

MANDADO DE SEGURANÇA E A DIGNIDADE HUMANA¹**WRIT OF MANDAMUS AND HUMAN DIGNITY**Wanderlei Lukachewski Junior²

RESUMO: A Lei n.º 12.016/09 revogou a antiga Lei n.º 1.533/51 passando a regular o mandado de segurança individual e coletivo. Adotando orientações já consolidadas na jurisprudência, a nova Lei foi deficitária principalmente no tocante ao mandado de segurança coletivo, já que exigiu do titular do direito individual que pretenda se aproveitar da coisa julgada coletiva que desista da ação ajuizada individualmente. Deixou igualmente de sanar teratologias aprovadas durante o regime militar, como a restrição a liminares, e a possibilidade do poder público interpor duas medidas distintas e com requisitos diferentes para suspender liminar concedida. A restrição as liminares principalmente no que tange o direito ao acesso a saúde (medicamentos) afronta a dignidade humana. A lei 12.016/2009 perdeu assim, uma grande oportunidade de corrigir erros que se perpetuam há séculos e que não convivem pacificamente num sistema democrático como o nosso.

PALAVRAS CHAVES: mandado de segurança; coisa julgada coletiva; restrição a liminares

ABSTRACT: The Act repealed the old law 12016/09 1.533/51 going to regulate the Injunction individually and collectively. Adopting the guidelines already established in case law, the new law was deficient mainly in relation to the warrant of collective security, as required of the holder of the right individual who wishes to take advantage of the collective res judicata to withdraw the lawsuit filed individually. It also ceased to remedy teratologies adopted during the military regime, such as restricting the court orders, public power and the possibility of bringing two different measures and different requirements to suspend an injunction granted. Restricting the injunctions especially regarding the right to access to health (drugs) affront to human dignity. The law 12.016/2009 thus lost a great opportunity to correct errors that perpetuate centuries and will not coexist peacefully in a democratic system like ours.

KEYWORDS: Injunction; collective res judicata; restriction to injunctions

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 ASPECTOS HISTÓRICOS; 3 MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL E COLETIVO; 4 MANDADO DE SEGURANÇA

¹ Artigo recebido em 09 de fevereiro de 2012 e aceito em 17 de fevereiro de 2012.

² Advogado; Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá; Pós-graduação *lato sensu* em direito, em nível de especialização em direito aplicado – Resolução n.º 27/2001, da Secretária de Ciência, Tecnologia e Ensino Superior do Estado do Paraná; Mestrando do Curso de Pós-graduação *Stricto Sensu* em direito pelo Centro Universitário de Maringá. wlukachewski@yahoo.com.br

COMO MECANISMO DE GARANTIA DA DIGNIDADE HUMANA; 5
CONCLUSÃO; 6 REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

As garantias individuais conquistadas ao longo dos séculos permitiram que o homem obtivesse meios legais para se socorrer das arbitrariedades cometidas por aqueles que estão no poder.

Neste aspecto, o mandado de segurança individual e coletivo ex-surge como garantia apta a tutelar o direito líquido e certo (não amparado por habeas corpus ou habeas data) ameaçado ou violado por ato ilegal cometido por autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso do poder. No tocante a saúde, o mandado de segurança é utilizado como mecanismo de garantia ao acesso de medicamentos que o poder público se recusa a fornecer, invariavelmente lesionando a dignidade de inúmeras pessoas.

2. ASPECTOS HISTÓRICOS DO MANDADO DE SEGURANÇA

Desde que o homem passou a viver em sociedade entregando parte de sua liberdade a um governante, incessantemente busca mecanismos de defesa de seus direitos individuais e coletivos dos arbítrios cometidos por aqueles que estão no poder.³

Neste contexto, surgiu o mandado de segurança definido por Hely Lopes Meirelles, como:

o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual líquido e certo, não amparado por “habeas corpus”, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.⁴

³ MOSSIN, Heráclito Antônio. **Mandado de segurança em matéria penal**. São Paulo: Atlas, 1994, p. 11.

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ação Popular**. 3. Ed. São Paulo: RT, 1975, p.11.

O mandado de segurança é uma criação do direito brasileiro, embora seja possível identificar certa similitude com institutos do direito comparado, como por exemplo, o *writ* americano, o *mandamus* inglês e o juízo de *amparo* mexicano.⁵

No Brasil, o mandado de segurança surgiu como um desdobramento do *habeas corpus*. A Constituição de 1891 não previa o mandado de segurança e ao dispor sobre o *habeas corpus* asseverava que seria possível propor o instituto sempre que o indivíduo sofresse ou se achasse em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder. Assim, na falta de uma medida adequada, formou-se a denominada doutrina brasileira do *habeas corpus*.

Com grande propriedade Buzaid comenta sobre o tema:

Impacientes de qualquer demora na solução do pleito acerca de direitos subjetivos individuais e inexistindo ordem jurídica adequada capaz de satisfazer às mais elementares exigências de tutela, recorrem os interessados a fórmulas jurídicas atípicas, não só para impedir a ameaça de violação iminente, como também para obter o pronto restabelecimento do direito ofendido. Serviam-se então quer dos interditos, visando proteger a chamada “posse de direito”, quer do *habeas corpus*, consideravelmente ampliado em seu objeto e já agora apto a abranger, além da liberdade de locomoção, ainda a liberdade de consciência, de pensamento e de reunião.⁶

Naquela época, sempre que o Supremo Tribunal Federal era incitado a se manifestar sobre o tema admitia a utilização do *habeas corpus* como sucedâneo do mandado de segurança. Porém, em 1926, delimitou-se que o *habeas corpus* serviria somente para a proteção da liberdade de locomoção, tornando-se impossível a partir de então a adoção da medida para resguardar direito líquido e certo que não violasse o direito de locomoção.

Com isso, o mandado de segurança ganhou força, sobretudo, com a Constituição de 1934 que pela primeira vez expressamente tratou da medida. Por ser medida que visa resguardar direitos, como não poderia ser diferente, na ditadura de Vargas (1937-1945), foi restringido, não podendo alcançar atos do Presidente da República, dos Ministros de Estado, Governadores e Interventores.

