

# REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA

Ano 1 - n. 1 - jul./dez. 2008 - ISSN 1984-283X



*Edição Especial Temática sobre*  
**DIREITO À SAÚDE**  
vol. 2



Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Escola de Defensoria Pública do Estado de São Paulo  
Rua Boa Vista, 103 - 13º andar  
CEP 01014-001 - São Paulo - SP  
Tel. 11-3101-8455  
e-mail: escola@dpep.sp.gov.br

**Revista da Defensoria Pública**  
Ano 1 - n. 1 - jul./dez. 2008 - ISSN 1984-283X

**Diretor da  
Escola da Defensoria  
Pública do Estado:**  
Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

**Coordenação Técnica:**  
Ingo Wolfgang Sarlet

**Comissão Editorial:**  
Flávio Américo Frasseto  
Kathya Beja Romero  
Luciana Jordão da Mota Armiliato de Carvalho  
Luiz Eduardo de Toledo Coelho  
Maria Cecília Remoli de Sousa Lopes  
Nádia Taffarello Soares  
Raquel Freitas de Souza  
Tiago Fensterseifer  
Marcus Vinicius Ribeiro

**Revisão:**  
Bel Ribeiro

**Tiragem:**  
1.600 exemplares

**Produção Gráfica:**  
Páginas & Letras Editora Gráfica

# Sumário

## Volume 1

<b>Editorial</b>	
<i>Gustavo Octaviano Diniz Junqueira</i> .....	V
<b>Apresentação</b>	
<i>Cristina Guelfi Gonçalves</i> .....	VII
<b>Nota do Coordenador Científico</b>	
<i>Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet</i> .....	IX
<b>DOCTRINA INTERNACIONAL</b>	
<b>Las garantías del derecho fundamental a la salud en España</b>	
<i>Guillermo Escobar</i> .....	3
<b>Direito à (proteção) da saúde</b>	
<i>João Carlos Loureiro</i> .....	35
<b>El derecho a la salud en el derecho internacional de los derechos humanos: las observaciones generales de la ONU</b>	
<i>Miguel Carbonell</i> .....	75
<b>El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional colombiana</b>	
<i>Rodolfo Arango</i> .....	91
<b>DOCTRINA NACIONAL</b>	
<b>O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata</b>	
<i>Ana Paula de Barcellos</i> .....	133
<b>Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas</b>	
<i>Flávia Piovesan</i> .....	161
<b>Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações</b>	
<i>Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo</i> .....	179

A Edepe, em suas revistas, respeita a liberdade intelectual dos autores, publica integralmente os originais que lhe são entregues, sem, com isso, concordar, necessariamente, com as opiniões expressas.

**Riscos da superlitigação no direito à saúde: custos sociais e soluções cooperativas**

*Leonardo Arquimimo de Carvalho e*

*Luciana Jordão da Motta Armiliato de Carvalho* ..... 235

**Volume 2**

**Constitucionalidade das pesquisas com células tronco embrionárias**

*Oscar Vilhena Vieira e Eloísa Machado de Almeida* ..... 257

**O direito à saúde, o mínimo existencial e a Defensoria Pública**

*Ricardo Lobo Torres* ..... 265

**O direito à saúde e os determinantes sociais**

*Sandra Regina Martini Vial e Christiano Augusto Seckler de Oliveira* ..... 279

**ARTIGOS DE DEFENSORES PÚBLICOS**

**Direito a medicamentos: uma breve abordagem crítica**

*Amanda Pontes de Siqueira* ..... 293

**As Defensorias Públicas e a promoção dos direitos econômicos, sociais e culturais**

*Carlos Weis* ..... 309

**Direito à saúde, ações coletivas e individuais – aspectos processuais**

*Adriana Fagundes Burger e Christine Balbinot* ..... 331

**A Ação Civil Pública ambiental como instrumento a ser utilizado pela Defensoria Pública na efetivação do direito à saúde**

*Eduardo Januário Newton* ..... 349

**Defensoria Pública e direito à saúde**

*João Carlos Navarro de Almeida Prado* ..... 363

**Acesso à Justiça no Estado Democrático de Direito: Acesso à justiça do idoso, na área da saúde e penal. Justiça Restaurativa. A Defensoria Pública**

