

---

# FUNÇÃO POLÍTICA E SOCIAL DO DIREITO

e teorias da constituição

---

ALESSANDRA KNOLL  
(Organizadora)

Atena  
Editora  
Ano 2022

I

---

# FUNÇÃO POLÍTICA E SOCIAL DO DIREITO

e teorias da constituição

---

ALESSANDRA KNOLL  
(Organizadora)

Atena  
Editora  
Ano 2022

I

**Editora chefe**

Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira

**Editora executiva**

Natalia Oliveira

**Assistente editorial**

Flávia Roberta Barão

**Bibliotecária**

Janaina Ramos

**Projeto gráfico**

Camila Alves de Cremo

Daphynny Pamplona

Gabriel Motomu Teshima

Luiza Alves Batista

Natália Sandrini de Azevedo

**Imagens da capa**

iStock

**Edição de arte**

Luiza Alves Batista

2022 by Atena Editora

Copyright © Atena Editora

Copyright do texto © 2022 Os autores

Copyright da edição © 2022 Atena Editora

Direitos para esta edição cedidos à Atena Editora pelos autores.

Open access publication by Atena Editora



Todo o conteúdo deste livro está licenciado sob uma Licença de Atribuição Creative Commons. Atribuição-Não-Comercial-NãoDerivativos 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores, inclusive não representam necessariamente a posição oficial da Atena Editora. Permitido o *download* da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

Todos os manuscritos foram previamente submetidos à avaliação cega pelos pares, membros do Conselho Editorial desta Editora, tendo sido aprovados para a publicação com base em critérios de neutralidade e imparcialidade acadêmica.

A Atena Editora é comprometida em garantir a integridade editorial em todas as etapas do processo de publicação, evitando plágio, dados ou resultados fraudulentos e impedindo que interesses financeiros comprometam os padrões éticos da publicação. Situações suspeitas de má conduta científica serão investigadas sob o mais alto padrão de rigor acadêmico e ético.

**Conselho Editorial****Ciências Humanas e Sociais Aplicadas**

Prof. Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva – Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí

Prof. Dr. Alexandre de Freitas Carneiro – Universidade Federal de Rondônia

Prof. Dr. Alexandre Jose Schumacher – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná

Prof. Dr. Américo Junior Nunes da Silva – Universidade do Estado da Bahia

Profª Drª Ana Maria Aguiar Frias – Universidade de Évora

Profª Drª Andréa Cristina Marques de Araújo – Universidade Fernando Pessoa



Prof. Dr. Antonio Carlos da Silva – Universidade Católica do Salvador  
Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná  
Prof. Dr. Antonio Gasparetto Júnior – Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais  
Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília  
Prof. Dr. Arnaldo Oliveira Souza Júnior – Universidade Federal do Piauí  
Prof. Dr. Carlos Antonio de Souza Moraes – Universidade Federal Fluminense  
Prof. Dr. Crisóstomo Lima do Nascimento – Universidade Federal Fluminense  
Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Cristina Gaio – Universidade de Lisboa  
Prof. Dr. Daniel Richard Sant’Ana – Universidade de Brasília  
Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia  
Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Dilma Antunes Silva – Universidade Federal de São Paulo  
Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Farias – Universidade Estácio de Sá  
Prof. Dr. Elson Ferreira Costa – Universidade do Estado do Pará  
Prof. Dr. Eloi Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima  
Prof. Dr. Gustavo Henrique Cepolini Ferreira – Universidade Estadual de Montes Claros  
Prof. Dr. Humberto Costa – Universidade Federal do Paraná  
Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionele delle Figlie de Maria Ausiliatrice  
Prof. Dr. Jadilson Marinho da Silva – Secretaria de Educação de Pernambuco  
Prof. Dr. Jadson Correia de Oliveira – Universidade Católica do Salvador  
Prof. Dr. José Luis Montesillo-Cedillo – Universidad Autónoma del Estado de México  
Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense  
Prof. Dr. Kárpio Márcio de Siqueira – Universidade do Estado da Bahia  
Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Keyla Christina Almeida Portela – Instituto Federal do Paraná  
Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins  
Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Lucicleia Barreto Queiroz – Universidade Federal do Acre  
Prof. Dr. Luis Ricardo Fernandes da Costa – Universidade Estadual de Montes Claros  
Prof. Dr. Lucio Marques Vieira Souza – Universidade do Estado de Minas Gerais  
Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte  
Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Marianne Sousa Barbosa – Universidade Federal de Campina Grande  
Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Pontifícia Universidade Católica de Campinas  
Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Maria Luzia da Silva Santana – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul  
Prof. Dr. Miguel Rodrigues Netto – Universidade do Estado de Mato Grosso  
Prof. Dr. Pedro Henrique Máximo Pereira – Universidade Estadual de Goiás  
Prof. Dr. Pablo Ricardo de Lima Falcão – Universidade de Pernambuco  
Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa  
Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa  
Prof. Dr. Rui Maia Diamantino – Universidade Salvador  
Prof. Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares – Universidade Federal do Piauí  
Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará  
Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande  
Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti – Universidade Católica do Salvador  
Prof. Dr. William Cleber Domingues Silva – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro  
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins



## Função política e social do direito e teorias da constituição

**Diagramação:** Gabriel Motomu Teshima  
**Correção:** Yaidy Paola Martinez  
**Indexação:** Amanda Kelly da Costa Veiga  
**Revisão:** Os autores  
**Organizadora:** Alessandra Knoll

### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

F979 Função política e social do direito e teorias da constituição / Organizadora Alessandra Knoll. – Ponta Grossa - PR: Atena, 2022.

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

Inclui bibliografia

ISBN 978-65-5983-881-3

DOI: <https://doi.org/10.22533/at.ed.813222601>

1. Direito. 2. Lei. 3. Constituição. I. Knoll, Alessandra (Organizadora). II. Título.

CDD 340

Elaborado por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166

**Atena Editora**  
Ponta Grossa – Paraná – Brasil  
Telefone: +55 (42) 3323-5493  
[www.atenaeditora.com.br](http://www.atenaeditora.com.br)  
contato@atenaeditora.com.br



## DECLARAÇÃO DOS AUTORES

Os autores desta obra: 1. Atestam não possuir qualquer interesse comercial que constitua um conflito de interesses em relação ao artigo científico publicado; 2. Declaram que participaram ativamente da construção dos respectivos manuscritos, preferencialmente na: a) Concepção do estudo, e/ou aquisição de dados, e/ou análise e interpretação de dados; b) Elaboração do artigo ou revisão com vistas a tornar o material intelectualmente relevante; c) Aprovação final do manuscrito para submissão.; 3. Certificam que os artigos científicos publicados estão completamente isentos de dados e/ou resultados fraudulentos; 4. Confirmam a citação e a referência correta de todos os dados e de interpretações de dados de outras pesquisas; 5. Reconhecem terem informado todas as fontes de financiamento recebidas para a consecução da pesquisa; 6. Autorizam a edição da obra, que incluem os registros de ficha catalográfica, ISBN, DOI e demais indexadores, projeto visual e criação de capa, diagramação de miolo, assim como lançamento e divulgação da mesma conforme critérios da Atena Editora.



