunais para pleitear medicamentos e tratamentos que legalmente deveriam ter acesso pela via administrativa (SANTOS, 2011, p. 26).

Neste contexto, destaca-se o relevo do acesso à justiça dos pacientes atendidos pela Unidade Cuidativa da UFPEL, tendo em vista a característica de vulnerabilidade acentuada em razão do tratamento paliativo.

Para a coleta de dados será utilizada a metodologia que segue.

4.1 DA METODOLOGIA UTILIZADA

Para a realização do presente ensaio recorreu-se a um método específico de pesquisa, que será abordado e justificado nos tópicos que seguem.

Por primeiro, cumpre trazer à baila o conceito de método segundo o autor TRUJILLO FERRARI (1974, p. 24):

Método é a forma de proceder ao longo de um caminho. Na ciência os métodos constituem os instrumentos básicos que ordenam de início o pensamento em sistemas, traçam de modo ordenado a forma de proceder do cientista ao longo de um percurso para alcançar um objetivo”.

O emprego de métodos científicos é característica comum a todas as ciências, embora deva ser feita a ressalva de que nem todos os ramos de estudo pautados em métodos científicos podem ser considerados ciência. Sendo assim, a utilização de métodos científicos não pode ser vista como exclusividade da ciência, embora possa ser afirmado que não existe ciência sem o emprego de métodos científicos (LAKATOS e MARCONI, 2017b, p. 31).

A ciência pode ser compreendida como o conjunto de atitudes e atividades racionais, focadas no conhecimento de um objeto limitado, que pode ser submetido à verificação (TRUJILLO FERRARI, 1974, p. 8).

Desta maneira, impende a escolha de um método específico a ser utilizado como norte, de modo que o estudo e os dados colacionados à presente possam fazer sentido na órbita da pesquisa jurídica científica, pautada por procedimentos ordenados e racionais.

4.1.1 Considerações gerais sobre a pesquisa jurídica científica

Inicialmente, antes de adentrarmos no estudo em comento, cumpre tecer breves considerações acerca da pesquisa científica no ramo do direito.

Segundo Coutinho e Sorto (2007, p. 323) a pesquisa científica na área jurídica pode ser analisada a partir de um breve levantamento que demonstra que o marco inicial da pós-graduação *stricto sensu* é nova e recente no país. No Direito, mesmo com todo o seu caráter formalista e a sua linguagem específica, percebe-se um início muito tardio da preocupação com o caráter científico da produção intelectual. O discurso científico exige clareza, precisão conceitual, formulação de problemas, de hipóteses, de proposições, de soluções.

Nesta esteira, a pesquisa científica do Direito não pode se limitar a abordagem de normas jurídicas, sem considerar que elas emergem da sociedade e que geram consequências na sociedade (RODRIGUES e GRUBBA, 2014, p. 235).

Embora o discurso no direito seja formal, tal característica não deixa de abarcar também os elementos social, político, econômico, cultural e ambiental, que devem ser situados contextualizados, de modo que a pesquisa do Direito deve dialogar com essas dimensões (RODRIGUES e GRUBBA, 2014, p. 235).

Desta forma, para melhor contextualização da pesquisa realizada, impende a realização de abordagem descritiva dos métodos que serão utilizados na pesquisa.

4.1.2 Métodos

Para a realização da presente pesquisa se utilizará o método hipotético-dedutivo, de modo que a partir do problema será estudada uma solução proposta e após, com a realização de pesquisa empírica haverá a realização de testes de falseamento.

Sobre esse método, afirmam os autores Marconi e Lakatos (2017a, p. 95):

A primeira etapa do método proposto por Popper é o surgimento do problema. Nosso conhecimento consiste no conjunto de expectativas que formam como que uma moldura. A quebra desta provoca uma dificuldade: o problema que vai desencadear a pesquisa. Toda investigação nasce de algum problema teórico/prático sentido. Este dirá o que é relevante ou irrelevante observar, os dados que devem ser selecionados. Esta seleção exige uma hipótese, conjectura e/ou suposição, que servirá de guia ao pesquisador.

Segundo Popper, o único método científico possível é o método hipotético-dedutivo, uma vez que toda pesquisa tem seu início em determinado problema para o qual se busca encontrar alguma solução por meio de tentativas (conjecturas, hipóteses, teorias) e eliminação de erros (MARCONI E LAKATOS, 2017b, p. 65).

Neste contexto, POPPER (1975, p. 14) afirma que: “eu tenho tentado desenvolver a tese de que o método científico consiste na escolha de problemas interessantes e na crítica de nossas permanentes tentativas experimentais e provisórias de solucioná-los”.

Sendo assim, para a realização da vertente metodológica hipotética-dedutiva defendida por Popper e escolhida para a presente pesquisa, faz-se necessária a descrição das etapas metodológicas que serão percorridas.

a) Problema:

O conhecimento é pautado por um conjunto de expectativas que delineiam a pesquisa, formando como que uma moldura. A quebra desta moldura provoca uma dificuldade: o problema que vai desencadear a pesquisa (MARCONI E LAKATOS, 2017b, p. 68).

Deste modo, a presente pesquisa parte do problema da efetivação do acesso à justiça para a consolidação do direito social à saúde do grupo vulnerável em situação de cuidados paliativos pelo Programa Unidade Cuidativa promovido

pela Universidade Federal de Pelotas, uma vez que sua consolidação dependerá em alguns casos do ingresso de ações judiciais para que os pacientes possam ter acesso a tratamentos, medicamentos, benefícios previdenciários e pedidos de deslocamento para realização de tratamentos.

b) Conjectura:

Nesta etapa do procedimento metodológico, a expressão conjectura pode ser entendida como uma solução apresentada em forma de proposição passível de teste (direito ou indireto) em suas consequências, na forma dedutiva (MARCONI E LAKATOS, 2017b, p. 69).

De modo que, “se” equivale a X, então X. Quando for verificado que o antecedente é verdadeiro (torna-se uma regra geral), ocorrerá o mesmo com a proposição consequente “então” (deduzido da regra geral). Pela conjectura lançada na pesquisa, será possível aferir a motivação do pesquisador no desenvolvimento da sua curiosidade intelectual ou dificuldade teórica ou prática.

Sendo assim, a solução proposta em forma de teste é a possibilidade do projeto Direito Cuidativo, promovida pelo Serviço de Assistência Jurídica da UFPEL efetivar o direito à saúde dos pacientes que se encontram em tratamento paliativo e dependam do exercício do acesso à justiça para verem suas demandas de saúde serem atendidas, na esteira das ondas renovatórias cappellettianas.

Esta conjectura sinalizou a necessidade de aprofundamento do estudo através da presente pesquisa, de modo que se possa analisar os dados provenientes dos dois primeiros anos em que o SAJ-UFPEL atuou diretamente com os pacientes da Unidade Cuidativa, através de atendimento personalizado dedicado a este grupo.

c) Testes de falseamento:

A conjectura analisada a acima exposta será submetida a realização de testes de falseamento, de modo que possa ser falseada ou corroborada.

Segundo MARCONI e LAKATOS (2017b, 70): “Toda hipótese é válida, conquanto não se recuse a submeter-se ao teste empírico e intersubjetivo de falseamento”.

Nesta esteira, a pesquisa não irá somente levantar um estudo a respeito da possibilidade do acesso à justiça como instrumento de efetivação do direito à saúde, mas partirá para a coleta empírica de dados de modo que a hipótese levantada possa ser de fato, falseada ou corroborada. A pesquisa empírica será realizada

através da análise dos dados que serão obtidos com a coordenação do Serviço de Assistência Jurídica da UFPEL sobre o projeto Direito Cuidativo que integra o Programa da Unidade Cuidativa, levando em conta o número de pacientes e familiares atendidos por esta ação, a obtenção de liminares e as sentenças de procedência dos processos destes pacientes paliativos.

Deste modo, na terceira etapa será realizada pesquisa empírica para coleta de dados no de modo a aferir se o acesso à justiça no contexto dos objetos já identificados por CAPPELLETTI (1988) possibilita a efetivação do direito à saúde do grupo de vulneráveis que se encontram em tratamento paliativo, na cidade de Pelotas/RS. O período onde os dados serão coletados e analisados tomará por base de referência os anos de 2018 e 2019, os dois primeiros anos da referida ação.

O problema do contexto social de vulnerabilidades e o direito social à saúde será analisado em consonância com o direito fundamental de acesso à justiça, de modo que este não seja mais um empecilho para a vida dos pacientes que recebem cuidados paliativos, mas que de fato, possa contribuir para a efetivação do direito à saúde destes pacientes.

Outrossim, utilizou-se o método de interpretação axiológico pois a presente pesquisa analisa a finalidade das normas referentes ao acesso à justiça e ao direito à saúde, interpretando-as em conjunto com todo ordenamento jurídico de valores que lhe deram origem e ainda, analisando os valores supervenientes expostos no novo diploma processualista.

Ainda, será utilizada como técnica de pesquisa a realização de estudo bibliográfico para conferir fundamentação e embasamento ao objeto do estudo, partindo-se da análise da contribuição de renomados autores sobre a evolução gradativa do tema pesquisado, que partirá de estudos do contexto geral para após, dirigir-se à temática micro, trazendo em cada etapa os elementos que contribuíram para tanto. E após, conforme anteriormente referido, será realizada coleta empírica de dados do projeto Direito Cuidativo realizado pelo Serviço de Assistência Jurídica da UFPEL, mediante o estudo de casos.

Feitas essas considerações metodológicas, cumpre por último classificar o tipo da pesquisa como qualitativa e quantitativa (pesquisa *quali-quantitativa*). A pesquisa pode ser considerada qualitativa pois partirá de coleta teórica sobre o tema visando permitir uma maior densidade de aproximação com o objeto pesquisado, que engloba as perspectivas de acesso à justiça como instrumento de efetivação do

direito à saúde de grupos vulneráveis em situação de cuidados paliativos em Pelotas/RS através do Serviço de Assistência Jurídica da UFPEL. A pesquisa também poderá ser considerada quantitativa, pois o estudo se apoiará em dados empíricos coletados no projeto Direito Cuidativo integrante do Programa Unidade Cuidativa, de modo que se possa falsear ou corroborar a hipótese avançada.

4.2 DA JUSTIFICATIVA DO DIREITO CUIDATIVO

Os dados em análise foram coletados a partir de relatórios fornecidos pela coordenação da Assistência Judiciária Gratuita da Universidade Federal de Pelotas, referentes ao projeto intitulado de Direito Cuidativo. Conforme já mencionado anteriormente, tal projeto é integrante do programa Unidade Cuidativa³⁹ da UFPEL, que atende pacientes que se encontram em situação de vulnerabilidade acentuada em razão de possuírem doença em estágio avançado e, em razão disso, necessitarem de tratamentos paliativos.

Diversos ramos profissionais estão envolvidos neste programa, que surgiu da parceria entre a Universidade Federal de Pelotas e o Sistema Único de Saúde. Alguns pacientes do SUS que se encontram nesse estágio avançado de doença, recebem um encaminhamento específico para que o atendimento prossiga na Unidade Cuidativa, criada especialmente com o objetivo de atender a demanda destes pacientes de forma ampla e completa. Para além de tratar os sintomas das doenças, o programa visa tratar das pessoas como seres humanos que merecem atenção especial em vários aspectos de final de vida.

Nesta esteira, a Unidade Cuidativa conta com atendimentos multiprofissionais através de grupos de médicos, psicólogos, fisioterapeutas,

³⁹ No sítio eletrônico do programa destaca-se a síntese do Projeto Unidade Cuidativa: “Integralidade do Cuidado e Qualidade de Vida, inserido no Centro Regional de Cuidados Paliativos, está integrado ao Ambulatório de Cuidados Paliativos da Faculdade de Medicina – FaMed /UFPEL. Está situada em prédio contíguo às futuras instalações do Hospice, com previsão de 16 leitos de internação. A Cuidativa, idealizada em 2015 pela equipe de Cuidados Paliativos da UFPEL, esta em funcionamento desde 2016, prestando Serviços 100% SUS. Possui como princípio a promoção de Qualidade de Vida para pessoas acometidas por doenças crônicas que ameaçam a vida, incluindo patologias oncológicas, neurodegenerativas, doenças pulmonar, cardíaca, hepática e renal avançadas, SIDA, entre outras, independente da fase em que se encontra a trajetória das doenças. Cuidados Paliativos devem ser ofertados o mais precocemente possível a fim de prevenir sofrimento dos indivíduos. [...] Recentemente foi implementado o espaço de REABILITAÇÃO FÍSICA, onde profissionais das áreas de fisioterapia e terapia ocupacional oferecem atividades físicas que melhoram a autonomia e reduzem os efeitos deletérios das doenças sobre a capacidade funcional dos pacientes. Por estar inserido em ambiente universitário e prestar atendimento de saúde à comunidade regional, as atividades da Cuidativa extrapolam o ensino, a pesquisa e a extensão, imergindo em um ambiente interdisciplinar, interdisciplinar e também pluriversitário, em função do diálogo permanente e necessário com os saberes populares” (UFPEL, 2015).

terapeutas ocupacionais, nutricionistas, odontologistas, enfermeiros e advogados. Estes últimos, iniciaram suas atividades no ano de 2018 com o projeto Direito Cuidativo, onde um grupo de alunos voluntários, supervisionados pela coordenação da Assistência Judiciária Gratuita da UFPEL passou a realizar atendimentos jurídicos na própria Unidade Cuidativa para os pacientes que lá são atendidos.

O atendimento é diferenciado dos demais assistidos do SAJ-UPFEL porque possui uma urgência peculiar e, muitas vezes, outras dificuldades inerentes à vulnerabilidade do paciente, a exemplo da locomoção. Sendo assim, no momento em que os pacientes se deslocam até a Unidade Cuidativa para receberem seus atendimentos terapêuticos, podem contar com o auxílio de um grupo de profissionais para oferecer amparo também para as questões legais. Amparo jurídico, portanto, que busca garantir o acesso à justiça aos pacientes, evitando, assim, que as dificuldades inerentes ao ambiente judicial dificultem ou atrapalhem o tratamento e o bem-estar do paciente.

A partir de 2019, os familiares dos pacientes e os pacientes em condições de deslocamento passaram a ser atendidos também no SAJ, como uma opção de acesso ao serviço. O atendimento realizado dentro do projeto Direito Cuidativo, seja no Serviço de Assistência Jurídica, no centro da cidade, seja no ambiente da Unidade Cuidativa, no Bairro Fragata, continua sendo diferenciado, porque:

a) diferentemente do que ocorre com os atendimentos em geral, onde há a necessidade de retirada de fichas e agendamento para determinados dias da semana, o atendimento dos pacientes encaminhados pela Unidade Cuidativa recebe atendimento imediato, inclusive com plantões previamente organizados que funcionam nos finais de semana e feriados, caso seja necessário para o caso.

b) havendo dificuldade de deslocamento por parte do paciente até o Serviço de Assistência Jurídica, o grupo se desloca até a Unidade Cuidativa e realiza o atendimento jurídico *in loco*.

c) nos casos em que os pacientes não puderam se locomover até a Unidade Cuidativa ou ao SAJ, dada a extrema vulnerabilidade do seu quadro de saúde, estes receberam atendimento domiciliar pelas assistentes sociais da Unidade Cuidativa, que colhem todos os dados e documentos do paciente para que a documentação completa seja repassada ao grupo de alunos do Direito Cuidativo. Cabe observar que, mesmos nestes casos, em que não há contato dos alunos com o paciente, o relato completo e os documentos necessários para o ajuizamento das ações são

repassados em arquivo digital pelas assistentes sociais, agilizando o procedimento judicial que também é digital.

Conforme já salientado, a Unidade Cuidativa não visa tratar somente a doença, mas todas as questões que estão interligadas para além da saúde física, mas com a saúde emocional, social e espiritual. Para tanto, oferece práticas integrativas tais como a arte terapia, a acupuntura, a dança circular, a musicoterapia, a meditação, *reiki*, as hortas orgânicas e o grupo de orientação e suporte aos cuidadores destes pacientes. No sítio eletrônico do Programa, destaca-se a missão da Cuidativa (UFPEL, 2015):

O atendimento assistencial na Cuidativa envolve informação e orientação terapêutica, pela abordagem multiversitária e interdisciplinar, indissociável do ensino e da pesquisa e da extensão, proporcionando a todos e todas – pacientes, familiares, cuidadores, enlutados, voluntários, profissionais, professores e estudantes – práticas integrativas complementares, reabilitação física, fortalecimento psíquico e espiritual, através da recreação, ludicidade, integração e participação social, garantindo-lhes cidadania plena, com participação efetiva nos processos coletivos e o máximo de bem estar, até que a morte os separe.

É em razão deste contexto preocupado com o cuidado integral que, no ano de 2018, O Serviço de Assistência Jurídica da Faculdade de Direito da UFPEL opassou a integrar a lista de profissionais que prestam cuidados especiais direcionados a este grupo de pacientes, por meio do projeto Direito Cuidativo, com a participação de alunos voluntários que atuam sob a supervisão da coordenação do SAJ.

Os dados coletados se referem ao início da atuação do Direito Cuidativo no ano de 2018 e a sua continuidade e aperfeiçoamento no ano de 2019. São analisados, portanto, os dois primeiros anos de dados empíricos do projeto (2018 e 2019).

4.3 DOS DADOS COLETADOS

Ao longo dos dois anos de execução do projeto Direito Cuidativo foram atendidos cerca de 45 pacientes que se encontravam (ou se encontram) em tratamento paliativo.

Alguns destes casos se encontram ainda ativos, pois nem todas as ações judiciais propostas nos anos de 2018 e 2019 tiveram seu completo deslinde, com julgamento transitado em julgado. Alguns destes casos ainda se encontram aguardando uma decisão definitiva, embora muitos já tenham obtido o provimento desejado através da concessão de tutelas de urgência e outros já obtiveram a sua resolução pela via administrativa.

