

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

A TUTELA JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

RODRIGO EUGENIO DA SILVA

NITERÓI - RJ

2016

RODRIGO EUGENIO DA SILVA

A TUTELA JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador.: Prof. Dr. Marco Antônio Ferreira Macedo

NITERÓI – RJ

2016

**UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
SUPERINTENDÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO
BIBLIOTECA DA FACULDADE DE DIREITO**

S237 Silva, Rodrigo Eugenio da
A tutela judicial do direito à saúde no Brasil / Rodrigo Eugenio da Silva. –
Niterói, 2016.

65 f.

TCC (Curso de Graduação em Direito) – Universidade Federal
Fluminense, 2016.

1. Direito constitucional. 2. Direito administrativo. 3. Direito processual
civil. 4. Direito à saúde. 5. Políticas públicas. 6. Orçamento público. 7.
Direitos fundamentais. I. Universidade Federal Fluminense. Faculdade de
Direito, Instituição responsável II. Título.

CDD 341.2

RODRIGO EUGENIO DA SILVA

A TUTELA JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/ ____/ ____

Banca Examinadora:

Marco Antônio Ferreira Macedo – Presidente da Banca Examinadora
Prof. Dr. do Departamento de Direito Público – UFF – Orientador

Paulo Roberto dos Santos Corval
Prof. Ms. Do Departamento de Direito Público – UFF

RESUMO

SILVA, Rodrigo Eugenio da. A tutela judicial do direito à saúde no Brasil. 2016. 65 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2016.

Este trabalho busca analisar o direito à saúde no Brasil não apenas sob sua perspectiva subjetiva, mas como direito fundamental social de caráter coletivo, constituindo um dever a ser provido pelo Estado. Neste sentido, faz-se um aprofundamento de sua vertente objetiva, qualificando-o como um elemento do conjunto de valores protegidos por nossa Constituição de 1988. Elaborar-se, então, um breve registro da estrutura do Sistema Único de Saúde – SUS, e da distribuição de competências entre os entes federativos, do que deriva uma configuração jurídica complexa, e amplificadora de tensões políticas. Este fato dificulta o planejamento e a implantação de políticas públicas integradas, que façam uso de maneira ótima dos recursos direcionados à saúde, entregando serviços que atendam de forma efetiva os anseios da população. Verifica-se uma séria omissão e ineficiência dos órgãos públicos encarregados do desempenho desse serviço, o que desencadeia a denominada “judicialização da saúde”. Neste contexto, o papel do judiciário se amplia e os litígios judiciais daí resultantes passam a exigir novas formas de proteção não mais voltadas apenas ao indivíduo, mas à coletividade. A tutela coletiva desponta como resposta mais adequada aos anseios de nossa sociedade de consumo massificado. Efetua-se uma crítica ao novo Código de Processo Civil brasileiro, que não disciplinou de forma ampla o processo coletivo, resultando na continuidade de algumas imperfeições que limitam seu uso como meio fundamental de acesso à Justiça para grupos que não teriam como ver reparadas suas lesões por meio de ações individuais. Por fim, destaca-se alguns caminhos possíveis para a garantia do direito à saúde, não apenas privilegiando as ações coletivas em lugar das ações individuais, ensejando decisões com eficácia *erga omnes*, mas, fundamentalmente, ampliando-se o diálogo entre instituições e cidadãos, dotados de perspectivas e focos distintos, de forma a possibilitar a máxima efetivação dos direitos fundamentais.

Palavras-chaves: Proteção à saúde. Direito coletivo. Obrigação estatal. Escrutínio de políticas públicas. Aspectos: planejamento e execução. Alocação e uso de verbas orçamentárias.

ABSTRACT

SILVA, Rodrigo Eugenio da. Healthcare judicial protection in Brazil. 2016. 65 p. Monograph (Graduation in Law) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2016.

This work aims to analyze the health rights in Brazil not only from their subjective perspective, but as a social fundamental right of collective character, and as an obligation to be provided by the state. In this sense, the focus is on its objective aspect, as an element of the set of values protected by our 1988 Constitution. It elaborates a brief description of the structure of the *Sistema Único de Saúde - SUS* (Unified Health System) and the role each one of the federal, state and municipal entities plays in it, which results in a complex legal configuration, which amplifies political tensions. This makes the planning and implementation of integrated policies harder, resulting in sub-optimal use of health resources, and in the delivery of services that hardly meets the population expectations. There is a serious omission and inefficiency of public bodies in charge of the performance of this service, triggering the so-called "*judicialização da saúde*" (healthcare judicialization). In this context, the role of the judiciary expands and the resulting litigation demands new forms of protection no longer directed only to the individual but to the community. Class action suits emerges as the most appropriate response to the expectations of our mass consumption society. The fact that the new Brazilian Civil Procedure Code, did not manage to broadly discipline class actions, resulting in limitations in its use as a fundamental means of access to Justice for groups that would not have their injuries repaired through individual actions. Finally, there are some other ways to guarantee health protection rights, not only favoring collective suits instead of individual ones, allowing for decisions with *erga omnes* effect, but fundamentally, expanding the dialogue between institutions and citizens, endowed with different perspectives and focuses, in order to allow the maximum realization of fundamental rights.

Keywords: Protection of health. Collective right. State obligation. Scrutiny of public policies.
Aspects: planning and execution. Budget allocation and execution.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. CAPÍTULO I - BREVES REFLEXÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NO PANO DE FUNDO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	10
2.1. A evolução da concepção de Estado.....	10
2.2. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais e o ordenamento jurídico	14
2.3. O neoconstitucionalismo e a concretização de direitos fundamentais	17
3. CAPÍTULO II - O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL	22
3.1. Contexto histórico	22
3.2. O Sistema Único de Saúde – SUS.....	23
3.3. A eficácia jurídica do direito à saúde no Brasil	26
4. CAPÍTULO III - A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	29
4.1. A tutela judicial dos direitos sociais	29
4.2. A tutela coletiva e a sociedade de massa	32
4.2.1. A <i>class action</i> norte-americana	33
4.2.2. O desenvolvimento da tutela coletiva no Brasil.....	38
4.2.3. A tutela coletiva diante do novo CPC	41
4.3. Repercussões de decisões judiciais em temas de saúde	44
4.3.1. Ações Individuais.....	46
4.3.2. Ações Coletivas	48
4.4. A busca de soluções.....	51
5. CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS	59

1. INTRODUÇÃO

O direito à saúde é objeto de constante debate na sociedade brasileira. Os problemas enfrentados para sua efetivação são de difícil resolução. As decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175,¹ e, também, na Audiência Pública nº 4, promovida em 2009 por aquela Corte Suprema, demonstram que grande parte dos inúmeros conflitos judiciais sobre o tema “direito à saúde” decorrem, especialmente, do fato de a Administração Pública se mostrar incapaz de prover o acesso universal e igualitário a prestações de saúde, com vistas a sua promoção e recuperação, consoante o mandamento constitucional.

Assim, a escolha deste tema relacionou-se ao fato da existência de milhares de causas sobre “direito à saúde”, o que indica estarmos diante de questões de interesse coletivo e que reclamam providências judiciais compatíveis. Da análise das principais razões desses conflitos, constata-se que o comportamento da Administração Pública, na maioria das vezes, é único e de alcance geral, não se destinando apenas ao demandante. Isto leva a reflexões quanto à impotência dos instrumentos processuais vigentes no Brasil em matéria de tutela coletiva e se, efetivamente, são compatíveis com os conflitos de massa de interesse da Administração Pública e que versem sobre direito à saúde.

Desta forma, devem ser analisados os fundamentos teóricos do direito em questão, razão pela qual o primeiro capítulo situa os direitos sociais dentro do quadro de evolução da concepção do Estado, inserindo-os desde a vertente liberal à social e democrática de direito.

No Estado Liberal, a maior parte das prestações atualmente reconhecidas como direitos sociais era executada por instituições privadas. Entretanto, entre a segunda metade do Século XIX e a terceira década do Século XX, quase todos os países onde vigorava o liberalismo, realizaram as principais reformas legais e sociais que constituíram as premissas essenciais para a constituição de um modelo de Estado Social.

Posteriormente, houve a incorporação, nas Constituições, de um catálogo de direitos sociais, pois, com o decorrer do tempo, estes foram sendo reconhecidos como elementos

¹ BRASIL. Superior Tribunal Federal. STA nº 175-AgR/CE, Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 17/3/2010. DJe, 30 abr. 2010.

essenciais no processo de democratização e não mais como uma disputa entre o modelo liberal e o modelo social de Estado.

Assim, foram efetuadas algumas considerações sobre os direitos fundamentais, os quais contemplam dois ângulos sob os quais podem ser visualizados para a garantia do seu âmbito de proteção: as dimensões objetiva e subjetiva.

A relevância conferida à dimensão objetiva, também inserida no contexto da abordagem de que a saúde advém da elevação do princípio da dignidade humana como eixo do sistema constitucional brasileiro, será conjugada com a proposição de que sua análise seja procedida sob a dimensão social, decorrente da sistemática contida no texto constitucional.

A fundamentação expendida converge para que, com relação ao direito fundamental à saúde, seja conferida uma primazia, se e quando estiver em disputa ou colisão com outros direitos fundamentais, quer individuais, quer sociais, mas sempre admitindo a garantia ao direito subjetivo eventualmente ameaçado, quando em risco devido à urgência.

O terceiro capítulo contextualiza o direito à saúde no Brasil, remarcando sua inserção entre os direitos e garantias individuais, bem como sua previsão como direito social, representando os direitos de solidariedade social, consoante, respectivamente, as previsões dos artigos 5º e 6º da Constituição Federal.

Por ser um dever a ser adimplido pelos entes federativos, resulta em direitos exigíveis em sede judicial, podendo ser imediatamente invocados, ante a ausência ou insuficiência de sua prestação, afirmando-se como superada a concepção de que as respectivas normas teriam apenas caráter programático.

O quarto capítulo foi dedicado a expor as implicações advindas desta última afirmação.

Para a obtenção de sua efetividade, grande parcela de indivíduos têm se valido da instância judicial para obter a definição de temas importantes (de cunho político) para a sociedade brasileira, estabelecendo o âmbito judicial como um novo local de debates.

Constata-se, desta forma, que a situação de serem levadas para o foro judicial algumas questões cruciais para o desenvolvimento e exercício dos direitos civis, políticos e sociais e, conseqüentemente, da própria democracia, desencadeia a análise, pelos juízes, de matérias envolvendo esferas que eram tradicionalmente consideradas como do âmbito da política e, por isto, infensas a qualquer possibilidade de questionamento jurisdicional.