## DECLARAÇÃO DA EDITORA

A Atena Editora declara, para os devidos fins de direito, que: 1. A presente publicação constitui apenas transferência temporária dos direitos autorais, direito sobre a publicação, inclusive não constitui responsabilidade solidária na criação dos manuscritos publicados, nos termos previstos na Lei sobre direitos autorais (Lei 9610/98), no art. 184 do Código penal e no art. 927 do Código Civil; 2. Autoriza e incentiva os autores a assinarem contratos com repositórios institucionais, com fins exclusivos de divulgação da obra, desde que com o devido reconhecimento de autoria e edição e sem qualquer finalidade comercial; 3. Todos os e-book são *open access*, *desta forma* não os comercializa em seu site, sites parceiros, plataformas de *e-commerce*, ou qualquer outro meio virtual ou físico, portanto, está isenta de repasses de direitos autorais aos autores; 4. Todos os membros do conselho editorial são doutores e vinculados a instituições de ensino superior públicas, conforme recomendação da CAPES para obtenção do Qualis livro; 5. Não cede, comercializa ou autoriza a utilização dos nomes e e-mails dos autores, bem como nenhum outro dado dos mesmos, para qualquer finalidade que não o escopo da divulgação desta obra.



## APRESENTAÇÃO

A coleção “Função política e social do Direito e Teorias da Constituição” é uma obra de tema atual cujo foco principal é a discussão científica por intermédio de trabalhos diversos que compõem seus capítulos.

O objetivo central foi apresentar, de forma categorizada e clara, estudos desenvolvidos em diversas instituições de ensino e pesquisa do país e exterior. Em todos esses trabalhos a linha condutora foi o aspecto relacionado ao Direito e trazer à tona temas sociais e políticos relevantes para a coletividade.

A obra foi dividida em 2 volumes, para que o tema fosse debatido na sua complexidade e importância.

No primeiro volume, focou-se no direito à saúde e nas políticas públicas envolvendo a saúde coletiva, com destaque para assuntos relacionados à covid-19, que tiveram grande impacto na vida dos Brasileiros de março de 2020 até os dias atuais. Pela sua grande importância, o volume trouxe cinco artigos que debatem diretamente o tema da pandemia e suas repercussões. Além de outros trabalhos que focam na temática da saúde. Com destaque para dois artigos que debatem a judicialização da saúde e um trabalho que trata da saúde da mulher. Este volume da obra trouxe, ainda, dois artigos sobre os Conselhos municipais de saúde e encerra-se o volume 1 com dois artigos sobre seguridade social, que corresponde a um conceito mais amplo de saúde e dignidade.

O segundo volume inicia com um Manifesto, e uma crítica ao famoso “juridiquês” que acaba por distanciar as leis do povo. Em seguida, apresenta-se ao leitor ou à leitora temas diversos discutidos aqui com a proposta de fundamentar o conhecimento de acadêmicos, mestres e todos aqueles que de alguma forma se interessam pelo direito e sua complexidade. Finaliza-se o volume 2 desta obra com dois artigos sobre a formação em direito, as experiências discentes com os direitos humanos e uma reflexão acerca do trabalho do docente.

Deste modo a obra “Função política e social do Direito e Teorias da Constituição” apresenta uma teoria bem fundamentada nos resultados práticos obtidos pelos diversos professores e acadêmicos que arduamente desenvolveram seus trabalhos que aqui serão apresentados de maneira concisa e didática. Sabemos o quão importante é a divulgação científica, por isso evidenciamos também a estrutura da Atena Editora capaz de oferecer uma plataforma consolidada e confiável para estes pesquisadores exporem e divulguem seus resultados.

Alessandra Knoll

## SUMÁRIO

### **CAPÍTULO 1..... 1**

COVID-19 E DIREITOS FUNDAMENTAIS: UM OLHAR PARA GRUPOS VULNERÁVEIS

Rubens Beçak

Bruno Humberto Neves

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.8132226011>

### **CAPÍTULO 2..... 15**

A MEDIAÇÃO COMO GARANTIA PARA A SOCIEDADE NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS IMPACTADOS PELO COVID-19

Gabriel Sell Ribeiro

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.8132226012>

### **CAPÍTULO 3..... 29**

ACESSO À JUSTIÇA E A RECOMENDAÇÃO DE PROVIDÊNCIAS PRÉVIAS NAS AÇÕES RELATIVAS AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO

Cecília Rodrigues Frutuoso Hildebrand

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.8132226013>

### **CAPÍTULO 4..... 44**

DIREITO A VACINAÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Miguel Kfourì Neto

Letícia Gabriela Camargo Franco de Lima

Francelise Camargo de Lima

Pedro Franco de Lima

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.8132226014>

### **CAPÍTULO 5..... 62**

VIGILÂNCIA GOVERNAMENTAL DE DADOS PESSOAIS NO CONTEXTO DA COVID-19 FUNDAMENTADA NA SUSTENTABILIDADE SOB AS PERSPECTIVAS JURÍDICO-POLÍTICA E SOCIAL

Vitor Luís Botton

Giovanna Vieira da Costa

Jocelino Tramontin da Silva

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.8132226015>

### **CAPÍTULO 6..... 79**

COVID-19 E O IMPACTO NO MEIO AMBIENTE: O APELO DO MUNDO POR UMA CONSTITUIÇÃO GLOBAL DIANTE DO ECOCÍDIO.

Vanessa Saldanha de Lyra

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.8132226016>

<b>CAPÍTULO 7.....</b>	<b>91</b>
O ESTADO E OS BENEFÍCIOS SOCIAIS	
Carlos Rafael da Silva	
Milton Vasques Thibau de Almeida	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.8132226017">https://doi.org/10.22533/at.ed.8132226017</a>	
<b>CAPÍTULO 8.....</b>	<b>108</b>
MEDIAÇÃO NA SAÚDE SUPLEMENTAR: O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A LEI 13.140/2015 ANTE A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO CAMPO PRIVADO	
Francisco Miranda Pinheiro Neto	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.8132226018">https://doi.org/10.22533/at.ed.8132226018</a>	
<b>CAPÍTULO 9.....</b>	<b>121</b>
O EXAME DOS CRIMES CONTRA A SAÚDE PÚBLICA: EM FACE DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE	
Ingrid Nascimento Conchy	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.8132226019">https://doi.org/10.22533/at.ed.8132226019</a>	
<b>CAPÍTULO 10.....</b>	<b>133</b>
PELO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL O CONSENSO SUPLANTA A ÚLTIMA BARREIRA: <i>A RES PUBLICA</i>	
Francisco de Assis Pessanha Filho	
José Carlos Paes	
Nilton Cesar da Silva Flores	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.81322260110">https://doi.org/10.22533/at.ed.81322260110</a>	
<b>CAPÍTULO 11.....</b>	<b>145</b>
SAÚDE DA MULHER E O ABORTO LEGAL EM PERSPECTIVA: NARRATIVAS E SENTIDOS EM DISPUTA	
Lília Guimarães Pougy	
Ludmila Fontenele Cavalcanti	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.81322260111">https://doi.org/10.22533/at.ed.81322260111</a>	
<b>CAPÍTULO 12.....</b>	<b>156</b>
OS CONSELHOS MUNICIPAIS DE POLÍTICAS PÚBLICAS: PENSADOS A PARTIR DA TEORIA DO DIREITO SOCIAL DE GEORGES GURVITCH	
Yana de Moura Gonçalves	
Gabriel Eidelwein Silveira	
Tamires Eidelwein	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.81322260112">https://doi.org/10.22533/at.ed.81322260112</a>	
<b>CAPÍTULO 13.....</b>	<b>168</b>
DEMOCRACIA Y ESPACIO PÚBLICO EN AMÉRICA LATINA	
Alessandra Knoll	
Fernanda Matsukura Lindemeyer Pieri	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.81322260113">https://doi.org/10.22533/at.ed.81322260113</a>	