Ainda, nem todos os atendimentos foram impulsionados para a via judicial, pois o encaminhamento pela via administrativa foi suficiente para solucionar as pretensões dos pacientes. Nestes casos, o atendimento se dava com as orientações acerca da documentação necessária, a exemplo dos agendamentos realizados perante o INSS, previamente realizados com a assistência e acompanhamento do Direito Cuidativo, inclusive na realização do pedido administrativo e no acompanhamento de seu processamento junto ao próprio INSS.

O total de 45 atendimentos representa a quantidade de demandas que eram submetidas ao Direito Cuidativo, o que não significa que foram atendidas 45 pessoas, mas que foram realizados 45 encaminhamentos entre os procedimentos administrativos e os processos judiciais.

O ingresso de mais de uma demanda ocorre devido a necessidade de alguns cidadãos em obterem mais de uma assistência jurídica através do Direito Cuidativo, sendo muito comum no universo destes pacientes o ingresso de ação que demanda os pedidos relativos ao direito à saúde e alguma outra ação. São muito frequentes as demandas previdenciárias, como o pedido do adicional de 25% no benefício para os segurados que necessitassem de assistência permanente de outra pessoa⁴⁰.

As necessidades jurídicas deste grupo de pacientes e consequentemente a distribuição das demandas por tema, demonstrou a prevalência das ações que tratam do direito à saúde, mas assinalou também acerca da importância de outras demandas correlatas que também dizem respeito ao acesso à justiça destes pacientes.

Desta forma, considerando a resolução de 2 demandas de forma administrativa, das outras 43⁴¹ demandas que foram submetidas ao Judiciário, mais

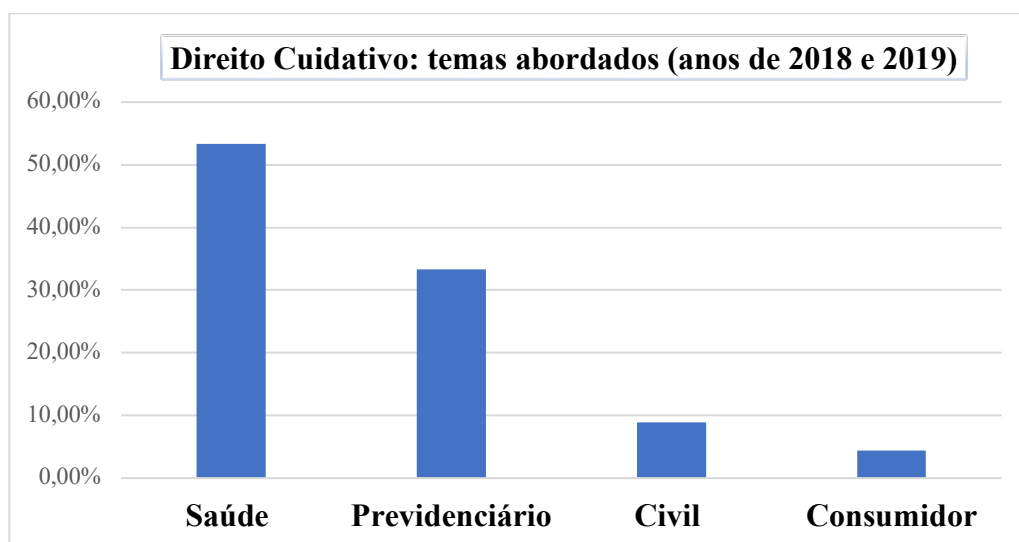
⁴⁰ Tal majoração está prevista no artigo 45 da Lei 8.213/91 (BRASIL, 1991).

⁴¹ Das 45 demandas propostas no Direito Cuidativo, 43 delas foram submetidas ao Poder Judiciário enquanto duas destas demandas tiveram a sua resolução mediante a realização de procedimento

da metade destas trataram da efetivação do direito à saúde destes pacientes, pleiteando medicamentos, tratamentos quimioterápicos, transporte para o tratamento, colocação de próteses, dentre outros.

A proporção dividida por temas demonstrou que 53,33% dos casos abordaram ações de saúde, 33,33% trataram de demandas de natureza previdenciária, com pedidos de pensão por morte e na sua maioria, aumento de 25% do benefício. Na sequência houveram 8,88% de ações que demandaram na área do direito civil e por último, 4,44% que trataram de matéria consumerista:

Figura 2: Temas abordados no Direito Cuidativo nos anos de 2018 e 2019



Fonte: primária.

Com relação ao percentual das demandas propostas na área do direito civil, destacam-se os pedidos de interdição na casa dos 6,66% e os pedidos de auxílio de custos familiares no importe de 2,22%, totalizando os 8,88% de ações propostas nesta área.

Deste modo, percebe-se que as demandas propostas nos anos de 2018 e 2019 pelo Direito Cuidativo em sua maioria tratam do tema do direito à saúde, embora exista grande incidência de ações de natureza previdenciária, como uma consequência da doença crônica experimentada por estes pacientes.

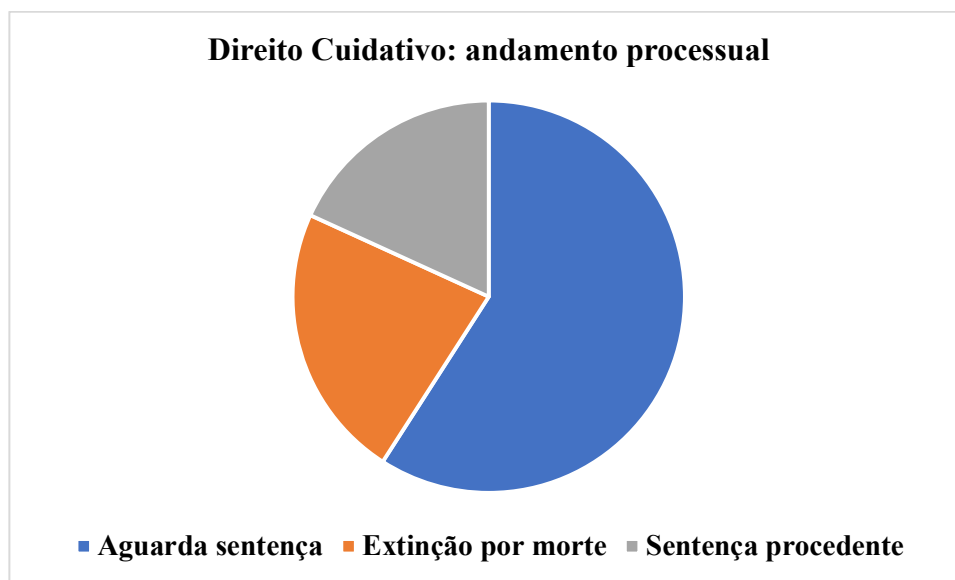
As ações do Direito Cuidativo não estão limitadas somente àquelas demandas que tratam do direito à saúde, embora sejam a sua maioria. Outras

necessidades aparecem neste peculiar grupo que se encontra em tratamentos paliativos, sendo notável que todas são decorrentes da situação de agravamento da saúde ou ainda, que facilitam o convívio com a doença.

A interdisciplinaridade das demandas demonstra por si só a importância de novas perspectivas de acesso à justiça para estes pacientes, como um acesso mais facilitado e prestado individualmente, considerando as peculiaridades de cada caso.

Com relação à resolução dos casos submetidos ao Poder Judiciário neste período, a maioria deles encontra-se aguardando a prolação da sentença (59,09%), enquanto 22,73% obtiveram sentença de extinção em razão do falecimento de seus requerentes e 18,18% dos casos foram julgados procedentes:

Figura 3: Andamento processual do Direito Cuidativo



Fonte: primária.

Outrossim, dos processos submetidos ao Poder Judiciário que tratam da temática do direito social à saúde, em mais da metade dos casos houve o deferimento de tutelas de urgência (72,77% dos casos). Isso demonstra uma gama significativa destes pacientes já conseguiram obter o provimento jurisdicional almejado no início do processo.

Outros dados que se destacam e que demonstram com ainda mais notoriedade a situação de vulnerabilidade extrema que experimentam estes pacientes, são os dados referentes aos falecimentos.

No gráfico em que são demonstradas as sentenças de extinção em razão do falecimento dos requerentes anteriormente (figura 3), já é possível notar-se o elevado número de mortes. Porém, outro aspecto que precisa ser considerado neste ponto, é que a ocasião do evento morte para além dos processos judiciais, mas também nas fases de atendimento pré-processual e ainda, o elevado número de assistidos que após a realização de alguns atendimentos junto ao Direito Cuidativo, não retornaram com as documentações solicitadas e nem apresentaram quaisquer tipo de notícias de desinteresse.

Com relação aos dois primeiros itens (falecimento no curso do processo e falecimento no curso do atendimento), tem-se uma taxa de mortalidade que soma 40% do total de procedimentos em andamento, sejam eles judiciais ou administrativos. Com relação a ausência de retorno com a documentação solicitada, é de 22% dos assistidos. Esses dados corroboram a realidade com que os assistidos pela ação Direito Cuidativo se encontram: pressa em razão de estarem em cuidados de final de vida.

É com essa mesma pressa que foi possível averiguar através dos dados coletados que os casos foram tratados pelos alunos voluntários, onde foi possível perceber o grau de prioridade com que estas ações são tratadas levando-se em conta esta peculiaridade.

CAPPELLETTI (1988) já identificava na época de seu estudo que casos peculiares e específicos deveriam possuir também ritos diferenciados, sob pena de não ser efetivado o acesso à justiça pelos ritos ordinários nestes casos. Desta forma, diferentes olhares devem pairar sobre realidades que também são diferentes, traçando-se novas perspectivas de acesso à justiça pensadas especialmente para cada situação. A situação dos pacientes tratados pelo Direito Cuidativo que estão submetidos a tratamentos paliativos se mostra urgente e peculiar, merecendo um acesso diferenciado.

Portanto, é necessário pensar-se em novas perspectivas de acesso à justiça pensadas individualmente nas demandas de cada grupo e suas especificidades, sendo este o principal objetivo que o Direito Cuidativo coloca em prática.

4.4 PERSPECTIVAS DE NOVAS ONDAS RENOVATÓRIAS DE ACESSO À JUSTIÇA

Para o aprofundamento da reflexão acerca do acesso à justiça dos pacientes submetidos a cuidados paliativos, abre-se o debate sobre a possibilidade de existência de uma nova onda renovatória que pudesse facilitar o acesso a mecanismos de efetivação de direitos deste grupo.

Na perspectiva das reformas para além das três ondas anunciadas por CAPPELLETTI e GARTH (1988), é possível pensar em novas ondas que abarquem esses cidadãos que se encontram em uma situação de intensa vulnerabilidade, a fim de garantir a sua dignidade.

Desta forma, seria possível (e pertinente) pensar-se em novas perspectivas de acesso à justiça para além das já existentes, com o objetivo de propiciar o adequado acesso à justiça destes pacientes. Para tanto, faz-se mister analisar o Projeto *Global Access to Justice*, que se encontra em andamento.

4.5 DO PROJETO *GLOBAL ACCESS TO JUSTICE*

Nesta esteira, decorridos vários anos do estudo de Mauro Cappelletti e Bryant Garth é possível afirmar que ele ainda se mantém pertinente e atual. Contudo, já existem estudos que abordam a possibilidade de novas “ondas” de acesso à justiça, além daquelas previstas na década de 90.

Porém, algo que não se pode contestar, é a velocidade com que as mudanças vêm ocorrendo na sociedade, fazendo com que surjam novas demandas, novos desafios, novas peculiaridades de nosso sistema de justiça.

Atualmente, está em andamento o projeto *Global Access to Justice*, pesquisa com o objetivo de analisar o acesso à justiça no mundo, que conta com a participação de 150 pesquisadores de 81 países diferentes.

Ele é composto por pesquisadores do campo do direito e também da sociologia jurídica, tanto dos setores privados quanto públicos, diretores de instituições que prestam assistência jurídica, servidores públicos de alto patamar que trabalham diretamente com o tema e também com os formuladores de políticas públicas. Todos esses profissionais foram um grupo único destinado a compartilhar os saberes e as experiências por eles experimentadas, visando buscar respostas para a problemática do acesso à justiça a nível mundial.

Como resultado deste projeto, será editada uma obra ainda no ano de 2020, composta por um livro que será dividido em seis volumes, sendo que o primeiro

abordará um relatório geral sobre o projeto e os relatórios temáticos de cada país analisado, levando em conta cada uma das vertentes epistemológicas da pesquisa. Após, os próximos volumes serão organizados de acordo com os relatórios locais de cada país participante e também os relatórios regionais, que serão produzidos pelos pesquisadores coordenadores de cada continente.

Uma visão geral do projeto⁴², pode ser compreendida através do seguinte trecho (PATERSON, GARTH, ALVEZ, *et al*, 2020):

Uma verdadeira democracia possui suas bases fundamentais fortemente fincadas no Estado de Direito, e acaba se tornando uma ilusão se a justiça não se revela acessível para todos. Como o reconhecimento formal de direitos pelo ordenamento jurídico não implica automaticamente em sua efetivação prática, aqueles que se veem impedidos de acessar o sistema de justiça acabam sendo colocados sob o risco de terem seus direitos ignorados ou violados. Justamente por isso, o acesso à justiça constitui um dos direitos cívicos mais básicos de um Estado Democrático que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos.

Há uma estimativa realizada pela Comissão das Nações Unidas sobre o Empoderamento Legal dos Pobres (*United Nations Commission on Legal Empowerment of the Poor*) de que mais da metade da população mundial se encontra fora da proteção efetiva da lei. Isso em números, importa a quantidade de 3,8 bilhões de pessoas que se encontram impossibilitadas de reivindicar o seus direitos mais básicos através dos sistemas de justiça disponíveis, o que acaba gerando exclusão social e política ou na marginalização, especialmente quando se tratam dos membros mais pobres e vulneráveis da sociedade (PATERSON, GARTH, ALVEZ, *et al*, 2020).

Um projeto desta envergadura foi o conhecido Projeto Florença, do qual já transcorrem quarenta anos de sua publicação. Muitas modificações e avanços foram realizados em caráter mundial na seara do acesso à justiça através do referido projeto, que foram norteadas pelos obstáculos já identificados na época, para os quais foram imaginadas possíveis soluções denominadas de ondas renovatórias. No entanto, desde as sugestões realizadas pelo estudo para a melhoria dos sistemas de acesso à justiça disponíveis no mundo, ainda não existiu um estudo unificado que

⁴² O projeto em andamento possui um site para que possam ser consultadas a visão geral sobre o mesmo, o seu contexto histórico, a equipe de pesquisa, os coordenadores gerais, os coordenadores regionais, os pesquisadores locais, os coordenadores temáticos, a metodologia empregada, o panorama do livro que está sendo editado e o contato com o grupo de pesquisa. O site em que essas informações podem ser consultadas dispõe de 6 plataformas divididas nos seguintes idiomas: inglês, francês, italiano, japonês, português e espanhol. O site disponível na língua portuguesa pode ser encontrado no acesso: <http://globalaccesstojustice.com/?lang=pt-br>.

abarcasse o desenvolvimento (ou não) deste amplo processo, o que acaba resultado na dificuldade de encontrar contribuições para as futuras reformas e de identificar possíveis soluções para os problemas destacados.

Semelhante com o contexto do Projeto Florença, o mundo hoje atravessa outro ciclo de expansão e diminuição dos modelos de assistência jurídica. Esse movimento atual é amplo e pode ser identificado tanto em países desenvolvidos quanto em países em desenvolvimento como também nos subdesenvolvidos, marcando a criação de novas ondas no movimento mundial de acesso à justiça. Os países possuem hoje técnicas extremamente diversificadas e até mesmo contraditórias, características dessa evolução, que podem ser estudadas em conjunto para propiciar a elaboração de temas comuns e novas tendências que começam a surgir.

Essas tendências atuais são o objeto de estudo do *Global Access to Justice Project*, que realiza a identificação, mapeamento e a análise dessas inovações, através de uma pesquisa de caráter global abrangente na África, Ásia, Oriente Médio, América Latina e do Norte, Europa e Oceania.

A coordenação geral do projeto é realizada por cinco profissionais, tendo dois deles trabalhado juntamente com Cappelletti no desenvolvimento do Projeto Florença (Bryant Garth e Earl Johnson Jr), sendo dois pesquisadores brasileiros e o último renomado pesquisador escocês. Após, existe um grupo de coordenadores regionais divididos por continente e os pesquisadores locais.