O quadro envolvendo a chamada “judicialização da saúde” consiste na existência de demandas judiciais em um número excessivo, resultante da tensão entre dois valores protegidos pela Constituição: de um lado, o direito do cidadão à prestação de serviços garantidores de sua vida e saúde; e, de outro, o “dever-poder” do Estado de, ao gerenciar os recursos disponíveis para tanto, tornar efetivas as prestações universais de saúde, de modo a atingir toda a coletividade.

Deste embate, ressalta a prevalência de uma perspectiva coletiva a orientar as decisões judiciais com impacto relevante em políticas públicas de saúde, gerando reflexos importantes sobre a execução das atividades administrativas relacionadas à operacionalização dos programas de saúde pública.

Neste sentido, como tentativa de racionalizar e uniformizar a atuação jurisdicional, destaca-se o acesso à Justiça por meio de ações coletivas, tendo em vista a universalidade que lhe é característica tanto em âmbito teórico quanto com relação a sua aplicação.

Originária das *Class Actions* americanas, neste tipo de ação há maior abertura para a discussão de aspectos multidisciplinares, inclusive os de caráter estritamente técnicos, no tocante à sindicabilidade de atos administrativos ou políticas públicas, bem como para a análise e verificação da eficácia destas com relação ao atendimento de todos os possíveis destinatários, possibilitando o diálogo com representantes de órgãos públicos e da comunidade.

Finalizando, destaca-se a relevância deste diálogo institucional para que todos os entes envolvidos nas políticas públicas de saúde possam conhecer os reais limites da Administração em arcar com o ônus dessas decisões.

2. CAPÍTULO I - BREVES REFLEXÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NO PANO DE FUNDO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2.1. A evolução da concepção de Estado

O quadro da evolução da concepção de Estado, a partir do contexto histórico do Século XVI, nos permite abordar, de forma estruturada, o que se convencionou classificar como dimensões ou gerações de direitos.

O Estado Liberal, resultado da ruptura do sistema então vigente, o Estado Absolutista, teve sua origem com as Revoluções Liberais: a Revolução Gloriosa (1689), a Revolução Francesa (1789) e a independência das 13 colônias americanas (1776). Da leitura das Declarações de Direitos a elas vinculadas², verifica-se a adoção de uma perspectiva jusnaturalista de índole contratualista, cuja regra primária consistia na necessidade de basear as relações sociais e políticas num instrumento de racionalização, ou seja, no Direito. Consta-se uma uniformidade na incorporação de alguns valores, tais como vida, liberdade, integridade física, igualdade e propriedade, os quais constituem as garantias consagradas a partir desses marcos históricos, geralmente denominados como direitos de primeira dimensão ou de primeira geração³, os quais possibilitam aos indivíduos exercer sua defesa perante eventuais intromissões indevidas do Estado em sua esfera privada, ou seja, decorrem do cumprimento pelo Estado do chamado dever de abstenção.

Cabe ressaltar que na época do Estado Liberal, a maior parte das prestações atualmente reconhecidas como direitos sociais era executada por instituições não estatais, tais como a família ou outras organizações privadas, principalmente igrejas, gerando a caracterização de tais atividades como atos de caridade, principalmente por não haver menção

² Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa; Declaração de Direitos da Virgínia (1776); Constituição dos Estados Unidos (1787) e suas dez primeiras emendas, editadas entre 1787 e 1791.

³ “... são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento constitucional, a saber, os direitos civis e políticos [...]. Os direitos de primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. Entram na categoria do *status negativus* da classificação de Jellinek e fazem também ressaltar na ordem dos valores políticos a nítida separação entre a Sociedade e o Estado [...]. São por igual direitos que valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas [...]” BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 563-564.

a elas como configuradoras de direitos e muito menos a sua qualificação como sociais, razão pela qual lhes faltavam condições para sequer enquadrá-las nesta categoria.

Entre a segunda metade do século XIX e os anos trinta do século XX, quase todos os Estados cuja origem era liberal, realizaram as principais reformas legais e sociais que constituíram as premissas essenciais para a constituição de um modelo de Estado Social.

Esse processo de transformação do perfil do Estado⁴ tem como principais causas históricas (eleitas por diversos estudiosos do tema como responsáveis pelos sérios problemas sociais e econômicos) a Revolução Industrial, a crise econômica de 1929, a Primeira e a Segunda Guerra Mundial e os movimentos sociais questionando a “mão invisível” no processo econômico.

O Estado Social passa a intervir ativamente na sociedade civil, atuando na produção econômica, controlando o sistema de trabalho e das relações de emprego, a promoção e garantia de direitos fundamentais⁵ sociais, ou seja, aproximando-se da sociedade civil. Nesse contexto, a Administração Pública vivencia grandes mudanças, tornando-se o agente promotor da justiça social, incorporando várias atribuições materiais que passam a fazer parte do rol de competências administrativas, com a prestação de grande número de serviços públicos e explorando diretamente a atividade econômica. O Estado Social passa a tutelar a Sociedade⁶.

⁴ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz de Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 63.

⁵ “Em que pese sejam ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direitos constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional [...]. A consideração de que o termo 'direitos humanos' pode ser equiparado ao de 'direitos naturais' não nos parece correta [...]. Cuida-se, sem dúvida, igualmente de direitos humanos considerados como tais aqueles outorgados a todos os homens pela sua mera condição humana -, mas, neste caso, de direitos não positivados.” SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 36.

⁶ “É dentro desse contexto que são identificados e legalmente reconhecidos os direitos humanos de segunda dimensão, que 'nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula'. São direitos sociais, culturais, econômicos, v.g., os direitos trabalhistas e previdenciários, os direitos ao ensino público e gratuito e à saúde pública, ou seja, em nosso caso, poder-se-ia apontar como direitos de segunda geração aqueles apontados nos artigos 6º a 11 da Constituição de 1988.” PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Direitos fundamentais sociais: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de Justiça para a sua tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 58.

Era um estado paternalista, retirando do cidadão a participação, e criando uma cultura de aceitação.

Em um primeiro momento, os direitos sociais não eram reconhecidos juridicamente, mas apenas vistos como princípios políticos. A formulação doutrinária a respeito dos direitos sociais negava sua tutela imediata, exigindo a intervenção do legislador para que exprimissem pretensões jurídicas, mesmo integrando o texto das Constituições escritas. Com o decorrer do tempo, porém, os direitos sociais foram sendo reconhecidos como elemento essencial no processo de democratização, cuja finalidade é a realização da justiça social (ideia democrática de igualdade). Ao contrário dos direitos relativos às liberdades clássicas, os direitos sociais justificam-se teoricamente como um meio de liberação de determinadas formas de privação de origem social. Sua finalidade é a realização da igualdade.

A dignidade, dentro desta nova perspectiva, constitui um valor fundamental democrático, tendo em vista que, anteriormente a essa etapa histórica, o indivíduo era identificado como um ser isolado, soberano e absoluto em seu espaço vital. Porém, na nova configuração do Estado, o homem passa a ser visto não só como criador de relações sociais, mas também como resultante destas.

O Estado Democrático de Direito nasce como uma resposta concomitante à frieza liberal em relação ao indivíduo e ao déficit democrático do Estado Social. Busca, de um lado, o afastamento da construção de uma esfera de relações de igualdade meramente formal⁷, desatenta das condições materiais da vida do indivíduo; de outro, enfrenta uma Administração Pública que retira dos cidadãos a capacidade de decisão autônoma e que os provê de bens e serviços. Por meio do respeito à esfera de liberdade individual propõe habilitar os cidadãos a exercitarem seus direitos de participação na comunidade jurídica, como coautores que interferem no processo de produção do direito.

Os termos conceituais sobre a igualdade também se alteram: a propagação da ideia de "igualdade de oportunidades", norteadá pela necessidade de extinguir-se ou ao menos mitigar

⁷ A igualdade formal oitocentista tem como característica a abstenção estatal, baseada numa concepção estática de igualdade. Ou seja, o Estado não poderá intervir para garantir privilégios a determinada categoria de indivíduos. Firma-se a igualdade jurídico-formal no plano político, de caráter puramente negativo, visando abolir os privilégios, isenções pessoais e regalias de classe. Não há em nenhum momento um debate sobre igualdade de condições de participação social, afinal a burguesia, que era a classe revolucionária, já tinha recursos materiais suficientes para se desenvolver como classe hegemônica, faltava apenas a abolição dos privilégios da nobreza.

o peso das desigualdades econômicas e sociais e promover a justiça social, propiciou o surgimento de políticas sociais de apoio e de promoção de determinados grupos socialmente fragilizados, agora vistos como sujeitos concretos, historicamente situados. É neste sentido que afloraram fortes reivindicações concernentes à atuação do Estado com o objetivo de fomentar ações visando ao efetivo gozo de direitos por aqueles que apenas juridicamente eram reconhecidos como iguais.

Com o advento do Estado Democrático, cujo fundamento originário é a lei, ocorre profunda transformação no significado dos valores fundamentais do sistema político-constitucional, gerando uma nova forma de conciliação entre liberdade e igualdade, entre os direitos de liberdade e os direitos sociais.

O reconhecimento universal da constituição como lei superior de caráter positivo e a conexa garantia do conteúdo constitucional, desaparece com a concepção meramente formal da constituição. O avanço da democracia e o aperfeiçoamento do Estado Democrático, por meio da inserção de diferentes classes sociais e dos valores heterogêneos destas, somado a um Parlamento comprometido tanto com a maioria quanto com a minoria, resultam na formação de uma trama constitucional de tecido plural político e social, num contínuo compromisso de todos sobre tudo. A conjugação da democracia plural com Estado de Direito, aliado a uma legalidade nova e superior, conectada com os valores fundamentais que constituem a base do sistema constitucional, caracterizam o Estado Social e Democrático de Direito.