<b>CAPÍTULO 14.....</b>	<b>178</b>
SERÁ QUE A DEMOCRACIA ESTÁ EM <i>DOWN</i> ?	
Virgilius de Albuquerque	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.81322260114">https://doi.org/10.22533/at.ed.81322260114</a>	
<b>CAPÍTULO 15.....</b>	<b>202</b>
ANÁLISE DA SEGURIDADE SOCIAL BRASILEIRA: O ACESSO À APOSENTADORIA DO TRABALHADOR RURAL	
Franklym Farllony Murad da Silva	
Oswaldo Vanderley de Sousa Junior	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.81322260115">https://doi.org/10.22533/at.ed.81322260115</a>	
<b>CAPÍTULO 16.....</b>	<b>216</b>
EL PLAN DE AHORRO VOLUNTARIO, UNA ALTERNATIVA PARA INCREMENTAR EL MONTO DE UNA PENSIÓN OTORGADA POR EL IMSS	
Georgina Macías Mora	
José Manuel Barrera Castañeda	
Luis Roberto Contreras Santiago	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.81322260116">https://doi.org/10.22533/at.ed.81322260116</a>	
<b>SOBRE A ORGANIZADORA: .....</b>	<b>230</b>
<b>ÍNDICE REMISSIVO.....</b>	<b>231</b>

## ACESSO À JUSTIÇA E A RECOMENDAÇÃO DE PROVIDÊNCIAS PRÉVIAS NAS AÇÕES RELATIVAS AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO

*Data de aceite: 01/11/2021*

*Data de Submissão: 19/11/2021*

**Cecília Rodrigues Frutuoso Hildebrand**

Centro Universitário Anhanguera  
Leme/SP

<http://lattes.cnpq.br/7220054616211467>

**RESUMO:** Buscou-se averiguar se há ofensa ou não ao princípio do acesso à justiça diante da recomendação de existência de documentação prévia para a propositura de ação relativas ao fornecimento de medicamentos. Analisou-se a Recomendação n. 1/14 do Juizado Especial Cível da Comarca de Leme e as decisões proferidas pelo juízo no intervalo de um ano. Conclui-se que, na Comarca em questão, a existência da Recomendação não prejudicou o acesso à justiça das partes que dela precisaram, pois, das 38 sentenças proferidas para fornecimento de medicamentos, em 37 delas o fornecimento delas foi concedido. Foi utilizado método dedutivo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Acesso à Justiça. Saúde. Tutela de Urgência. Medicamentos. Juizados.

### ACCESS TO JUSTICE AND THE RECOMMENDATION TO PREVIOUS PROVIDENCE IN LAW SUITS RELATED TO MEDICINE SUPPLY

**ABSTRACT:** I looked forward to observing whether or not there is a break in the principle of justice access whenever it is recommended previous documents to ask for law suits related to

medicine supply. We analyzed Recomendação n. 1/14 from Juizado Especial Cível da Comarca de Leme and the decisions made by the Court in a whole yeartime period. We concluded, in the court analyzed, the existance of Recomendação did not hurt the access to justice from the ones who needed it, because there were 38 judgements made about medicine, and 37 of them received it fully. The system was deductive.

**KEYWORDS:** Access to Justice. Health. Urgency Guardianship. Medicine. Courts.

### 1 | INTRODUÇÃO

Há situações fáticas em que uma pessoa que necessita da proteção ao seu direito à saúde vê-se obrigada a buscar o Poder Judiciário. Os exemplos práticos são inúmeros, pode-se destacar alguns: concessão de medicamento, realização de procedimento médico, realização de cirurgias, concessão de órteses, próteses, etc. Na presente pesquisa, o foco será o fornecimento de medicamentos.

Em regra, a competência dessas ações é dos Juizados Especiais da Fazenda Pública e, para organizar a propositura dessas demandas, os juízos costumam expedir portarias ou recomendações discriminando providências que a parte autora deve tomar para que possa ingressar com sua petição inicial.

Busca-se, com a presente pesquisa, analisar se tal exigência prévia à propositura da ação está conforme o princípio constitucional do acesso à justiça.

Em razão da dificuldade de acesso às informações sobre tais exigências no Poder Judiciário, as recomendações muitas vezes não são colocadas na internet ou publicadas no Diário Oficial e cada Comarca faz recomendações diferentes, analisar-se-á de forma específica a Recomendação n. 1/14 em vigor na Comarca de Leme, Estado de São Paulo, publicada no dia 24 de setembro de 2014 no mural do Cartório do Juizado Especial Cível.

Para a pesquisa, utilizar-se-á de bibliografia acerca do tema do acesso à justiça e do direito à saúde. E, dentro das limitações impostas pela falta de um banco de dados de decisões interlocutórias no Tribunal de Justiça de São Paulo, analisar-se-á alguns processos do Juizado Especial Cível da Comarca de Leme e algumas decisões de Agravos de Instrumento do Tribunal de Justiça de São Paulo sobre o tema. Sendo assim, optou-se pelo método dedutivo.

## 2 | DO ACESSO À JUSTIÇA

Conceituar acesso à justiça é um desafio, pois há vários aspectos que podem ser considerados. A Constituição Federal, no inciso XXXV do art. 5º, traz como direito individual e coletivo um aspecto desse direito: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Na clássica obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, resultado de estudos do Projeto Florença, que ocorreu na Itália na década de 1970, traduzida pela Ministra Ellen Gracie, em 1988, inicialmente coloca-se o acesso à justiça como acessibilidade a todos ao sistema de justiça e, num segundo momento, afirma-se que, para que tal direito seja efetivo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.3).

Na mesma obra, os autores tratam da superação de obstáculos para que as partes consigam acessar o Poder Judiciário. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 6-9). Como forma de soluções práticas para os problemas de acesso à justiça, os autores apontam algumas ondas de acesso à justiça. A primeira onda é a assistência judiciária para os pobres; a segunda onda é a representação dos direitos difusos; e, por fim, a terceira onda consiste no acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12-27). Já em sede de conclusão do trecho publicado no Brasil, os autores levantam a hipótese de outras formas de solução de conflitos.

José Afonso da Silva ensina que a garantia do acesso à justiça “não pode e nem deve significar apenas o direito formal de invocar a jurisdição, mas o direito a uma decisão justa”. (SILVA, 1999, p. 9-23).

Com uma visão mais moderna do instituto, Marc Galanter, ressalta a necessidade de redistribuir o acesso à justiça ante o desequilíbrio de poder entre os litigantes. (GABBAY; COSTA; ASPERTI, 2019, p. 152).

Com relação especificamente ao acesso à justiça para fins de concessão de

medicamentos, Maria Tereza Aina Sadek relata que a maior parcela dos demandantes por internações ou medicamentos possui nível socioeconômico médio e alto. Como exemplo, cita que, no Estado de São Paulo, dois terços das ações judiciais são propostas por pessoas com convênios ou que frequentam clínicas privadas. (SADEK, 2014, p. 60).

É evidente que, apesar da ampliação do acesso à justiça nos últimos anos diante da Constituição Federal, da criação de juzgados especiais e da atuação da defensoria pública, as pessoas mais vulneráveis e hipossuficientes ainda têm dificuldade no acesso à justiça.

### 3 I DO DIREITO À SAÚDE E A CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS

O art. 196 da Constituição Federal garante o direito à saúde e determina que esse direito é dever do Estado. Por sua vez, a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/1990) garante, em seus artigos 2º, 6º, 7º e 43, o direito de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica.

Pode-se pensar, ainda, como previsão ao direito à saúde e a concessão de medicamentos pelo Estado, o direito à vida (art. 5º da CF) e direito à dignidade da pessoa humana (art. 1º da CF), pois sem a medicação prescrita, muitas vezes a alternativa àquele paciente é a morte ou gravames à sua saúde.

Analisando os direitos individuais e coletivos conforme suas gerações, o direito à saúde encontra-se na segunda geração, sendo um direito social. E o artigo 6º da Constituição Federal traz o direito à saúde, como direito social, de forma expressa.