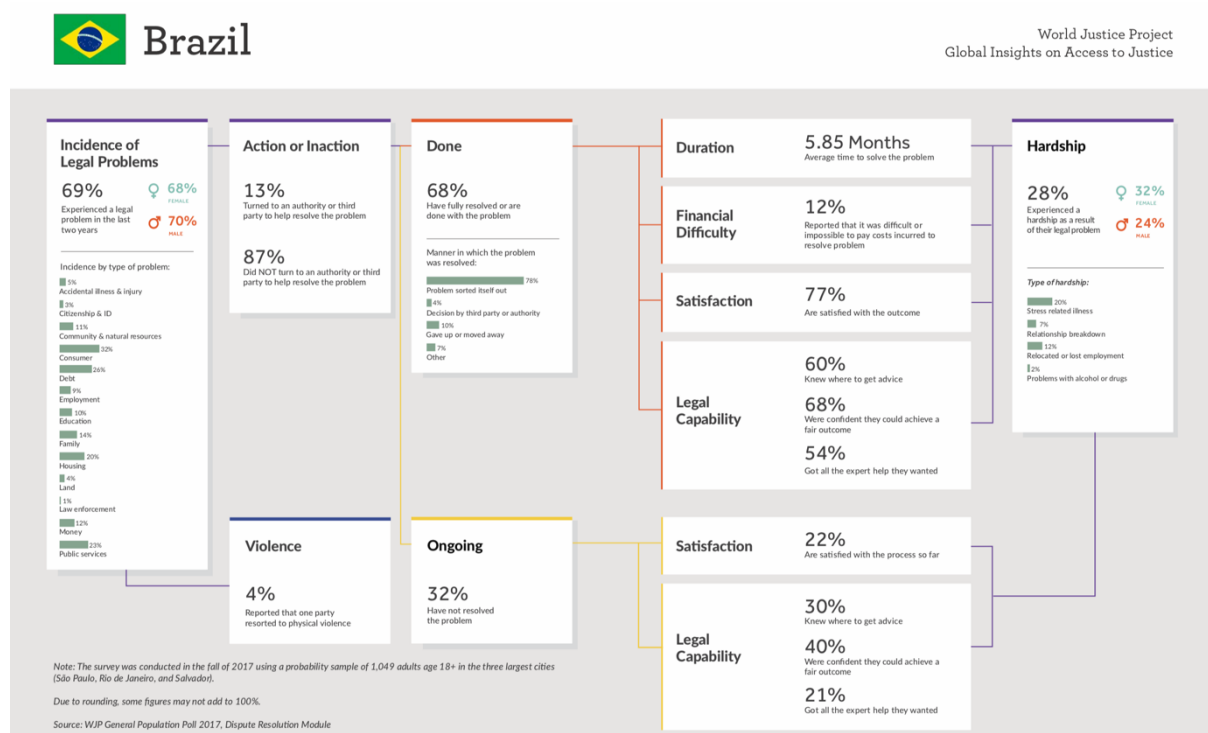
Os dez pesquisadores⁴³ locais brasileiros encarregados de coletar os dados no Brasil são: Kazuo Watanabe, Maria Tereza Sadek, Amélia Soares da Rocha, Franklyn Roger Alves Silva, João Eberhardt Francisco, José Auguato Garcia de

⁴³ Embora o grupo de pesquisadores a caráter mundial seja extenso, a metodologia utilizada para a coleta e a respectiva análise de dados será a mesma, previamente estipulada pela coordenação do projeto: “Os coordenadores do *Global Access to Justice Project* enviarão aos pesquisadores regionais e locais um questionário fornecendo uma estrutura comum para orientar a coleta e análise dos dados e, subsequentemente, a preparação dos relatórios locais. Essa estrutura comum garantirá uma abordagem consistente à coleta de dados e, ao mesmo tempo, facilitará a análise comparativa das descobertas da pesquisa, permitindo que pesquisadores do mundo todo trabalhem cooperativamente em uma empreitada conjunta, na qual diferentes sistemas jurídicos possam ser comparados e analisados com base em padrões comuns de desenvolvimento. Com base nos parâmetros identificados no questionário, cada pesquisador local preparará um relatório nacional detalhado sobre o acesso à justiça, indicando tendências gerais e potenciais desenvolvimentos relevantes para pesquisas futuras. Para suplementar esses relatórios locais e regionais, os Coordenadores Globais Temáticos prepararão, cada um, um relatório temático global, analisando temas abrangentes específicos do moderno movimento de acesso à justiça. Finalmente, os Coordenadores Gerais reunirão todas as informações coletadas e formularão um relatório geral condensando as conclusões finais do *Global Access to Justice Project*” (PATERSON, GARTH, ALVEZ, *et al*, 2020).

Sousa, Júlio Camargo de Azevedo, Pedro Lenza, Roberta Alvim e Susana Henriques da Costa.

No curso da pesquisa, no ano de 2017 foram levantados alguns dados sobre o panorama geral dos países participantes da pesquisa, sendo destacados os quesitos da incidência dos problemas legais nos últimos dois anos, a violência, o percentual de ação ou inação dos mecanismos alternativos de solução de conflitos, o *status* do problema (categoria), a percepção sobre o processo. No Brasil, foram analisados os dados coletados nas cidades de São Paulo, Rio de Janeiro e Salvador.

Figura 4: Incidência dos problemas legais no Brasil



Fonte: World Justice Project. General Population Poll, 2017: Global Insights on Access to Justice.

Conforme pode-se perceber, o Brasil possui um percentual alto de problemas legais, onde 69% da população teve problemas de natureza legal nos últimos dois anos. Os problemas resolvidos (que importam um universo de 68%) apresentaram como duração média o prazo de 5.85 meses e um índice de satisfação de 77% dos casos. Em contrapartida, os casos que não foram solucionados (32% dos casos) apresentam o baixo índice de satisfação de 22% e apenas 21% do total de casos não resolvidos tiveram auxílio do profissional que escolheram. Já no grupo que apresentou os problemas legais resolvidos, 54% deles tiveram o auxílio profissional

que desejaram, escolhendo o profissional livremente e de acordo com as suas conveniências e custos.

Dentre todos os cidadãos que tiveram problemas legais nos últimos dois anos, tenham sido eles resolvidos ou não, 28% deles apresentaram dificuldades na vida pessoal em razão dos impasses, 20% apresentaram *stress* acentuado, 12% perderam seus empregos ou foram transferidos, 7% noticiaram rompimento de relacionamentos e 2% informaram problemas com álcool e drogas.

Por certo, os impasses legais impactam diretamente na qualidade de vida das pessoas, pois são problemas de solução mais complicada que necessitam do auxílio de terceiros para que sejam resolvidos, como os advogados ou defensores públicos. Ainda, existe uma grande expectativa das partes depositada no Poder Judiciário, que muitas vezes em razão do elevado número de demandas que estão aguardando análise, acabam frustrando os anseios de uma rápida e justa solução.

4.5.1 Panorama geral da obra

No projeto que se encontra em desenvolvimento, há um panorama geral sobre o livro que será publicado em 2020. Será realizada uma releitura dos obstáculos vivenciados atualmente para a atualização das ondas renovatórias já identificadas no Projeto Florença de Acesso à Justiça.

No primeiro capítulo do estudo, será abordada a primeira onda de acesso à justiça que tratará dos custos para a resolução de litígios junto ao Poder Judiciário e os serviços assistenciais para os mais pobres e vulneráveis.

Por conseguinte, no segundo capítulo será abordada a segunda onda com enfoque nas estratégias contemporâneas para garantir a representação dos direitos difusos e/ou coletivos. No próximo será abarcado a terceira onda que engloba as iniciativas para aprimorar o procedimento e as instituições que compõem o sistema de processamento de litígios. Dentro deste capítulo, os temas pertinentes ao processo civil, processo penal, os métodos alternativos de resolução de conflitos, a simplificação legal e os atalhos no processo jurídico também serão abordados.

No capítulo 4, será abordada a quarta onda que consiste na ética das profissões jurídicas e no acesso dos advogados ao sistema de justiça. Em sequência, a quinta onda abordará o atual processo de internacionalização da proteção dos direitos humanos e a sexta tratará das iniciativas promissoras e das

novas tecnologias para aprimorar o acesso à justiça. Com o fim do estudo das releituras das novas ondas ou dimensões renovatórias, o estudo partirá para uma abordagem sociológica, depois para as necessidades jurídicas não atendidas e pela sociologia da injustiça, para após rumar para as dimensões culturais do problema de acesso e aprendizado dos povos das primeiras nações, finalizando com os tópicos da educação jurídica e com os esforços globais na promoção do acesso à justiça. Os próximos volumes dos livros abarcarão a divisão por continente participante do projeto e as suas respectivas perspectivas com relação ao acesso à justiça contemporâneo.

As releituras das três ondas renovatórias propostas por CAPPELLETTI (1988) e as novas ondas que estão sendo objetivo de estudo pelo projeto *Global Access to Justice* demonstram a possibilidade e a pertinência em se abordar temas correlatos com novas perspectivas de acesso à justiça, sejam elas consideradas novas ondas ou novas dimensões de interpretação.

4.5.2 O Direito Cuidativo e o projeto *Global Access to Justice*

O Direito Cuidativo está presente e caracterizado nas ondas já descritas por Cappelletti e também nas novas ondas que estão surgindo com o projeto global que serão ainda publicadas este ano.

Por primeiro, na primeira onda que é caracterizada pela preocupação com a assistência aos pobres e os vulneráveis, é fácil identificar que o Direito Cuidativo visa de início romper com as barreiras advindas da falta de recursos e da situação de vulnerabilidade que se encontram os pacientes, por estarem no curso de tratamentos de final de vida, típicos das doenças crônicas. Os pacientes atendidos pelo programa, muitas vezes apresentam a vulnerabilidade para além da relacionada com a sua saúde, mas também a vulnerabilidade financeira, sendo importante as atividades desenvolvidas pelo programa que propiciam atendimento judicial gratuito, por intermédio dos alunos do curso de direito e também dos professores da UFPEL.

Na perspectiva da segunda onda de acesso à justiça, marcada pela importância da defesa dos interesses difusos ou coletivos, se destaca a presença de demandas repetitivas na área da saúde que poderiam ser objeto de tutela coletiva através dos entes legitimados para tanto. Os pacientes em tratamento paliativos se

enquadram na segunda onda porque em determinados casos podem ser beneficiados com demandas coletivas, o que ensejaria apenas o ingresso do cumprimento de sentença individual através do Direito Cuidativo.

Na terceira onda que trata das iniciativas para aprimorar o procedimento e as instituições que compõem o sistema de processamento de litígios, se destaca o Projeto de Lei nº 8.058 que institui o processo de interesse público que também seria aplicado (quando aprovado) nos processos dos pacientes paliativos, pois os litígios na área da saúde sempre englobam os entes da administração. Se enquadrando, portanto, no procedimento diferenciado que será aplicado nesses casos e facilitará o andamento dos processos de forma mais ágil, pois propiciará a aproximação entre as partes no intuito de privilegiar a colocação de um fim ao litígio de forma cooperativa.

Na quarta onda marcada pela ética das profissões jurídicas e do ensino jurídico, o Direito Cuidativo se insere sobre a perspectiva de aproximação do aluno e, conseqüentemente, do advogado em formação da realidade de vida e do contexto destes pacientes que clamam urgentemente por ações rápidas e eficazes nas questões de saúde, o que enseja um olhar fraternal dos alunos, fortemente pautado na solidariedade, que aprendem o quão importante e ético deve ser o profissional quando tratar com estas peculiares e urgentes demandas. Demandas estas, que devem possuir como foco principal a prestação de determinada ação vinculada à saúde e não somente os honorários advocatícios.

Nessa linha, com relação a possibilidade de novos obstáculos de acesso à justiça e, conseqüentemente, de novas ondas renovatórias, já há estudos publicados, a exemplo da obra de Kim Economides (1999, p. 72) discípulo de Cappelletti, que defende a necessidade do enfrentamento de novos desafios para o operador do direito e a sua responsabilidade social, bem como as mudanças que poderiam iniciar a partir de modificações no ensino jurídico. O autor defende justamente a necessidade de criação de uma quarta onda neste sentido.

A essência do problema não estaria limitada apenas ao acesso dos cidadãos à justiça, mas incluiria também o acesso dos próprios advogados, motivo pelo qual a presença dos operadores do direito é relevância ímpar (ECONOMIDES, 1999, p.62)

Sobre o assunto, pontua ECONOMIDES (1999, p. 72):

O problema atual não é, simplesmente, medir o acesso dos cidadãos à justiça, lançando mão, por exemplo, do mapeamento de espaços na oferta

dos serviços jurídicos, mas, antes, abrir novas perspectivas na definição da própria justiça. Dessa forma, proponho uma mudança importante, passando das questões metodológicas para as epistemológicas ou, colocando de outra maneira, redirecionando nossa atenção, desviando-nos do acesso para olharmos para a justiça com novos olhos.

Com “novos olhos”, destaca-se a importância do acesso à justiça pensado de uma forma ágil e facilitada para este grupo de pacientes que se encontram no curso de tratamentos paliativos, uma vez que na perspectiva de CAPPELLETTI (1988, p. 11), nenhum direito será válido se o acesso à justiça para exigí-lo não seja garantido.

Na esteira da releitura feita pelo projeto Global de Acesso à Justiça através da quinta onda, resta evidente a proteção do direito humano à saúde, reconhecido internacionalmente como direito humano que deve ser protegido em caráter internacional (artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948).

No Direito Cuidativo, a sexta onda traz as novas tecnologias que devem ser empregadas no sistema informatizado com o objetivo de facilitar as demandas que tratem do direito à saúde dos pacientes em tratamento paliativo, facilitando a consulta nos bancos de dados para acessar os medicamentos que se encontram à disposição nas secretarias e os medicamentos que se encontram em falta e a sua respectiva previsão de chegada, auxiliando o profissional do direito no momento de propor (ou não) uma demanda judicial e possibilitando um diálogo mais próximo entre os entes da administração.

Deste modo, o Direito Cuidativo é um programa pertinente e que se encontra dentro do panorama proposto das novas ondas de acesso à justiça que já estão sendo estudadas em níveis mundiais. A importância do programa é indubitável, podendo ser aferida através dos dados coletados e destacados no tópico anterior.

O acesso à justiça necessita dessa constante análise e reflexão por meio de novas ondas que vislumbrem mudanças para superar os obstáculos encontrados por cidadãos que necessitam socorrer-se ao sistema de justiça para ter efetivado o seu direito fundamental à saúde. Novos programas que caminhem em conjunto com o Direito Cuidativo precisam ser implementados, uma vez que as novas e vindouras ondas renovatórias não podem ficar à par desse contexto de vulnerabilidade.

4.6 POR UMA TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA: SERIA POSSÍVEL PENSAR-SE EM UMA NOVA ONDA APLICADA NO CONTEXTO DOS PACIENTES PALIATIVOS?

Com relação aos pacientes em tratamento paliativo, seria possível defender a necessidade de uma nova onda de acesso à justiça? Neste tópico pretende-se aprofundar os parâmetros do direito fundamental de acesso à justiça relacionando-os com o contexto destes pacientes.

Segundo pesquisa realizada pelo Instituto de Ensino e Pesquisa para o Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2019) e divulgada em março de 2019, as demandas judiciais relativas à saúde cresceram 130% em dez anos. Os dados analisados englobaram os anos de 2008 e 2017, sendo que o número de processos judiciais nesse período aumentou na ordem de 50%.

Como resultados, a pesquisa apontou o setor de saúde como o responsável por 498.715 processos de primeira instância distribuídos em 17 tribunais de justiça estaduais e 277.411 processos de segunda instância, distribuídos entre 15 tribunais de justiça estaduais. Sob outro aspecto, esse elevado número de ações acaba refletindo no orçamento do Ministério da Saúde, que por sua vez, registrou um crescimento de aproximadamente 13 vezes nos gastos com demandas judiciais, totalizando o gasto de R\$ 1,6 bilhão em 2016 (CNJ, 2019).

Sendo assim, cumpre destacar que o elevado número de demandas acarreta no aumento dos gastos planejados pelo Ministério da Saúde, causando impactos diretos na qualidade dos serviços de saúde prestados à população. O segundo impacto que pode ser observado a partir deste aumento de ações é sentido no próprio Judiciário, que se vê abarrotado de processos que envolvem o direito social à saúde:

O estudo também aponta que, considerando a escala alcançada, a judicialização da saúde tornou-se relevante não apenas para o sistema de assistência à saúde, mas para o próprio Judiciário, que tem que lidar com centenas de milhares de processos, vários dos quais sobre temas recorrentes e quase sempre contendo pedidos de antecipação de tutela ou liminares (CNJ, 2019).

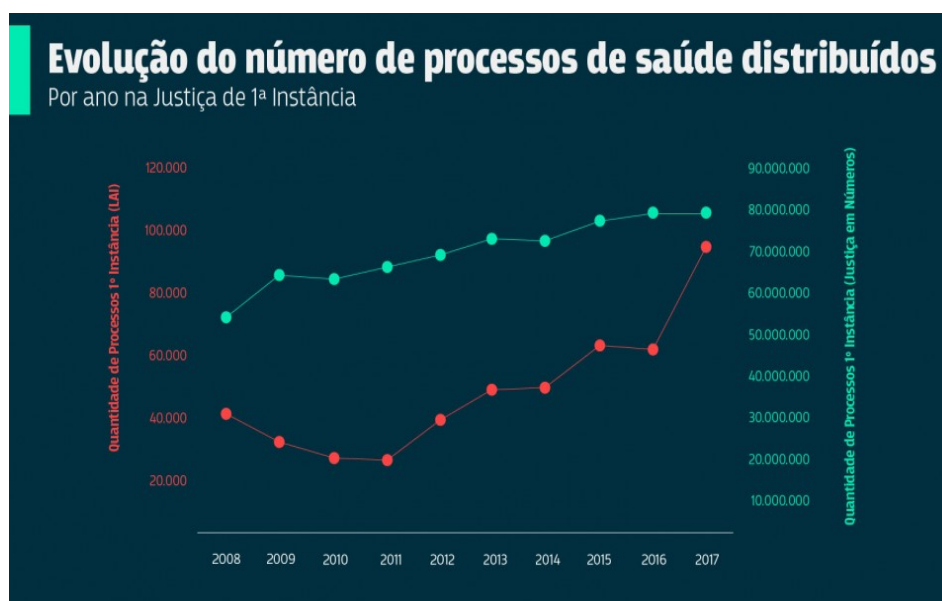
Nesse contexto, o mais espantoso é o fato de que a judicialização da saúde já completou mais de duas décadas mas o Estado que se diz tão onerado com esse fenômeno, nada ou praticamente nada fez para minimizá-lo, trazendo à tona outra

possível realidade: de que não estaria tão incomodado com os gastos que considera como excessivos no cumprimento das decisões judiciais na área da saúde. Por vezes, parece até mesmo que o Estado está conformado em não ter de assumir o papel de protagonista na efetivação dos direitos fundamentais (WAILLA, 2018, p. 58).