O direito nele concebido é um direito constitucionalizado, um ordenamento complexo, marcado pela presença de regras e princípios como duas espécies normativas aplicáveis à vida do cidadão⁸. É o período da consagração dos direitos fundamentais de terceira geração, são os direitos sociais decorrentes da solidariedade ou de titularidade coletiva, ditos difusos, e nascem em decorrência da generalidade da humanidade e do “amadurecimento de novas exigências – podemos mesmo dizer, de novos valores”⁹, e, justamente, “[...] caracterizam-se

⁸ O modo de aplicação das regras e dos princípios é diferente. Enquanto as regras são aplicáveis mediante juízo de subsunção, os princípios são aplicáveis mediante o raciocínio lógico do tipo ponderação. Ou seja, submetendo-se a hipótese de fato (premissa menor) a uma norma (premissa maior), tem-se, havendo o encaixe lógico perfeito dos fatos à norma, a subsunção que libera a produção dos efeitos jurídicos previstos na hipótese normativa. Isso é possível porque as regras dizem claramente de que fatos da vida tratam e como tratam. Já com os princípios isso não é possível, dada sua elevada abstração e seu grande grau de indeterminabilidade, o que não viabiliza ao intérprete, a priori, conhecer de que a norma-princípio trata nem como trata (ex. princípio da dignidade humana).

⁹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 32.

por destinarem-se à proteção, não do homem em sua individualidade, mas do homem em coletividade social, sendo, portanto, de titularidade coletiva ou difusa”¹⁰.

2.2. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais e o ordenamento jurídico

Os direitos fundamentais podem ser visualizados sob dois ângulos, para a garantia do respectivo âmbito de proteção. Podem ser dotados de um caráter objetivo, sendo concebidos como um conjunto de valores protegidos pelo texto constitucional. Podem também estar configurados sob a dimensão subjetiva, a qual se subdivide em direito fundamental de caráter individual¹¹, e em direito social, de caráter coletivo¹².

A dimensão subjetiva tem sido abordada de maneira mais ampla porque a doutrina sobre direitos fundamentais ancora-se na noção de direitos subjetivos, principalmente oponíveis em relação ao Estado. No constitucionalismo liberal, os direitos fundamentais eram qualificados apenas a partir da perspectiva subjetiva, relacionando-os com as pretensões exigíveis do Estado pelo indivíduo, em virtude da existência de um direito previamente reconhecido em norma positiva.

Entretanto, mesmo reconhecendo a importância dos direitos fundamentais subjetivos, a doutrina tem conferido outros efeitos a estes, os quais estão consubstanciados no caráter ou na dimensão objetiva. Na visão de Daniel Sarmento, a dimensão objetiva significa o reconhecimento de que os direitos fundamentais consagram os valores mais importantes para uma comunidade política específica:

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais liga-se ao reconhecimento de que tais direitos, além de imporem certas prestações aos poderes estatais, consagram também os valores mais importantes em uma comunidade política, constituindo, como afirmou Konrad Hesse, “as bases da ordem jurídica da coletividade”. Nesta linha, quando se afirma a existência dessa dimensão objetiva pretende-se, como registrou Vieira de Andrade “fazer ver que os direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes

¹⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 626.

¹¹ É o caso do direito à saúde, quando analisado em relação à necessidade de preservação da vida e da dignidade da pessoa humana.

¹² É o caso do direito à saúde, quando inserido no Título VIII da Constituição Federal, relativo aos preceitos concernentes à Ordem Social, cujo artigo 194 estatui compreender a ordem social um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade destinado a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

de que estes são titulares, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe a prosseguir.”¹³

Sob este prisma, para proteger os direitos fundamentais, não cabe mais ao Estado apenas se abster de violá-los, mas é necessário que efetue ações positivas. Para a consecução deste objetivo, verifica-se um aporte de valores morais na Constituição, como destaca Jane Reis Gonçalves Pereira:

A concepção da Constituição como estatuto axiológico da sociedade é produto do constitucionalismo germânico, tendo sido desenvolvida e estruturada na jurisprudência da Corte Constitucional a partir da vigência da Lei Fundamental de Bonn. A ideia central inerente a essa visão é a de que, por meio da Constituição, a comunidade estabelece um arsenal de valores que hão de orientar e conformar não apenas a ordem jurídica estatal, mas a vida social genericamente considerada. Nesta perspectiva, as escolhas valorativas postas na Constituição – e que são expressas no rol de direitos fundamentais – devem orientar a ação do Estado e de todos os setores da sociedade. A discussão relativa aos direitos fundamentais como normas objetivas de princípio remonta à Constituição de Weimar (1919), entretanto, a tese de que estes ostentam uma dimensão objetiva só foi aceita e desenvolvida na década de 50 [...]. Nada obstante, cabe ter em conta que a decisão de transformar os direitos fundamentais em cláusulas pétreas sob a égide da Lei Fundamental de 1949 foi orientada pela ideia de que estes traduziam os valores essenciais da sociedade.¹⁴

Por meio dessa perspectiva, se reconhece aos direitos fundamentais uma função de conteúdo axiológico do ordenamento jurídico. Assim, eles são elemento informador do funcionamento da sociedade e devem nortear a interpretação e a aplicação de toda e qualquer norma.

Neste sentido, a dignidade da pessoa humana condiz a um valor que dá unidade ao conjunto de direitos fundamentais, servindo de aplicação, interpretação e integração de todo o ordenamento jurídico, de maneira a garantir-lhe coerência. Daniel Sarmento assim afirma:

O princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico (...) o princípio em questão é o que confere unidade de sentido e valor ao sistema constitucional, que repousa na idéia de respeito irrestrito ao ser humano – razão última do Direito e do Estado.¹⁵

Segundo Sarlet¹⁶, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica constitucional e infraconstitucional. Por isso, grande parte da doutrina enxerga este princípio como o de maior hierarquia.

¹³ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2004, p. 134.

¹⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 457.

¹⁵ SARMENTO, Daniel. Op. cit. p. 137

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 149.

Para ele, o princípio da dignidade humana impõe limites à atuação do Estado, tendo como objetivo impedir a violação da dignidade pessoal. Essa violação implica ao Estado ter como meta permanente, a proteção, promoção e realização da vida com dignidade para todos. E, como tarefa, esse princípio impõe ao Estado o dever de respeito e proteção, assim como a obrigação de promover diretrizes caso surjam obstáculos que impeçam as pessoas de viver dignamente.

Entende, ainda, que tanto o Estado, como a comunidade, entidades privadas e os particulares estão diretamente vinculados ao princípio da dignidade humana. Esse princípio impõe condutas de efetivação e proteção da dignidade da pessoa, seja em âmbito particular ou público.

É possível afirmar, portanto, que o reconhecimento da dimensão objetiva é um fator de reforço de juridicidade e da efetividade dos direitos fundamentais¹⁷ e tem alguns importantes desdobramentos, quais sejam: o reconhecimento da eficácia irradiante dos direitos fundamentais¹⁸, ou seja a ideia que os direitos fundamentais se constituem em impulsos e diretrizes para a criação, aplicação e interpretação do direito infraconstitucional; o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais¹⁹, significando a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas; a teoria dos deveres de proteção²⁰, segundo a qual cabe ao Estado a obrigação de zelar e promover permanentemente, inclusive de forma preventiva os direitos fundamentais.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 151.

¹⁸ Como informa Daniel Sarmiento, a eficácia irradiante dos direitos fundamentais manifesta-se, sobretudo, em relação à interpretação e aplicação das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados constantes da legislação infraconstitucional, a exemplo dos conceitos de boa-fé, ordem pública, interesse público, etc, o que proporciona a extensão dos direitos fundamentais para o âmbito das relações privadas. Op. cit. p. 158.

¹⁹ A eficácia horizontal - também chamada de "eficácia privada" ou de "eficácia em relação a terceiros" analisa a problemática dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, bem como a vinculatividade do sujeito privado aos direitos fundamentais. Para Daniel Sarmiento, sob o entendimento de que os direitos fundamentais constituem uma ordem objetiva de valores que se expande por todo o ordenamento jurídico, a dimensão objetiva proporciona a incidência dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, considerando que poderes não estatais podem vulnerar bens jurídicos tutelados constitucionalmente. Ibid. p. 135.

²⁰ Daniel Sarmiento entende que é indiscutível a possibilidade de aplicação da citada teoria em nosso direito, uma vez que os direitos fundamentais constantes da Constituição de 1988 não podem ser concebidos apenas como direitos de defesa em face do Estado, exigindo-se deste uma postura ativa na defesa de tais direitos diante de ameaças perpetradas por terceiros. Ibid. p. 167-168.

2.3. O neoconstitucionalismo e a concretização de direitos fundamentais

Esta valorização dos princípios jurídicos, contendo força normativa e aplicabilidade plena na solução dos casos, notadamente os difíceis, é o que caracteriza o neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo, que se vale de métodos abertos para a busca de soluções, como a ponderação e as teorias da argumentação jurídica²¹.

Luís Roberto Barroso²² descreve o fenômeno como um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser mencionadas a formação do Estado constitucional de direito cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX (marco histórico), o pós positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre o Direito e a ética (marco filosófico) e o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional²³ e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Tal movimento traduziu-se, no Brasil, na elaboração e proclamação da Constituição de 1988, consagradora de direitos que fazem parte do arcabouço de conquistas da humanidade, particularmente no aspecto da ocidentalização. Os direitos sociais nela inscritos denotam o seu caráter de vinculação à concepção de cidadania social pugnada por concepções que derivam da construção da noção teórica e prática de igualdade social realizada no Ocidente nos últimos cem anos.

²¹ SARMENTO, Daniel. “O neoconstitucionalismo no Brasil”. *Direitos fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 9-10.

²² BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar.-maio 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 20 fevereiro de 2016.

²³ Entende-se por Jurisdição Constitucional, o exercício, pelo Poder Judiciário, do controle de constitucionalidade dos atos das demais funções estatais, seja num caso concreto (realizada por qualquer juízo ou Tribunal) seja numa análise em tese (realizada por Tribunais específicos). Trata-se da atuação exercida por um corpo de profissionais do direito que não são investidos em suas funções pelo voto popular, nem estão sujeitos a sufrágios periódicos, constituindo o que a doutrina chama de instância de poder “contramajoritário” ou “antimajoritário”, no sentido de que sua função é controlar atos votados e aprovados, majoritariamente, por representantes eleitos, aferindo sua compatibilidade ou não com a Constituição do país. BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 246.

Portanto, a Constituição Federal, ao proclamar direitos e garantias por meio de regras e princípios com forte conteúdo social disseminados em todos os seus títulos e capítulos – que devem ser interpretados como parte de um só sistema, adquiriu forma que a coloca na condição de reguladora e garantidora da cidadania social.