⁵ MAIA FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar Vieira; LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Comentários à nova Lei do mandado de segurança**. São Paulo: RT, 2010, p. 25.

⁶ BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 1989, p.69.

Somente com a queda de Vargas e com o advento da Constituição de 1946 que se restaurou o mandado de segurança e outras garantias individuais suprimidas com a ditadura de Vargas. Em 1951 pela primeira vez se regulamentou o instituto no plano infraconstitucional, através da Lei n.º 1.533, alterada posteriormente pelas Leis n.º 4.166/1962, n.º 4.348/1964 e n.º 5.021/1966. Importa ressaltar que mesmo durante o regime militar, onde a concessão de medida liminar no mandado de segurança foi limitada, o mandado de segurança persistiu ainda que seus efeitos tenham sido reduzidos.

A Constituição Federal de 1967, ao inserir no texto constitucional “proteção a direito individual” excluiu a possibilidade do manejo do mandado de segurança coletivo, o que foi modificado pela Constituição de 1969 (ou emenda a Constituição como prefere alguns doutrinadores) que retirou do texto a expressão “individual”. No entanto, foi somente com a Constituição Federal de 1988 que em seu artigo 5º, inciso LXX de forma expressa tratou do mandado de segurança coletivo e os legitimados para a sua propositura.

Finalmente, a Lei 12.016/2009 trouxe algumas modificações no mandado de segurança, deixando de alterar certas incongruências que merecem aqui serem analisadas.

3. MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL E COLETIVO

O artigo 1º da Lei N.º 12.016/2009⁷ trata do cabimento do mandado de segurança. Alguns requisitos devem estar presentes para que o mandado de segurança seja concedido, a saber: a) existência de direito líquido e certo; b) não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*; c) existência de ameaça ou violação; d) ato ilegal ou abuso de autoridade.

O direito líquido e certo é aquele que pode ser demonstrado de plano sem necessidade de dilação probatória. Com a petição inicial o impetrante deve ser capaz de demonstrar no que consiste a abusividade. Se for

⁷Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

necessária dilação probatória não será possível o manejo do mandado de segurança, devendo o processo ser extinto sem resolução do mérito.

A doutrina sempre criticou a expressão “direito líquido e certo”, já que na verdade todo direito sempre o é. Sem dúvida se trata de uma locução pobre, redundante e vaga.⁸ O que o texto quis dizer é que a ilegalidade deve ser tamanha que possa ser demonstrada de plano, sem necessidade de dilação probatória. Questão igualmente interessante ocorre na seara tributária onde a inscrição da dívida ativa goza de presunção de certeza e liquidez, o que tornaria inviável o manejo do mandado de segurança. Em que pese às opiniões em contrário, o título tributário é formado unilateralmente de forma que se for possível demonstrar documentalmente que o procedimento administrativo foi defeituoso nada impediria o manejo do mandado de segurança.

Sendo possível o manejo de *habeas corpus* (artigo 5º, LXVIII da Constituição Federal), que tutela o direito de locomoção e a liberdade física, ou de *habeas data* (artigo 5º, LXXII da Constituição Federal) que tutela o acesso ao registro das informações, não é possível o manejo do mandado de segurança. É necessário ainda para o correto manejo do mandado de segurança, a presença de uma ameaça ou violação a direito, além da ilegalidade ou abusividade. A ilegalidade caracteriza-se por um ato que deveria ter sido praticado pelo ocupante do cargo público e não o foi, não havendo qualquer margem de liberdade. Já na abusividade, verifica-se verdadeiro desvio de conduta do poder público, a qual sob a desculpa da discricionariedade executa atos que prejudicam o cidadão.⁹

No Brasil, o mandado de segurança coletivo somente foi inserido expressamente no texto constitucional com a Constituição Federal de 1988. Sua origem remonta as *class action*. Tal instituto originário no direito inglês¹⁰ ganhou enorme repercussão no direito americano, principalmente após 1966, com a profunda reforma e fim das discussões da redação original da Regra 23. O instituto a partir de então, transformou-se no meio de defesa de ambientalistas, consumidores e associações para a proteção dos interesses

⁸ SIDOU, J. M. Othon. *Habeas Corpus, mandando de segurança, ação popular: as garantias ativas dos direitos coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p.188.

⁹ MEDINA, José Miguel Garcia e ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de segurança individual e coletivo: comentários à Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.37.

¹⁰ TUCCI, José Rogério Cruz. **Class action e mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1990, p.11.

coletivos, principalmente no que tange a tutela de pequenas e moderadas agressões. No entanto, alguns doutrinadores apontam que o instituto ao longo do tempo se transformou em um meio de chantagem, perdendo sua função original. No Brasil, o modelo foi introduzido através da Lei de Ação Civil Pública (7.347/85).¹¹ A nova Lei do Mandado de Segurança, tratou do objeto do mandado de segurança coletivo no artigo 21, parágrafo único, inciso I e II.¹²

A nova redação seguiu orientação da súmula 101 do Supremo Tribunal Federal, que prevê a impossibilidade da substituição do mandado de segurança pela Ação Popular. Dessa forma, houve a vedação da utilização do mandado de segurança coletivo para a tutela dos interesses difusos, sob o argumento de que seria impossível assegurar direito subjetivo líquido e certo para um grupo indeterminado de pessoas.¹³

Na ação popular tutela-se autêntico interesse difuso. Os interesses difusos não são determináveis: ao contrário, são fluidos, gerais insuscetíveis de apropriação, pois pertencem a todos o que impede a utilização via mandado de segurança coletivo.

Assim, a tutela do mandado de segurança coletivo, se limitou a proteção dos interesses coletivos (grupos vinculados a uma relação jurídica base) e individuais homogêneos (grupos com afinidade de direito relacionadas pela atividade ou situação específica).

No entanto, tal posicionamento não é unânime. Para parte da doutrina, a omissão do legislador ao não incluir os direitos difusos no artigo 21 da Lei n.º

¹¹ MEDINA, José Miguel Garcia e ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Mandado de segurança individual e coletivo: comentários à Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.213.

¹² Art. 21: O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1(um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I – coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os tansindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II – individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

¹³ BULOS, Uadi Lamêgo. **Mandado de segurança coletivo**. São Paulo: RT, 1996, p.64-65.