Outrossim, a referida pesquisa encontrou dados mais precisos dos que os apresentados no relatório Justiça em Números, em razão da maior partes das decisões judiciais não citar os órgãos que contabilizariam estas decisões, como os NATS e o Conitec (CNJ, 2019).

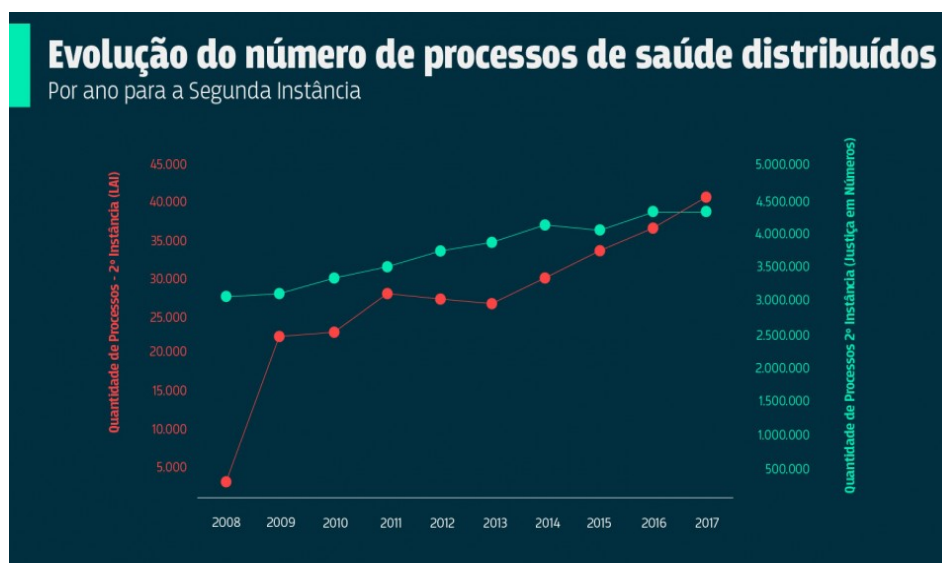
Nos gráficos abaixo, para uma melhor visualização do aumento da judicialização na área da saúde nas primeiras e segunda instâncias, nota-se a evolução do número destes processos com o passar dos anos, onde em vermelho constam os dados apurados pelo sistema Justiça em Números e em azul, os números obtidos por meio da Lei de Acesso à Informação (LAI):

Figura 5: Evolução do número de processos com a temática da saúde na primeira instância



Fonte: CNJ, 2019.

Figura 6: Evolução do número de processos com a temática da saúde na segunda instância



Fonte: CNJ, 2019.

O aumento dos processos na área da saúde evidencia a necessidade de o campo do direito como um todo estar preparado para lidar com estas ações de forma ágil e facilitada a toda a coletividade. Esses processos são peculiares e tratam de conflitos em que há envolvimento de interesse público.

Destarte, os processos que tratam de conflitos de interesse público são aqueles em que há o objetivo de implementação de direitos fundamentais de titularidade de toda a coletividade, colocando em xeque a atuação das grandes instituições ou serviços públicos. Os processos que envolvem o direito à saúde podem ser englobados neste conceito de conflitos de interesse público, tais como os referentes aos sistemas escolares, estabelecimentos carcerários, acesso ao transporte, moradia, saneamento e mobilidade urbana. Os litígios de interesse público são oriundos dessas áreas e começaram a ser implementados no direito norte americano a partir dos anos 50 do século passado (GRINOVER, 2017, p. 445).

A partir do processo denominado como *public law litigation* ocorre a criação de uma nova ótica processual, destinada não somente a resolver os litígios privados, mas os da maioria que também detivessem os mesmos direitos uma vez que “agora o diálogo que se estabelece no processo tem natureza infraconstitucional, envolvendo outros poderes estatais”.

A decisão nesses processos não visa apenas resolver o litígio aplicando o direito sobre os fatos passados mas possui uma projeção para o futuro, uma vez que a ordem do juiz não deve mais ser um “pague”, “faça”, mas deve indicar passos

necessários para que se obtenha o resultado pretendido pela sentença. Sentença, esta, que deve ser obtida através da construção do diálogo entre as partes e ainda, entre os poderes (GRINOVER, 2017, p. 445).

Sobre o assunto, COMPARATO (2011, p. 720) assevera:

Os autores não litigam por interesse próprio, mas agem sem mandato na defesa de interesses coletivos. O objetivo da demanda não é resolver um litígio composto de fatos já acontecidos, mas editar normas de conduta para guiar o comportamento do réu no futuro. O provimento judicial não é necessariamente imposto, mas com frequência negociado entre as partes. O juiz não decide questões de direito sobre a interpretação de normas jurídicas, mas soluciona problemas de natureza econômica ou social, com o auxílio dos mais diferentes expertos, para criar normas gerais a partir dos fatos presentes e da evolução previsível.

O processo deve ser compreendido como um meio de colaboração entre as partes, devendo inclusive, o cumprimento de sentença ser flexibilizado com a participação da administração através de planejamentos aprovados pelo juiz. Esse processo demanda uma participação mais ativa do juiz, bem como a utilização do método dialogal, quer abre margem para o diálogo entre os Poderes, o aumento da publicidade, da participação e transparência. Esse processo, segundo GRINOVER (2017, p. 446) ainda não existe formalmente, mas a jurisprudência de diversos países tem se esmerado em cria-lo, modificando o sistema processual clássico.

Esse novo modelo de processo já vem sendo aplicado na jurisprudência de diversos países⁴⁴, inclusive com a criação de um processo diferenciado para tratar das questões de saúde, como ocorreu na Colômbia. Outrossim, a Índia e a África do Sul acolhem também a possibilidade de controle jurisdicional das políticas públicas pelo denominado processo de interesse público. Nas palavras de GRINOVER (2017, p. 447): “E não é por acaso que a necessidade de controle se faça mais necessário em países emergentes, onde o Legislativo e o Executivo são frequentemente omissos e os direitos fundamentais sociais menos respeitados”.

⁴⁴ A exemplo da Argentina no caso emblemático conhecido como “Beatriz Mendonça” onde 44 empresas estariam descartando substâncias poluentes no rio, onde a Suprema Corte Argentina decidiu por flexibilizar o princípio preclusivo e requereu ao Estado a realização de planejamento integrado baseado no princípio da progressividade, objetivando a obtenção de objetivos de forma gradual, a partir de um cronograma. Em julho de 2008 sobreveio sentença que julgou a questão de forma definitiva e ainda, considerou a projeção da mesma para o futuro, fixando critérios gerais para o seu cumprimento. Outro exemplo ocorreu na Colômbia onde a partir da posição ativa do magistrado, houve a elaboração de jurisprudência sobre o problema carcerário experimentado por eles e a criação de um processo específico para tratar do direito à saúde (GRINOVER, 2017, p. 446-447).

No Brasil, tramita o Projeto de Lei n. 8.058/2014 preparado pelo Centro Brasileiro de Pesquisas e Estudos Judiciais, criado por Kazuo Watanabe e presidido na época por Ada Pellegrini Grinover que prevê um procedimento diferenciado para os processos que tratem do interesse público. O Projeto foi submetido a debates e encaminhado ao Congresso Nacional pelo deputado Paulo Teixeira.

Esse Projeto de Lei possui o intuito de regulamentar as demandas que tratem do controle e da intervenção do Poder Judiciário na área das políticas públicas, instituindo um novo sistema processual apto para resolvê-las. Nas palavras de GRINOVER, WATANABE e LUCON (2014) nas considerações apresentadas ao projeto:

É justamente este processo que o Projeto de lei n. 8058/2014 pretende instituir, regulamentando a função/atividade do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, fixando as balizas de sua atuação e orientando todos os protagonistas desse importante cenário (Judiciário, Executivo, partes, intervenientes, técnicos, assessores, executores e a população em geral), de modo a eliminar perplexidades e excessos e a introduzir um verdadeiro diálogo institucional e social.

No segundo artigo do projeto há a consagração dos princípios do atendimento ao bem comum⁴⁵ e o da universalidade das políticas públicas, que devem ser aplicados nos processos que tratem do controle jurisdicional das políticas públicas, que são uma inovação nos processos dessas matérias. Os outros princípios basilares constantes no artigo 2 do projeto também demonstram o caráter facilitador que este possui para reger essas demandas (Brasil, 2014):

Artigo 2. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário rege-se pelos seguintes princípios, sem prejuízo de outros que assegurem o gozo de direitos fundamentais sociais:

- I- proporcionalidade;
- II- razoabilidade;
- III- garantia do mínimo existencial;
- IV- justiça social;
- V- atendimento ao bem comum;
- VI- universalidade de políticas públicas;
- VII- equilíbrio orçamentário

Com a aprovação do projeto, os processos que tratarem de interesse público se revestirão de algumas características específicas, tais como a facilitação do diálogo institucional entre os Poderes, a intervenção no contraditório do Poder

⁴⁵ Segundo FINNIS (2007) o bem comum pode ser conceituado como: “um conjunto de condições que tornam aptos os membros de uma comunidade a alcançar por si mesmos objetivos razoáveis, ou realizar razoavelmente por si mesmos o(s) valor(es) pelos quais eles têm razão em colaborar uns com os outros (positiva e/ou negativamente) em uma comunidade.

Público e da sociedade, a abertura do diálogo entre o juiz e as partes, a cognição ampla e profunda do juiz através do assessoramento necessário para o conhecimento da relação fática e jurídica, a flexibilidade do procedimento que poderá ser modificado no decorrer do processo, tendência a resolução das questões através do consenso que serão executadas de comum acordo com o Poder Público, a adoção de medidas flexíveis e progressivas que se mostrem equilibradas e exequíveis flexibilizando o cumprimento das decisões, a possibilidade de acompanhamento do cumprimento das decisões por intermédio de pessoas físicas ou jurídicas que atuem sob a supervisão do juiz. Tais medidas estão dispostas no parágrafo único do projeto, nos itens de I a XI.

Sobre a pertinência do projeto, pontuam COSTA e FERNANDES (2017, p. 377):

A análise do referido projeto de lei, que no presente tramita na Câmara dos Deputados, é oportuna diante da necessidade de bem compreender a razão e a necessidade de delinear estratégias que visem modificar o sistema processual atual e adequá-lo a um cenário em que a interferência do Poder Judiciário em políticas públicas já se tornou uma realidade.

Outro ponto importante, é acerca da necessidade de realização de audiência de conciliação ou mediação quando o direito em debate for passível de transação (capítulo IV, §2º do Projeto de Lei nº 8.058/14). A necessidade de marcação de audiência prévia com motivação conciliatória alerta sobre a importância das partes se aproximarem e transigirem sobre o direito em questão, havendo a possibilidade de término do litígio de comum acordo.

No artigo 17 (BRASIL, 2014), há disposição de que a Fazenda Pública terá prazo diferenciado de 30 dias para contestar a demanda, sem quaisquer outros benefícios de prazo, seguindo o rito ordinário previsto no Código de Processo Civil vigente. Outrossim, caso o juiz julgue pertinente e as partes concordem, haverá a possibilidade para que em cada caso sejam estabelecidos os prazos processuais que entender mais adequados. Por certo, essa medida facilitaria o andamento dos processos de forma mais rápida e ágil.

Outro aspecto relevante é o trazido pelo artigo 20⁴⁶, onde é aberta a possibilidade para que o juiz altere a decisão na fase de execução com o objetivo de

⁴⁶ Art. 20. O juiz, de ofício ou a requerimento das partes, poderá alterar a decisão na fase de execução, ajustando-a às peculiaridades do caso concreto, inclusive na hipótese de o ente público promover políticas públicas que se afigurem mais adequadas do que as determinadas na decisão, ou

adequá-la as peculiaridades que se apresentarem na prática. Tal artigo abrange inclusive, a alteração da política pública previamente estabelecida caso a alternativa seja mais vantajosa e propicie um melhor resultado útil ao processo.

O artigo 23 do referido projeto traz a possibilidade de reunião dos processos em que tratem do mesmo tema, versem sobre os mesmos pedidos ou políticas públicas que se refiram ao mesmo ente público. Esse artigo possui a intenção de facilitar um julgamento mais equânime e igualitário a todos os processos que tratem do mesmo tema, tornando a decisão exequível. Em grau de recurso, também há a previsão desta possibilidade nos processos que objetivarem o controle judicial de determinada política pública relativa ao mesmo ente e que a decisão possa comprometer significativamente o orçamento.

Nos processos que tratam de políticas públicas há dificuldade na unificação dos dados relativos a eles, fazendo com que a administração não consiga incluir todas as decisões de cumprimento de sentença previstas em seu orçamento. Por certo, a falta de informação e a prolação de diversas decisões diferentes acabam se tornando uma surpresa para a administração, tornando ainda mais difícil o seu cumprimento. No início deste tópico, pode-se perceber que as bases de dados existentes atualmente expostos nas figuras 5 e 6 apresentam grande diferença (sistema Justiça em Números e os dados obtidos por meio da Lei de Acesso à Informação), não fornecendo dados precisos.

O Projeto de Lei nº 8.058/2014 ciente de tal discrepância, previu em seu artigo 26 a criação do Cadastro Nacional de Processos sobre Políticas Públicas com o objetivo de permitir que os órgãos do Poder Judiciário e os interessados tenham acesso a todas as informações relevantes. Pelo mesmo artigo, foi outorgada a incumbência de criação deste cadastro pelo Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2014).

A criação de um novo modelo processual se mostra importante para regular o procedimento utilizado nos processos da área da saúde. Neste contexto, GRINOVER (2017, p. 447) fundamenta que:

Seria oportuno regular, legislativamente, um novo processo destinado a disciplinar o controle jurisdicional de políticas públicas, com as características supraindicadas, o que daria maior equilíbrio no embate entre os poderes, com o compromisso da busca de soluções consensuais,

se esta se revelar inadequada ou ineficaz para o atendimento do direito que constitui o núcleo da política pública deficiente (BRASIL, 2014).

propiciando mais segurança ao juiz para chegar a decisões que não dirimam o conflito olhando para o passado, mas que se projetam para o futuro.

Inclusive, no artigo 28 do projeto em tramitação⁴⁷ estabeleceu-se as balizas para que o jurisdicionado possa pleitear individualmente a implementação dos direitos sociais, incumbindo ao juiz analisar o caso concreto para conceder a tutela pretendida se o pleito versar sobre direitos relacionados ao mínimo existencial ou bem da vida garantido por norma constitucional. Outros dois requisitos ainda são acrescentados para o deferimento da medida: a razoabilidade do pedido e a irrazoabilidade da conduta da Administração (BRASIL, 2014).

Foi elaborada uma proposta de substitutivo do Projeto de Lei nº 8.058/2014 por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Paulo Henrique dos Santos Lucon (GRINOVER; WATANABE; COSTA, 2017), onde foram realizadas algumas sugestões de alterações no projeto anteriormente proposto. Uma dessas propostas de alterações se encontra no artigo 28⁴⁸ onde seu *caput* passaria a vigorar no parágrafo primeiro, uma vez que no *caput* ficaria o esclarecimento de que a via processual adequada para o controle jurisdicional de políticas públicas é a coletiva, tendo seu processamento prioridade com relação as demandas individuais. Na proposta de alteração⁴⁹, após esse esclarecimento do *caput* o parágrafo primeiro explicitaria os requisitos com os quais poderia uma ação individual seguir o seu curso até obter o respectivo provimento jurisdicional (GRINOVER; WATANABE; COSTA, 2017, p. 626):

O dispositivo, da forma em que era redigido poderia ser acoimado de inconstitucional, por coibir o acesso à justiça para a defesa de direitos subjetivos individuais. Sugere-se, assim, que a obtenção da tutela individual

⁴⁷ O projeto se encontra na Comissão de Finanças e Tributação desde o dia 07.11.2014, onde encerrado o prazo para a proposição de emendas, nenhuma emenda foi apresentada. No momento, encontra-se aguardando parecer do Relator na referida comissão (CFT). Após, o parecer o projeto será encaminhado à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados para após, seguir seu trâmite no Senado Federal. (BRASIL, 2014).

⁴⁸ Artigo 28. Na hipótese de ações que objetivam a tutela de direitos subjetivos individuais cuja solução possa interferir nas políticas públicas de determinado setor, o juiz somente poderá conceder a tutela na hipótese de se tratar do mínimo existencial ou bem da vida assegurado em normal constitucional de forma completa e acabada, nos termos do disposto no parágrafo 1º e do art. 7º, e se houver razoabilidade do pedido e irrazoabilidade da conduta da Administração (BRASIL, 2014).

⁴⁹ Na proposta de alteração, o parágrafo primeiro do artigo 27 substituiria a redação do *caput* do artigo 28, ficando desta maneira: “Nas demandas que objetivem a tutela de direitos subjetivos individuais, que possam interferir nas políticas públicas de determinado setor, a parte, para obter a tutela, deverá comprovar que o bem pretendido integra, no caso concreto, o mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de maneira completa e acabada, nos termos do disposto no parágrafo 1º do art. 6º e que existe razoabilidade do pedido e irrazoabilidade da conduta da Administração (GRINOVER; WATANABE; COSTA, 2017).

seja condicionada à comprovação da presença dos dois requisitos, acrescidos do pré-requisito da razoabilidade. Afinal, a garantia de acesso à justiça (inc. XXXV do art. 5º da CF) deve fazer-se pela via mais adequada, coletiva ou individual, conforme o caso. Só assim o acesso à justiça pode efetivamente transformar-se em acesso à ordem jurídica justa, na feliz expressão de Kazuo Watanabe.