*Marcus Vinícius Ribeiro* ..... 377

**Defensoria Pública, direito fundamental à saúde, mínimo existencial, ação civil Pública e controle judicial de políticas públicas**

*Tiago Fensterseifer* ..... 411

# Defensoria Pública e direito à saúde

---

João Carlos Navarro de Almeida Prado

Defensor Público em São Paulo. Professor especialista em Direito Constitucional (ESDC) e mestrando em Direito do Estado (USP)

*Curia pauperibus clausa est*

(O tribunal está fechado para os pobres)

Ovídio

## INTRODUÇÃO: DOS DIREITOS INDIVIDUAIS AOS DIREITOS SOCIAIS

O movimento constitucionalista foi marcado pela edição de diversas declarações de direitos de cunho eminentemente individual, estabelecendo medidas protetivas à liberdade do indivíduo em face do *Estado inimigo*. Inaugurou este movimento a *Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia*, votada em 1776, que serviu de modelo para as demais colônias da América do Norte, embora a mais conhecida seja a dos *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, editada em 1789 pela Revolução Francesa. À Constituição dos EUA, aprovada na Convenção de Filadélfia, em 1787, acrescentaram-se dez Emendas, aprovadas até 1975, que constituem o *Bill of Rights*, que assegura diversos direitos fundamentais.

Ocorreu, contudo, que os abusos do absolutismo, a formação de uma classe proletária, inclusive com a inserção das mulheres no mercado de trabalho – até mesmo pelo envio maciço de contingentes de homens para as grandes guerras –, conduziram à formação de uma postura crítica em relação às declarações de direitos. Vislumbrou-se, então, que as declarações de cunho individualista e egoístico não protegiam o ser humano de maneira ampla. Fazia-se necessário estabelecer direitos de vieses econômico e social, por meio de prestações positivas do Estado, que deveria criar serviços públicos à população mais necessitada.

Nesse contexto, ao ideal de liberdade ganhou coro o clamor por igualdade, não apenas do ponto de vista formal, mas substancial, material. É dizer: tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na

medida de suas desigualdades, na clássica concepção aristotélica, reafirmada no Brasil por Rui Barbosa na *Oração aos Moços*. Esta nova dimensão de direitos fundamentais alcançou seu apogeu com as Constituições mexicana de 1917, a alemã de Weimar, de 1919, e a Espanhola de 1931.

No Brasil, o reconhecimento de direitos de aspiração social ocorreu após a Revolução Constitucionalista de 1929, com a Constituição de 1934, ainda de caráter eminentemente principiológico, cuja tendência foi seguida nos textos seguintes.

A *Constituição Cidadã*, de 1988, incumbida de soterrar o hiato democrático instaurado em 1964, procurou avançar no terreno dos direitos sociais, enveredando-se profundamente como nenhuma outra houvera feito antes, aspirando os ares de um novo *Estado Social Democrático de Direito*.

## 1. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O DIREITO À SAÚDE

Até a ordem constitucional pretérita, estabelecia-se tão-somente a competência da União para legislar sobre *defesa e proteção da saúde*<sup>1</sup> (Constituições de 1937,<sup>2</sup> 1946<sup>3</sup> e 1967<sup>4</sup>). De mera regra de repartição de competência administrativa, a saúde foi erigida a direito fundamental somente em 5 de outubro de 1988, com a proclamação da *Constituição Cidadã*. Segundo o professor José Afonso da Silva, o fenômeno teve como principais antecedentes os textos constitucionais de Itália, Portugal e Espanha.<sup>5</sup>

Neste novo arcabouço jurídico, o constituinte valeu-se de pitoresca sistematização dos direitos fundamentais. Trouxe, logo no Título II da Constituição, os *Direitos e Garantias Fundamentais*, composto de cinco capítulos, sendo o primeiro deles relativo aos *Direitos e deveres individuais e coletivos*, com um extenso rol de direitos no art. 5, e o segundo capítulo

<sup>1</sup> Na Constituição de 1934 fixou-se a competência concorrente da União e dos Estados de *cuidar da saúde e assistência públicas* (art. 10, inciso II).

<sup>2</sup> Art. 16, inciso XXVII.

<sup>3</sup> Art. 5, inciso XV, alínea b.