Ainda que seja um direito de natureza social e que possa ser exigido de forma transindividual, nada impede o seu exercício por ação individual. “O fato é que a supressão pura e simples da tutela judicial individual (e mesmo coletiva, quando se trata de atender determinados grupos de pessoas) poderá gerar uma dupla violação do princípio isonômico”. (SARLET, 2011, p. 21).

No âmbito internacional, tem-se a Constituição da Organização Mundial da Saúde, em 1946, prevendo a saúde como direito fundamental (OMS, 1946) e a Declaração de Direitos Humanos, de 1948, no artigo 25, prevê como um direito de todo ser humano, *in verbis*:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. (ONU, 1948).

A legitimidade passiva para ações judiciais que visem a concessão de medicamentos é ampla, pois o artigo 23 da Constituição Federal determina que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência (inciso II).

Nesse sentido, o tema 793 de repercussão geral do STF e a Súmula 37 do Tribunal de Justiça de São Paulo: “A ação para fornecimento de medicamento e afins pode ser proposta em face de qualquer pessoa jurídica de Direito Público Interno”. A parte, portanto, pode escolher propor a ação cumulativamente contra todos os legitimados ou optar por qualquer um deles.

Dessa forma, é responsabilidade do Estado, em todas as suas esferas, garantir o direito à saúde do cidadão, independentemente dos contornos das políticas públicas e da gestão de recursos. E mais, tal direito deve abarcar todas as pessoas. Ou seja, o direito à saúde é universal, destinando-se a todo e qualquer ser humano, independente da classe social ou econômica (GARCEZ; ESQUIVEL, 2020).

Tal direito fundamental encontra-se ainda na Lei Orgânica da Seguridade Social (LOS - Lei nº 8.212/1991), na Portaria MS nº 2.583/2007. A integralidade de assistência, na forma como está definida pelo artigo 7º, inciso II, da LOS, define o dever do Estado em fornecer não só os medicamentos constantes da lista oficial, mas sim todos os que forem imprescindíveis às particularidades do caso concreto. Sendo assim, em um caso específico, a medicação, apoiada em medicina baseada em evidência e receitada pelo médico responsável pelo tratamento daquele paciente, deve ser concedida, ainda que não conste das listas oficiais.

Portanto, sendo o direito à saúde fundamental, o fornecimento do medicamento a quem dele necessita é, na verdade, a expressão do direito público à saúde.

Tendo em vista a dificuldade de lidar com as ações relativas ao direito de saúde na prática, o crescimento do número dessas demandas, o desconhecimento dos juizes de temas afetos à área da medicina, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação nº 31, de 30/03/2010, para que os Tribunais de Justiça dos Estados e os Tribunais Regionais Federais, dentre outras medidas, celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde. (CNJ, 2010).

O Conselho Nacional de Justiça editou, ainda, a Resolução 107/2010, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. (CNJ 2, 2010).

No Estado de São Paulo, desde 2018, funciona o Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NAT-Jus), que fornece às varas e câmaras do Tribunal notas e respostas técnicas com fundamentos científicos que auxiliam na análise de pedidos que envolvem procedimentos médicos e fornecimento de medicamentos. A equipe do NAT-Jus/SP é composta por profissionais de saúde do TJSP que contam com apoio de especialistas que atuam nas instituições conveniadas da rede NATS. As respostas às consultas são enviadas em até 72 horas do recebimento pela entidade parceira e o magistrado é comunicado em caso de eventual necessidade de dilatação do prazo. (TJSP, 2018).

Com relação à concessão de medicamentos, há portaria específica do Ministério da Saúde, a Portaria 3.916/1998, que estabelece a Política Nacional de Medicamentos, tendo como diretriz assegurar o acesso da população a medicamentos seguros, eficazes e de qualidade, ao menor custo possível; os gestores do SUS, nas três esferas de Governo, atuando em estreita parceria, deverão concentrar esforços no sentido de que o conjunto das ações direcionadas para o alcance deste propósito estejam balizadas pelas diretrizes a seguir explicitadas. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1998).

O STF já reconheceu a responsabilidade das fazendas públicas em fornecer medicamentos excepcionais (STF, 2016). O Superior Tribunal de Justiça também adotou o mesmo posicionamento, quando do julgamento do REsp n. 836913/RS, em 08/05/2007, enfatizando, ainda, a possibilidade de cominação de multa diária, ainda que o requerido seja a Fazenda Pública. (STJ, 2007).

Em pesquisa empírica jurisprudencial conduzida pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais – CEBEPEJ e Centro de Pesquisa Jurídica Aplicada da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, por meio dos Coordenadores e Pesquisadores nela indicados, dentre os quais Ada Pellegrini Grinover, analisando a judicialização da saúde nos Estados de São Paulo e Minas Gerais, chegou-se às seguintes conclusões:

- 1) A total inexistência de ações individuais de efeitos coletivos e de ações pseudoindividuais junto à Justiça de São Paulo e Minas Gerais, no campo da saúde;
- 2) a baixíssima incidência de ações coletivas nesse mesmo campo e nos referidos Estados;
- 3) a enorme preponderância de ações individuais, alimentando o fenômeno da litigância repetitiva, com todas suas desvantagens (acúmulo de trabalho, decisões contraditórias, condução atomizada de questões que poderiam ser agrupadas num tratamento único e uniforme);
- 4) ausência completa de iniciativa dos legitimados às ações coletivas para aglutinarem inúmeras demandas repetitivas, com pedidos idênticos e em face do mesmo réu, ajuizando uma única ação coletiva (seja em defesa de direitos coletivos, seja de direitos individuais homogêneos);
- 5) a substituição da iniciativa correta, indicada no n. 4, pela propositura canhestre de demandas de natureza individual, querendo que passem por ações coletivas (ações pseudocoletivas). (GRINOVER; SICA, 2014).

Como é possível notar, a efetivação do direito à saúde é extremamente complexa e gera comumente a judicialização de demandas. É evidente que há outras questões que permeiam o tema, como o mínimo existencial; a questão de planejamento do Estado; custos para propiciar esse acesso universal à saúde; a reserva do possível; a escassez de recursos financeiros; o ativismo judicial, mas tais temas não serão aprofundados nesse momento. O foco da presente pesquisa é o do acesso à justiça e a legitimidade de criação de filtros pelos juízos para que esse acesso ocorra.

## 4 I DA EXIGÊNCIA DE PROVIDÊNCIAS PRÉVIAS

Cada juízo acaba adotando regras de exigências prévias que vinculam os jurisdicionados daquela localidade. Como tais recomendações ou portarias não são passíveis de consulta sistemática e clara, analisar-se-á a Recomendação 01/14 do Juizado Especial da Comarca de Leme/SP. Na Comarca não há Juizado específico da Fazenda Pública instalado, dessa forma, é o Juizado Especial Cível que atua na maior parte das ações de concessão de medicamentos e relativas ao direito à saúde quando a parte passiva é o Estado ou o Município.