Um exemplo importante de ações coletivas na área da saúde, seriam aquelas propostas com o objetivo a aprovação pela Anvisa de um novo medicamento para que a partir disso, possa iniciar a distribuição gratuita pelo SUS (GRINOVER; WATANABE; COSTA, 2017, p. 630). A via coletivista trazida pelo Projeto de Lei 8.058/2014 para tratar do direito à saúde agilizaria muitas demandas e evitaria com que todos os cidadãos individualmente precisarem ingressar na justiça para se beneficiarem, o que demanda gasto de tempo, dinheiro e ainda, abarrotava o Judiciário com tantas ações de mesmo cunho. Com relação a falta de incentivo na eleição da via coletiva, ressaltam Ada Pellegrini Grinover (GRINOVER; WATANABE; COSTA, 2017, p. 637):

As ações coletivas beneficiam a justiça e a coletividade, como foi visto acima, mas não aos advogados. Como poderiam eles ajuizar milhares ou milhões de demandas individuais (como acontece na judicialização da saúde, por exemplo) visando a um objetivo comum, qual seja o pedido de aprovação de um medicamento mais benéfico pela Anvisa e sua distribuição pelo SUS? Uma única ação coletiva resolveria o problema, privando os advogados de seus honorários por milhares de causas esfaceladas.

Contudo, acrescenta:

Mas pode-se admitir que é possível conciliar o interesse público com o interesse dos advogados. Talvez tenha faltado, no dispositivo, ressaltar a recompensa monetária para o advogado que moveu a ação individual convertida em coletiva. [...] E quem sabe se a disseminada aversão a processos coletivos possa ceder em tempos não muito distantes (GRINOVER; WATANABE; COSTA, 2017, p. 637-638).

O acesso pela via coletiva demonstra a característica massificada da maior parte dos direitos sociais perquiridos judicialmente, uma vez que não são direitos de um ou de outro, mas direitos de todos. Mauro Cappelletti em sua obra *Vindikating the public interest through the courts: a comparativist's contribution* deixa clara a tendência da massificação: *“More and more frequently, because of the ‘massification’ phenomena, human actions and relationships assume a collective, rather than a merely individual, character; they refer to groups and categories, and classes of people,*

*rather to one or a few individuals alone*⁵⁰” (GRINOVER; WATANABE; COSTA, 2017, p. 73).

Na sequência, Cappelletti afirma que é necessário abandonar o individualismo e deixar de lado o conceito de litígio essencialmente individualista do *laissez-faire* do século XIX, um conceito que concede o direito de processar, se é que é o caso, unicamente ao sujeito agredido pessoalmente por seus próprios direitos individuais estritamente definidos (GRINOVER; WATANABE; COSTA, 2017, p. 74).

Desta forma, resta nítida a importância de considerar-se as ações coletivas como um meio apto para buscar a efetivação dos direitos sociais, de titularidade de toda a sociedade. Ao contrário, de aguardar para que cada indivíduo, de forma individual, precise percorrer todo o desgastante caminho da efetivação de seus direitos.

Ainda mais, pensando na realidade dos pacientes em tratamento paliativo, que já detém grandes dificuldades cotidianas e muitas vezes dificuldades de locomoção também. Em nosso ordenamento pátrio ainda não existem mecanismos aptos a tratarem especificamente deste público, nem a organização de um procedimento específico com ritos processuais mais céleres e colaborativos entre os entes da administração. É neste contexto, que se destaca cada vez mais a importância da instituição de um processo diferenciado e adaptado à realidade do cidadão vulnerabilizado pela doença crônica, que detenha a força processual adequada para travar o embate com os entes administrativos.

A efetivação dos direitos sociais pela via do Judiciário é uma realidade presente tanto em nosso país quanto em outros que ainda estão em desenvolvimento. Todas as constituições devem se basear na Declaração Internacional dos Direitos Humanos, positivando esses direitos nas suas respectivas cartas constitucionais.

Porém, é indubitável que a mera positivação dos direitos está bem longe do seu efetivo cumprimento e efetivação, destacando-se a importância dos mecanismos processuais previstos no Projeto de Lei aptos a resolverem este impasse de forma

⁵⁰ Tradução da citação direta na língua portuguesa: Mais e mais frequentemente, por causa do fenômeno da massificação, ações humanas e relacionamentos assumem o caráter coletivo ao invés do caráter meramente individual, eles se referem a grupos, categorias e a classes de pessoas, ao invés de um ou outros indivíduos separadamente.

mais colaborativa e adequada com o orçamento de cada país. É interesse público: da administração e do povo.

Sendo assim, as expectativas de neutralidade da atividade jurisdicional juntamente com o pressuposto de que o juiz deve estar limitado a aplicação das normas legislativas elaboradas de forma democrática, não responderia aos questionamentos sobre a efetividade das normas jurídicas ou à possibilidade de observância dos seus preceitos no âmbito da vida social (CIARLINI, 2013, p. 94).

Neste cenário, se destaca a importância da persecução judicial de determinados direitos para que eles possam ser efetivados, o que demanda um papel mais ativo do juiz. Inclusive, mostra-se possível afirmar que a democratização da política acaba criando demandas jurídicas de proteção dos cidadãos, tendo em vista os direitos constitucionalmente assegurados. Essa inter-relação recíproca entre os sistemas político e jurídico determina a democratização da política⁵¹ e a positividade do direito, pressupostos indispensáveis para a existência de um regime democrático porque é a partir dessa interferência que a Constituição passa a ser compreendida com um sentido político e um sentido jurídico (LUHMANN, 2005, p. 364).

Outro ponto que merece destaque, consta nas justificativas apresentadas no seio do referido Projeto de Lei, marcado pela realidade cotidiana dos tribunais brasileiros, uma vez que o controle judicial das políticas públicas é uma realidade presente no âmbito do Poder Judiciário. Ainda, embora algumas limitações sobre esse tema já tenham sido objeto de delineamento pelo Supremo Tribunal Federal, onde houve a fixação de limites a este controle e a construção de princípios sobre a matéria, ainda permanecem dúvidas na prática, das quais os juízes enfrentam dificuldades práticas para decidir esses assuntos de relevante importância social (BRASIL, 2014).

O projeto tenta solucionar esse impasse delineando os princípios que devem ser utilizados nos casos práticos e também facilitam a condução dos processos pelos juízes, que terão acesso aos dados unificados sobre o assunto tratado:

⁵¹ A postura dos legisladores frente a defesa de determinados grupos menores que porventura, não sejam de sua corrente partidária, será possivelmente a de descaso. Já o juiz, possui o papel de atuar em defesa do texto constitucional, sem qualquer tipo de distinção. A respeito, para DWORKIN (1999, p. 449): “os legisladores foram eleitos, e precisam ser reeleitos, por uma maioria política tendem mais a tomar o partido de tal maioria em qualquer discussão séria sobre os direitos de uma minoria contrária; se se opuserem com uma excessiva firmeza aos desejos da maioria, esta irá substituí-los por aqueles que não se opõem”.

É preciso fixar parâmetros seguros para o juiz e para as partes e é preciso, principalmente, criar um novo processo, de cognição e contraditório ampliados, de natureza dialogal e colaborativa, com ampla intervenção do Poder Público e da sociedade, ou seja, um novo processo adequado à tutela jurisdicional dos chamados conflitos de ordem pública (BRASIL, 2014).

Somente desta maneira, a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas não criará problemas de difícil reversão pela administração e para a população, pois será possibilitado ao juiz julgar com mais tranquilidade após ter conhecimento de todos os dados referentes ao caso que está lidando, sem precisar se substituir ao administrador. Por sua vez, a execução⁵² também deverá ser flexível, de modo que possa existir de fato efetividade na decisão prolatada (BRASIL, 2014).

Conforme defende o autor CAPPELLETTI (1999, p. 74) é necessário que o Judiciário seja ativo, pois esta é a instituição indispensável na atividade de interpretação de normas que possuem caráter “vago, fluído e programático” quando outorgam direitos à população.

Muitas críticas existem no que toca a esse papel mais ativo dos juízes, porém algo que deve ser ressaltado é que esse ativismo não pode ser confundido com a realização da atividade legislativa ou executiva por eles, tendo em vista que o tribunal possui uma posição passiva⁵³ com relação aos conflitos que lhes são apresentados. Os autores propõem as ações tomando a iniciativa de levar a juízo determinada questão, e ao juiz, cabe somente a atitude passiva de outorgar o provimento jurisdicional que lhe é incumbido (CAPPELLETTI, 1999, p. 76).

Com relação a essa posição passiva assumida pelos juízes, conclui o autor CAPPELLETTI (1999, p. 76):

As virtudes passivas ou limites processuais que tão profundamente diferenciam o processo jurisdicional do que natureza política, e, ao mesmo tempo constituem não só os limites fundamentais como também a grande única força daquele processo. Na minha opinião, ninguém veria qualquer degeneração do procedimento legislativo ou administrativo se os legisladores ou administradores estivessem profundamente envolvidos e verdadeiramente interessados como partes, nas matérias por eles reguladas, por representarem pessoas ou grupos, delas se fazendo defensores, por não concederem audiência aos interesses de pessoas e

⁵² Para auxiliar o juiz no cumprimento da sentença, há a previsão da figura de uma pessoa ou de algum ente colaborativo (denominado de comissário). Essa nomenclatura foi inspirada no Código de Processo Administrativo Italiano, em seus artigos 21 e 114, §3º, “d”. Essa função também existe no ordenamento norte-americano (BRASIL, 2014).

grupos contrapostos, por darem, enfim, início aos seus procedimentos sem atender ao pedido do sujeito ou grupo interessado.

Na sequência, o autor (CAPPELLETTI, 1999, p. 92) afirma que a criatividade dos juízes possui parâmetros previamente estabelecidos:

Trata-se, em minha opinião, de problema que não pode resolver com um claro sim ou não à criatividade dos juízes. Tal criatividade, - oi, para ser mais preciso, alto grau de criatividade, pois bem vimos como se trata essencialmente de problema apenas de natureza quantitativa - de tempo e lugar, de cultura, de necessidade reais de determinada sociedade, circunstâncias, de mais a mais, de organização e estrutura das instituições e, não por último, dos tipos de magistratura que exercem tal atividade. Limitar-me-ei, por ora, a sugerir que o bom juiz é consciente das limitações e fraquezas acima analisadas, sensível às muitas circunstâncias capazes de aconselhar circumspecta prudência em determinadas épocas, domínios e casos, e pelo contrário, dinâmico atrevimento em outros.

Desta maneira, para que os juízes possam julgar os casos que lhes são apresentados com a máxima ciência do impacto que a decisão trará para a administração e, conseqüentemente, para a efetivação de outras políticas públicas que dependam do orçamento, é necessário que exista uma base de dados para que os juízes consigam consultar antes de prolatarem a decisão, para que possam estar cientes dos meios que serão necessários para o seu cumprimento. Diversas dificuldades práticas rondam os corredores dos tribunais responsáveis por tornar determinada norma programática uma realidade para as partes.

Essas dificuldades podem ser exemplificadas como a falta de informações e dados, a falta de assessoria especializada e a falta de contato entre os entes da própria administração encarregados da determinada política pública com o Judiciário. Tudo isso acaba culminando com o ingresso de milhares de ações individuais que acabam adentrando a seara das políticas públicas.

A criação de um novo processo, mais adequado e eficaz para tratar destes temas é necessidade urgente em nosso sistema Judiciário, tendo em vista que a falta de parâmetros e de colaboração entre as partes tornam esse processo mais demorado, extenso, e muitas vezes sem o resultado prático efetivo.

Outro aspecto que merece destaque no projeto é que ele já vem sendo implementado de forma semelhante em outros países, auxiliando o juiz para que ele não seja um substitutivo do administrador:

Mais recentemente, foram incorporadas ao projeto as últimas experiências de tribunais da Argentina, da Colômbia e dos Estados Unidos da América, que indicam o caminho a ser seguido pelo Poder Judiciário, em estreito

contato com o Poder Público, para a construção do consenso ou a formulação de comandos flexíveis e exequíveis, que permitam o controle da constitucionalidade e a intervenção em políticas públicas, evitando que o juiz se substitua ao administrador (BRASIL, 2014).

A importância do caráter colaborativo entre os entes da administração com a abertura de amplo diálogo institucional objetivando solucionar por completo o litígio, é uma das principais características do Projeto que trata do processo estrutural (também denominado de processo para solução de conflitos de interesse público).

Embora o referido projeto ainda esteja em tramitação no Congresso Nacional desde o ano de 2014, é possível verificar-se atualmente algumas iniciativas de órgãos e entes da federação com o intuito de estabelecer a prática de diálogo e colaboração recíprocos para a solução dos impasses travados entre os entes na área da saúde.

Deste modo, algumas práticas neste sentido já estão sendo implementadas em alguns estados do país.

No estado da Bahia, foi implementada uma Câmara de Conciliação da Saúde, da qual fazem parte o Tribunal de Justiça, a Secretaria de Estado da Saúde, a prefeitura, a Procuradoria Geral do Estado, o MPE, a DPE e a DPU. Essa câmara utiliza o sistema de mediação com o objetivo de diminuir a judicialização desnecessária, resolvendo os casos que não precisam ser levados até o Judiciário para a sua resolução. Como resultado estimado deste trabalho em equipe, analisou-se uma diminuição de cerca de 80% dos processos judiciais envolvendo a temática (CNJ, 2019).

Já no estado de São Paulo, existe uma parceria entre a Secretaria de Saúde do Estado e a Procuradoria Geral do Estado denominado através do programa informatizado chamado de S-Codes, onde é possível realizar o acompanhamento dos pedidos de medicamentos e insumos, bem como do programa ACESSA SUS que realiza a integração entre as instituições de saúde e o Judiciário por intermédio de triagem administrativa das solicitações com potencial de se tornarem ações judiciais e também serve de orientação para o magistrado através de assessoria técnica (CNJ, 2019).

No estado do Pará, existe um núcleo de ações judiciais na Secretaria da Saúde e uma diretoria administrativa financeira que adquire os medicamentos, que por sua vez, acabam sendo o maior fato gerador de ações judiciais no Estado. Existe um diálogo entre a Secretaria da Saúde e a Procuradoria Geral do Estado.

Soluções São buscadas através desta comunicação aproximada, com o objetivo de atender as demandas que pleiteiam medicamentos e com isso, evitar possíveis bloqueios orçamentários. A facilitação na concessão dos medicamentos se dá em razão de um contrato com um fornecedor que entrega os medicamentos solicitados em até 10 dias e ainda, a implementação da política de descontos em alguns medicamentos (CNJ, 2019).

No sul do país, no estado do Rio Grande do Sul, há a realização de uma triagem administrativa de pedidos em conjunto com a Defensoria Pública do Estado por meio de acesso ao sistema eletrônico o da Secretaria de Saúde sobre a disponibilidade de medicamentos. Esse sistema facilita a informação acerca da disponibilidade dos medicamentos antes do ingresso da ação judicial. De acordo com o levantamento, somente 15% das demandas em saúde na capital se tornam pedidos judiciais (CNJ, 2019).

O debate sobre a implementação ações que facilitem o acesso a medicamentos, seja anterior (preferível) ou posterior ao ingresso judicial, mostra-se extremamente relevante para a efetivação do direito à saúde, que é dever do Estado.

Nas palavras do corregedor nacional de Justiça, o Ministro Humberto Martins (CNJ, 2019):

São temas sensíveis e que refletem complexos debates jurídicos em nossas cortes de Justiça. Por isso mesmo, essa iniciativa do CNJ, que conta com o apoio do Hospital Sírio-Libanês, do SUS e do Ministério da Saúde, faz parte das ações do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde, e materializará, ao final, a edição de novos enunciados como também proporcionará aos magistrados, servidores, profissionais e acadêmicos interessados uma visão atualizada dentro dos temas sob enfoque.

Com relação às inúmeras ações que são depositadas no Judiciário brasileiro com a temática do direito à saúde, o resultado dessas ações em primeira instância na justiça estadual do estado de São Paulo, evidencia que a maior parte das ações ajuizadas são julgadas procedentes (74%) (CNJ, 2019).

Para ter-se uma ideia do volume de ações que perpassam o tema da saúde, colaciona-se abaixo os cinco tópicos que representam o conjunto de decisões de primeira instância de São Paulo, onde o tamanho das palavras representa o seu peso em cada tópico.

O Tópico 1 trata do tema de fornecimento de medicamentos e tratamento. Este tópico não se distingue muito do Tópico 4, que também traz os mesmos termos

com destaque, mas acrescenta com maior destaque o termo “constituição”. O tópico 5 possui grande ênfase nos termos saúde, estado, direito e medicamentos.

Outrossim, pode-se perceber que a linha de argumentação predominante privilegia a natureza pública do serviço de saúde, mesmo quando esse serviço é provido de forma privada por meio de um contrato entre beneficiários e operadoras de planos de saúde (CNJ, 2019, p. 81).

Com relação a litigiosidade específica do estado do Rio Grande do Sul, assim como no Estado de São Paulo, a judicialização da saúde é marcada por uma predominância de casos individuais envolvendo medicamentos fora das listas e protocolos do SUS, possuindo como polo passivo na maior parte das vezes a Secretaria Estadual de Saúde (CNJ, 2019).

A judicialização da saúde no estado⁵⁴ é uma das mais antigas no país. Em 2017, o Rio Grande do Sul contava com um acervo de 90 mil processos ativos, em sua maioria nas comarcas do interior. A Defensoria Pública é a principal proponente de ações judiciais, em geral de cunho individual e com altos índices de resolução em favor dos demandantes.

Com relação às demandas coletivas, estas são raras no estado. De acordo com o desembargador Schulze, há muito volume de pedidos e jurisprudência consolidada contra o estado que levaram a incorporação de medicamentos, mesmo que eles estejam fora da lista. Em geral, os pedidos de incorporação são feitos pelo Ministério Público Federal, enquanto a Defensoria Estadual atua em demandas individuais (CNJ, 2019).