<sup>4</sup> Art. 8, inciso XVII, alínea c, além da competência da União para *estabelecer planos nacionais de educação e de saúde* (art. 8, inciso XIV).

<sup>5</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed. Rev. e atual. Malheiros: São Paulo, 2002, p. 308.

versando sobre os *Direitos Sociais*. Neste, o primeiro artigo contém em elencar os direitos sociais (art. 6), incumbindo-se os demais de serem específicos (direitos dos trabalhadores, sindicalismo, greve, representação em órgãos públicos de interesse laborativos e representação inter de trabalhadores – arts. 7 a 11). Os direitos sociais, em sua conjuntura são tratados somente no Título VIII – *Da Ordem Social*.

Neste panorama, o Título VIII, em seu Capítulo II, sobre a *Segurança Social*, abarca a Seção II, denominada *Da Saúde*. Nesta, a Lei Republicana Fundamental tratou das ações e servidos de saúde como *relevância pública* (art. 197), sistematizou o Sistema Único de Saúde (art. 198), inclusive com a participação de entidades privadas (art. 199) e suas competências (art. 200).

Antes disto, porém, inaugurou a matéria com norma do mesmo lapidado quilate:

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

De início, é de se notar que, se para o cidadão a saúde é um *direito* para o Estado trata-se de um *dever* constitucional, não de *reles ações de benemerência*.<sup>6</sup> Dever este que tem os claros objetivos de minimizar os males à saúde que acometem a população e garantir a esta um acesso amplo e isonômico às medidas que satisfaçam a sua promoção, proteção e recuperação.

A garantia de *promoção, proteção e recuperação* constitui o *atendimento integral*, apregoado como uma das diretrizes do Sistema Único de Saúde (art. 198, inciso II, da CRFB).

Incumbiu ao legislador ordinário definir este sistema, com supedâneo na Lei n. 8.080/90, que *dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde e a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes*. Nela, encontra-se a definição do Sistema Único de Saúde, *in verbis*:

<sup>6</sup> Nesse sentido: CHIMENTI, Ricardo Cunha *et al.* *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2005, p. 525.

Art. 4. O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

Os instrumentos hábeis para esta nobre, mas árdua tarefa são, justamente, políticas sociais e econômicas. Notadamente a já mencionada Lei de regência estabeleceu, como um dos objetivos do Sistema Único de Saúde, a formulação de política de saúde destinada a promover, no campo econômico e social, o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde, *ex vi* do art. 5, inciso II, c.c. art. 2, § 1.

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior vislumbram os princípios do *acesso universal* e do *acesso igualitário*. Pelo primeiro, os serviços públicos de saúde devem beneficiar todo indivíduo, não se restringindo a determinado grupo, categoria ou classe de pessoas. Pelo segundo, pacientes que apresentam quadro clínico similar devem usufruir de igual tratamento, *v.g.*, no que toca a prazos para internação, realização de exames e consultas.<sup>7</sup>

Certamente que as classes mais abastadas não precisam de maior proteção constitucional para ter a mais adequada proteção à saúde. A iniciativa privada oferece serviços de mais alta qualidade – e também do mais alto preço.

Todavia, para êxito na missão constitucional de proteção dos mais necessitados, mister se faz estruturar um sistema de saúde material e humanamente qualificado e livre de qualquer custo aos destinatários. A eficiência deste é de fundamental importância, considerando-se que há uma lógica cruel e inversamente proporcional entre o poder aquisitivo e a necessidade de serviços de saúde: quem mais necessita destes são, justamente, aqueles que menos condições têm de arcar com os custos respectivos.

Esta premissa é de clara explicação: muitas das doenças que afligem a população resultam das precárias condições de vida, como a falta de saneamento básico, acúmulo de entulho e lixo e as enchentes. Todos estes problemas são vivenciados diuturnamente nos grandes centros urbanos, mormente nas regiões suburbanas e periféricas. Na

<sup>7</sup> Curso de Direito Constitucional. 10. ed. Saraiva: São Paulo, 2006, p. 484.

zona rural, a realidade por vezes é a mesma, quando não pior, em razão das maiores distâncias dos equipamentos públicos de saúde.