Mas não basta essa caracterização para que sejam efetivados e, portanto, concretizados os direitos fundamentais sociais no Brasil. É necessária a existência de modelo de jurisdição constitucional que possibilite essa concretização. Segundo Barroso, trata-se de “um mecanismo de proteção da Constituição, conhecido na sua matriz norte-americana como *judicial review*, batizado entre nós de ‘controle de constitucionalidade’”²⁴. A jurisdição constitucional é, portanto, um instrumento controlador (concreta ou abstratamente) da boa aplicação das regras e dos princípios constitucionais. Consoante lição de Oswaldo Luiz Palu:

A jurisdição constitucional é a atividade que visa garantir a aplicação dos princípios e normas da Constituição às controvérsias e dúvidas surgidas, concreta ou abstratamente, atividade advinda de órgão que atua com a independência em relação aos órgãos ou poderes elaboradores do texto normativo objeto da fiscalização, ou do Executivo, de modo definitivo e imparcial. A jurisdição constitucional exerce, primordial e institucionalizadamente, a fiscalização da constitucionalidade.²⁵

A jurisdição constitucional atua tanto como instância harmonizadora (solução de conflitos), quanto como instância concretizadora (de direitos fundamentais), homenageando o ideário constitucional do pleno acesso à justiça. Hodiernamente, com o fortalecimento de uma concepção garantista sobre a teoria da separação de poderes, o controle judicial se mostra essencial à proteção dos direitos fundamentais (artigo 2º da CRFB/1988). Dessa forma, podemos afirmar que, onde o processo político de definição concretizadora dos direitos fundamentais falha em nível de Legislativo ou Executivo, o Judiciário tem não somente o poder, mas o dever de intervir. “Qual direito não é justiciável? Retirar esta característica (justiciabilidade) é transformar o direito em um mero favor ou obrigação moral”²⁶.

O que importa não é mais justificar os direitos fundamentais ou reconhecê-los formalmente, mas efetivá-los na prática, materializando seus comandos na vida das pessoas. No Brasil, os direitos fundamentais foram sobrelevados pela atual Constituição da República, que traz no Título II de seu texto os “Direitos e Garantias Fundamentais”, subdivididos em

²⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 164.

²⁵ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2ª edição, São Paulo: RT, 2001, p. 94.

²⁶ FREIRE JR., Américo Bedê. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: RT, 2005, p. 68.

cinco capítulos e consagrando suas várias espécies: I - Direitos e deveres individuais e coletivos; II - Direitos sociais; III - Direitos de nacionalidade; IV - Direitos políticos e V - Direito relacionado à existência, organização e a participação em partidos políticos.

A atual Constituição brasileira no intuito de “reforçar a imperatividade das normas que traduzem direitos e garantias fundamentais, institui o princípio da aplicabilidade imediata²⁷ das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, nos termos de seu art. 5º, §1º.”²⁸. Acolhe, ainda, a nossa Constituição, um movimento mundial de internacionalização dos direitos humanos aduzindo no seu artigo 5º, § 2º que: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, concedendo abertura interna aos direitos humanos proclamados em documentos internacionais.

A Constituição consagra também, e de forma inovadora, um extenso rol de direitos sociais, difusos ou coletivos, abarcando todas as dimensões dos direitos fundamentais. Porém, de nada adiantaria a existência na Constituição de um numeroso rol de direitos se não houver, na organização estatal, instrumentos para sua efetivação. Razão pela qual, a CRFB/1988 encampou um leque de garantias para concretizar seus comandos, dentre as quais destacamos: o *habeas corpus* (artigo 5º, LXVIII); o mandado de segurança individual ou coletivo (artigo 5º, LXIX e LXX), o mandado de injunção (artigo 5º, LXXI), o *habeas data* (artigo 5º, LXXII), a ação popular (artigo 5º, LXXIII), a assistência jurídica integral e gratuita (artigo 5º, LXXIV); a cláusula pétrea (artigo 60, §4º); a ação direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade (artigo 102, I, “a”); a argüição de descumprimento de preceito fundamental (artigo 102, §1º); a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2º) e a ação civil pública (artigo 129, III), dentre outras.

Assim, ao menos no plano formal (da previsão normativa), a atual Constituição consagra diversos mecanismos voltados à realização concreta dos ideais apontados pelo Estado Democrático de Direito. Tornando, portanto, inadmissível a inércia estatal quanto à

²⁷ Pela Teoria da Eficácia Direta ou Imediata, alguns direitos fundamentais podem ser aplicados às relações privadas sem que haja a necessidade de intermediação legislativa para a sua concretização. Nesse caso o julgador, após análise do caso concreto, fará a ponderação de interesses e aplicará os direitos fundamentais em uma relação entre particulares sem o intermédio do poder legislativo.

²⁸ PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2ª edição, rev. atual. e ampl., São Paulo: RT, 2003, p. 44.

concretização dos direitos fundamentais²⁹. O Estado é um instrumento concebido pelo constituinte para a plena concretização dos princípios, objetivos e direitos fundamentais esculpidos na Constituição e, quando se desvia disso está, do ponto de vista político, se deslegitimando, e do ponto de vista jurídico, se desconstitucionalizando.

Destarte, a consolidação de uma postura mais ativa do Judiciário no tocante à ineficiência ou até inexistência de políticas públicas e sociais, visando efetivar os direitos fundamentais, vem sendo afirmada não apenas pela doutrina, mas pela jurisprudência nacional. Destacamos, pois, pela argúcia de seus fundamentos, a decisão proferida pelo STF na ADPF 45, que proclama *in verbis*:

A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao supremo tribunal federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da "reserva do possível". Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial". Viabilidade instrumental da argüição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).³⁰

Do referido julgado, proferido em sede de controle de constitucionalidade, extraímos alguns elementos de importância ímpar para o desenvolvimento da cultura constitucional brasileira. A decisão (e a sua *ratio decidendi*) põe em evidência a “dimensão política da jurisdição constitucional”³¹, conferida especialmente ao STF, que “não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais (direitos de segunda geração)”³², sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, “comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional”³³.

²⁹ PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.* p. 44.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 45 MC / DF*. Arguido: Presidente da República, Arguinte: Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB. Relator: Ministro Celso de Mello. Data da decisão: 29/04/2004. Fonte: Diário da Justiça – DJ. Brasília, DF, 04 mai. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADPF-MC.SCLA.+E+45.NUME.+E+20040429.JULG.&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 06 mar. 2016.

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*

Como já afirmado, o desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental ou legislativa. É correto que “não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário, a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais (ou complementares), poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos fundamentais, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático”³⁴. Cabe assinalar que, consoante já proclamou o STF, o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado”³⁵.

³⁴ Op. cit.

³⁵ Ibid.

3. CAPÍTULO II - O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

3.1. Contexto histórico

A partir da década de 70 do século XX, ganha destaque, no Brasil, o movimento de reforma sanitária, cuja principal bandeira, no tocante à mudanças das práticas de saúde, era a universalização e a democratização da saúde enquanto direito fundamental, em contraposição à visão da saúde como um benefício (um favor) oferecido pelo Estado.

No início do movimento, o Brasil encontrava-se sob a égide de um regime militar, e tal condição influenciou decisivamente no modelo de saúde a ser adotado. O modelo militar que vigeu no Brasil esteve fortemente baseado na ideia de medicalização da saúde e na ênfase das ações curativas em detrimento de ações preventivas com fortes traços de autoritarismo. Portanto, a saúde assumiu características fortemente centralizadoras com a tentativa de exclusão da população de qualquer processo político-decisório substancial.

Outro aspecto a ser destacado foi que a utilização de serviços de saúde se encontrou vinculada à situação empregatícia, ocasionando a exclusão de uma parcela relevante da população desempregada, seja por deficiências físicas, seja por insuficiências na educação ou, mesmo, por inacessibilidade estrutural ao mercado de trabalho formal. A condição de trabalhador formal não foi sinônimo de universalização dos serviços de saúde, sobretudo no ambiente rural. De outro lado, houve a emergência de planos privados de saúde que, pelo seu ineditismo e investimento, tinham preços elevados e uma rede conveniada pequena. Deste modo, somente uma parcela reduzida da população poderia suportar os custos e despesas associados à utilização dos serviços privados de saúde.

Desenvolve-se, então, um quadro excludente no tocante ao alcance do direito à saúde, que reforçou a desigualdade social historicamente constituída no Brasil. Aqueles que trabalham têm o direito à assistência, e os que não trabalham possuem uma alternativa: suportar os custos e despesas de um plano de saúde privado. Estabelece-se um círculo vicioso, uma vez que quem não trabalhasse não usufruiria os direitos trabalhistas (e, conseqüentemente, o direito à saúde) e, além disso, também não disporia de recursos suficientes para suportar as despesas dos planos privados. Deste modo, aquele que não possuísse vínculo empregatício teria possibilidades reduzidas de acesso aos serviços públicos

de saúde. Uma das escassas alternativas possíveis para aqueles que não tinham vínculo empregatício ou não tinham condições de custear um serviço privado foram as Santas Casas, que são instituições filantrópico-religiosas destinadas à ajuda de pessoas carentes. Ou seja, temos um cenário fortemente centralizado e incapaz de atender às demandas populares e que, por consequência, restringe o sentido e a amplitude do direito à saúde.

Com o desenvolvimento da redemocratização do país na década de 80, a luta pelo direito universal à saúde pode ser realizada de diversas formas e com múltiplas estratégias pelos diversos atores sociais e políticos no Brasil. Observa-se a eleição no cenário nacional de candidatos afinados com uma perspectiva de defesa da saúde como um direito de todos e dever do Estado, o que ampliou as possibilidades de sua universalização na Constituição.

Conhecida como “Constituição Cidadã”, a Constituição de 1988, inova com a proposta de descentralização política-administrativa e de participação da sociedade civil no controle social e no que tange à elaboração e execução das políticas públicas de cunho social. Introduziu um novo conceito: o de seguridade social, formado pelo tripé: Saúde (para todos), Previdência Social (quem contribui) e Assistência Social (a quem dela necessitar)³⁶.

Assim, os avanços e desafios enfrentados pela sociedade civil e, principalmente, pelo movimento da reforma sanitária, culminaram no texto constitucional de 1988, que consagrou os princípios fundamentais que orientam a política de saúde no Brasil.

3.2. O Sistema Único de Saúde – SUS

O direito à saúde no Brasil, em linha com o conceito amplo de saúde utilizado pela Organização Mundial de Saúde – OMS³⁷, encontra-se estabelecido em um sistema integrado pelos três entes federativos: o SUS – Sistema Único de Saúde cujos princípios orientadores

³⁶ Artigo 194, CFRB. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988.