Os estudos relacionados a judicialização da saúde trazem à tona a questão do acesso à justiça, tema deste ensaio. A necessidade do ingresso judicial para as questões de saúde se dá na maior parte das vezes por questões que seriam meramente organizacionais do Poder Público, mas que acabam gerando desespero dos usuários que necessitam com urgência dos referidos procedimentos:

[...] filas para a realização de simples exames de diagnósticos, para atendimento com especialistas, ou para a aquisição de medicamentos, bem como a carência de leitos, especialmente os de Unidade de Tratamento Intensivo (UTI), ocasionam, no mais das vezes, a judicialização de demandas por serviços de saúde em nada se parece com um benefícamento torpe dos cidadãos mais aligeirados e que acorreram ao

⁵⁴ Nesta parte, o CNJ nesta se utiliza dos dados coletados pelos seguintes autores: BIEHL, João, AMON, Joseph A., SOCAL, Mariana P., PETRYNA, Adriana na obra *Between the court and the clinic: Lawsuits for medicines and the right to health in Brazil. Health and Human Rights*. Vol. 14, No. 1, Junho 2012.

Poder Judiciário, mas representam o seu último recurso em defesa da própria vida (WAILLA, 2018, p. 92).

O estudo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2019) também analisa a hipótese de os mecanismos destinados à ampliação do acesso refletirem-se no perfil das demandas judiciais nos casos de saúde.

Deste modo, a litigiosidade em termos de processos que tratem do direito à saúde só tem aumentado ao longo dos anos, sendo necessário pensar-se em mecanismos que propiciem um acesso constitucionalmente adequado. Mostra-se necessário refletir acerca da efetividade das decisões prolatadas, das dificuldades enfrentadas pela maior parte da população para ter o efetivo acesso, das possibilidades de diálogo entre os entes da administração e os demandantes, na maior parte das vezes assistidos pela Defensoria Pública ou pelos núcleos de Assistências Jurídicas das faculdades de direito.

É inegável a premissa de que o acúmulo de processos que tratam desta temática tão importante e crucial - do direito à saúde – maculem a imagem de justiça que os cidadãos possuem, uma vez que acabam por se sentir desprotegidos pelo sistema político e também, pelo sistema Judiciário em razão das formalidades e dificuldades no acesso. Neste sentido, bem observa MANGABEIRA UNGER⁵⁵:

É possível, assim, explicar uma experiência básica e comum na sociedade moderna que, de outro modo, seria incompreensível: a sensação de estar-se rodeado da injustiça, ao mesmo tempo em que não se sabe onde a justiça está. Esta situação é o lado mais político daquele sentimento mais geral de arbitrariedade e até mesmo de absurdo que gradualmente penetra a consciência de todos os grupos.

Pensando em populações onde a fragilidade é ainda maior, pois existe a característica da vulnerabilidade econômica e também da vulnerabilidade acentuada de saúde, esse problema torna-se ainda mais visível. Como ocorre no caso dos pacientes que se encontram em tratamento paliativo.

É a partir deste recorte que se aborda no presente trabalho a possibilidade de uma nova onda de acesso à justiça. Uma onda destinada a enxergar com maior igualdade e proximidade os problemas enfrentados por estes pacientes quando necessitam ingressar perante o Judiciário para pleitearem seus tratamentos, medicamentos, quimioterapias, radioterapias, dentre outros.

⁵⁵ A versão original do livro neste ponto referido é norte-americana é do ano de 1977. Assim como algumas obras densas e importantes, embora tenha se passado 30 anos de sua edição, o livro permanece oportuno. Mangabeira elegeu a ordem jurídica para aproximar natureza humana, história, ordem social, método, de modo a enfrentar questão central, relativa à modernidade.

O desafio atual do sistema de justiça não é a criação de novos direitos ou a elaboração destes, mas a criação de mecanismos que possam tornar efetivos os direitos já existentes. CAPPELLETTI (1988) em sua obra de acesso à justiça já evidenciava essa preocupação com relação a efetividade dos direitos proclamados e consagrados constitucionalmente. Muitos deles com caráter apenas político e programático, pois na prática o Estado não se preocupou em criar meios ou métodos diferenciados para efetiva-los.

A sugestão de uma nova onda para tratar de um novo movimento à efetivação do direito à saúde, principalmente dos grupos mais vulneráveis pode causar estranheza. Na verdade, poderia ser compreendido como uma “nova onda de acesso à justiça” uma nova perspectiva colaborativa, que deve ser urgentemente instituída entre os entes da administração, de modo que as partes possam ser ouvidas com atenção e buscadas todas as soluções possíveis para colocar um fim ao conflito.

A um conflito que não é literalmente um conflito. Conflitos em que há apenas a negativa por parte da administração para ganhar tempo de incluir determinada demanda no próximo orçamento, ou no outro, o protelar simplesmente por protelar. Para ganhar tempo.

É hora de reverter-se esse jogo, de dar atenção às demandas em que ao fim e ao cabo, o único direito que realmente será efetivado é o direito à vida, a partir das concessões dos medicamentos e tratamentos adequados ao caso. O Judiciário não pode ser mais um problema para essa população vulnerável submetida a tratamentos paliativos. Pensa-se que, ao menos este grupo deva merecer uma atenção mais do que peculiar, para não tardar a prestação jurisdicional e ter que obrigatoriamente haver a extinção dos processos em razão da morte do requerente.

Uma nova onda de acesso à justiça é a realização de uma nova leitura dos dispositivos e das instituições existentes que tratam do assunto, e a partir disso, devem ensejar um olhar crítico acerca da realidade por eles experimentada, o que significa um acesso facilitado por serviços adequados e ágeis (Serviços de Assistência Jurídica) e procedimentos adaptados à natureza dos conflitos de saúde, indubitavelmente direcionados contra o Poder Público das três esferas administrativas.

Indubitavelmente, o Direito Cuidativo executado pelo Serviço de Assistência Jurídica Gratuita da Universidade Federal de Pelotas é um componente pequeno

desta engrenagem de mudanças que precisam urgentemente ocorrer. A partir destas mudanças necessárias na área da saúde, pode-se levantar o questionamento acerca da possibilidade de efetivação do acesso à justiça de pacientes que se encontram em tratamento paliativo na cidade de Pelotas/RS, através do referido programa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa analisou as perspectivas de acesso à justiça de grupos vulneráveis submetidos a tratamentos paliativos, tendo como base dois direitos fundamentais e humanos de robusta importância: o direito à saúde e o direito de acesso à justiça.

No Estado Democrático de Direito é importante pensar-se para além da positivação dos direitos, devendo haver uma preocupação em torná-los efetivos a todos, pois nada adianta vê-los ocupando posição prestigiada nos ordenamentos se, na prática, os cidadãos acabam não conseguindo atingi-los.

Muitas vezes, isso é o que ocorre com o direito à saúde, que se encontra previsto na Carta Magna da República em seus artigos 6º 196 e em patamar internacional é considerado um direito humano, conforme preceitua o artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Sendo assim, nos países em desenvolvimento e em especial, no Brasil, é muito comum a mera proclamação de direitos que acabam não sendo efetivados na prática. Ao menos não em sua totalidade. Tal situação clama por uma resposta urgente do Poder Público, seja através da instituição de políticas públicas para torna-los efetivos, seja através da imposição de meios coercitivos através do Poder Judiciário.

Por certo, a efetivação dos direitos sociais gera um custo elevado para o Estado, mas com certeza, esse custo é ainda mais elevado para os cidadãos que presenciam a sua saúde sendo tolhida em razão de negativas injustificáveis por parte do Poder Público.

Algumas são as saídas para este impasse, mas a que trará mais resultado no momento é a procura da efetivação do direito à saúde através do acesso à justiça, mediante o ingresso de ações junto a Poder Judiciário.

O acesso à justiça é um direito fundamental e encontra-se previsto no rol do artigo 5º, inc. XXXV da Constituição Federal, onde há a previsão da proteção jurisdicional de lesão ou ameaça a direito. Esse direito, não raras as vezes acaba sendo a única porta para efetivar direitos igualmente importantes, tais como o direito à saúde.

Nesta perspectiva, o acesso à justiça pode ser considerado o mais básico de todos os direitos uma vez que é através dele que será possível efetivar uma gama incontável de outros direitos.

É no seio da justiça, que demandas e mais demandas são propostas visando a efetivação do direito à saúde, onde são pleiteados medicamentos, tratamentos quimioterápicos, colocação de próteses, pedidos de realização de cirurgias, dentre outros.

As demandas na área da saúde são em sua maioria urgentes e demandam muita atenção dos profissionais que com elas lidam, pois para além dos processos existem vidas aguardando providências por parte do Estado. Nesta esteira, pergunta-se: quais demandas poderiam ser consideradas como a urgência das urgências?

Na resposta de tal questionamento é que se destaca o grupo de pacientes que se encontram em tratamentos paliativos. As demandas não farão com que eles possam recuperar a saúde, ao menos não mais, mas poderão propiciar um final de vida de acordo com o valor supremo da dignidade da pessoa humana, insculpido no artigo 1º, inc. III da Constituição Federal da República.

Sendo assim, esse grupo de pacientes possuem vulnerabilidades que ultrapassam a característica da vulnerabilidade econômica ou social, pois se encontram em situação de vulnerabilidade acentuada, tendo em vista que não necessitam de tratamentos para alcançar a cura, mas sim, para obter qualidade de vida.

Desta forma, considerando que a condição de saúde destes pacientes é marcada por doenças crônicas que não possuem cura, é possível que os sintomas sejam suavizados através de tratamentos específicos para cada caso. Frente as comuns negativas do Poder Público, insere-se a necessidade de ingressar no Judiciário para que eles possam passar os últimos momentos de suas vidas com mais dignidade. Neste ponto é que entra a importância do Direito Cuidativo.

Conforme visto ao longo deste ensaio, o Direito Cuidativo é uma ação participante do Projeto Unidade Cuidativa mantido pela Universidade Federal de Pelotas em parceria com o Sistema Único de Saúde que visa fornecer assessoria jurídica gratuita para quaisquer tipos de demandas que estes pacientes possam enfrentar em razão da sua condição de saúde.

A vulnerabilidade experimentada pelos pacientes atendidos no Direito Cuidativo ultrapassa a vulnerabilidade da saúde, mas perpassa as vulnerabilidades econômicas e também sociais.

Através da coleta empírica de dados, pode-se perceber que a maior parte das demandas propostas por estes pacientes através do Direito Cuidativo, tratam da efetivação do direito à saúde, em um contexto que se destaca a importância da concessão das tutelas de urgência.

Esses pacientes necessitam de um olhar individualizado nas questões que envolvem o acesso à justiça, de modo que este não seja mais um problema a ser vivenciado por eles, mas que seja uma certeza de que obterão atendimento jurídico caso o necessitem na própria Unidade Cuidativa, onde recebem seus tratamentos. Inclusive, em alguns casos específicos onde os pacientes apresentarem dificuldades de locomoção, haverá a possibilidade de atendimento à domicílio pelo grupo de integrantes do Direito Cuidativo.

A importância do projeto Direito Cuidativo para efetivação do direito à saúde dos pacientes através do acesso à justiça restou corroborada com a coleta empírica de dados. Na esteira do que lecionava Cappelletti, é necessário pensar-se em maneiras para ultrapassar-se os obstáculos que se colocam no caminho para perquirir os direitos. O Direito Cuidativo surge exatamente neste ínterim, visando promover o acesso de forma facilitada, igualitária e ágil a estes pacientes.

Dos obstáculos identificados no Projeto Florença, onde as possíveis soluções foram apontadas através das denominadas ondas renovatórias, pode-se concluir que a ação Direito Cuidativo é uma das novas perspectivas de acesso à justiça pensada exclusivamente nos pacientes que se encontram em tratamento paliativo.

No teor da primeira onda renovatória estudada por Cappelletti, onde é evidenciada a necessidade de ultrapassar-se a barreira econômica para obter o acesso, demonstra-se com o presente estudo que o Direito Cuidativo possibilita tal superação, uma vez que atende a população de forma gratuita e individualizada, superando a barreira de vulnerabilidade econômica e demonstrando a importância do direito à saúde como um direito de todos os cidadãos indistintamente.

Destarte, conforme a segunda onda renovatória de acesso à justiça identificada pelo autor que reside na necessidade de instauração de um procedimento coletivo para perquirir determinados direitos, refere-se que este

obstáculo ainda se encontra pendente de regulamentações legislativas. Isso porque, as Assistências Jurídicas das Universidades não detêm legitimidade ativa para propor tais ações de modo que pudessem estas serem intentadas nos processos do Direito Cuidativo.

É neste eixo que se destaca a importância da tramitação legislativa do Projeto de n. 8.058/2014 que trata do Processo de Interesse Público, pois possibilitaria a transformação de ações individuais em ações coletivas quando tratassem do mesmo assunto, de modo que todos os cidadãos teriam a mesma resposta jurisdicional.

Além, é claro, da agilidade que traria em razão da desnecessidade do acúmulo de inúmeras ações perante o Poder Judiciário que tratassem da mesma questão. Economizando tempo e dinheiro de todos os envolvidos, sejam eles partes ou membros da administração. Sendo assim, seria possível focar nas soluções e não somente no problema, um a um, individualmente considerado.

Outras importantes colaborações seriam trazidas aos processos de saúde através do referido Projeto, tais como a aproximação das partes, a instauração de um procedimento colaborativo entre os entes públicos e as partes, a criação de um sistema de dados unificados relativos às políticas e a possibilidade de flexibilização dos comandos sentenciais do modo mais adequado no momento de seu cumprimento.

A aprovação deste Projeto de Lei regulamentaria, portanto, as demandas que abordassem o controle e a intervenção do Poder Judiciário na área das políticas públicas, instituindo um novo sistema processual apto para resolvê-las.

A terceira onda renovatória trazida por Cappelletti diz respeito a realização de melhorias nos procedimentos do processo civil, de modo que pudesse ser outorgada atenção especial a grupos mais vulneráveis e a implementação de práticas conciliatórias que prezem pelo diálogo e pela conversa entre as partes. O Direito Cuidativo outorga atenção especial e individualizada a grupos extremamente vulneráveis, que se encontram no curso de tratamento paliativo, superando os obstáculos previstos nesta onda, portanto.

Sendo assim, os obstáculos identificados nesta onda, puderam ser superados através da ação Direito Cuidativo, pois nas ações que tratam do direito à saúde não há conflito propriamente dito, mas um “ganho de tempo” por parte do

Estado que nega determinada prestação administrativamente, estando ciente de que na justiça haverá a obrigatoriedade da concessão.

Uma quarta onda de acesso à justiça foi pensada por Kim Economides e diz respeito às reformas no ensino jurídico, para possibilitar a formação de profissionais mais competentes e preparados para a atuação prática.

Neste contexto, não restam dúvidas quanto à adequação do projeto Direito Cuidativo à mesma, uma vez que os atendimentos são realizados por grupos de alunos da Faculdade de Direito da UFPEL sensíveis às realidades destes pacientes e supervisionados pela coordenação do SAJ, de forma que aprendam a ter um olhar mais fraterno e comprometido com as realidades.

Outrossim, cabe mencionar que novas ondas de acesso à justiça estão sendo pensadas a nível mundial através do projeto *Global Access to Justice*, coordenado por Bryan Garth, que busca identificar novos obstáculos de acesso à justiça nas sociedades contemporâneas atualmente, o que demonstra a pertinência do presente estudo, que pautou-se em novas perspectivas de acesso à justiça através do projeto Direito Cuidativo.

Indubitavelmente, o presente estudo não teve como objetivo esgotar a temática do acesso à justiça para a efetivação do direito à saúde, mas de chamar a atenção para a realidade peculiar experimentada por estes pacientes quando necessitam ingressar com ações perante o Poder Judiciário para terem o seu direito à saúde de fato, respeitado.

Desta forma, o Projeto Direito Cuidativo é um exemplo de que é possível pensar-se em novas perspectivas para um acesso à justiça constitucionalmente adequado a estes pacientes.

Por certo, a caminhada neste sentido está apenas iniciando através da formação de profissionais sensíveis com a realidade vivenciada pelo outro e aptos para pensarem em diferentes alterações procedimentais e práticas para atendê-los, pois conforme assevera BOFF (2014, p. 38-39): “O cuidado entra na natureza e na constituição do ser humano. O modo-de-ser cuidado revela de maneira concreta como é o ser humano. Sem o cuidado, ele deixa de ser humano”.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis**. Porto Alegre: editora Dom Quixote, 2011.

ACADEMIA NACIONAL DE CUIDADOS PALIATIVOS. **Comunicado – Resolução sobre Política Nacional de Cuidado Paliativo para o SUS**. Publicado em 31.10.2018. Disponível em: <https://paliativo.org.br/comunicado-6/>. Acesso 22 fev. 2019.

AITH, Fernando; SCALCO, Nayara. Direito à saúde de pessoas em condição de vulnerabilidade em centros urbanos. Revista da USP: São Paulo. n. 107. Out/nov/dez, 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Luiza Berg. **Duração razoável dos processos judiciais de saúde: Tramitação preferencial e efetividade da prestação jurisdicional**. Tese de Doutorado. Universidade Católica de Pelotas – UCPEL: 2017.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Jurisp. Mineira, Belo Horizonte, a. 60, nº 188, p. 29-60, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/516/1/D3v1882009.pdf>. Acesso 12 nov. 2019.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Código de Processo Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004.

BIEHL, João, AMON, Joseph A., SOCAL, Mariana P., PETRYNA, Adriana. ***Between the court and the clinic: Lawsuits for medicines and the right to health in Brazil***. *Health and Human Rights*. Vol. 14, No. 1, Junho 2012.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOFF, Leonardo. **Saber Cuidar. Ética do humano-compassão pela terra**. Petrópolis: Vozes, 2014.