12.016/09, não impede sua utilização, em razão do artigo 5º, inciso LXIX e LXX da Constituição Federal, exigir apenas a violação a direito líquido e certo.¹⁴

Diferentemente do que ocorre no mandado de segurança individual, onde o rol de legitimados para a propositura da ação é bem extenso, no mandado de segurança coletivo apenas os partidos políticos com representação no congresso nacional, as organizações sindicais e entidade de classe ou associação legalmente constituída poderão propor o *mandamus*.

Trata-se evidentemente de uma exceção a regra da legitimidade ordinária. Apenas os sujeitos previstos no artigo 5º, inciso LXX da constituição Federal e artigo 21 da Lei 12.016/09 possuem aptidão para impetrar com o mandado de segurança coletivo.

Os partidos políticos com representatividade no congresso nacional são legitimados a defender os interesses relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária. Dessa forma, a violação a direito de vários filiados de agremiação política autoriza que o partido político ingresse com a medida. Há certa divergência no tocante a possibilidade dos partidos políticos defenderem suas convicções expressas através do estatuto de cada agremiação. A posição atual do Supremo Tribunal Federal é restritiva¹⁵, mas com o advento da Lei 12.016/09 será instado a rever seu posicionamento.

Importa asseverar que a perda da representatividade do partido político no transcorrer do mandado de segurança coletivo não acarreta a extinção do processo, já que a representatividade é analisada no momento em que a ação foi proposta (posição atual do Supremo Tribunal Federal).

Já as organizações sindicais, entidades de classe ou associações poderão ingressar com mandado de segurança coletivo, representando os seus legitimados somente quando a matéria ventilada possuir pertinência temática, ou seja, pertinência com sua atividade-fim. Todavia, por se tratar de uma legitimação extraordinária, não é necessária a autorização dos associados e

¹⁴ CERQUEIRA, Lúis Otávio Sequeira de; PALHARINI, Sidney Junior; GOMES, Luiz Manoel Junior. **Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.192.

¹⁵ CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DE PARTIDO POLÍTICO. IMPUGNAÇÃO DE EXIGÊNCIA TRIBUTÁRIA. IPTU. 1. Uma exigência tributária configura interesse de grupo ou classe de pessoas, só podendo ser impugnada por eles próprios, de forma individual ou coletiva. Precedente: RE nº 213.631, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 07/04/2000. 2. O partido político não está, pois, autorizado a valer-se do mandado de segurança coletivo para, substituindo todos os cidadãos na defesa de interesses individuais, impugnar majoração de tributo. 3. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF – RE – 196184, 27.10.2004 – Rel. Min. Ellen Gracie).

sindicalizados¹⁶, não se aplicando assim, o artigo 5º, inciso XXI da Constituição Federal nesta parte.

Questão controversa é a legitimidade de o Ministério Público propor mandado de segurança coletivo. Isso porque, o artigo 21 da Lei n.º 12.016/09 e o artigo 5º, LXX, a e b, não o trouxe como legitimado. Todavia, uma corrente jurisprudencial muito forte está se formando no STJ neste sentido. O argumento para tanto, se encontra no artigo 129, III da Constituição Federal, reforçado pela súmula 643 do Supremo Tribunal Federal¹⁷.

De outra análise, vale ressaltar que não há litispendência entre o mandado de segurança coletivo e o individual. Na litispendência há coincidência das partes, da causa de pedir e do pedido. No mandado de segurança coletivo o pólo ativo será diferente porque os legitimados são especiais, não induzindo assim litispendência. Equivocou-se o legislador ao asseverar no artigo 22, § 1º de que a parte terá que desistir do mandado de segurança individual no prazo de 30 (trinta) dias para se aproveitar dos efeitos da coisa julgada do mandado de segurança coletivo. Ora, o artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor abre a possibilidade de o interessado requerer o sobrestamento do feito até que seja julgado o mandado de segurança coletivo, para então se aproveitar da coisa julgada (se ela lhe for favorável) ou persistir no julgamento do mandado de segurança individual (se lhe for desfavorável). Diante desta constatação e por serem as duas normas de igual hierarquia, num diálogo das fontes, constata-se que o sistema brasileiro não permite que o ajuizamento de uma ação coletiva prejudique a ação individual anteriormente interposta, de forma que deve ser possibilitado a parte sobrestar a ação individual anteriormente interposta ao invés de necessariamente requerer sua desistência.

A coisa julgada no mandado de segurança coletivo atinge somente os substitutos processuais, ou seja, aqueles presentes no rol taxativo do artigo 21 da Lei 12.016/09.

¹⁶ NERY, Nelson Junior e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.139.

¹⁷ Súmula 643 - O MINISTÉRIO PÚBLICO TEM LEGITIMIDADE PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA CUJO FUNDAMENTO SEJA A ILEGALIDADE DE REAJUSTE DE MENSALIDADES ESCOLARES.

Analisando o instituto da coisa julgada, Ronaldo Cunha Campos¹⁸ assevera que “encontra seus limites objetivos nas soluções das questões”, determinando o tempo de vida de um direito e impedindo a recolocação em discussão de um objeto já sentenciado. Porém, importante ressaltar que somente o comando da decisão é que transita em julgado.

Disso infere-se que se o mandado de segurança coletivo for julgado improcedente, a coisa julgada somente afetará o substituto processual, não impedindo que seja manejado mandado de segurança individual para discutir o mesmo objeto. Por outro lado, se for julgado procedente, terá efeito *erga omnes* ou *ultra partes*, ficando evidentemente limitado ao grupo ou categoria a que o substituto processual representa.