Considerando que o sucesso deste sistema de saúde pública depende da vinculação administrador a ele, a *lex legum* foi ainda mais longe e passou a estabelecer, como um dos *princípios constitucionais sensíveis*, cujo descumprimento dá ensejo à intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal, na redação dada pela EC n. 29/2000:

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

(...)

VII – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

(...)

e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Regra semelhante trouxe no âmbito municipal:

Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

(...)

III – não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Assim, tem-se uma Constituição dirigente, mas não meramente programática. É dizer: a Carta Política vincula efetivamente governantes, de sorte a exigir destes o comprometimento necessário com as ações e serviços públicos de saúde em percentuais mínimos. Resta claro, portanto, a opção do constituinte em priorizar a saúde, como forma de propiciar ao indivíduo parâmetros mínimos ao exercício de suas vicissitudes. Afinal, o direito de viver é imensamente maior do que a mera sobrevivência e depende, inexoravelmente, da garantia de saúde física e mental.

Destarte, a Lei das Leis tem por escopo a proteção do direito à saúde dos mais pobres, daqueles que não podem provê-la às próprias expensas. São estes que dependem do administrador para efetivar a garantia de uma vida com saúde, inclusive judicialmente, se necessário.



## 2. AS POLÍTICAS PÚBLICAS E A DEFENSORIA PÚBLICA

É antiga a preocupação com a tutela jurídica do hipossuficiente, que não possui condições econômicas de arcar com o custo de uma demanda judicial, o que impediria o exercício de significativa parcela de direitos prescritos no ordenamento jurídico.

Narra Mauro Cappelletti que a assistência aos 'pobres' insere-se na concepção de beneficência e de *gratia*, consistente num *dever moral e meritório do homem pio*. Assim, não se trataria de obrigação jurídica dos ricos, tampouco do governante ou do Estado. No final do século XIX, diversas leis na Europa dispunham sobre a assistência jurídica aos necessitados como *dever honorífico*, não remunerado, a cargo dos profissionais liberais da advocacia.<sup>8</sup>

Na Itália, após a unificação, por meio da Lei Rattazzi, de 13 de novembro de 1859, versando sobre o ordenamento judiciário (Lei n. 3.781), cogitou-se em "conferir a defesa dos pobres a funcionários estatais, tendo uma carreira equiparada àquela do Ministério Público, e que operavam em escritórios especiais". Porém, a idéia não prosperou, considerada excessivamente onerosa. Com isto, a lei "Cortese" de 1865 aboliu a *Defensoria dos Pobres*, adotando-se a "solução borbônica do 'ofício honorífico e obrigatório' para a classe dos advogados e procuradores."<sup>9</sup>

Ainda Mauro Cappelletti, agora em companhia de Bryant Garth, narram o movimento de acesso à justiça, do qual se tem registro a partir da segunda metade do século XX, tendo por escopo tornar a justiça acessível a toda sociedade, sem percalços de qualquer natureza capazes de inviabilizar a busca do direito lesado ou ameaçado. Tal movimento apresentou três fases de evolução ou *ondas*, sendo a primeira delas, justamente, a assistência judiciária.<sup>10</sup>

Esta etapa consistiu na busca da democratização do acesso aos órgãos jurisdicionais, por meio do favorecimento das parcelas mais carentes da população, justamente as mais necessitadas de amparo estatal visando o reconhecimento de direitos tantas vezes ignorados, até mesmo pelo próprio Estado.

<sup>8</sup> *Processo, Ideologias e Sociedade*. Volume I. Tradução de Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 191 e 195.

<sup>9</sup> *Idem*, p. 200.

<sup>10</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 31 e ss.

Deveras, é de se proteger esta parcela especial da população, tendo em vista que a Justiça *é para todos*. Todos aqueles impossibilitados economicamente de arcar com as despesas de um processo não podem ser excluídos. O acesso à justiça, leciona Canotilho, "é um acesso materialmente informado pelo princípio da igualdade de oportunidades".<sup>11</sup>

Barbosa Moreira relaciona a assistência jurídica e o acesso à justiça, expressando que medidas destinadas a reduzir os obstáculos de ir a juízo, especialmente de natureza econômica, provendo a assistência jurídica, constituem desdobramento da garantia fundamental de acesso à justiça e tentativa de imprimir-lhe efetividade.<sup>12</sup>

Pode se notar, pelo exposto, que à assistência judiciária também se dedica atenção alhures. Na Argentina, *v.g.*, ela é vista como forma de assegurar a tutela judicial efetiva aos hipossuficientes, "a fim de litigar isentos de taxas e impostos, ou a exigência destes em determinadas instâncias ou processos", segundo Sagüés.<sup>13</sup>

Esta prestação assistencial do Estado encontra suporte também no já tratado princípio da igualdade material, por meio da previsão de tratamento diferenciado a pessoas substancialmente desiguais na medida de suas desigualdades.