³⁷ “Saúde é o estado de completo bem estar físico, mental e social e não somente a ausência de enfermidades e doenças”, princípio básico necessário para a “felicidade, as relações harmoniosas e a segurança de todos os povos”.
Constituição da Organização Mundial da Saúde, adotada pela Conferência Internacional da Saúde, realizada em Nova York, no período de 19 a 22 de julho de 1946; assinada em 26 desse mesmo mês e ano.

são (i) a universalidade, (ii) a integralidade, (iii) a equidade, (iv) a descentralização e (v) a participação popular³⁸.

O princípio da universalidade diz respeito ao reconhecimento da saúde enquanto um direito fundamental de todo e qualquer ser humano, cabendo ao Estado garantir as condições indispensáveis ao seu pleno exercício e o efetivo acesso à atenção e à assistência à saúde em todos os níveis de complexidade. Portanto, tal princípio pressupõe uma relação em que os cidadãos têm um direito que se configura como um dever do Estado, sem possibilidade de restrição à sua universalidade.

O princípio da integralidade significa, originariamente, a garantia do fornecimento de um conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos, curativos e coletivos, exigidos para todos os níveis de complexidade de assistência. Deste modo, tal princípio engloba ações de promoção, proteção e assistência na saúde. Conforme o Manual de Atuação do Ministério Público Federal em defesa do direito à saúde, o princípio da integralidade

refere-se tanto ao homem quanto ao Sistema de Saúde, reconhecendo que cada qual se constitui numa totalidade. Assim, cada pessoa constitui um todo indivisível e membro de uma comunidade: as ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, da mesma forma, constituem-se em um todo, não podendo ser divididas; as unidades constitutivas do Sistema configuram também um todo indivisível, capaz de prestar assistência integral.³⁹

O princípio da equidade expressa a ideia de justiça social, uma vez que busca reduzir as desigualdades entre os titulares do direito à saúde. Isto significa admitir uma postura de tratar desigualmente os desiguais, investindo mais recursos públicos nas Unidades da Federação em que a carência e as deficiências no sistema público de saúde são maiores.

O princípio da descentralização exige que um único gestor responda por toda a rede assistencial na sua área de abrangência, conduzindo a negociação com os prestadores e assumindo a responsabilidade pelas políticas de saúde. A descentralização ainda permite uma

³⁸ Segundo Cordeiro, “os princípios do novo sistema de saúde defendiam a descentralização e o fortalecimento do papel do município, participação e controle popular na formulação de políticas, planejamento, gestão, execução e avaliação das ações de saúde, integralização das ações, universalização do acesso e da cobertura, iniciados 'pelas áreas carentes ou totalmente desassistidas' e equidade e garantia de qualidade na humanização do atendimento. Além da isonomia salarial para o pessoal da saúde, foram propostos: admissão somente por concurso público, estabilidade no emprego, composição multiprofissional da equipe de saúde, estímulo à dedicação exclusiva e obrigatoriedade de cumprimentos de carga horária contratual, e outras recomendações. Reafirmava-se a supremacia do serviço público sobre o privado.” CORDEIRO, H. *Sistema Único de Saúde*. Rio de Janeiro: Ayuri, 1991, p. 85.

³⁹ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Manual de atuação do Ministério Público Federal em defesa da saúde*. 2005, p. 14.

maior aproximação com a realidade social de cada localidade, de modo a tornar as políticas públicas mais efetivas por meio da incorporação da sociedade civil no processo de formulação, fiscalização e execução das políticas. Por essa razão, a descentralização é entendida como

a redistribuição do poder decisório, dos recursos e das competências quanto às ações e aos serviços de saúde entre os vários níveis de governo, a partir da ideia de que, quanto mais perto do fato a decisão for tomada, mais chance haverá de acerto. Assim, o que é da alçada de um município deve ser de responsabilidade do Governo Municipal; o que abrange um Estado ou uma região estadual deve estar sob responsabilidade do Governo Estadual e o que for de abrangência nacional será de responsabilidade federal.⁴⁰

O princípio da participação social expressa uma forma de ampliar a efetividade das políticas públicas de saúde em uma via de exercício do controle social, de modo a democratizar essa descentralização do sistema de saúde, principalmente a partir da atuação dos Conselhos de Saúde. Assim, são criados canais de participação popular na gestão do SUS em todas as esferas (municipal, estadual e federal), configurando a participação social como uma

garantia constitucional de que a população, através de suas entidades representativas, participará do processo de formulação das políticas de saúde e do controle de sua execução, em todos os níveis, desde o federal até o local. Essa participação deve se dar nos Conselhos de Saúde, com a representação paritária entre usuários, Governo, profissionais de saúde e prestadores de serviço. Outra forma de participação são as Conferências de Saúde, realizadas de quatro em quatro anos, que servem para definir prioridades e linha de ação. Deve ser considerado também como elemento do processo participativo o dever das instituições de oferecerem as informações e conhecimentos necessários para que a população se posicione sobre as questões que dizem respeito à sua saúde.⁴¹

Com isso, a universalização do direito à saúde é acompanhada de regras e princípios que buscam, em alguma medida, estabelecer estratégias para a sua efetivação, bem como diretrizes normativas à atuação estatal, sob o resguardo do status de relevância pública que a saúde alçou com o processo constituinte.

A estruturação do SUS está positivada na Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90), bem como na Lei nº 8.142/90⁴², além de toda a regulamentação expedida pelos membros da federação, componentes do sistema em suas três esferas. Especificamente quanto às

⁴⁰ Op. cit. p. 15.

⁴¹ Ibid. p. 115-116.

⁴² Estabelece a forma de participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros nessa área.

atribuições e recursos da União, Estados-membros e Municípios, regem-se consoante o preceito do artigo 198, *caput*, da Constituição Federal.

Em seu artigo 16, inciso XIII, a Lei Orgânica da Saúde prescreve que a direção nacional do SUS deve “prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional”. À direção estadual, por sua vez, deve promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde, prestar-lhes apoio técnico e financeiro e executar supletivamente ações e serviços de saúde (art. 17, I e III, Lei nº 8080/90). Já à direção municipal compete planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde”, de acordo com a previsão do artigo 18, I, da mencionada lei.

3.3. A eficácia jurídica do direito à saúde no Brasil

Esta configuração jurídica à qual foi alçada a saúde pela Constituição de 1988 trouxe efeitos consideráveis na relação entre Estado e sociedade. Mais precisamente, a própria força normativa do direito à saúde no Brasil ensejou estratégias a serem desenvolvidas pelos três Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) em conjunto com a sociedade civil. Em decorrência disso, os direitos passaram a ser interpretados numa lógica ainda mais coletivista, adquirindo novos sentidos e ampliando seu alcance social. O direito à saúde, por exemplo:

pode ser considerado como constituindo simultaneamente direito de defesa, no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular, bem como – e esta a dimensão mais problemática – impondo ao Estado a realização de políticas públicas que busquem a efetivação deste direito para a população, tornando, para além disso, o particular credor de prestações materiais que dizem com a saúde, tais como atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames da mais variada natureza, enfim, toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito à saúde.⁴³

Daniel Sarmiento salienta que poucos temas do direito constitucional têm sido tão debatidos nos últimos anos como a eficácia dos direitos sociais de caráter prestacional. Segundo o autor, “a jurisprudência nacional é extremamente rica nesta questão, e o Brasil é

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*. Revista Diálogo Público. v. 10, 2002.

hoje certamente um dos países com o Judiciário mais ativista na proteção de tais direitos”⁴⁴. No Brasil, a saúde possui especialmente um *status* sólido do ponto de vista constitucional.

Ao disciplinar a matéria, a Constituição de 1988 afirma, em seu art. 6º, que são “direitos sociais a educação, a saúde, [...] na forma desta Constituição” e, posteriormente especifica, em seu artigo 196, que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. O texto constitucional possui múltiplas significações no tocante à atribuição da saúde como um direito subjetivo de aplicabilidade imediata. Na análise de Sarmiento:

até então, o discurso predominante na nossa doutrina e jurisprudência era o de que os direitos sociais constitucionalmente consagrados não passavam de normas programáticas, o que impedia que servissem de fundamento para a exigência em juízo de prestações positivas do Estado. As intervenções judiciais neste campo eram raríssimas, prevalecendo uma leitura mais ortodoxa do princípio da separação dos poderes, que via como intromissões indevidas do Judiciário na seara própria do Legislativo e do Executivo as decisões que implicassem em controle sobre as políticas públicas voltadas à efetivação de direitos sociais.⁴⁵

Por conta dessa multiplicidade, o Supremo Tribunal Federal atribuiu diversas naturezas distintas ao dispositivo, sem, contudo, negar efetividade às suas normas. Sob o argumento de que se trata de um serviço de relevância pública e um direito fundamental, o STF reforçou a sua eficácia imediata e independente da existência de normas infraconstitucionais da saúde⁴⁶. Tal caracterização tem como implicação a exigibilidade judicial desse direito, cabendo ao julgador a definição do conteúdo da norma. O efeito político disto se reflete no reforço à responsabilização dos entes da federação na sua efetivação.

⁴⁴ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais – alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, C. P. de; SARMENTO, D. (Orgs.). *Direitos sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 553.

⁴⁵ SARMENTO, Daniel. Loc. cit.

⁴⁶ A este respeito merece destaque o julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada 175, no Supremo Tribunal Federal. O Min. Gilmar Mendes, relator do processo, firmou seu entendimento no seguinte sentido: “Dizer que a norma do art. 196, por tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição” MENDES, Gilmar Ferreira. *Voto no julgamento da Suspensão da Tutela Antecipada nº 175 no Supremo Tribunal Federal*. STF: Brasília, 2010, p. 12-13.

O Min. Celso de Mello, por sua vez, “é preciso enfatizar que o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, qualifica-se como expressiva limitação à discricionariedade administrativa” MELLO, Celso de. *Voto no julgamento da Suspensão da Tutela Antecipada nº 175 no Supremo Tribunal Federal*. STF: Brasília, 2010, p. 5.

As conquistas que foram alcançadas permitem pensar a saúde como uma norma constitucional de eficácia plena no Brasil, isto é, impositiva de cumprimento imediato ao Estado. As normas de eficácia plena seriam aquelas que o constituinte dotou de normatividade suficiente para que produzam todos os seus efeitos. Assim, não necessitariam de leis ou outras normas que as regulamentem para que possam gerar efeitos de forma plena. Seriam de aplicabilidade imediata – ou autoaplicáveis – porque possuem todos os meios e elementos necessários à sua exequibilidade. Tais normas podem ser submetidas diretamente à apreciação jurisdicional, pois possuem a força necessária à sua aplicação⁴⁷.