Em referida Recomendação, após os “Considerandos”, o Art. 1º prevê:

Art. 1º. Nas ações fundadas na negativa de assistência à saúde pelo Poder Público deverão ser juntados os seguintes documentos considerados indispensáveis para o pronto exame do pedido de tutela antecipada:

I – Relatório médico, apontando, tecnicamente, a necessidade e urgência do tratamento, prótese, órtese ou fármaco pleiteado e esclarecendo, ainda, quanto à possibilidade, ou não, de sua substituição por similar disponibilizado pelo Poder Público, em conformidade com o modelo constante do Anexo II dessa recomendação;

II - Receituário subscrito pelo mesmo profissional emitente do relatório médico consignando o tratamento necessário ou medicamento indicado, contendo a sua Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional (DCI), o seu princípio ativo, seguindo, quando pertinente, o nome de referência da substância, posologia e modo de administração;

III – Cópia do Cartão Nacional da Saúde;

IV – Negativa formal do atendimento por parte do Poder Público, justificativa da impossibilidade de sua obtenção ou, pelo menos, a juntada de requerimento chancelado pelo setor de protocolo, ainda que geral;

V – Três orçamentos/cotação, no mínimo, da medicação, prótese, órtese ou tratamento pleiteado;

VI – Comprovante de rendimentos, bem como eventual benefício previdenciário, além de informações quanto à propriedade, pela parte autora, também quanto ao seu cônjuge ou convivente, e/ou seus representantes legais, de bens imóveis e veículos, com sua descrição sumária, ou, ainda, cópia da última declaração de bens e rendimentos.

Há ainda, previsão no §2º de que os documentos previstos nos incisos I, II, IV e V devem ter sido emitidos no máximo 30 (trinta) dias antes da propositura da petição inicial.

É importante destacar que, tratando-se de Juizado Especial Cível, nas causas de até 20 salários-mínimos, é possível que a parte esteja desacompanhada da assistência de um advogado. Sendo assim, a pessoa hipossuficiente terá que providenciar a documentação, conforme os modelos constantes do Anexo, após já ter a negativa fática da medicação e precisar da medida liminar. A porta do Poder Judiciário apenas abrirá após ela cumprir os requisitos burocráticos, o que pode causar uma demora maior para a propositura da ação.

Antes de se adentrar em comentários a cada uma das exigências da Recomendação da Comarca de Leme, é importante observar o que já foi decidido pela cúpula do Poder Judiciário e quais as recomendações do Conselho Nacional de Justiça com relação às ações relativas à concessão de medicamentos.

Em sede de julgamento em repercussão geral (tema 6) para a concessão de medicamento de alto custo não incorporado ao SUS, o Ministro Marco Aurélio, relator do recurso, estipulou os seguintes critérios para a concessão da medicação: a) a comprovação do caráter imprescindível do medicamento, no sentido de sua eficácia e segurança para o aumento de sobrevida e/ou melhora da qualidade de vida do enfermo, bem como a impossibilidade de substituição por fármaco constante das listas do SUS; b) a prova da incapacidade financeira do enfermo ou de sua família (em regime de solidariedade) para a sua aquisição, tendo como parâmetro as regras que regem o dever de prestação de alimentos na esfera cível (STF, 2016).

Já o Ministro Roberto Barroso levantou cinco requisitos cumulativos para que a concessão de medicamento de alto custo ocorresse: a) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; b) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; c) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; d) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e) a propositura da demanda necessariamente em face da União, já que a ela cabe a decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos ao SUS. (STF, 2016.).

No mesmo julgamento, o Ministro Edson Fachin, propõe os seguintes parâmetros: a) prévio requerimento administrativo, que pode ser suprido pela oitiva de ofício do agente público por parte do julgador; b) subscrição realizada por médico da rede pública ou justificada impossibilidade; c) indicação do medicamento por meio da Denominação Comum Brasileira ou DCI – Internacional; d) justificativa da inadequação ou da inexistência de medicamento ou tratamento dispensado na rede pública; e) laudo, formulário ou documento subscrito pelo médico responsável pela prescrição, em que se indique a necessidade do tratamento, seus efeitos, e os estudos da medicina baseada em evidências, além das vantagens para o paciente, comparando-o, se houver, com eventuais fármacos ou tratamentos fornecidos pelo SUS para a mesma moléstia. (STF, 2016). O julgamento foi concluído apenas em 2020, com aprovação de repercussão geral, com a seguinte redação: “6 - Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo.”

No Superior Tribunal de Justiça, em 2018, em julgamento de recurso repetitivo, que teve como relator o ministro Benedito Gonçalves, houve a fixação de critérios para a concessão de medicamentos que não estejam previstos na lista do Sistema Único de Saúde (SUS):

1 – Seja comprovado pela parte autora, mediante laudo médico fundamentado e devidamente circunstanciado (da lavra de médico que assiste o paciente), de que o medicamento pleiteado lhe seja imprescindível, necessário também demonstrar a ineficácia dos fármacos fornecidos pelo SUS para o efeito do tratamento pretendido;

2 – A demonstração da incapacidade financeira do demandante (paciente) de arcar com o custo do medicamento prescrito; e

3 - Existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). (STJ, 2018).

**Além dessas decisões, há enunciados vigentes com relação ao tema nas Jornadas de Direito à Saúde, do Conselho Nacional de Justiça:**

ENUNCIADO Nº 03

Nas ações envolvendo pretensões concessivas de serviços assistenciais de saúde, o interesse de agir somente se qualifica mediante comprovação da prévia negativa ou indisponibilidade da prestação no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS e na Saúde Suplementar. (Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019).

[...]

ENUNCIADO Nº 19

As iniciais das demandas de acesso à saúde devem ser instruídas com relatório médico circunstanciado para subsidiar uma análise técnica nas decisões judiciais. (Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019).

[...]

ENUNCIADO Nº 32

A petição inicial nas demandas de saúde deve estar instruída com todos os documentos relacionados com o diagnóstico e tratamento do paciente, tais como: doença, exames essenciais, medicamento ou tratamento prescrito, dosagem, contraindicação, princípio ativo, duração do tratamento, prévio uso dos programas de saúde suplementar, indicação de medicamentos genéricos, entre outros, bem como o registro da solicitação à operadora e/ou respectiva negativa. (Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)

[...]

ENUNCIADO Nº 51

Nos processos judiciais, a caracterização da urgência/emergência requer relatório médico circunstanciado, com expressa menção do quadro clínico de risco imediato.

Ainda no Conselho Nacional de Justiça, há a Recomendação n. 31/2010, que, entre outras, recomenda que os magistrados procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e

insumos em geral, com posologia exata; evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei; ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência; verifiquem, junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas (CONEP), se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento; determinem, no momento da concessão de medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas. (CNJ, 2010).

Analisando o posicionamento do STJ e do STF e os Enunciados do CNJ sobre o tema, ao que parece, a recomendação do Juizado Especial Cível da Comarca de Leme não foge tanto das exigências já reconhecidas em outros órgãos. Todavia, as recomendações do STF e do STJ referem-se apenas a medicação não constante da lista do SUS, a Recomendação do Juizado Especial Cível de Leme refere-se a qualquer demanda proposta.

Todavia, em que pese reconhecida por outros órgãos, a possibilidade de providências prévias para a propositura de uma ação, tal conduta estaria de acordo com o princípio do acesso à justiça? O Judiciário poderia exigir documentos ou tipos específicos de prova para a propositura de uma ação? Ou vincular a concessão de uma medida liminar apenas a presença de todos esses documentos? Para isso é necessário analisar os dispositivos constitucionais e legais.