Ademais, como visto, a realização de condutas estatais positivas em prol do cidadão representa, outrossim, o segundo estágio evolutivo dos direitos fundamentais. Se, de início, o povo lutou pela garantia de direitos de cunho eminentemente individualista, pelos quais a Constituição representava uma arma do povo contra o próprio Estado; num segundo momento, notadamente após a Primeira Guerra Mundial, reivindicou-se direitos sociais, de cunho econômico, visando melhores condições de vida e de trabalho.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra – Portugal: Almedina, 2003, p. 501.

<sup>12</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual – Quinta Série*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 49.

<sup>13</sup> SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Elementos de derecho constitucional*. Tomo II. 3. ed. Buenos Aires – Argentina: Astrea, 2003, p. 760. Texto original: "Lo dicho obliga, por ejemplo, a instrumentar un eficiente régimen de asistencia letrada oficial y gratuita para personas de escasos recursos, como el instituto de la 'declaratoria de pobreza', a fin de litigar sin el pago de determinadas tasas e impuestos, o la inexistencia de éstos en determinados fueros o procesos, y obviamente, un régimen de plena libertad para los abogados, a fin de realizar la defensa de sus clientes" (tradução livre).

<sup>14</sup> Um ótimo retrato desta evolução dos direitos fundamentais encontramos na obra de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*. 31. ed. Capítulo 31. São Paulo: Saraiva, 2005.

No Brasil, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 estabelecia, no rol dos Direitos e Garantias Individuais do art. 113, item 32:

A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.

Tal previsão foi repetida nas Constituições de 1946 (art. 141, § 35) e 1967 (art. 150, § 32), sempre remetendo à lei a tarefa de regular a matéria, o que ocorrera pela Lei n. 1.060 de 1950, ainda vigente.

Em 5 de outubro de 1988 o Brasil tornou-se uma República fundamentada, expressamente, na dignidade da pessoa humana, *ex vi* do inciso III do art. 1 da *norma normarum*. Para tanto, foram eleitos, como objetivos fundamentais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, com a promoção do bem de todos, livre de preconceitos e discriminações (art. 3, incisos I, III e IV).

Este plano de Estado, norteador de todos os governantes que transitariamente estão no poder, independentemente da orientação política destes, é um traço característico de um país que adotou uma Constituição *dirigente*, que procura dizer não apenas o que o Estado *é*, mas o que ele *deverá ser*.

Esta paulatina evolução dos direitos fundamentais de cunho prestacional levou à formulação de políticas públicas que, na visão de Sérgio Resende de Barros,<sup>15</sup> consistem em:

Diretrizes de interesse público primário, que determinam programas de ação para governantes e indicam linhas de conduta para os governados, com vistas a ordenar e coordenar a realização de fins econômicos, sociais e culturais relevantes para o Estado Democrático de Direito.

Tratando-se de tema com alicerce constitucional, os questionamentos judiciais a respeito da efetivação de políticas públicas de saúde não tardaram a desaguar no Supremo Tribunal Federal.

Assim, aduzindo a importância de efetivação do direito à saúde por meio de políticas públicas, de forma a transpor o dito caráter

programático do art. 196 da Lei Maior, desvinculada da ideologia governamental momentânea, pontificou o Ministro Celso de Mello:

EMENTA: PACIENTES COM HIV/AIDS. PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5, *CAPUT*, E 196). PRECEDENTES (STF).