5. MANDADO DE SEGURANÇA COMO MECANISMO DE GARANTIA DA DIGNIDADE HUMANA

A liminar concedida em mandado de segurança é o mecanismo mais eficaz a garantir o direito líquido e certo lesionado da pessoa que injustamente é privada do acesso a medicamento necessário para o tratamento de certa doença. Como se nota da própria nomenclatura, a medida liminar pretende antecipar os efeitos pretendidos que se conseguiria somente com a sentença.¹⁹ Na realidade o pedido de liminar encontra verdadeiramente seu sentido no Mandado de Segurança²⁰, por justamente proteger direito líquido e certo do impetrante. A Lei n.º 12.016/2009 no artigo 7º, § 1º ao § 5º trata da concessão de liminares. Comentando o tema assevera com grande propriedade Kazuo Watanabe:

O artigo 273, nos incisos I e II, consagra duas espécies de tutela antecipatória: a) a de urgência, que exige o requisito do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; b) a de proteção ao autor, que não deve sofrer as conseqüências da demora do processo,

¹⁸ CAMPOS, Ronaldo Cunha. **Limites objetivos da coisa julgada**. São Paulo: Aide, 1998, p.65.

¹⁹ FERRAZ, Sérgio. **Cinqüenta anos de mandado de segurança**. Porto Alegre: Fabris, 1986, p.9.

²⁰ ALVIM, Eduardo Arruda. **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois/** coordenadores Cassio Scarpinella Bueno, Eduardo Arruda Alvim e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.246.

decorrente do abuso de direito de defesa ou de manifesto propósito protelatório do réu.²¹

Veja que para a concessão da liminar no primeiro caso, haverá a necessidade da demonstração da prova inequívoca (*fumus boni iures*) e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*), enquanto que no segundo caso será necessário demonstrar a prova inequívoca (*fumus boni iures*) e o abuso do direito de defesa. A liminar concedida em Mandado de Segurança poderá ser satisfativa como no caso em que o impetrante deseja receber determinado medicamento, cautelar, como no caso em que o impetrante deseja que seja suspensa à exigência de determinado tributo ou finalmente, antecipatória quando, por exemplo, o impetrante deseja ser reconduzido ao cargo de servidor.²²

A liminar poderá ser concedida de plano, ou seja, no momento em que o juiz despacha a petição inicial, após as informações prestadas pela autoridade coatora ou na sentença. No mandado de segurança coletivo, consoante estabelece o artigo 22, § 2º, a liminar somente poderá ser concedida após a audiência judicial e do pronunciamento da pessoa jurídica no prazo de setenta e duas horas.²³ Excepcionalmente, porém admite-se que a liminar seja concedida *inaudita altera parte* quando o risco na demora da prestação acarrete dano quase impossível de ser reparado.

Ao deferir a liminar o juiz têm a faculdade de exigir caução para resguardar eventuais interesses patrimoniais do Estado. No entanto, em casos onde comprovadamente o impetrante não tenha condições de prestar caução, sob pena de tornar a liminar inexecutável, deve-se dispensar a caução. Evidentemente que se futuramente o mandado de segurança for julgado

²¹ WATANABE, Kazuo. **Reforma do Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p.33.

²² MEDINA, José Miguel Garcia e ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Mandado de segurança individual e coletivo: comentários à Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.119 e 120.

²³ MEDINA, José Miguel Garcia e ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Mandado de segurança individual e coletivo: comentários à Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.120.

improcedente, seus efeitos retroagirão a época em que a liminar foi concedida, como muito bem dispõe a súmula 405 do Supremo Tribunal Federal²⁴.

O artigo 7º, § 2º da Lei 12.016/09²⁵ traz os casos onde não será possível a concessão de liminar no mandado de segurança. Assim, não caberá liminar para a compensação de créditos tributários (súmula 212 do Superior Tribunal de Justiça), para a entrega de Mercadorias e bens provenientes do Exterior e para a concessão de aumento ou vantagens a servidores públicos.

Tal regra legal evidentemente que se encontra totalmente em desacordo com os princípios democráticos de nosso direito. As limitações a concessão de liminar foram inseridas por intermédio das Leis n.º 4.348/1964 e n.º 5.021/1966, ou seja, durante o regime militar, sendo inaceitável que continuem vigendo em nosso sistema. No entanto, a teratologia não para por aí. O poder público pode além de interpor recurso de Agravo de Instrumento (artigo 7º, § 1º da lei 12.016/09) visando suspender os efeitos concedidos em caráter liminar, interpor medida, consoante estabelece o artigo 15 da Lei n.º 12.016/09, visando eliminar a eficácia mandamental da liminar (para tanto necessita demonstrar dois requisitos, a saber: a) a medida é contrária ao interesse público; b) que seja causadora de grave lesão a ordem, saúde, etc). Veja que para a mesma situação, dispõe o poder público de duas medidas distintas e com requisitos diferentes para tentar obter suspensão da liminar deferida. A Lei n.º 12.016/2009 perdeu uma grande oportunidade de corrigir erros que se perpetuam á séculos e que não convivem pacificamente num sistema democrático como o nosso.

Atualmente, o que mais têm gerado polêmica por tocar diretamente na dignidade da pessoa humana é as liminares concedidas para fornecimento de medicamentos. A controvérsia é tamanha que há no momento diversas questões no Supremo Tribunal Federal com repercussão geral reconhecida aguardando julgamento. A primeira delas diz respeito ao fornecimento pelo

²⁴ Súmula 405 - DENEGADO O MANDADO DE SEGURANÇA PELA SENTENÇA, OU NO JULGAMENTO DO AGRAVO, DELA INTERPOSTO, FICA SEM EFEITO A LIMINAR CONCEDIDA, RETROAGINDO OS EFEITOS DA DECISÃO CONTRÁRIA.

²⁵ Art. 7º. Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

§ 2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadoria e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

poder público de medicamentos de elevado custo.²⁶ A questão embora seja das mais complexas, exige análise diferenciada em nosso país. Muitos doutrinadores se valem da reserva do possível para negar o direito ao fornecimento de medicamentos de elevado custo. Ocorre que essa idéia importada do direito Alemão não pode ser aplicada ao nosso país. Trata-se claramente de realidades distintas, já que enquanto na Alemanha a saúde funciona muito bem e todos têm acesso a uma saúde pública excelente, no Brasil tudo funciona precariamente. Enquanto continuarmos sendo uma das nações mais corruptas do mundo, com atendimento precário em saúde o princípio da reserva do possível deve ser rechaçado.