A Constituição Federal não limita o direito de acesso à justiça, pelo contrário, o prevê de forma ampla e universal. A legislação processual vigente, o Código de Processo Civil de 2015, enumera os requisitos que devem constar de toda petição inicial e no inciso IV, do art. 319, prevê que devem estar presentes as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados. Todavia, além das provas documentais, há diversas outras formas em que a prova de um fato pode ser produzida. O art. 369, inclusive, prevê que as partes podem se utilizar dos meios legais e de outros meios legítimos, ainda que não expressamente previstos em lei, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

É importante, ainda, destacar que, nas causas de fornecimento de medicamentos, na grande maioria das vezes, a urgência estará presente. Muitos dos pedidos de medicamentos que chegam ao Poder Judiciário significam questão de vida ou morte ou de extremo sofrimento e vida digna. E a previsão do Código de Processo Civil para pedidos de tutelas de urgência está nos artigos 300 e seguintes. Como requisitos para a concessão de tutela de urgência tem-se a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

O requisito da probabilidade equivale à cognição sumária, que, baseando-se na pesquisa de Kazuo Watanabe significa a profundidade necessária da cognição do juiz para a concessão da medida urgente. Para que haja probabilidade não basta uma mera

aparência do direito alegado, é preciso que aquele direito seja crível; ele precisa estar apoiado em algum tipo de prova. Por outro lado, é uma prova menor do que a exigida para o convencimento do juiz no momento da sentença (cognição exauriente). (WATANABE, 2005).

Sendo assim, a legislação processual prevê a necessidade de algum tipo de prova para embasar o pedido de concessão de tutela de urgência. Uma recomendação editada pelo Poder Judiciário para indicar quais provas podem ser utilizadas pode até ser interessante, para guiar a parte, que é leiga, em quais documentos poderiam ser úteis para a prova do seu direito. O que pode ofender o princípio do acesso à justiça é não permitir que a parte ingresse com a ação caso falte algum desses documentos ou caso não estejam no formato exato do modelo disponibilizado.

Dessa forma, comprovado que a parte necessita da medicação e que essa é urgente, aparentemente estão cumpridos os requisitos exigidos para a concessão de tutela urgente. E tal comprovação pode se dar por qualquer meio de prova.

Ingo Wolfgang Sarlet, ao comentar a prova exigida para ações relativas ao direito de saúde, coloca que o ônus da prova no que diz com a real indisponibilidade de recursos para atender a demanda é do Estado e não do particular. De outra banda, a prova da necessidade da medicação e da carência financeira é da parte autora. (SARLET, 2009, p. 8).

A exigência de negativa formal do Poder Público, prevista no inciso IV da Recomendação, pode ser um complicador para a parte. Muitas vezes, a recusa de fornecimento da medicação nas farmácias públicas ocorre de forma verbal e não por escrito. Sendo assim, a comprovação formal da recusa não é tão fácil e rápida de obter. A parte teria que, após a recusa verbal, redigir um pedido escrito, levar ao protocolo geral ou ao protocolo da secretaria de saúde e aguardar a resposta do órgão. O mais comum é que nesses casos, a recusa expressa sequer venha, sendo assim, teria a parte que aguardar o prazo regulamentar para entender o silêncio da Administração Pública como negativa (15 dias para órgãos federais lei n° 9.051/95; 10 dias no Estado de São Paulo conforme previsão do art. 114 da Constituição Estadual; no âmbito municipal dependerá da previsão de cada município ou aplicar as previsões das outras esferas).

Ou seja, em uma situação urgente, a exigência desse documento formal e escrito sujeitará o paciente a ficar mais 10 ou 15 dias sem a sua medicação, consistindo em verdadeiro atraso no acesso à justiça.

Em muitos casos, esse medicamento já era fornecido pelo Poder Público, mas está em falta na farmácia da secretaria da saúde, seja por falta de planejamento do gestor, seja por dificuldades criadas em razão do enfrentamento à pandemia do COVID-19. Se a parte tem documentação referente aos outros meses do fornecimento, essa prova seria suficiente para embasar a probabilidade exigida para a concessão da tutela de urgência, dispensando-se, em tese, essa previsão da Recomendação.

E mais, ainda que a decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 631.240, tenha entendido que a exigência prévia de acionar os órgãos administrativos não ofenderia o livre acesso à justiça em causas previdenciárias, não se pode, aqui, numa situação de extrema urgência como é a concessão de medicamentos, tomar-se a mesma conclusão. (STF, 2014).

Ao observar o requisito previsto no inciso II, do art. 1º da Recomendação, caso exista o receituário médico, mas sem todos os detalhes e especificações ali exigidos, isso poderia ser motivo para a denegação da medida liminar? Aqui a probabilidade já estaria demonstrada pelo receituário, a falta de um detalhe ou informação por parte do profissional médico não pode prejudicar o acesso à justiça. A exigência de que tal documento seja de autoria do mesmo profissional previsto no inciso I também dificultaria o acesso à justiça, em tese.

Causa preocupação a exigência de emissão de no máximo 30 dias antes da propositura da ação. É certo que um documento de 5, 10 ou 20 anos pode não refletir a necessidade atual daquele paciente. Mas, em regra, os medicamentos que são exigidos nesse tipo de ação são de uso contínuo ou de tratamentos prolongados, sendo assim, pode ser que o paciente tenha o receituário e laudo com pouco mais de 30 dias e isso não deveria impossibilitar seu acesso ao Judiciário. Exigir um prazo tão exíguo, sujeitará a pessoa, que tem urgência na sua medicação, a marcar uma consulta com o médico, ou aguardar o agendamento pelo SUS que pode demorar meses. Se o médico deixou especificado no laudo ou receituário que o tratamento é contínuo ou prolongado, não cabe ao Judiciário dar prazo de validade inferior àquele documento médico. Sendo assim, deve-se analisar caso a caso.

Analisada a questão processual, resta saber, se, na prática, tal Recomendação do juízo estaria prejudicando de alguma forma o acesso à justiça. Dessa forma, pesquisou-se todas as sentenças acerca de fornecimento de medicamentos no Juizado Especial Cível da Comarca de Leme, foram localizados 318 resultados. Para restringir a análise, filtrou-se o resultado no período de 02/04/2020 a 01/04/2021 e foram encontrados 38 processos. (TJSP, 2021).

Como não há banco de dados de decisões interlocutórias disponível no site do Tribunal de Justiça de São Paulo, foi necessário analisar o processo eletrônico em sua totalidade, verificando os documentos apresentados, a concessão ou não da liminar e a procedência ou não da ação.

Na análise de cada um dos casos, pode-se observar que, em 30 deles, as partes autoras estavam representadas por advogado e, em 8 deles, as partes estavam sem a assistência por advogado, mas com o auxílio do Núcleo de Prática Jurídica do Curso de Direito do Centro Universitário Anhanguera – Leme, em razão do convênio que o cartório judicial possui com a faculdade.

Com relação à concessão ou não da medida de urgência, foi possível verificar a

resposta positiva em 37 dos 38 casos. Na mesma linha, em apenas um dos casos a sentença foi de improcedência. A negativa de medida urgente e a improcedência nesse caso teve como fundamento as condições financeiras da parte em arcar com os medicamentos, nos termos da jurisprudência do TJSP, tema 106. Os documentos financeiros estão em sigilo, mas segundo a sentença, eles demonstram gastos com o hospital Albert Einstein no valor de mais de R\$ 28 mil apenas em 2019 e a propriedade de um veículo de R\$ 73.000,00. Além disso, o autor é ex-prefeito da cidade e tem família com condições financeiras.

Sendo assim, numa análise superficial, a existência da Recomendação não tem prejudicado, na prática, o acesso à justiça das pessoas que precisam da concessão de medicamentos. Em alguns casos, mesmo sem toda a lista de documentos estar no modelo sugerido, a tutela urgente não foi negada, tampouco a ação foi julgada improcedente.

Voltando os olhos para as decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo, pesquisou-se Agravos de Instrumento com o seguinte critério: “fornecimento de medicamento” liminar documentos e encontrou-se 4.736 decisões, o que já demonstra a importância e relevância do tema. Restringindo-se a busca apenas ao ano de 2021 (data de 01/01/2021 a 01/04/2021), foram encontradas 240 decisões, ainda restringindo-se mais a pesquisa para apenas as decisões relativas ao mês de março de 2021, foram localizadas 100 decisões. Pela limitação que a presente pesquisa permite, a análise dar-se-á com relação apenas aos 5 agravos com decisões mais recentes.