Portanto, o direito à saúde recebeu do Poder Constituinte uma força normativa suficiente para a sua incidência imediata e independente de providência normativa ulterior para sua aplicação. Na análise de Ana Paula de Barcellos, ao se tratar da eficácia jurídica dos comandos constitucionais que tratam do direito à saúde, deve-se reconhecer que “há um conjunto de prestações de saúde exigíveis diante do Judiciário por força e em consequência da Constituição”⁴⁸. Indo além, tal reconhecimento “significa que os poderes constituídos estão obrigados a colocar à disposição das pessoas tais prestações, seja qual for o plano de governo ou a orientação política do grupo que, a cada momento, estiver no poder”⁴⁹.

O caráter pleno da eficácia de uma norma diz respeito à ideia de que, desde a entrada em vigor da Constituição, tais normas produzem, ou têm a possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais relativos aos interesses, comportamentos e situações, que o Constituinte direta e normativamente quis regular, sendo garantida a existência de um aparato jurídico-institucional para a sua efetivação. Isto torna complexa a atividade de governação da saúde, na medida em que o poder público tem diante de si um direito que, além de possuir um arcabouço jurídico-institucional sólido, ainda recebe força normativa relevante pelas instituições jurídicas e pelos atores sociais.

⁴⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. São Paulo Malheiros, 1993.

⁴⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 803.

⁴⁹ *Ibid.*

4. CAPÍTULO III - A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

4.1. A tutela judicial dos direitos sociais

Do anteriormente exposto, não é aceitável a afirmação de que os direitos sociais sejam considerados como meros programas, exortações morais ou projeções futuras juridicamente desprovidas de qualquer vinculatividade (sob pena de reduzir a Constituição a um mero pedaço de papel). Com isso, para buscar a implementação de direitos prestacionais, o Estado deve atuar mediante políticas públicas e sociais que visam a intervenção do poder público na sociedade, sendo de especial relevo o papel conferido ao Ministério Público no manuseio das ações civis públicas para a tutela coletiva. Como observa Américo Bedê:

A tutela coletiva tem condições de instrumentalizar o controle de políticas públicas de modo a fornecer à Constituição densidade suficiente para a tutela de direitos transindividuais. Nesse contexto, é de ser repensada a atuação do *Parquet*, uma vez que a Constituição Federal de 1988 viabilizou um novo papel ao Ministério Público, colocando no fortalecimento dessa instituição a esperança de que existisse um órgão capaz de viabilizar, pelo direito de ação, a implementação dos nobres ditames do Estado Democrático de Direito. [...] A propositura de ações pelo Ministério Público, no controle de políticas públicas, é ainda mais relevante quando se percebe que, no Brasil, a sociedade civil ainda não conseguiu se organizar a ponto de reivindicar a atuação dos representantes eleitos pelo povo. [...] Verifica-se o cabimento de ação civil pública com o objetivo de implantação ou correção de políticas públicas.⁵⁰

Com a evolução do constitucionalismo torna-se manifesto o papel promocional do Estado na realização de uma ordem socialmente justa. O problema é desencadeado quando este não cumpre o seu mister, ou seja, não dá conta de prestar de forma equânime e qualitativa o efetivo gozo dos direitos fundamentais que ele mesmo prescreveu e prometeu entregar. O caráter programático da Constituição não pode ser incompatível com o valor efetividade, pois a implantação de ações políticas e sociais pelos poderes constituídos não está calcada numa discricionariedade absoluta, pois atreladas às necessidades “mínimas” da população.

A implementação de direitos sociais gera um alto custo, mas o Estado não pode utilizar essa constatação como um escudo para legitimar a omissão, ou encobrir a prática de irregularidades (como muitas vezes constatado). A reserva do possível⁵¹ deve coadunar com o

⁵⁰ FREIRE JR., Américo Bedê. Op. cit. p. 97- 98.

⁵¹ Essa teoria é uma adaptação da jurisprudência constitucional alemã (*Vorbehalt des Möglichen*), segundo a qual, a prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição de disponibilidade dos respectivos recursos. Segundo a Corte Constitucional daquele país, esses direitos a prestações positivas “estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da

mínimo existencial⁵² sob pena de se fraudar os objetivos fundamentais da República, em especial da Carta de 1988⁵³. Alegações generalizadas de que a consecução de determinada política pública se torna inviável por motivos econômico-financeiros se mostra desarrazoada e, conseqüentemente, incompatível com a Constituição.

Outro problema que se coloca é a “reserva de orçamento”, ou seja, a necessidade de que as políticas públicas estejam previamente previstas nas leis orçamentárias. O Estado não pode alterar as leis orçamentárias sem prévia dotação. Contudo, existe a possibilidade de utilizarem-se rubricas suplementares ou extraordinárias para suprir necessidades urgentes ou, ainda, usar verbas destinadas a áreas menos prioritárias (publicidade, propaganda, reformas paisagísticas etc.), em outras mais relevantes (saúde, saneamento, educação etc.). Se a política pública não for urgente, nada impede que haja, pelo Judiciário, a determinação de inclusão no orçamento seguinte da verba destinada a realizar a política pública inexistente ou insuficiente.

Portanto, nem a questão financeira, nem tampouco a orçamentária são óbices intransponíveis ao efetivo cumprimento dos deveres constitucionais, em especial aqueles referentes à igualdade de condições, pois em um país tão rico quanto o nosso, não é possível que milhares de pessoas estejam na miséria (abaixo da linha da pobreza) e, conseqüentemente, sem o mínimo de dignidade. A força normativa da Constituição, bem como a aplicabilidade imediata de seus comandos retira do cenário jurídico-político a ideia de não vinculação ou de discricionariedade dos Poderes Públicos quanto à efetivação dos preceitos constitucionais. Não pode o Poder Público, a pretexto da não aplicabilidade imediata de normas

sociedade”. KRELL, Andreas. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos. *Revista de informação legislativa*, Brasília, nº. 144, out./dez. 1999, p. 258.

⁵² Quando falamos de um mínimo existencial nos referimos a “um direito às condições mínimas de existência humana digna, que não podem ser objeto de intervenção do Estado e ainda exige prestações estatais positivas” TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional da era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.) *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 262-263.

Trata-se de um direito natural ligado à dignidade da pessoa humana, que condiciona a ordem jurídica e o Estado, possibilitando, além de liberdade e autonomia aos indivíduos, maior efetividade aos direitos sociais básicos que possibilitem ao cidadão gozar uma vida digna.

⁵³ Cabe frisar que o Brasil é signatário do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que prevê em seu artigo 2º - 1 que: “Cada Estado-parte no presente pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos, econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas” BRASIL. Decreto nº 591. *Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação*. 1992.

constitucionais, convertê-las em promessas constitucionais inconsequentes, fraudando as expectativas nele depositadas. Como menciona Américo Bedê:

A aplicabilidade imediata, somada a uma interpretação constitucional de princípios, permite que exista uma verdadeira força vinculante da Constituição e não apenas das normas constitucionais que são consideradas convenientes pelos detentores do poder.⁵⁴

Apesar de reconhecida a normatividade dos direitos sociais, as omissões estatais não vêm sendo satisfatoriamente sancionadas. Com base nisso é que se afirma a relevância do Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais sociais, principalmente quando há omissão (total ou parcial) dos demais poderes constituídos⁵⁵. Assim, a despeito de posicionamentos contrários, temos o Poder Judiciário como órgão legítimo para efetuar o controle de políticas públicas e sociais, quando omissos os demais poderes, devendo atuar sem voluntarismos hermenêuticos ou criações morais dissociadas da realidade social em que vivem e do próprio sistema constitucional vigente. Além disso, a problemática questão envolvendo a insuficiência de recursos para efetivação de direitos deve ser aferida em cada caso concreto.

Nesse sentido, devemos buscar a implantação, ainda que gradual, de um modelo garantista e promocional de direitos, pois estes desacompanhados de proteção são mera retórica.

⁵⁴ FREIRE JR., Américo Bedê. Op. Cit., p. 67.

⁵⁵ A esse respeito, destacamos a ADI por omissão nº. 3.682 (rel. Min. Gilmar Mendes, 06.09.2007), onde o STF declarou inconstitucional a omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, §4º, da Constituição, com intuito de definir o período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios, fixando, ainda, um parâmetro temporal razoável para a elaboração de tal norma regulamentadora. Ainda nesse sentido, vale destacar a alteração do entendimento da Suprema Corte brasileira no que tange aos efeitos do Mandado de Injunção onde o Tribunal, salientando o caráter mandamental e não simplesmente declaratório desse remédio, asseverou caber ao Judiciário, por força do disposto no art. 5º, LXXI e seu § 1º, da CRFB/1988, não apenas emitir certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, mas viabilizar, no caso concreto, o exercício desse direito, afastando as conseqüências da inércia do legislador. (MI 721/DF, rel. Min. Marco Aurélio, julgada em 30.08.2007; MI 670/ES, rel. orig. Min. Maurício Corrêa, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 25.10.2007; MI 708/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 25.10.2007; MI 712/PA, rel. Min. Eros Grau, 25.10.2007; MI 758/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 1º.7.2008). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADI 3682 / MT. Partes: Assembléia Legislativa do Estado De Mato Grosso, Anderson Flávio de Godoi, Presidente da República, Advogado-Geral da União, Congresso Nacional. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data da decisão: 09/05/2007. Fonte: Diário da Justiça Eletrônico – DJe. Brasília, DF, 06 set. 2007. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/757314/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3682-mt>>. Acesso em: 06 mar. 2016.

4.2. A tutela coletiva e a sociedade de massa

Como visto, o amplo rol de direitos sociais previsto na Constituição Federal de 1988 teve como uma de suas consequências a ampliação da atuação do Poder Judiciário, fenômeno conhecido como ativismo judicial. Com o entendimento de que os direitos sociais são justiciáveis, uma vez que, em não sendo implementados no campo fático, surge para o indivíduo – ou a coletividade – a possibilidade de pleitear a sua consecução em juízo.

O ativismo judicial é, por conseguinte, um dos reflexos da crise do *Welfare State*⁵⁶, vez que surge a partir do momento em que – imbuídos pelo princípio do acesso pleno à justiça – cada vez mais indivíduos rompem a inércia do Poder Judiciário com o fim de reclamar por aquilo que está constitucionalmente assegurado.