Por segundo, e não menos importante é a questão da possibilidade ou não de bloqueio de verbas públicas pelo poder judiciário para garantir o fornecimento de medicamento.²⁷ O poder judiciário deve ter exata dimensão do que esta fazendo ao bloquear verbas públicas. Isso porque de nada adiantaria garantir o fornecimento de medicamento (em especial se o custo for elevado) para certas pessoas se os recursos saíssem da própria área da saúde, com orçamento já reduzido. Ao bloquear verbas públicas o poder judiciário deve escolher outras áreas como, por exemplo, propaganda, garantindo assim que o orçamento já reduzido da saúde não fique cada vez mais comprometido.

Finalmente, a última questão com repercussão geral reconhecida e que aguarda julgamento no Supremo Tribunal Federal, diz respeito à possibilidade do Ministério Público interpor Ação Civil Pública contra o poder público visando à entrega de medicamentos a pessoas necessitadas.²⁸ Caso seja reconhecida a legitimidade do Ministério Público para interpor Ação Civil Pública, estar-se-á contribuindo para que efetivamente o acesso a justiça seja garantido e que as pessoas necessitadas tenham seus interesses tutelados.

²⁶ SAÚDE – ASSISTÊNCIA - MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO – FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controvérsia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo. (STF – RE 566471, 15.11.2007 – Rel. Min. Marco Aurélio).

²⁷ SAÚDE - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. POSSIBILIDADE DE BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS PARA GARANTIA. RATIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA FIRMADA POR ESTA SUPREMA CORTE. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. (STF – RE 607582, 13.08.2010 – Rel. Min. Ellen Gracie).

²⁸ SAÚDE - AÇÃO CIVIL PÚBLICA – FORNECIMENTO DE REMÉDIOS – LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – RECUSA NA ORIGEM – Possui repercussão geral a controvérsia sobre a legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública com objetivo de compelir entes federados a entregar medicamentos a pessoas necessitadas. (STF – RE 605533, 01.04.2010, Rel. Min. Marco Aurélio).

Como se percebe, a tutela dos interesses individuais ou coletivos via Mandado de Segurança no que tange o fornecimento de medicamentos atinge de forma frontal a dignidade da pessoa humana, na medida em que somente ao receber a garantia do poder público de que o medicamento necessário a sua saúde será fornecido, terá garantida sua dignidade (de viver condignamente). Não foi, porém, de um dia para o outro, que a dignidade humana se tornou importante. Inicialmente o conceito de personalidade foi trabalhado na Grécia e em Roma. Os gregos, por exemplo, construíram a proteção da personalidade humana, baseada no repúdio a injustiça, na proibição de atos de excesso de uma pessoa contra a outra, e na proibição de atos de insolência contra a pessoa humana.²⁹ Coube, porém, aos romanos a elaboração da teoria jurídica da personalidade,³⁰ restringindo seu alcance aos indivíduos que possuem o *status libertatis*, o *status civitatis* e o *status familiae*. Em razão disso, os escravos, por não possuírem liberdade, por não serem cidadãos romanos, e por não poderem constituir família, não possuíam personalidade. É importante asseverar, que a falta de qualquer das três condições implicava na imediata ausência de personalidade.

A primeira codificação, porém, que faz referência a um rol comum de direitos é o Código de Hammurabi (1690 a.C), prevendo o direito a vida, a propriedade, a honra e a dignidade. A religião também apresentou contribuição no desenvolvimento dos direitos do homem. Buda (500 a.C) com seus ideais igualitários e posteriormente a forte concepção de igualdade trazida pelo Cristianismo influenciaram diretamente na consagração dos direitos fundamentais. No Antigo Testamento, por exemplo, entendia-se que a dignidade da pessoa, derivava da imagem de ser filho de Deus, cabendo ao Novo Testamento, por sua vez, complementar essa imagem de homem, relacionando-a com o pensamento de salvação por meio de Cristo.³¹ Não é sem razão, portanto que Jacques Maritain, discorre que:

A consciência da dignidade da pessoa e dos direitos da pessoa esteve implícita na antiguidade pagã, sobre a qual a lei da escravidão estendia

²⁹ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.24 e 25.

³⁰ SOUSA, R.V.A Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995, p.25.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 30.

sua sombra. Foi a mensagem evangélica que, subitamente, chamou a si essa consciência, sob uma forma divina e transcendente, revelando aos homens que eles têm por missão ser filhos e herdeiros de Deus, no reino de Deus.³²

A Reforma Protestante também teve papel marcante para o nascimento dos direitos fundamentais, a partir da reivindicação que levou ao reconhecimento gradativo da liberdade de opção religiosa e de culto em diversos lugares da Europa. No entanto, o antecedente histórico mais importante da declaração de direitos do homem advém da Inglaterra, onde a Magna Carta outorgada por João Sem-Terra estabeleceu uma série de direitos individuais, como por exemplo, o devido processo legal. É importante ressaltar que as garantias individuais outorgadas pelo Monarca se deram diante da perspectiva iminente da perda do poder, ou seja, diante da forte pressão enfrentada na época, e não por convicções pessoais.

Como se percebe, a primeira garantia que o homem conquistou se deu no tocante a limitação do poder estatal, ou seja, uma garantia de que não seria perseguido ou prejudicado por aqueles que detêm o poder.

A independência dos Estados Unidos é outro marco importante no desenvolvimento dos direitos humanos. Com bem assevera Alexandre de Moraes:

A Constituição dos Estados Unidos da América e suas dez primeiras emendas, aprovadas em 25-9-1789 e ratificadas em 15-12-1791, pretenderam limitar o poder estatal estabelecendo a separação dos poderes estatais e diversos direitos humanos fundamentais: liberdade religiosa; inviolabilidade de domicílio; devido processo legal; julgamento pelo Tribunal do Júri; ampla defesa; impossibilidade de aplicação de penas cruéis ou aberrantes.³³

A consagração dos direitos humanos, porém, se deu na França em 1789 com a promulgação dos Direitos do Homem e do Cidadão cujo lema era a liberdade, igualdade e fraternidade.

³² MARITAIN, Jacques. **Os direitos do homem e a lei natural**. Tradução de Afrânio Coutinho. 3.ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1967, p.65.

³³ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 28.