BRASIL. **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 09 dez. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso 05 fev. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.080 de 19 de Setembro de 1990. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso 20 fev. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso 11 fev. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de Julho de 1991. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso 01 mar. 2020.

BRASIL. INSTITUTO DO CÂNCER DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Direitos sociais dos pacientes com câncer**. Disponível em: < <http://www.icesp.org.br/espaco-do-paciente/direitos-sociais-do-paciente-com-cancer> >. Acesso 11 fev. 2019.

BRASIL. INSTITUTO NACIONAL DO CÂNCER - INCA. (2018). **Cuidados paliativos**. Seção Gestor e Profissional de Saúde. Disponível em: <https://www.inca.gov.br/controle-do-cancer-do-colo-do-utero/acoes-de-controle/cuidados-paliativos>. Acesso 19 fev. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, 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 01 dez. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.008 de 29 de julho de 2009. **Altera os arts. 1.211-A, 1.211-B e 1.211-C da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, e acrescenta o art. 69-A à Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, a fim de estender a prioridade na tramitação de procedimentos judiciais e administrativos às pessoas que especifica.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12008.htm. Acesso 01 dez. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 55, de 24 de fevereiro de 1999. **Dispõe sobre a rotina do Tratamento Fora de Domicílio no Sistema Único de Saúde - SUS, com inclusão dos procedimentos específicos na tabela de procedimentos do Sistema de Informações Ambulatoriais do SIA/SUS e dá outras providências.** Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/1999/prt0055_24_02_1999.html. Acesso 11 fev. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 3.150, de 12 de Dezembro de 2006. **Institui a Câmara Técnica em Controle da Dor e Cuidados Paliativos.** Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/MatrizesConsolidacao/comum/13107.html>. Acesso 20 fev. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria Nº 874, de 16 de Maio de 2013. **Institui a Política Nacional para a Prevenção e Controle do Câncer na Rede de Atenção à Saúde das Pessoas com Doenças Crônicas no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).** Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt0874_16_05_2013.html. Acesso 21 fev. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Resolução nº 41, de 31 de Outubro de 2018. **Dispõe sobre as diretrizes para a organização dos cuidados paliativos, à luz dos cuidados continuados integrados, no âmbito Sistema Único de Saúde (SUS).** Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_27731747_RESOLUCAO_N_41_DE_31_DE_OUTUBRO_DE_2018.aspx. Acesso 2 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3943.** Relatora: Ministra Carmem Lúcia. Julgado em 07.05.2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2548440>. Acesso 04 mar. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Sistema Único de Saúde (SUS): estrutura, princípios e como funciona.** Disponível em: <http://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>. Acesso: 17 nov. 2019.

BRASIL. Projeto de Lei nº 8.058/2014. **Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758&fichaAmigavel=nao>. Acesso 17 fev. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança de n. 6.564/RS.** Relator: Ministro Demócrito Reinaldo. Julgado em 23.05.1996. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3613247/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-6564-rs-1995-0068782-8>. Acesso 01 nov. 2019.

BRANDÃO, Rodrigo. **São os direitos sociais cláusulas pétreas? Em que medida?** In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Tradução de Ellen Gracie. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Traduzido por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

CIARLINI, Álvaro Luis de A.S. **Direito à saúde: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição.** São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso: 10 fev. 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. Novas funções judiciais no Estado Moderno: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. Vol. 4. Ed. Maio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – CRM. **Resolução nº 1.805/2006**. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm. Acesso 21 fev. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – CRM. Resolução nº 1.995/2012. **Dispõe sobre as diretrizes antecipadas de vontade dos pacientes**. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995_2012.pdf. Acesso 21 fev. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Agência CNJ de Notícias. **Demandas judiciais relativas à saúde crescem 130% em dez anos**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/demandas-judiciais-relativas-a-saude-crescem-130-em-dez-anos/>. Acesso 19 jan. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em Números**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso: 03 dez. 2019.

COSTA-CORRÊA, André L.; SILVIO, Solange Almeida Holanda. (organizadores) Sociedade e Estado: do direito de defesa às garantias fundamentais do cidadão frente ao Estado. In: MAIA, Maurilio Casas. **A Defensoria Pública enquanto institucionalização constitucional da Defesa dos vulneráveis frente à Ordem Jurídica e aos Poderes Públicos**. Porto Alegre: editora Paixão, 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 6. Ed. Bahia: Editora Podivm, 2011.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: editora Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ECONOMIDES, Kim. **Ethical challenges to legal education and conduct**. Oxford: Hart, 1998.

ECONOMIDES, Kim. **Lendo as ondas do ‘Movimento de Acesso à Justiça: epistemologia versus metodologia?’** *In*: Cidadania, Justiça e Violência ed. D. Pandolfi *et al.* Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Lei nº 15.277, de 31 de janeiro de 2019. **Institui a Política Estadual de Cuidados Paliativos e dá outras providências**. Disponível em: <https://www.diariooficial.rs.gov.br/materia?id=235238>. Acesso 22 fev. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. Principia Iuris. **Teoria del diritto e della democrazia**. Editora Laterza: Roma, 2007.

FINNIS, John. **Lei natural e direitos naturais**. Tradução: Leila Mendes. São Leopoldo: Unissinos, 2007.

FRIPP, Julieta Carriconde. **Internação domiciliar e cuidados paliativos para pacientes oncológicos no município de Pelotas/RS**. Dissertação de Mestrado Profissionalizante em saúde pública baseada em evidências. Universidade Federal de Pelotas – UFPEL: 2009. Disponível em: <http://www.epidemioufpel.org.br/uploads/teses/dissert%20fripp.pdf>. Acesso 19 fev. 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo e COSTA, Susana Henriques da. **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo e COSTA, Susana Henriques da. O processo para solução de conflitos de interesse público. *In*: CAPPELLETTI, Mauro. ***Vindikating the public interest through the courts: a comparativist's contribution***. Salvador: Editora Juspodivm, 2017

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo e COSTA, Susana Henriques da. O processo para solução de conflitos de interesse público. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz. **Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo e COSTA, Susana Henriques da. O processo para solução de conflitos de interesse público. *In*: COSTA, Susana Henriques da; FERNANDES, Débora Chaves Martines. **Processo coletivo e**

controle judicial de políticas públicas – relatório Brasil. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo e COSTA, Susana Henriques da. O processo para solução de conflitos de interesse público. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini. **Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil.** Salvador: Editora Juspodivm, 2017

GOMES, Ana Luisa Zaniboni; OTHERO, Marília Bense. **Cuidados paliativos.** São Paulo, v. 30, n. 88, p. 155-166, Dec. 2016 . Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142016000300155&lng=en&nrm=iso. Acesso 18 fev. 2019.

KANT, Immanuel. **Filosofia da História.** Tradução: Eugenio Imaz. Fundo de Cultura Econômica: México, 1891.

LEÃO, Lidiane Nascimento. **Direito à saúde e políticas públicas.** Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2017.

LUHMANN, Niklas. *Acoplamientos Estructurales.* In: LUHMANN, Niklas. **El derecho y la sociedad.** Traduzido por Javier Torres Nafarrete. México: Editorial Herder, 2005.

LUÑO, Antonio-Enrique Perez. **Los Derechos Fundamentales.** 7. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1998.

MANGABEIRA UNGER, Roberto. **O direito na sociedade moderna.** Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARINONI, Luiz; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados.** Vol. III. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINI, Sandra Regina. **Sistema da saúde e transformação social.** *In*: MARTINI, Sandra Regina (coordenadora); FALER, Camila Susana [et al]. Saúde, direito a transformação social: um estudo sobre o direito à saúde no Rio Grande do

Sul. Coleção direito a transformação social. Vol. II. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

MARTINI, Sandra Regina; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona; RIBEIRO, Darci Guimarães (org.). Acesso à justiça I. Florianópolis: CONPEDI, 2018. In: SANTOS, Karinne Emanuela Goettems dos; NARDELLO, Patrícia Brusamarello. **As ondas renovatárias de acesso à justiça à luz da tradição Gadameriana**. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/34q12098/6tp3x9v4/02NpVeSbkGxjtcFG.pdf>. Acesso 17 jan. 2020.

MASSAU, Guilherme Camargo. **A reorientação do princípio republicano a partir da solidariedade: o cosmopolitismo na coisa pública**. Tese de Doutorado. Universidade do Vale dos Sinos: 2011. Disponível em: <http://repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3769/GuilhermeCamargoMassauDireito.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso 23 fev. 2019.

MAZZILLI, Hugo. **I Ciclo de Palestras sobre o novo Código de Processo Civil Promovido pela Associação Paulista do Ministério Público**. Disponível em: http://www.mazzilli.com.br/pages/informa/pro_col_CPC_15.pdf. Acesso 06 dez. 2019.

MESSITE, Peter. **Assistência judiciária no Brasil: uma pequena história**. Seminário Nacional do Direito Comparado. Rio de Janeiro, maio de 1968. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/707/663>. Acesso 09 dez. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O futuro da Justiça: alguns mitos**. In: Temas de direito processual. São Paulo: editora Saraiva, 2004.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2008.

ONCOGUIA, Instituto. **Taxa de Sobrevida para Câncer de Mama**. Disponível em: <http://www.oncoguia.org.br/conteudo/taxa-de-sobrevida-para-cancer-de-mama/6563/264/>. Acesso 02 dez. 2019

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Orientação do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Observação Geral n. 9. Item 10.** 1998. Disponível em: <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/06/Compilation-of-HR-instruments-and-general-comments-2009-PDHJTimor-Leste-portugues.pdf>. Acesso 09 nov. 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial da Saúde de 1946.** 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-omswho.html>. Acesso 12 fev. 2019.

PATERSON, Alan; GARTH, Bryant; ALVES, Cleber Francisco; *et al.* Global Access to Justice Project. **Uma nova pesquisa global.** Disponível em: <http://globalaccesstojustice.com/?lang=pt-br>. Acesso 22 fev. 2020.

PIOVESAN, Flavia; STANZIOLA VIEIRA, Renato. **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no o Brasil: desafios e perspectivas.** Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades. vol. 8. núm. 15. España: Universidad de Sevilla, 2006.

POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos.** São Paulo: Saraiva, 2010.

ROJO, Raul Enrique. **La Justicia em democracia.** Sociologias (UFRGS). Porto Alegre, v.2, n.3, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade.** 12ª ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça.** 3ªed. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Karinne Emanoela Goettems dos. **Processo Civil e Litigiosidade: Para além da Jurisdição dos conceitos sem coisas.** Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2016.

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

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html. Acesso em: 10 out. 2019.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético Jurídicos**. Disponível em: www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/17-a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos/a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos-daniel-sarmento.pdf. Acesso em 09 nov.2019.

SILVA, Luís Praxedes Vieira da. Acesso à justiça: benefício da gratuidade e assistência judiciária. Revista da Esmafe: 5ª Região. Tiragem maio/ago. Recife: ESMAFE, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3a ed., 2a tiragem, 1999.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais**. in: Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmento, Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE GERIATRIA E GERONTOLOGIA. Comissão Permanente de Cuidados Paliativos. (2014-2016). **Vamos falar dos cuidados paliativos**. Disponível em: <https://sbgg.org.br/wp-content/uploads/2015/05/vamos-falar-de-cuidados-paliativos-vers--o-online.pdf>. Acesso 20 fev. 2019.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. Porto Alegre: Sociologias, n. 16, jul/dez, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16>. Acesso 13 fev. 2020.

STURZA, Janaína Machado; SIPPERT, Evandro Luis. **O acesso ao direito humano à saúde na era da globalização: a ineficácia do estado na prestação de direitos e a (des)necessária judicialização.** Vol.10. Faculdade Damas: *Duc in altum* cadernos de direito, 2019. Disponível em: <https://www.faculadadedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/view/976>. Acesso 10 jan. 2020.

STURZA, Janaína Machado; MARTINI, Sandra Regina. **Direitos Humanos: saúde e fraternidade.** O movimento entre os saberes: a Transdisciplinaridade e o Direito. Volume XI. 1. ed. Porto Alegre: Evangraf, 2019.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PELOTAS – UFPEL. **Visão e Missão da Unidade Cuidativa.** Faculdade de Medicina: Centro Regional de Referência em Cuidados Paliativos, 2015. Disponível em: <https://wp.ufpel.edu.br/cuidativa/visao/>. Acesso 29 fev. 2020.

UGARTE, Olivia. **Contexto normativo dos cuidados paliativos no SUS. Monografia de especialização de saúde coletiva e educação na saúde.** Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. 2014. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/114783>. Acesso 21 fev. 2019.

WAILLA, Liane de Alexandre. **SUS – Sistema Único de Saude: Conquistas, desafios políticos e bioética.** Curitiba: editora Juruá, 2018.

WATANABE, Kazuo. **Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas.** In: WATANABE, Kazuo (Coord.), Juizados Especial de pequenas causas. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985, p. 2

WORLD JUSTICE PROJECT. **General Population Poll, 2017: Global Insights on Access to Justice.** Disponível em: https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP_Access-Justice_April_2018_Online.pdf. Acesso 24 fev. 2020.

WHO (World Health Organization). **National Cancer control Programmes: Policies and managerial guidelines world.** 2002. Disponível em: <https://www.who.int/cancer/media/FINAL-PalliativeCareModule.pdf>. Acesso fev. 2019.

WHO (World Health Organization). **Global Atlas of Palliative Care at the End of Life.** Worldwide palliative care alliance. January, 2014. Disponível em: https://www.who.int/nmh/Global_Atlas_of_Palliative_Care.pdf. Acesso 19 fev. 2019.

VENTURA, Miriam; *et al.* **Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde.** Disponível em: https://www.scielo.org/scielo.php?pid=S0103-73312010000100006&script=sci_arttext&lng=pt. Acesso 09 dez. 2019.

VICENSI, Maria do Carmo. *Et al.* Florianópolis: Conselho Regional de Enfermagem de Santa Catarina: Letra Editorial, 2016.

YARSHELL, Fávio Luiz. **A assistência judiciária sob o ângulo do requerido.** São Paulo: Revista do Advogado, jun. 2000.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.** 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ANEXO

ANEXO A - PROJETO DE LEI N. 8.058, DE 2014
(Do Sr. Paulo Teixeira)

Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1o. Esta lei institui o processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências.

CAPÍTULO I
DOS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Art. 2o. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário rege-se pelos seguintes princípios, sem prejuízo de outros que assegurem o gozo de direitos fundamentais sociais:

- I- proporcionalidade;
- II- razoabilidade;
- III- garantia do mínimo existencial;
- IV- justiça social;
- V- atendimento ao bem comum;
- VI- universalidade das políticas públicas;
- VII- equilíbrio orçamentário

Parágrafo único. O processo especial para controle jurisdicional de políticas públicas, além de obedecer ao rito estabelecido nesta Lei, terá as seguintes características:

- I – estruturais, a fim de facilitar o diálogo institucional entre os Poderes;
- II - policêntricas, indicando a intervenção no contraditório do Poder Público e da sociedade;
- III – dialogais, pela abertura ao diálogo entre o juiz, as partes, os representantes dos demais Poderes e a sociedade;
- IV – de cognição ampla e profunda, de modo a propiciar ao juiz o assessoramento necessário ao pleno conhecimento da realidade fática e jurídica;
- V – colaborativas e participativas, envolvendo a responsabilidade do Poder Público;
- VI – flexíveis quanto ao procedimento, a ser consensualmente adaptado ao caso concreto;
- VII – sujeitas à informação, ao debate e ao controle social, por qualquer meio adequado, processual ou extraprocessual;
- VIII – tendentes às soluções consensuais, construídas e executadas de comum acordo com o Poder Público;
- IX – que adotem, quando necessário, comandos judiciais abertos, flexíveis e progressivos, de modo a consentir soluções justas, equilibradas e exequíveis
- X – que flexibilizem o cumprimento das decisões;

XI– que prevejam o adequado acompanhamento do cumprimento das decisões por pessoas físicas ou jurídicas, órgãos ou instituições que atuem sob a supervisão do juiz e em estreito contato com este.

CAPÍTULO DA COMPETÊNCIA E DA PETIÇÃO INICIAL

II

Art. 3o. É competente para o controle judicial de políticas públicas a justiça ordinária, estadual ou federal, por intermédio de ação coletiva proposta por legitimado estabelecido pela legislação pertinente, ressalvadas as hipóteses de cabimento de ações constitucionais.

Parágrafo único. Para a implementação ou correção de política pública é admissível qualquer espécie de ação ou provimento.

Art. 4o. A petição inicial obedecerá aos requisitos previstos no Código de Processo Civil e deverá indicar com precisão a medida necessária para implementação ou correção da política pública, bem como a autoridade responsável por sua efetivação.

Parágrafo único. A petição inicial indicará a pessoa jurídica de direito público à qual pertence a autoridade responsável pela efetivação da política pública, e em razão desta será determinada a competência.

Art. 5o. Se a autoridade se der por incompetente, deverá declinar a que entender competente, que será igualmente notificada para a fase preliminar, de acordo com o disposto no art. 6o.

CAPÍTULO DA FASE PRELIMINAR

III

Art. 6o. Estando em ordem a petição inicial, o juiz a receberá e notificará o órgão do Ministério Público e a autoridade responsável pela efetivação da política pública, para que esta preste, pessoalmente e no prazo de sessenta dias, prorrogável por igual período, informações detalhadas que deverão contemplar os seguintes dados da política pública objeto do pedido, os quais constarão do mandado:

- I – o planejamento e a execução existentes;
- II – os recursos financeiros previstos no orçamento para sua implementação;
- III – a previsão de recursos necessários a sua implementação ou correção;
- IV– em caso de insuficiência de recursos, a possibilidade de transposição de verbas;
- IV – o cronograma necessário ao eventual atendimento do pedido.