Devemos observar, neste ponto, que a extensa massificação social gerou uma sociedade de consumidores, onde constatamos a presença de um processo de produção massificada, comercialização massificada e consumo massificado, reduzindo quase todas as atividades humanas, da arte ao lazer, da ciência à cultura, a objetos de consumo, ou seja, a objetos descartáveis após o uso. Por esta razão, transformou-se a velha concepção dos direitos subjetivos como direitos individuais, uma vez que passaram a ser exigidas proteções coletivas – direitos coletivos – e até proteções impossíveis de ser individual ou coletivamente identificadas – direitos difusos⁵⁷.

Em consequência, os litígios judiciais passam a admitir e a exigir novas formas de direito de ação (*class action*, ação civil pública). A tutela coletiva é, sem dúvida, uma alternativa à questão da morosidade do Poder Judiciário que desponta na sociedade de massa.

⁵⁶ Estado de bem-estar social, Estado-providência ou Estado social é um tipo de organização política e econômica que coloca o Estado como agente da promoção social e organizador da economia. Nesta orientação, o Estado é o agente regulamentador de toda a vida e saúde social, política e econômica do país em parceria com sindicatos e empresas privadas, em níveis diferentes de acordo com o país em questão. Cabe, ao Estado do bem-estar social, garantir serviços públicos e proteção à população.

⁵⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência. *Revista USP*. São Paulo, n. 21, p. 13-21: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) / USP, 1994, p. 18-19.

4.2.1. A *class action* norte-americana

Aponta-se a experiência inglesa, no sistema de *common law*, desde o século XVII, nos tribunais de equidade (*Courts of Chancery*) que admitiam o *bill of peace*, como origem da tutela coletiva de direitos⁵⁸. Certo é que da antiga experiência das cortes inglesas se originou a moderna ação de classe (*class action*), aperfeiçoada e difundida no sistema norte americano.

A doutrina⁵⁹ refere que os primitivos escritos sobre demanda coletiva são devidos a Joseph Story. Story foi um destacado jurista estadunidense, o qual integrou a *Supreme Court* dos anos de 1811 a 1845 (ano de seu falecimento). Registre-se que, num primeiro momento, somente os julgamentos de equidade envolviam tutela coletiva de direitos.

Diversos melhoramentos foram aplicados ao sistema de tutela coletiva americano, até que, em 1938, surge o primeiro Código de Processo Civil no âmbito federal - *Federal Rules of Civil Procedure*. Dentre as *Federal Rules of Civil Procedure*, encontrava-se a de número 23, destinada a regular as chamadas *class actions*, que passavam a estar disponíveis para todo o direito e não apenas para os processos baseados na equidade⁶⁰.

A *Rule 23* previa três categorias diversas de ações coletivas: a) puras, verdadeiras, autênticas ou genuínas (*true*); b) as híbridas (*hybrid*); e, c) as espúrias (*spurious*). Essa classificação foi elaborada pelo Prof. J. W. Moore, que participou da redação do código⁶¹.

Ocorre que, não obstante tal classificação, grandes dificuldades em efetuar a distinção entre as categorias passaram a ser os maiores problemas dos tribunais na aplicação da *Rule 23* com redação de 1938. Para ilustrar tal afirmação, pode-se citar como exemplo o caso *Deckert v. Independence Shares Corp.*, onde o autor, que ajuizou a ação para defender os interesses de um grupo de investidores vítimas de uma fraude, considerou-a como híbrida. O réu asseverou o caráter espúrio da demanda. A corte distrital considerou-a simplesmente como uma *class bill*. Anulando o julgado anterior, a corte regional (*circuit court*) de apelação considerou-a espúria. Chegando a causa na Suprema Corte, decidiu-se pelo processamento coletivo da

⁵⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 23.

⁵⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no direito comparado e nacional*. Marinoni, Luiz Guilherme (Coord.). *Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil*. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 63.

⁶⁰ *Ibid.* p. 69.

⁶¹ *Loc. cit.*

ação, deixando de se pronunciar sobre a classificação. Remetida, novamente, à primeira instância, o órgão judicial distrital a classificou como híbrida e, finalmente, quando o caso foi devolvido à corte regional, para a apreciação da apelação, o tribunal declarou que a denominação não era importante⁶².

Diante de tamanhas adversidades, a Suprema Corte norte-americana alterou substancialmente, em 1966, a redação da Regra 23. As notas do comitê consultivo que participou da modificação legislativa esclarecem que a versão antiga foi abandonada exatamente porque a diferenciação entre ações autênticas, híbridas e espúrias “*proved obscure and uncertain*” (a distinção provou ser obscura e incerta) e as ações espúrias haviam se mostrado de utilidade limitada, já que não atingiam quem não fosse parte⁶³. A nova emenda foi formulada com ênfase na representação adequada e leal, como pressuposto para a manutenção das ações coletivas, cujo julgamento passaria a atingir a todos os que fossem considerados como membros da classe, independentemente se o resultado fosse ou não benéfico para os mesmos.

A Regra 23, em sua redação atual, possui oito alíneas, de (a) a (h). A alínea (a) fixa pré-requisitos para a admissibilidade da *class action*. A alínea (b) disciplina o denominado *Class Action Maintainable*, estabelece as espécies de ações - b(1)(A), b(1)(B), b(2) e b(3) - que podem ser processadas como sendo de classe, cujo enquadramento se deve fazer cumulativamente com as exigências de (a). A alínea (c) prescreve diligências no caso de prosseguimento da ação como de classe, ou seja, atos de comunicação (*notice*) necessários, efeitos da coisa julgada coletivamente e a possibilidade da condução coletiva de determinadas questões e do fracionamento do processo, mediante a formação de subclasses. A alínea (d), por sua vez, dispõe sobre os poderes do juiz para o processamento da demanda coletiva, eis que a interferência do órgão judicial, na condução de uma *class action*, é muito intensa. Na alínea (e) são tratadas as hipóteses de extinção do processo e transação nas *class suits*. Já a alínea (f) versa acerca das possibilidades de cabimento de recurso contra decisões de admissibilidade ou não das ações de classe. A alínea (g), por seu turno, prescreve sobre a nomeação do advogado e, finalmente, a alínea (h) estabelece que em uma ação de classe

⁶² Op. cit. p. 72.

⁶³ Ibid.

certificada, o tribunal pode conceder honorários advocatícios razoáveis e custos não tributáveis que são autorizados por lei ou por acordo entre as partes.

Vejamos, em maior detalhe, as duas primeiras alíneas da Regra 23:

Regra 23 (a) - Pré-requisitos para a *class action*

1 – haver uma classe; para a existência de uma classe não há necessidade de que todos os seus membros sejam previamente identificados ou identificáveis no princípio do processo. Significa apenas que os contornos gerais desta classe sejam delineados para ser possível identificar se um indivíduo faz ou não parte desta classe. Este requisito tem a finalidade de identificar aqueles que devem ser intimados sobre a existência da demanda, ou sejam indenizados no caso de alguma condenação em dinheiro.

2 – a classe ser tão numerosa que a reunião de todos os membros seja impraticável; não é necessária a demonstração de impossibilidade de reunião, mas de uma acentuada dificuldade ou inconveniência. A *class action* deve trazer efetiva economia judicial. Se a controvérsia pode ser resolvida eficazmente por meio de ações individuais, não haveria motivos para se processar a *class action*. Não há um número mínimo de associados. (*Numerosity*)

3 – haver questões comuns, de fato ou de direito, a todos os membros da classe representada, ou seja, as pessoas representadas devem ter o mesmo interesse (*Commonality*);

4 – os pedidos ou defesas dos litigantes serem idênticos aos pedidos e defesas da própria classe (*Typicality*);

5 – estar configurada a representatividade adequada, ou seja, o autor deve ser capaz de defender adequadamente os interesses dos membros da classe que estejam ausentes no processo; este requisito exige que os pedidos e defesas dos litigantes sejam idênticos aos pedidos ou defesas da própria classe (*adequacy of representation*);

6 – o julgamento ter efeito vinculante, ou seja, os interessados ausentes - *absent class members* – em regra, nas ações de classe, se não exercitarem seu direito de exclusão quando admitido, serão vinculados aos efeitos decisão, mesmo sem que haja mandato ou autorização expressa por eles outorgados ao *representative*; (*binding effect*) e

7 – ter o magistrado atuação relevante e intensa, contrária à secular tradição liberal do *common law*, em que o processo é conduzido inteiramente e exclusivamente pelos advogados, e o juiz é um mero espectador passivo da contenda.

Regra 23 (b) – As espécies de *class action*

1. As ações de classe para compatibilidade de conduta - *Rule 23 (b)(1)(A) – Incompatible standards class action*⁶⁴ – a propositura de ações individuais poderia criar o risco de decisões contraditórias. Assim, há a necessidade de uma solução uniforme que atinja todos os membros da classe. Justamente por essa razão, nessa espécie de *class action*, veda-se o exercício do direito de *opt-out* (direito de exclusão de membro da classe);

2. As ações de classe da *Rule 23 (b)(1)(B) – Limited fund class action*⁶⁵ – visam a evitar decisões que venham a afetar/prejudicar os interesses de outros membros da classe;

3. As ações de classe da *Rule 23 (b)(2) – Injunctive relief class*⁶⁶ – se manifestam quando alguém age de maneira inadequada - ou deixa de agir de maneira adequada - em relação à classe, fazendo nascer uma pretensão consistente em obrigação de fazer ou não fazer. Logo, ocorre em hipóteses onde a parte oposta à classe tenha atuado ou tenha se recusado a atuar de acordo com padrões geralmente aplicáveis para toda a classe; e

4. A ação de classe em razão de questão comum ou indenizatória: a *Rule 23 (b)(3) – Class action for damages*⁶⁷ – exigem que haja: a) Predominância das questões comuns: as questões de direito ou de fato comuns a todos os membros deverão predominar sobre as questões que afetam os membros apenas individualmente (*predominance*); e, b) Superioridade da tutela por ação de classe: a ação de classe é mais adequada que outros mecanismos disponíveis para o julgamento justo e eficiente da controvérsia (*superiority*). Nesta espécie, diferentemente das demais, admite-se o exercício do direito de exclusão por parte de membro da classe (*right to opt-out*).