Diversas Constituições passaram então a tratar dos direitos humanos como, por exemplo, a Constituição Francesa de 1848, a Constituição Mexicana de 1917 (atribuiu aos direitos trabalhistas a qualidade de direito fundamental juntamente com as liberdades individuais) e a Constituição Alemã de 1919 (estabeleceu os parâmetros das futuras democracias sociais). Várias Convenções também foram editadas como, as Convenções de Genebra sobre a Escravatura (1928) e sobre o tratamento aos prisioneiros de guerra (1929) e a Convenção para a Prevenção e a repressão do crime de genocídio (1948). Todavia, é a declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, redigida sob o forte impacto da segunda guerra mundial e o medo ainda presente do lançamento das bombas atômicas de Hiroshima e Nagasaki, que fez com que fossem reconhecidos em âmbito universal os valores igualdade, liberdade e fraternidade e levado ao centro do ordenamento jurídico dos países democráticos a dignidade humana como valor fundamental a ser tutelado.

Miguel Franchini Netto muito bem pontua sobre a importância da Declaração Universal dos Direitos do Homem:

Quanto ao seu valor moral, não há, parece, negadores. Os princípios aí enunciados, reportam-se originariamente aos dogmas cristãos do mútuo amor e igualdade, sem distinção, o que constitui uma das regras da convivência social e uma das conquistas mais expressivas da orgânica internacional.³⁴

Por sua vez, Fábio Konder Comparato muito bem discorre sobre a demora em se reconhecer direitos universais:

Foram necessários vinte e cinco séculos para que a primeira organização internacional a englobar a quase-totalidade dos povos da Terra proclamasse, na abertura de uma Declaração Universal de Direitos Humanos, que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos.³⁵

Se no mundo, os direitos humanos demoraram a ser reconhecidos, no Brasil, em razão do longo período de regime militar, demoraram ainda mais. A Constituição do Império jurada em 25.03.1824 previa em seu título VIII algumas

³⁴ FRANCHINI NETTO, Miguel. **Os direitos humanos na ONU**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979, p.81.

³⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 12.

garantias fundamentais como, por exemplo, o princípio da igualdade, da livre manifestação de pensamento, impossibilidade de censura prévia, direito de petição, liberdade religiosa, dentre outras. A Constituição Democrática de 1891 repetiu tais garantias acrescentando algumas outras como, por exemplo, a ampla defesa. A Constituição de 1934 ampliou o rol de direitos fundamentais, incluindo o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. A Constituição de 1937 embora previsse algumas liberdades individuais, por seu viés autoritário e em virtude do momento histórico enfrentando no período (ditadura de Vargas) pouco acrescentou.

Por sua vez a Constituição de 1946 tratou pela primeira vez em seu artigo 157 dos direitos sociais relativos aos trabalhadores e empregados. Toda essa evolução à cerca dos direitos humanos, sofreu enorme redução durante o longo período de ditadura militar (1964-1985). Foi somente em 1956 que pela primeira vez, foram debatidos no Brasil os direitos fundamentais, quando o deputado Bilac Pinto apresentou um Projeto a Câmara defendendo a criação do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana. Citado projeto somente foi aprovado quinze dias antes do início do regime militar que rasgou a Constituição e violou os direitos humanos insistentemente por meio de torturas e supressão das liberdades individuais.

O Ato Institucional n.º 05, editado durante o Regime Militar, revogou inúmeras garantias individuais, inclusive o Habeas Corpus, estabelecendo ainda a censura da imprensa.

Somente com a Constituição Federal de 1988, se restabeleceu as garantias individuais, e após 21 anos de ditadura e toda uma geração que não conhecia o que era liberdade e democracia³⁶, restabelecia-se o Estado democrático de direitos e garantias fundamentais.

O Brasil através da Constituição de 1988, adotando o que a maioria das Constituições fez após o fim da segunda guerra mundial, lançou o valor dignidade humana, como centro nuclear do ordenamento jurídico, ao inculpir no artigo 1º, inciso III que o Brasil possui como fundamento a dignidade da pessoa humana, sendo esta a ordem jurídica mais importante para nosso Estado. Atualmente se encontram inseridos nos mais diversos ordenamentos

³⁶ MIRANDA, Nilmário. **Por que Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Autêntica, 2006, p.37.

jurídicos, principalmente em países de viés democrático,³⁷ com o intuito principal de limitar e controlar os abusos práticos pelo Estado³⁸. Os estados totalitários foram e continuam sendo, sem dúvida, os maiores violadores de direitos humanos. Hannah Arendt a cerca do totalitarismo disserta:

Os campos destinam-se não apenas a exterminar pessoas e desagradar seres humanos, mas também servem à chocante experiência da eliminação, em condições cientificamente controladas, da própria espontaneidade como expressão da conduta humana, e da transformação da personalidade humana numa simples coisa, em algo que nem mesmo os animais são; pois o cão de Pavlov que, como sabemos, era treinado para comer quando tocava um sino, mesmo que não tivesse fome, era um animal degenerado.³⁹

Existe concordância de que a dignidade humana foi colocada no centro de diversos ordenamentos jurídicos no pós-guerra ante as atrocidades cometidas pelo nazismo, sendo marcante neste processo a influência das obras de Kant.⁴⁰ Há, contudo, uma parcela da doutrina que refuta a edificação teórica da dignidade humana, sob o argumento de que se trata de conceito vago e abstrato, não possuindo valor concreto, e, portanto, não servindo para ser aplicado nos casos práticos.⁴¹ Célia Rosenthal Zisman, chega a afirmar que “pela vagueza do termo dignidade, sendo de difícil delimitação o seu âmbito de abrangência, há que se verificar os direitos fundamentais sem a garantia dos quais fica clara a impossibilidade de aplicação do vocábulo dignidade”.⁴² Porém, o que se deve entender é que a expressão “dignidade humana” retrata um valor, sendo fruto também de toda uma construção filosófica, que procurar valorizar o que há de mais intrínseco no homem,⁴³ e por isso mesmo, axiológica (carregada de valor), o que não impede, contudo, sua aplicabilidade

³⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**; tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.1.

³⁸ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 19.

³⁹ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Cia das Letras, 1989, p.389).

⁴⁰ COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade Humana: teorias de prevenção geral positiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.29.