No primeiro caso analisado, houve reforma da decisão para concessão da tutela provisória de urgência com o fornecimento de medicação e insumos. O Juízo *a quo* que indeferiu liminar pautado em laudo produzido pelo NAT-Jus, com conclusão contrária à do médico que acompanha o paciente. (Agravo de Instrumento nº2054129-86.2021.8.26.0000, 2021).

No segundo caso, a liminar em primeiro grau de jurisdição foi negada sob o argumento de que a parte autora não havia comprovado a negativa da medicação pelo órgão público. Em sede de agravo, houve a reforma da decisão, considerando a presença de verossimilhança das alegações e fundado receio de dano irreparável e aplicada multa diária. (Agravo de Instrumento nº 2248373-49.2020.8.26.0000, 2021).

O terceiro caso tratou de concessão de canabidol à criança no espectro autista. A decisão de primeiro grau concedeu a liminar, mas a Fazenda Pública recorreu. O Tribunal de Justiça manteve a decisão anterior sob o argumento de que o fármaco, embora não possua registro na ANVISA, teve sua produção e comercialização recentemente disciplinadas por essa agência reguladora. Houve reconhecimento de perigo de dano em razão do quadro comportamental e houve ampliação para o prazo de 90 dias para o fornecimento em razão da necessidade de importação do remédio e a situação atual do COVID-19 (Agravo de Instrumento nº 3006232-79.2020.8.26.0000, 2021).

O quarto caso tratou de revogação de liminar anteriormente concedida por suspeita de burla. Analisando o recurso, o Tribunal reformou a decisão, retomando a liminar,

aplicando-se os requisitos do tema 106 do STJ. (Agravo de Instrumento nº 2275485-90.2020.8.26.0000, 2021).

Já o quinto acórdão indefere a revogação da liminar em razão de estarem presentes os requisitos previstos no tema 106 do STJ. (Agravo de Instrumento n. 3000236-66.2021.8.26.0000, 2021).

É possível verificar que, de forma geral, o Tribunal de Justiça também tem prestigiado o direito à saúde nas ações de fornecimento de medicamentos, em que pese a existência de recomendações mais rígidas por outros órgãos.

Esse resultado, todavia, não elimina a possibilidade de existência de outros entraves ao acesso da parte ao Poder Judiciário. No último ano, é necessário pensar, inclusive, numa barreira digital, uma vez que, desde meados de março de 2020, o atendimento do Juizado Especial Cível na Comarca de Leme está ocorrendo de forma totalmente digital, por meio de atendimento inicial por e-mail e agendamento de videoconferência para o atendimento pessoal e a elaboração da petição inicial.

Outras dificuldades ainda podem ser apontadas, como o desconhecimento, da pessoa que necessita da medicação não fornecida, da possibilidade de exigir a medicação através do Poder Judiciário.

## 5 | CONCLUSÃO

Nas ações relativas ao fornecimento de medicamentos deve-se ter especial atenção ao princípio constitucional do acesso à justiça, pois trata-se de exercício de direito fundamental, de natureza social e universal. Além disso, o autor dessas demandas é vulnerável e pode ser hipossuficiente.

Em que pese a possibilidade da natureza transindividual do direito à saúde, admite-se a propositura da ação de forma individual.

Para a propositura da ação, deve-se ater aos requisitos constitucionais e legais, seja para a inicial, seja para embasar o pedido de tutela de urgência. No tocante à prova, podem ser utilizados quaisquer meios admitidos em lei e não apenas prova documental.

Sendo assim, a Recomendação n.1/14 extrapola a exigência constitucional e legal, devendo ser relativizada a ausência de algum documento ou o formato diferente do nela previsto. Nessa linha, ela pode ser interessante como uma guia para a parte, mas jamais como algo absoluto, sob pena de violar o princípio do acesso à justiça.

Na aplicação prática da recomendação, observou-se que, em todas as sentenças proferidas no intervalo de 1 ano (02/04/2020 a 01/04/2021), ela não gerou indeferimento da inicial ou foi apontada como justificativa para a não concessão da tutela de urgente, ou seja, na prática, ela não tem causado ofensa ao acesso à justiça.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 836.913. j. 08 maio 2007. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8930316/recurso-especial-resp-836913-rs-2006-0067408-0-stj-relatorio-e-voto-14096217>. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1657156 / RJ. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201657156>. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 566471/RN. Relator ministro Marco Aurélio, j. 28 set. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo841.htm>. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 631.240, j. 03 set. 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7168938>. Acesso em: 30 out. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Jornada de Direito da Saúde (I, II, III). Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/DireitodeSaude/EnunciadosCNJ.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação nº 31 de 30/03/2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=877>. Acesso em: 01 abr. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010. Resolução n. 107 de 06/04/2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/173>. Acesso em 01 abr. 2021.

GARCEZ, João Gualberto; ESQUIVEL, Carla Liliane. Dimensões dos Direitos Humanos na resposta ao Covid-19. Direito À Saúde Como Direito Humano Fundamental: Breves Considerações A Respeito Do Seu Formato Legal À Sua Eficácia Social. **Ciências Sociais Aplicadas em Revista**, Universidade pública em Marechal Cândido Rondon Disponível em: [www.hrw.org/pt/news/2020/03/23/339654](http://www.hrw.org/pt/news/2020/03/23/339654). Acesso: 27 jan. 2021.

GABBAY, Daniela Monteiro; DA COSTA, Susana Henriques da; ASPERTI, Maria Cecília Araujo. Acesso à justiça no Brasil: reflexões sobre escolhas políticas e a necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 6, n. 3, 1 set. 2019, p. 152.

GRINOVER, Ada Pellegrini; SICA, Ligia Paula Pires Pinto (coords.). Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde. São Paulo: **CEBEPEJ; FGV**, 2014. Disponível em: [http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18674/CPJA\\_Grinover%3b%20Watanabe%3b%20Sica%3b%20Alves.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18674/CPJA_Grinover%3b%20Watanabe%3b%20Sica%3b%20Alves.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 02 abr. 2021.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria n. 3.916 de 30 de outubro de 1998. Disponível em: [http://bvsm.s.saude.gov.br/bvsm/saudelegis/gm/1998/prt3916\\_30\\_10\\_1998.html](http://bvsm.s.saude.gov.br/bvsm/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html). Acesso em: 01 abr. 2021.

OMS. Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO), 1946. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 20 jan. 2021.

ONU. Declaração universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 20 de jan. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Pesquisa de Sentenças. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjpg/>. Acesso em: 01 abr. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 2054129-86.2021.8.26.0000, relator Leonel Costa, j. 01 abr. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 2248373-49.2020.8.26.0000, 6 Câmara de Direito Público, relator Leme de Campos, j. 31 mar. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 2275485-90.2020.8.26.0000, j. 31 mar. 2021

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 3000236-66.2021.8.26.0000, 1 Câmara de Direito Público, relator: Aliende Ribeiro, j. 31 mar. 2021

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 3006232-79.2020.8.26.0000, 31 mar. 2021.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. Revista USP, (101), 55-66, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i101p55-66>. Acesso em: 02 abr. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e processo o direito à proteção e promoção da saúde entre tutela individual e transindividual. **Revista de Processo**, v. 199, p. 13-40, set. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, sua dimensão organizatória e procedimental e o direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Processo**, v. 175, p. 9-33, set. 2009.

SILVA, José Afonso. Acesso à justiça e cidadania. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 216, p. 09-23, abr.-jun. 1999.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 631.240. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7168938>. Acesso em: 30 out. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Núcleo de apoio técnico Pode Judiciário - NAT-Jus, 2018. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/NatJus>. Acesso em 01 abr. 2021.