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integralidade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado Brasileiro – não pode converter-se em promessa institucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever por um gesto de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado (RE 267.612/RS; Rel. Min. Celso de Mello; j. 02/08/2000; DJ 23.08.2000)

Nesse sentido, fez-se necessária a concepção de uma instituição incumbida de ser a voz dos desfavorecidos perante governantes, legisladores e o Judiciário, pleiteando as reivindicações daqueles que representam o contingente demográfico dominante mas, antagonicamente, os menos ouvidos, subsumidos à condição de dominados e excluídos.

Assim, de nada adiantaria assegurar tantos direitos – incluindo a *prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos* (art. 5, inciso LXXIV) – sejam civis e políticos, sejam econômicos, sociais e culturais, se a Lei Maior não conferisse a correspondente legitimidade para postulá-los a quem de direito.

Isto porque o direito à saúde, bem como todos os direitos fundamentais, muitas vezes não são garantidos voluntariamente pelo poder público, o que demanda a busca seu resguardo perante o Poder Judiciário.

Neste contexto, exsurge a previsão constitucional da Defensoria Pública, idealizada especificamente para a missão constitucional de perseguir os direitos de quem carece de condições de fazê-lo às próprias expensas, *in verbis*:

<sup>15</sup> BARROS, Sérgio Resende de. *As políticas públicas e o Poder Judiciário*. Aula proferida na Escola Paulista de Direito em 4 de agosto de 2007.



Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5, LXXIV.

Atendendo ao mandamento constitucional do § 1 do mesmo dispositivo, foi editada, em 12 de janeiro de 1994, a Lei Complementar n. 80, incumbida de *organizar a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e Territórios e prescrever normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.*

Às Defensorias Públicas estaduais o texto constitucional assegurou, com a Reforma do Judiciário, *autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias* (art. 134, § 2, CRFB, na redação dada pela EC n. 45/2004).

Nota-se que a garantia de autonomia funcional e administrativa tem o condão de coibir indevidas ingerências governamentais e subordinações, assegurando liberdade na organização de seu serviço administrativo e pessoal. A *possibilidade* de reivindicar seu orçamento, apresentando proposta, constitui um primeiro passo em direção à autonomia financeira, salutar ao aprimoramento e valorização de suas funções, tão essenciais para milhões de brasileiros em todo o país. Há de se lembrar, todavia, que o orçamento definitivo ainda permanece na alçada do Poder Executivo, o que por vezes acaba por tolher o pleno exercício das atribuições institucionais da Defensoria Pública.

Como ressalta Sousa, a medida visa a garantir a imparcialidade na prestação de seus serviços, sem vínculo hierárquico junto ao Poder Executivo que, por tantas vezes, figura no pólo passivo das ações patrocinadas pelos defensores públicos.<sup>16</sup>

A Carta de Outubro, ao consagrar a assistência *jurídica* em substituição à assistência *judiciária*, reforçada pelo qualificativo *integral*, denota, segundo Barbosa Moreira, a notável ampliação do benefício, não somente na esfera judicial, mas também aos atos jurídicos de modo

geral, como a representação em processos administrativos e atos notariais, a prestação de consultoria pela informação e aconselhamento em assuntos jurídicos.<sup>17</sup>

Contudo, no mais desenvolvido e populoso Estado da Federação até 2005 não havia sido criada a Defensoria Pública. A tarefa era executada pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, por meio de sua Procuradoria de Assistência Judiciária, além de convênios com diversas entidades, em especial a seccional paulista da Ordem dos Advogados do Brasil, que credenciava advogados interessados em atender hipossuficientes e atuar como defensores dativos, mediante a contraprestação de honorários. Somente em 9 de janeiro 2006 o governo do Estado sancionou a Lei Complementar n. 988, organizando a Defensoria Pública e instituindo o regime jurídico da carreira de Defensor Público do Estado.<sup>18</sup>

Remanesce, ainda, o Estado de Santa Catarina, agora o único do Brasil que não que implementou sua Defensoria Pública.<sup>19</sup>

Resta por fim advertir que, mesmo a total e irrestrita isenção de custas acompanhada da assistência jurídica integral e gratuita, ainda são insuficientes para democratizar o acesso à justiça da forma desejável.

Quanto mais humilde o cidadão, mais receoso estará em levar fatos relevantes de sua vida (muitas vezes de foro íntimo, como os afetos ao direito de família) a pessoas estranhas que sequer sabe onde encontrá-las. Isto sem contar o próprio desconhecimento dos cidadãos acerca de seus direitos e as diuturnas violações perpetradas das mais diversas formas no seio social.