⁴¹ FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil e dignidade da pessoa humana: um diálogo constitucional contemporâneo**. Agassiz Almeida Filho e Plínio Melgaré organizadores. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 108.

⁴² ZISMAN, Célia Rosenthal. **Estudos de direito constitucional: o princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p.22.

⁴³ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **La Dignidad de la persona desde la filosofía Del derecho**. 2ª ed. Madrid, Dykinson, 2003, p.68.

nos casos concretos. Ingo Wolfgang Sarlet salienta que uma definição clara de dignidade é impossível, porém, não há maior dificuldade em se identificar as situações em que a mesma é agredida.⁴⁴

O dicionário Houaiss, define dignidade como “qualidade moral que infunde respeito; consciência do próprio valor; honra, autoridade, nobreza; qualidade do que é grande, nobre, elevado; modo de alguém proceder ou se apresentar que inspira respeito; respeito aos próprios sentimentos, valores; e amor-próprio”.⁴⁵

Recentes decisões, em diferentes aspectos e temas, fazem referência à dignidade humana. O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná ao julgar pedido de fornecimento de medicamentos, concedeu o direito com base na dignidade humana.⁴⁶ Já o Supremo Tribunal Federal, entendeu violar o princípio da presunção de inocência e da dignidade humana a execução provisória da pena.⁴⁷ Assim, percebe-se que a proteção dos direitos do homem deve ser elevada ao centro do ordenamento.⁴⁸ Não foi sem sentido dessa forma que muitos ordenamentos incluíram a dignidade humana como cláusula geral de proteção da pessoa. No Brasil, a Constituição Federal em seu artigo 1, inciso

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 117.

⁴⁵ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1040.

⁴⁶ EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO À PESSOA POBRE - IMPETRAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU - TODAVIA, SECRETÁRIO DE ESTADO COMO AUTORIDADE COATORA - COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DESTA CORTE - FEITO RECEBIDO APÓS A DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA, PROSSEGUINDO A TRAMITAÇÃO REGULARMENTE NESTE TRIBUNAL - MÉRITO - DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E SAÚDE - REFLEXOS NA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - IMPOSSIBILIDADE DE NÃO FORNECER O MEDICAMENTO POR SE TRATAR DE RE-TRATAMENTO DO PACIENTE - DOCUMENTAÇÃO MÉDICA EXPONDO A NECESSIDADE PREMENTE DA MEDICAÇÃO, SOB RISCO DE VIDA - NEGATIVA INJUSTIFICADA PELO ESTADO - PREVALÊNCIA DA CARTA MAGNA SOBRE NORMAS ADMINISTRATIVAS E BUROCRÁTICAS - PRECEDENTES DA CORTE - SEGURANCA CONCEDIDA. (TJPR, 4. Câmara Cível, MS n.º 454743-9, Rel. Des. Rogério Ribas, j.06.05.2008).

⁴⁷ Habeas Corpus. 2. Execução provisória da pena. Impossibilidade. Ofensa aos princípios constitucionais da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana. Precedente firmado no HC 84.078/MG de relatoria do Min. Eros Grau. 3. Superação da Súmula 691. 4. Ordem concedida. (STF, 2ª Turma, HC 107547/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j.17.05.2011).

⁴⁸ FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. **Direito e axiologia. O valor da pessoa humana como fundamento para os direitos da personalidade**. Revista Jurídica Cesumar, v.7, n.01, jan./jun 2007, p.66.

III, trouxe a dignidade como fundamento da República e norma que deve ser observada como valor máximo de nosso ordenamento.⁴⁹

Com o passar das décadas, o conceito de dignidade acabou se confundindo com os direitos fundamentais de primeira e segunda geração.⁵⁰ Indo um pouco mais além, Elimar Szaniawski defende ser a dignidade fundamento da universalidade dos direitos humanos.⁵¹

Muito bem pontua o que vem a ser dignidade da pessoa humana Rizzatto Nunes:

É ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarda dos direitos individuais. A isonomia serve, é verdade, para gerar equilíbrio real, porém visando concretizar o direito à dignidade. É a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete.⁵²

Para o professor Hasso Hofmann, a dignidade humana pode ser explicada sob a perspectiva da teoria da dádiva, em que a dignidade é concebida através do Criador, ou sob a perspectiva da teoria da prestação em que a dignidade humana é fruto do próprio agir do homem.⁵³ Já para o brilhante Doutor Alessandro Zenni dignidade é a condição da pessoa (potencialidade) de se tornar, onde a pessoa pode se dignificar (conhecer) ou no sentido oposto permanecer estagnado (nadação).⁵⁴

Em realidade o conceito de dignidade pode ser concebido sob duas perspectivas. A primeira sob a ótica da autonomia da vontade, na medida em que a pessoa só é digna enquanto livre para decidir ainda que seja de forma equivocada e a segunda sob a perspectiva do que nos diferencia dos demais animais.⁵⁵ É justamente a dignidade humana que impede que a pessoa seja

⁴⁹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.48.

⁵⁰ COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade Humana: teorias de prevenção geral positiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.31.

⁵¹ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 142.

⁵² NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 45.

⁵³ HOFMANN, Hasso. **La promessa della dignità umana. La dignità dell'uomo nella cultura giuridica tedesca**. Rivista Internazionale di filosofia del diritto. Roma, série 4, ano 76, out.-dez, 1999, p.625.

⁵⁴ ZENNI, Alessandro Severino Vallér. **A crise do direito liberal na pós-modernidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p.106 e 107.