WATANABE, Kazuo. **Da Cognição do Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005.

## ÍNDICE REMISSIVO

### A

Aborto 6, 145, 146, 147, 149, 150, 151, 152, 155

Aborto legal 6, 145, 149, 151, 152

América latina 5, 6, 29, 30, 31, 33, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 118, 136, 144, 151, 154, 168

Aposentadoria 7, 92, 93, 94, 96, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 105, 106, 110, 202, 203, 204, 205, 206, 209, 212, 213, 214

### B

Benefícios sociais 6, 91, 96

### C

Cidadania 8, 43, 44, 64, 69, 114, 150, 151, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 164, 165, 166, 167, 176, 177, 178, 179, 184, 194, 195, 196, 197, 198, 200

Conselhos gestores 156, 161

Conselhos Municipais 4, 6, 156, 157, 158, 161, 162, 164, 165, 167

Contratos administrativos 5, 15, 18, 22, 24, 25, 26, 27

Controle social 156, 158, 159, 160, 161, 164, 165, 166, 167, 168, 196

Coronavírus 1, 2, 3, 4, 10, 15, 16, 18, 20, 21, 28, 73, 74, 77, 78, 86, 90

Covid 4, 5, 1, 2, 3, 10, 12, 14, 15, 16, 18, 19, 21, 22, 23, 25, 26, 27, 38, 40, 42, 45, 46, 48, 50, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 62, 63, 68, 72, 73, 74, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 84, 85, 88, 90, 126, 129, 130, 145, 146, 147, 150

Covid-19 4, 5, 1, 2, 3, 10, 12, 14, 15, 16, 18, 19, 21, 22, 23, 25, 26, 27, 38, 40, 42, 45, 46, 48, 50, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 62, 63, 68, 72, 73, 74, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 84, 85, 88, 90, 126, 129, 130, 145, 146, 147, 150

### D

Dados pessoais 5, 62, 63, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 210

Desenvolvimento 11, 46, 47, 49, 51, 52, 58, 64, 65, 66, 67, 69, 72, 75, 79, 80, 82, 83, 84, 88, 92, 104, 110, 111, 114, 119, 122, 124, 137, 155, 157, 159, 165, 176, 177, 184, 192, 196, 203, 212

Direito 2, 4, 5, 6, 1, 2, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 36, 37, 38, 39, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 48, 49, 50, 51, 54, 55, 56, 58, 59, 61, 62, 63, 65, 66, 67, 68, 69, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 97, 98, 99, 101, 103, 104, 105, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 127, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 141, 146, 147, 148, 156, 157, 159, 163, 164, 165, 166, 176, 180, 183, 186, 187, 202, 204, 205, 206, 207, 208, 213, 214, 230

Direito à saúde 4, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 36, 41, 43, 45, 46, 48, 49, 50, 51, 54, 58, 73, 98, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 115, 116, 118, 119, 120, 121, 131, 132

Direitos fundamentais 5, 1, 2, 8, 9, 10, 12, 13, 20, 43, 45, 46, 48, 49, 61, 66, 67, 69, 71, 73, 75, 91, 93, 95, 104, 105, 107, 112, 113, 117, 118, 120, 123, 124, 125, 158, 163, 183

Direitos sociais 9, 11, 48, 50, 51, 63, 67, 75, 76, 93, 95, 96, 98, 104, 111, 119, 124, 162, 200

## **E**

Espaço público 168

Estado democrático 1, 2, 8, 11, 15, 18, 23, 27, 28, 48, 51, 71, 104, 148, 156, 163, 183

## **G**

Georges Gurvitch 6, 156, 157, 162, 163, 166, 167

## **J**

Judicialização da saúde 4, 6, 33, 42, 108, 112, 115, 116, 117, 118, 119, 121, 125, 130, 131

Jurisdição Constitucional 1, 2, 10, 12, 13

Justiça 5, 2, 8, 9, 10, 11, 13, 14, 20, 21, 25, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 51, 66, 67, 112, 114, 116, 117, 118, 119, 127, 130, 133, 135, 136, 137, 139, 143, 144, 181, 182, 183, 184, 190, 191, 197, 200

## **M**

Mediação 5, 6, 15, 18, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 108, 109, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 135, 136, 144

Mediação de conflitos 24, 28, 108, 113, 114, 115, 117

Medicamento 5, 29, 32, 34, 35, 36, 38, 40, 126, 128

Meio ambiente 5, 67, 79, 80, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 98, 119, 161

## **P**

Pandemia 4, 5, 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 20, 21, 22, 25, 26, 27, 38, 44, 45, 46, 48, 49, 50, 51, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 62, 63, 68, 71, 72, 73, 74, 75, 77, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 88, 89, 126, 129, 130, 145, 146, 147, 148, 149, 153, 154

Políticas públicas 4, 6, 8, 12, 13, 32, 46, 49, 71, 74, 78, 120, 121, 129, 145, 147, 148, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 164, 166, 167, 169, 170, 171, 173, 182, 183, 184, 191, 193, 200, 203, 228

## **R**

Regime previdenciário 105, 202, 204, 205, 210

Responsabilidade civil 5, 44, 45, 46, 47, 50, 53, 57, 58, 60, 61, 120

## S

Saúde 4, 6, 2, 5, 6, 13, 15, 16, 18, 21, 22, 26, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 38, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 63, 67, 68, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 81, 87, 88, 90, 91, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 101, 103, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 124, 125, 126, 127, 129, 130, 131, 132, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 154, 155, 158, 160, 161, 162, 176, 189, 203, 207, 208, 209

Saúde da mulher 4, 6, 145, 146

Saúde pública 6, 15, 16, 18, 21, 22, 28, 45, 48, 50, 51, 52, 53, 56, 57, 58, 72, 73, 77, 87, 88, 110, 111, 112, 118, 121, 122, 125, 126, 127, 130, 131

Saúde suplementar 6, 36, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 115, 117, 118

Seguridade social 4, 7, 32, 91, 92, 96, 97, 98, 107, 111, 148, 202, 203, 204, 207, 208, 209, 210, 211, 213

Sustentabilidade 5, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 72, 75, 76, 77, 82, 84, 85, 145, 166

## T

Trabalhador rural 7, 202, 203, 208, 210, 211, 212, 213, 214

Tutela de urgência 29, 37, 38, 41

## V

Vacinação 5, 44, 45, 46, 47, 49, 50, 51, 54, 55, 58, 60

Violência de gênero 7, 145, 147, 149, 152, 153, 154

Vírus 1, 2, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 16, 48, 57, 58, 68, 80, 81, 83, 84, 85, 87, 88, 126, 129, 146

Vulneráveis 5, 1, 2, 5, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 31, 67, 147, 150, 151

---

# FUNÇÃO POLÍTICA E SOCIAL DO DIREITO

e teorias da constituição

---

-  [www.atenaeditora.com.br](http://www.atenaeditora.com.br)
-  [contato@atenaeditora.com.br](mailto:contato@atenaeditora.com.br)
-  [@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora)
-  [www.facebook.com/atenaeditora.com.br](https://www.facebook.com/atenaeditora.com.br)

---

# FUNÇÃO POLÍTICA E SOCIAL DO DIREITO

e teorias da constituição

---

 [www.atenaeditora.com.br](http://www.atenaeditora.com.br)  
 [contato@atenaeditora.com.br](mailto:contato@atenaeditora.com.br)  
 @atenaeditora  
 [www.facebook.com/atenaeditora.com.br](https://www.facebook.com/atenaeditora.com.br)

  
Ano 2022

I