Destarte, torna-se curial empreender campanhas de esclarecimento e divulgação dos trabalhos da Defensoria Pública e das questões ligadas ao acesso à justiça. Assim, buscar-se-á maior conhecimento dos direitos básicos do indivíduo, como forma de fortalecimento dos preceitos constitucionais fundamentais da cidadania, de se perseguir a construção de uma sociedade mais justa e solidária e o bem de todos (arts. 1, II e 3, I e IV).

<sup>17</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual – Quinta Série. Op. cit.*, p. 58-9.

<sup>18</sup> A instituição da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, porém, não logrou extinguir a terceirização da assistência jurídica, em razão do diminuto número cargos de Defensores Públicos inicialmente estabelecidos.

É com base neste arcabouço jurídico que a Defensoria Pública da União e as instituídas em cada Estado podem defender os interesses jurídicos dos mais necessitados, dentre os quais há de se destacar o direito à saúde, por meio de políticas públicas específicas.

### 3. CONCLUSÃO: DAS FORMAS DE GARANTIA AO DIREITO À SAÚDE

Todo cidadão carente que procura a Defensoria Pública pode dela se valer na persecução de seu direito à saúde nas mais diversas modalidades. Isto porque a garantia do direito à saúde não pode ser sobreposta pelas condições econômicas de quem dele necessita. Aqui radica o papel institucional da Defensoria Pública na efetivação de políticas públicas para garantia da saúde, que José Afonso da Silva identifica como:

[O] direito a tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consagração em normas constitucionais.<sup>20</sup>

São recorrentes os casos de fornecimento de medicamentos quando da denegação do pedido junto às secretarias de saúde na órbita municipal ou estadual. Isto é feito tanto no tocante a medicamentos padronizados, i.e., que já são fornecidos por algum programa governamental do Sistema Único de Saúde, mas que não alcançam a todos que dele necessitam, bem como medicamentos outros e materiais terapêuticos (v.g., próteses, cadeiras de rodas e fraldas).

Há também as demandas para tratamentos clínicos, inclusive que implicam intervenções cirúrgicas, e de fisioterapias habilitadoras e reabilitadoras, para anomalias congênitas ou adquiridas, de natureza física ou mental.

Poder-se-ia mencionar, outrossim, os pedidos de inclusão em programas de transporte estadual ou municipal para pacientes especiais, em razão das dificuldades de locomoção.

Enfim, os reclamos são infinitos e das mais diversas ordens, muitos dos quais dificilmente seriam atingidos sem a intervenção de uma instituição independente e voltada especificamente para os direitos dos mais carentes.

A palavra final cabe ao Poder Judiciário, que deverá analisar as lides manejadas pela Defensoria Pública com a sensibilidade necessária e à luz da hermenêutica constitucional do direito. Como já se manifestou

<sup>20</sup> In *Curso de direito Constitucional Positivo*, cit., p. 307.

o Pretório Excelso, é “a Defensoria Pública um instrumento de efetivação dos direitos humanos” (ADI 3.569/PE; Pleno; Rel. Min. Sepúlveda Pertuis, j. 02/04/2007; DJ 11.05.2007).

Afinal, quando se trata de direito à saúde, deve-se ter em mente a proteção de um bem maior que não pode sucumbir: a vida humana, toda a dignidade que ela merece, abrindo as portas do Tribunal aos mais dele necessitam.

### REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. Saraiva: São Paulo, 2006.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual*. Quinta Série. São Paulo: Saraiva, 1994.
- BARROS, Sérgio Resende de. *As políticas públicas e o Poder Judiciário*. Aula proferida na Escola Paulista de Direito em 4 de agosto de 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra – Portugal: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologias e Sociedade*. Volume 1. Tradução de Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.
- CHIMENTI, Ricardo Cunha *et all*. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2005.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Elementos de derecho constitucional*. Tomo II. 3. ed. Buenos Aires – Argentina: Astrea, 2003.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed. Rev. e atual. Malheiros: São Paulo, 2002.
- SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Efetividade do processo e acesso à justiça à luz da reforma, in TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (coord.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 58-9.