Art. 7o. Se o pedido envolver o mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de maneira completa e acabada, o juiz poderá antecipar a tutela, nos termos do art. 273 do Código de Processo Civil, estando nessa hipótese dispensadas as informações a respeito dos incisos II, III e IV do artigo 6o.

Parágrafo único. Considera-se mínimo existencial, para efeito desta lei, o núcleo duro, essencial, dos direitos fundamentais sociais garantidos pela Constituição Federal, em relação ao específico direito fundamental invocado, destinado a assegurar a dignidade humana.

Art. 8o. Se não prestadas as informações indicadas no caput, o juiz aplicará à autoridade responsável as sanções previstas no Código de Processo Civil, podendo convocá-la pessoalmente para comparecer a juízo.

§ 1o Na prestação de informações, a autoridade responsável pela execução da política pública poderá servir-se de assessores técnicos especializados.

§ 2o O juiz poderá utilizar técnicos especializados para assessorá-lo na análise das informações, sem prejuízo de consulta a órgãos e instituições do ramo (parágrafo único do art. 28).

Art. 9o. Se considerar as informações insuficientes, o juiz, de ofício ou a requerimento do autor ou do Ministério Público, quando este não for autor, poderá solicitar esclarecimentos e informações suplementares, a serem prestadas em prazo razoável, fixado pelo juiz, bem como designar audiências, em contraditório pleno, inclusive com a presença dos técnicos envolvidos, para os mesmos fins.

Art. 10. Caso tenha por esclarecidas as questões suscitadas na fase preliminar, o juiz poderá designar audiências públicas, convocando representantes da sociedade civil e de instituições e órgãos especializados.

Parágrafo único. Admite-se na fase preliminar e no processo judicial a intervenção de amicus curiae, pessoa física ou jurídica, que poderá manifestar-se por escrito ou oralmente.

CAPÍTULO

DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Art. 11. As partes poderão, de comum acordo, submeter o conflito ao juízo arbitral, observado o disposto na legislação em vigor ou à mediação ou conciliação judiciais ou extrajudiciais.

§ 1o A qualquer tempo e em qualquer fase e grau do processo, a autoridade judiciária poderá propor às partes que se submetam à mediação ou conciliação, conduzidas por mediadores e conciliadores devidamente capacitados, nos termos da legislação em vigor.

§ 2o A audiência de mediação ou conciliação será obrigatória quando se tratar de direito passível de transação.

§ 3o A remuneração dos mediadores e conciliadores e seus direitos e obrigações serão regidos pela legislação em vigor.

Art. 12. A qualquer momento as partes poderão transigir sobre o cumprimento da obrigação, sua modalidade e seus prazos, ouvido o Ministério Público ou o Defensor Público, conforme o caso.

Parágrafo único. A transação, homologada pelo juiz, terá efeito de título executivo judicial e, assinada pelos transatores e pelo Ministério

Público, de título executivo extrajudicial.

Art. 13. O Ministério Público ou outros órgãos públicos legitimados às ações coletivas poderão tomar da Administração ou do ente privado termo de ajustamento de conduta sobre o cumprimento da obrigação, sua modalidade e seus prazos, que, em caso de existência de processo,

somente terá eficácia após manifestação do autor.

Parágrafo único. O termo de ajustamento de conduta terá natureza jurídica de transação, submetendo-se à regra do parágrafo único do art. 12.

CAPÍTULO DO PROCESSO JUDICIAL

Art. 14. Não havendo acordo, o juiz examinará, em juízo de admissibilidade, a razoabilidade do pedido e da atuação da Administração, podendo extinguir o processo com resolução do mérito ou determinar a citação

do representante judicial da autoridade competente para apresentar resposta.

Parágrafo único. Extinto o processo, serão intimados da sentença o autor, a autoridade responsável e a pessoa jurídica de direito público a que esta pertence.

Art. 15. Determinada a citação, a autoridade responsável pela política pública continuará vinculada ao processo, inclusive para os fins do disposto no artigo 21.

Art. 16. Todos os elementos probatórios colhidos na fase preliminar, em contraditório, serão aproveitados no processo judicial, devendo o juiz privilegiar o julgamento antecipado da lide sempre que possível.

Art. 17. O prazo para contestar será de 30 (trinta) dias, sem outros benefícios de prazo para a Fazenda Pública, observando o processo, no que couber, o rito ordinário previsto no Código de Processo Civil, com as modificações com que o juiz e as partes concordarem, para melhor adequação ao objeto da demanda.

Art. 18. Se for o caso, na decisão o juiz poderá determinar, independentemente de pedido do autor, o cumprimento de obrigações de fazer sucessivas, abertas e flexíveis, que poderão consistir,

exemplificativamente, em:

I – determinar ao ente público responsável pelo cumprimento da sentença ou da decisão antecipatória a apresentação do planejamento necessário à implementação ou correção da política pública objeto da demanda, instruído com o respectivo cronograma, que será objeto de debate entre o juiz, o ente público, o autor e, quando possível e adequado, representantes da sociedade civil.

II – determinar ao Poder Público que inclua créditos adicionais especiais no orçamento do ano em curso ou determinada verba no orçamento futuro, com a obrigação de aplicar efetivamente as verbas na implementação ou correção da política pública requerida.

§ 1º O juiz definirá prazo para apresentação do planejamento previsto no inciso I de acordo com a complexidade da causa.

§ 2º O planejamento será objeto de debate entre o juiz, o ente público, o autor, o Ministério Público e, quando possível e adequado, representantes da sociedade civil.

§ 3º Homologada a proposta de planejamento, a execução do projeto será periodicamente avaliada pelo juiz, com a participação das partes e do Ministério Público e, caso se revelar inadequada, deverá ser revista nos moldes definidos no parágrafo 2º.

Art. 19. Para o efetivo cumprimento da sentença ou da decisão de antecipação da tutela, o juiz poderá nomear comissário, pertencente ou não ao Poder Público, que também poderá ser instituição ou pessoa jurídica, para a implementação e acompanhamento das medidas necessárias à satisfação das obrigações, informando ao juiz, que poderá lhe solicitar quaisquer providências.

Parágrafo único. Os honorários do comissário serão fixados pelo juiz e custeados pelo ente público responsável pelo cumprimento da sentença ou da decisão de antecipação da tutela.

Art. 20. O juiz, de ofício ou a requerimento das partes, poderá alterar a decisão na fase de execução, ajustando-a às peculiaridades do caso concreto, inclusive na hipótese de o ente público promover políticas públicas que se afigurem mais adequadas do que as determinadas na decisão, ou se esta se revelar inadequada ou ineficaz para o atendimento do direito que constitui o núcleo da política pública deficiente.

Art. 21. Se a autoridade responsável não cumprir as obrigações determinadas na sentença ou na decisão de antecipação de tutela, o juiz poderá aplicar as medidas coercitivas previstas no Código de Processo Civil, inclusive multa periódica de responsabilidade solidária do ente público descumpridor e da autoridade responsável, devida a partir da intimação pessoal para o cumprimento da decisão, sem prejuízo da responsabilização por ato de improbidade administrativa ou das sanções cominadas aos crimes de responsabilidade ou de desobediência, bem como da intervenção da União no Estado ou do Estado no Município.

Art. 22. Quando o controle da política pública não for objeto específico da ação, mas questão individual ou coletiva suscitada no processo, o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, poderá instaurar incidente que obedecerá ao disposto nos artigos 18 a 22.

CAPÍTULO DA REUNIÃO DOS PROCESSOS EM PRIMEIRO GRAU

Art. 23. Quando vários processos versando sobre pedidos, diretos ou indiretos, de implementação ou correção de políticas públicas relativas ao mesmo ente político tramitarem em diversos juízos, as causas serão reunidas, independentemente de conexão, para julgamento conjunto, a fim de o juiz dispor de todos os elementos necessários para uma decisão equitativa e exequível.

Parágrafo único. Aplica-se à reunião de processos a regra de prevenção do Código de Processo Civil.

CAPÍTULO DAS RELAÇÕES ENTRE MAGISTRADOS

Art. 24. Os tribunais promoverão encontros periódicos, presenciais ou por videoconferência, com os juízes competentes para o processamento e julgamento de ações que visem, direta ou indiretamente, ao controle jurisdicional de políticas públicas, destinados ao conhecimento e possível harmonização de entendimentos sobre a matéria.

Parágrafo único. Sem prejuízo da providência mencionada no caput, os tribunais fomentarão reuniões regionais com o mesmo objetivo, com periodicidade adequada.

CAPÍTULO DA REUNIÃO DE PROCESSOS EM GRAU DE RECURSO

Art. 25. Quando o tribunal receber diversos recursos em processos que objetivem o controle judicial de políticas públicas relativamente ao mesmo ente político, e que poderão comprometer o mesmo orçamento, os processos de competência do tribunal pleno ou do respectivo órgão especial serão reunidos para julgamento conjunto, objetivando-se a prolação de uma decisão equânime e exequível.

CAPÍTULO DOS CADASTROS NACIONAIS

Art. 26. O Conselho Nacional de Justiça organizará e manterá o Cadastro Nacional de Processos sobre Políticas Públicas, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas com sua existência e estado.

§ 1º Os órgãos judiciários aos quais forem distribuídos processos envolvendo controle de políticas públicas remeterão cópia da petição inicial, preferencialmente por meio eletrônico, ao Cadastro Nacional do

Conselho Nacional de Justiça, no prazo de 10 (dez) dias.

§ 2º No prazo de 90 (noventa) dias, contado da publicação da presente lei, o Conselho Nacional de Justiça editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional e os meios adequados para viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado por meio da rede mundial de computadores.

§ 3º O regulamento previsto no § 2º disciplinará a forma pela qual os juízos comunicarão a existência de processos objetivando o controle de políticas públicas e os atos processuais mais relevantes sobre o seu andamento, como a concessão de antecipação de tutela, a sentença, o trânsito em julgado, a interposição de recursos e a execução.

Art. 27. O Conselho Nacional do Ministério Público organizará e manterá o Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta, com a

finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário, os co-legitimados e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas à abertura do inquérito e à existência do compromisso.

§ 1º Os órgãos legitimados que tiverem tomado compromissos de ajustamento de conduta remeterão cópia ao Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta, preferencialmente por meio eletrônico, no prazo de 10 (dez) dias.

§ 2º No prazo de 90 (noventa) dias, a contar da publicação da presente lei, o Conselho Nacional do Ministério Público editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e Compromissos de Ajustamento de Conduta, incluindo a forma de comunicação e os meios adequados para viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado.

CAPÍTULO DAS AÇÕES INDIVIDUAIS

Art. 28. Na hipótese de ações que objetivem a tutela de direitos subjetivos individuais cuja solução possa interferir nas políticas públicas de determinado setor, o juiz somente poderá conceder a tutela na hipótese de se tratar do mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de forma completa e acabada, nos termos do disposto no parágrafo 1º do art. 7º, e se houver razoabilidade do pedido e irrazoabilidade da conduta da Administração.

Parágrafo único. Cada circunscrição judiciária organizará e manterá comissão de especialistas destinada a assessorar o magistrado nos diversos setores de políticas públicas, fornecendo dados e informações que o auxiliem em sua decisão.

Art. 29. Na hipótese prevista no artigo 28, o juiz notificará o Ministério Público e outros legitimados às ações coletivas para, querendo, ajuizar o processo coletivo versando sobre a implementação ou correção da política pública, o qual observará as disposições desta lei.

Art. 30. Atendido o requisito da relevância social e ouvido o Ministério Público, o juiz poderá converter em coletiva a ação individual que:

I - tenha efeitos coletivos, em razão da tutela de bem jurídico coletivo e indivisível, cuja ofensa afete ao mesmo tempo as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade;

II – tenha por escopo a solução de conflitos de interesses relativos a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução deva ser uniforme, por sua natureza ou por disposição de lei, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo e padrão de conduta consistente e unitária para a parte contrária.

§ 1º Determinada a conversão, o autor manterá a condição de legitimado para a ação em litisconsórcio necessário com o Ministério Público ou outro co-legitimado para a ação coletiva.

§ 2º O Ministério Público ou outro legitimado poderão aditar ou emendar a petição inicial para adequá-la à tutela coletiva, no prazo a

ser fixado pelo juiz.

§ 3o Se nenhum dos co-legitimados aditar ou emendar a petição inicial, o juiz encaminhará os autos ao Conselho Superior do Ministério Público para que indique membro da instituição para fazê-lo.

§ 4o A coisa julgada terá efeito erga omnes, nos termos do disposto nos arts. 103 e 104 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990.

§ 5o O Ministério Público atuará como fiscal da ordem jurídica se não intervier como parte.

CAPÍTULO

XI

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 31. No prazo de 120 (cento e vinte) dias, contado a partir da entrada em vigor desta lei, os tribunais federais criarão, e os estaduais poderão criar varas especializadas para o processamento e julgamento de ações que visem, direta ou indiretamente, ao controle jurisdicional de políticas públicas.

Art. 32. As disposições desta lei aplicam-se às fases e atos ainda não concluídos dos processos em curso.

Art. 33. Esta lei entrará em vigor no prazo de 90 dias contado da data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

O controle jurisdicional de políticas públicas é uma realidade presente no dia-a-dia dos tribunais brasileiros. Embora a doutrina e a jurisprudência, sobretudo do STF, tenham se debruçado sobre a questão, fixando limites ao próprio controle e construindo princípios a respeito da matéria, ainda remanescem dúvidas e, frequentemente, o juiz enfrenta dificuldades concretas para decidir assuntos tão relevantes.

São dificuldades oriundas da falta de informações e de dados, da falta de assessoria, da falta de contatos com a própria Administração encarregada da implementação da política pública, com os demais juízes, com os tribunais; dificuldades de ordem orçamentária, dificuldades oriundas da multiplicidade de ações individuais que vão inevitavelmente incidir sobre as políticas públicas.

É preciso fixar parâmetros seguros para o juiz e para as partes e é preciso, principalmente, criar um novo processo, de cognição e contraditório ampliados, de natureza dialogal e colaborativa, com ampla intervenção do Poder Público e da sociedade, ou seja, um novo processo adequado à tutela jurisdicional dos chamados conflitos de ordem pública.

Somente assim a intervenção judicial em políticas públicas não criará problemas insolúveis para a Administração e para a população, como tem ocorrido, e o juiz poderá decidir com equilíbrio e justiça após conhecer todos os dados da questão que está em jogo, sem se substituir ao administrador. E deverá acompanhar a execução que, por sua vez, há de

ser flexível para a efetividade do comando judicial.

Para auxiliá-lo no cumprimento da sentença está prevista a figura de uma pessoa ou ente colaborador, cuja denominação – comissário – foi inspirada na prevista nos arts. 21 e 114, § 3o, “d” do Código de Processo Administrativo italiano. Função semelhante também existe no ordenamento norte-americano.

É com tal finalidade que se propõe o presente projeto de lei, resultado de trabalho coletivo empreendido inicialmente pelo CEBEPEJ - Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, ora presidido pela Professora Ada Pellegrini Grinover, que sucedeu a seu criador, Professor Kazuo Watanabe. Pesquisadores do CEBEPEJ analisaram, em todos os seus aspectos, a problemática do controle jurisdicional de políticas públicas, apresentando seus trabalhos em seminário aberto ao público, realizado pelo CEBEPEJ e pelo Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP, em 14 e 15 de abril de 2010.

O Seminário apresentou conclusões, traçando as linhas gerais de um projeto de lei sobre controle jurisdicional de políticas públicas. Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe encarregaram-se da primeira versão do projeto, que foi depois aperfeiçoado pelos pesquisadores do CEBEPEJ e pelos alunos e professores do mestrado da FDV - Faculdade de Direito de Vitória, na disciplina “Controle Jurisdicional de Políticas Públicas”.

Posteriormente, a última versão do projeto foi debatida por grupos de trabalho durante o 2o Seminário sobre controle jurisdicional de políticas públicas, realizado pelo CEBEPEJ-IBEA/RJ - Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP em 3 de outubro de 2011.

As propostas de modificação foram incorporadas ao projeto, cuja nova versão ainda foi examinada pelos alunos de mestrado/doutorado da disciplina “Políticas Públicas” ministrada na USP (com a colaboração de Paulo Lucon) e da mesma disciplina de doutorado da Universidad Lomas de Zamora, em Buenos Aires.

Apresentado a debate público na AASP de São Paulo no decorrer de 2012, com a participação de magistrados, membros do Ministério Público, defensores públicos e advogados públicos e privados, o projeto incorporou outras sugestões.

Foi também debatido na Universidade de Itaúna, onde é ministrada a disciplina “Controle Jurisdicional de Políticas Públicas”, em nível de mestrado. E, finalmente, foi exposto e debatido mais uma vez em 2013 em seminário conjunto do CEBEPEJ e do IASP, na presença de especialistas argentinos e do Deputado Paulo Teixeira.

Mais recentemente, foram incorporadas ao projeto as últimas experiências de tribunais da Argentina, da Colômbia e dos Estados Unidos da América, que indicam o caminho a ser seguido pelo Poder Judiciário, em estreito contato com o Poder Público, para a construção do consenso ou a formulação de comandos flexíveis e exequíveis, que permitam o controle da constitucionalidade e a intervenção em políticas públicas, evitando que o juiz se substitua ao administrador.

É o resultado de todo esse trabalho, iniciado em 2010 e profundamente elaborado e discutido, que se apresenta agora ao Congresso Nacional.

Certo de que meus nobres pares reconhecerão a conveniência e oportunidade das medidas legislativas ora propostas, conclamo-os a apoiar a aprovação deste projeto de lei.

Sala das Sessões, em de de 2014.

Deputado PAULO TEIXEIRA