⁵⁵ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **La Dignidad de la persona desde la filosofía Del derecho**. 2ª ed. Madrid, Dykinson, 2003, p.68 e 69.

alçada a mero objeto do direito,⁵⁶ sendo Emmanuel Kant quem melhor descreve o alcance da dignidade humana:

No reino dos fins tudo possui ou um preço ou uma dignidade. Aquilo que tem preço pode ser substituído por algo equivalente; por outro lado, o que se acha acima de todo preço, e, portanto, não admite nada equivalente, encerra uma dignidade.⁵⁷

Toda vez que o homem se afasta dos valores morais e éticos, acaba se distanciando do conhecer passando a se nulificar. De nada adianta a ciência se ela no decorrer do processo se mostrar inviável para o homem. A dignidade humana está atrelada a uma ínsita reflexão moral de nossos atos, na medida em que essa capacidade de compreender nos diferencia dos animais. Vale trazer a tona a brilhante e tocante lição de Zygmunt Bauman:

Os grandes crimes, freqüentemente, partem de grandes idéias. Poucas grandes idéias se mostram completamente inocentes quando seus inspirados seguidores tentam transformar a palavra em realidade – mas algumas quase nunca podem ser abraçadas sem que os dentes se descubram e os punhais se agucem.⁵⁸

Assim, neste processo de constante aprimoramento e busca do conhecimento o ser humano às vezes se esquece que há limites, e que a ciência tem que respeitar a ética e o ser humano enquanto fim. Neste aspecto, a concessão de liminar em mandado de segurança que verse sobre o direito de acesso a medicamentos, vai de encontro com o digno, na medida em que, o acesso à saúde é direito fundamental de qualquer pessoa.

⁵⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p.344.

⁵⁷ KANT, Emmanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Tradução de Lourival de Queiroz Henkel. Rio de Janeiro: Edições e Publicações Brasil Editora, p.91.

⁵⁸ BAUMAN, Zygmunt. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed., 1998, p.13.

6. CONCLUSÃO

Tanto o mandado de segurança individual como o coletivo são garantias constitucionais de proteção contra a violação de direito líquido e certo, podendo a pessoa lesada se socorrer do poder judiciário para sanar a arbitrariedade.

A Lei n.º 12.016/09 perdeu uma grande oportunidade de corrigir teratologias históricas, já que manteve a restrição a concessão de liminar no mandado de segurança coletivo, bem como conservou a medida teratológica disponível somente ao poder público de pleitear a suspensão da liminar concedida, mediante a comprovação de que a medida é contrária ao interesse público, bem como causadora de grave lesão a ordem.

Atualmente há enorme polêmica em torno da concessão de liminar no mandado de segurança para fornecimento de medicamentos. No tocante ao fornecimento de medicamento de valor elevado, a reserva do possível não pode ser aplicada no direito brasileiro, sobretudo, em razão da diferença existente entre a realidade da saúde da Alemanha (local em que surgiu a teoria) e do Brasil. Trata-se claramente de realidades distintas, já que enquanto na Alemanha a saúde funciona muito bem e todos têm acesso a uma saúde pública excelente, no Brasil tudo funciona precariamente.

O bloqueio de verbas públicas pelo poder judiciário é uma ótima saída para garantir os recursos necessários para o fornecimento de medicamento. Porém, ao realizar o bloqueio deve o judiciário buscar outras áreas, como por exemplo, a propaganda, garantindo assim que o orçamento já reduzido da saúde não fique cada vez mais comprometido.

A tutela dos interesses individuais ou coletivos via Mandado de Segurança no que diz respeito ao fornecimento de medicamentos toca de forma única a dignidade da pessoa humana, em razão de que apenas ao auferir a garantia do poder público de que o medicamento indispensável a sua saúde será fornecido, terá garantida sua dignidade (de viver condignamente).

É de responsabilidade principalmente dos operadores do direito – advogados, juízes, promotores - lutarem para que as incongruências do sistema sejam erradicadas, contribuindo para um melhor acesso a justiça e a garantia de que a justiça não esta afastada do direito.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ALVIM, Eduardo Arruda. **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois/** coordenadores Cassio Scarpinella Bueno, Eduardo Arruda Alvim e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Cia das Letras, 1989.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**; tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BULOS, Uadi Lamêgo. **Mandado de segurança coletivo**. São Paulo: RT, 1996.
- BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 1989.
- CAMPOS, Ronaldo Cunha. **Limites objetivos da coisa julgada**. São Paulo: Aide, 1998.
- CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; PALHARINI, Sidney Junior; GOMES, Luiz Manoel Junior. **Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade Humana: teorias de prevenção geral positiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil e dignidade da pessoa humana: um diálogo constitucional contemporâneo**. Agassiz Almeida Filho e Plínio Melgaré organizadores. São Paulo: Malheiros, 2010.
- FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. **Direito e axiologia. O valor da pessoa humana como fundamento para os direitos da personalidade**. Revista Jurídica Cesumar, v.7, n.01, jan./jun 2007.
- FERRAZ, Sérgio. **Cinquenta anos de mandado de segurança**. Porto Alegre: Fabris, 1986.
- FRANCHINI NETTO, Miguel. **Os direitos humanos na ONU**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979.
- HOFMANN, Hasso. **La promessa della dignità umana. La dignità dell'uomo nella cultura giuridica tedesca**. Rivista Internazionale di filosofia del diritto. Roma, série 4, ano 76, out.-dez, 1999.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- MAIA FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar Vieira; LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Comentários à nova Lei do mandado de segurança**. São Paulo: RT, 2010.
- MARITAIN, Jacques. **Os direitos do homem e a lei natural**. Tradução de Afrânio Coutinho. 3.ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1967.
- MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **La Dignidad de la persona desde la filosofía Del derecho**. 2ª ed. Madrid, Dykinson, 2003.

MEDINA, José Miguel Garcia e ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Mandado de segurança individual e coletivo: comentários à Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ação Popular**. 3. Ed. São Paulo: RT, 1975.

MIRANDA, Nilmário. **Por que Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Autêntica, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Mandado de segurança em matéria penal**. São Paulo: Atlas, 1994.

NERY, Nelson Junior e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUNES, Luiz Antônio Rizatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Lauro Laertes de. **Mandado de segurança: prática, processo e jurisprudência**. 4. ed. Curitiba: J.E. de Carvalho Pacheco, 1977.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SIDOU, J. M. Othon. **Habeas Corpus, mandando de segurança, ação popular: as garantias ativas dos direitos coletivos**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SOUSA, R.V.A Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TUCCI, José Rogério Cruz. **Class action e mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1990.

ZENNI, Alessandro Severino Vallér. **A crise do direito liberal na pós-modernidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

ZISMAN, Célia Rosenthal. **Estudos de direito constitucional: o princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

WATANABE, Kazuo. **Reforma do Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.