⁶⁴ É a hipótese de diversos contribuintes se voltarem contra determinada exação fiscal. A partir da propositura de uma ação individual (de um contribuinte), ocorrentes os pressupostos exigidos pela lei, é possível que o juiz americano receba e determine o prosseguimento daquela ação como ação coletiva, onde, analisados todos os argumentos que poderiam ser apresentados pela *class*, a decisão será vinculante para todos, positiva ou negativa.

⁶⁵ É o caso de um acionista pretender evitar a realização de assembleia de uma dada sociedade anônima. Desde que sua pretensão não seja acolhida, os efeitos da sentença de rejeição serão sentidos por todos os demais acionistas, mesmo por aqueles que não se dirigiram ao Poder Judiciário.

⁶⁶ Ilustração típica desta hipótese, no direito norte-americano, são os casos relacionados com os *civil rights*, nos quais uma classe - negros, mulheres, imigrantes - alegam discriminação por parte, por exemplo, de seu empregador. A decisão judicial será uma *injunction* ou um *declaratory relief* - vale dizer, a proibição ou a imposição de determinada conduta - não se prestando este tipo de ação de classe a pedido de indenização.

⁶⁷ Essa modalidade de *class action* é frequentemente empregada no caso de conduta inadequada de instituições financeiras e corretoras no mercado de capitais (*securities fraud*) e também de comportamentos abusivos ou anticompetitivos por parte de empresas, causando lesão a consumidores (*antitrust cases*). Nos casos de litígio de massa (*mass torts*), a ação tem sido admitida em algumas situações.

O direito brasileiro inspira-se, em parte, no sistema Americano, sendo impossível traçar uma linha retilínea de comparação considerando o sistema da *Common Law*, adotado pelo direito norte-americano e o da *Civil Law* adotado pelo direito brasileiro.

Na ordem jurídica brasileira a tutela coletiva vem dividida em três categorias: direitos difusos, direitos coletivos e direitos individuais homogêneos⁶⁸.

Assim, interesses difusos⁶⁹ são aqueles inerentes a toda a coletividade, de forma indeterminada. Trata-se de interesse na qual seus sujeitos não podem ser identificados na medida em que inexistente vínculo jurídico ou fático preciso unindo os lesados pelo fato danoso.

Também os interesses coletivos *stricto sensu*⁷⁰ se caracterizam pela individualidade do bem jurídico, vale dizer “uma única ofensa prejudica a todos e uma solução a todos beneficia”⁷¹. Diferenciam-se dos interesses difusos no aspecto subjetivo, uma vez que o direito coletivo tem por pressuposto a existência de uma relação jurídica ou fática existente entre os membros do grupo (titulares do direito). Conforme lição de Belinetti⁷², a relação jurídica é preexistente à lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico e pode ocorrer entre os membros do grupo ou entre estes e a parte contrária.

Já no tocante aos interesses individuais homogêneos⁷³, se originam de fato comum. São o que se pode considerar acidentalmente coletivos, tendo em vista que, consentânea lição de Watanabe⁷⁴, são “individuais em sua essência, sendo coletivos apenas na forma em que são tutelados”.

A inspiração para a tutela coletiva de interesses individuais homogêneos no Brasil derivou da *class action for damages*. Ada Pellegrini Grinover ressalta que a prevalência das questões comuns sobre as individuais, que é condição de admissibilidade no sistema da *class*

⁶⁸ Previsto no art. 81, da Lei 8.078/90. Destaca-se que, embora a referida lei tenha por objeto a proteção dos direitos do consumidor, o art. 21 determinou sua aplicação à defesa coletiva de direitos de qualquer natureza. BRASIL. *Código do Consumidor*. 1990.

⁶⁹ Artigo 81, Parágrafo Único, Inciso I, Lei nº 8.078/90. BRASIL. *Ibid.*

⁷⁰ Artigo 81, Parágrafo Único, Inciso II, Lei nº 8.078/90. BRASIL. *Ibid.*

⁷¹ BELINETTI, Luis Fernando. *Op. cit.* p. 672.

⁷² *Ibid.* p. 673

⁷³ Artigo 81, Parágrafo Único, Inciso III, Lei nº 8.078/90. BRASIL. *Op. cit.*

⁷⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p.823.

action for damages norte-americanas, também o é no ordenamento brasileiro, que só possibilita a tutela coletiva dos direitos individuais quando estes forem homogêneos⁷⁵.

4.2.2. O desenvolvimento da tutela coletiva no Brasil

Até meados de 1980, o que existia no Brasil era um processo civil clássico ou tradicional, que se preocupava basicamente com os conflitos entre o Estado e o indivíduo, ou entre um indivíduo e outro indivíduo⁷⁶. Na Europa, desde a década de 1970 já tinha começado a surgir intensa crítica doutrinária à inadequação do sistema tradicional ou do sistema processual clássico para prestar-se à defesa de interesses metaindividuais ou transindividuais, que são os interesses de grupos, classes ou categorias de pessoas.

Em vista das críticas da doutrina estrangeira, na década de 1980 aqui no Brasil começou a surgir a preocupação com a defesa coletiva. Os primeiros projetos a respeito foram apresentados na abertura dos anos 80, até chegarmos à Lei da Ação Civil Pública — LACP, nº 7.347/1985, que, inicialmente, permitiu a defesa do meio ambiente, do consumidor e do patrimônio cultural, a ser feita por meio de ação promovida pelo Ministério Público, por outros órgãos públicos ou por associações civis.

Nessa fase inicial, a LACP nada mais alcançava, pois, na época de sua sanção, o Presidente da República vetara a norma de extensão, que permitiria a defesa de “outros interesses difusos” além daqueles expressamente mencionados na lei. Então, nesse primeiro momento, a defesa coletiva no País ficara limitada ao meio ambiente, ao consumidor e ao patrimônio cultural.

Apenas três anos depois, sobreveio a Constituição Federal, no bojo da qual foram inseridas as primeiras normas de tutela coletiva. Assim, a Constituição de 88 trouxe um alargamento de conceito, de legitimados e de objeto da tutela coletiva. Em seu artigo 129, inciso III, por exemplo, consagrou a regra de que a ação civil pública também se destinaria à

⁷⁵ Idem. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. In: MILARÉ, Edis. (Coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/85 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

⁷⁶ Exemplos do primeiro caso são as desapropriações e os mandados de segurança, em que o Estado e o indivíduo estão em conflito. Exemplos de conflitos tipicamente individuais são os processos tradicionais de Caio contra Tício, como em matéria de perdas e danos, questões possessórias, dominiais etc. MAZZILLI, Hugo Nigro. O processo coletivo e o novo Código de Processo Civil de 2015. In: I CICLO DE PALESTRAS SOBRE O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, 2015.

defesa do meio ambiente, do patrimônio público e social, e de outros interesses difusos e coletivos.

A partir dela, novas leis de tutela coletiva vieram, provocando um aumento da propositura das demandas coletivas, as quais preocuparam o governo e grupos poderosos, que perceberam o potencial da ação civil pública voltar-se contra seu interesses.

Naquela época, anterior à Emenda Constitucional nº 32/2001, medidas provisórias podiam dispor sobre processo civil, e eram utilizadas de forma abusiva pelo governo. Em 1997, época de grandes privatizações na economia, foi editada a Medida Provisória nº 1.570/1997, a qual, além de restringir o uso da ação civil pública pelas associações, ainda tentou restringir a coisa julgada proferida em ação civil pública aos limites da competência territorial do juiz prolator (alteração do art. 16 da LACP pela Med. Prov. 1.570/1997, depois convertida na Lei nº 9.494/1997, com o beneplácito do Supremo Tribunal Federal na MC da ADIn 1.576). A restrição confundiu a competência do juiz que dá a sentença, com a imutabilidade da coisa julgada, que é consequência da soberania do Estado. Se a regra fosse efetivamente aplicada, no caso, por exemplo, de um produto nocivo à saúde comercializado em todo o País, teríamos que propor uma ação civil pública em cada comarca do País, com todas as consequências daí decorrentes. Entretanto o CDC melhor dispôs, ao criar uma solução que contorna o problema, atribuindo competência do juiz das Capitais para conhecer e julgar danos de abrangência regional ou nacional⁷⁷.

A partir da Medida Provisória nº 1.984/00 de 2000 e outras sucessivas, começou-se também a restringir o objeto da ação civil pública. Alguns trabalhadores do Rio Grande do Sul tinham entrado em juízo para buscar correção monetária em depósitos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, e ganharam sua ação individual, após superadas todas as instâncias ordinárias e extraordinárias, até o caso chegar a ser decidido pelo Supremo Tribunal Federal. Quando essa Corte disse que os trabalhadores tinham direito à correção monetária, no dia seguinte o presidente da República da época decretou medida provisória restringindo o objeto da ação civil pública, que passava a poder ser usada para defender o meio ambiente, o consumidor e o patrimônio cultural, mas não se prestaria mais a discutir questões que envolvessem Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, nem tributos, nem fundos sociais, nem questões previdenciárias. Portanto, aquela decisão do STF beneficiou apenas

⁷⁷ Artigo 93, Lei nº 8.078/90. BRASIL. *Código do Consumidor*. 1990.

individualmente uma vintena de trabalhadores, mas a tutela coletiva ficava inviabilizada. A Medida Provisória nº 2.180-35/2001 introduziu o parágrafo único ao artigo 1º da LACP, mantendo a vedação do acesso coletivo à jurisdição em matérias que não interessam aos governantes (tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados).

Ressalta-se que o acesso à jurisdição⁷⁸ é garantia não só individual como coletiva; vedar o acesso coletivo, em muitos casos, é também vedar o acesso individual, que fica inviabilizado quando se trate de lesões fragmentárias e às vezes de pequena expressão individual, mas enorme expressão global. Assim, é mera ilusão dizer que continuam abertas as portas de acesso à tutela individual, se o acesso coletivo foi vedado, pois, sem este, de roldão se frustra o acesso individual. Quem entra em juízo para discutir pequenas lesões individuais? Ninguém: o custo do processo pode ser mais alto ou equivalente, ou apenas ligeiramente inferior ao da lesão.

Exemplo esclarecedor desta limitação de acesso à jurisdição coletiva foi o que aconteceu na década de 1990 na Capital de São Paulo. Na época, a Constituição permitia a progressividade do ITBI, baseada em critérios sociais. Contudo, a Prefeitura de São Paulo tinha criado esse imposto, no qual a progressividade se baseava em critérios ideológicos do partido que governava, ou seja, levava em conta apenas o valor venal do imóvel: se mais caro, pagava-se mais. Entretanto, esse critério de fixação do ITBI paulistano o plenário do Supremo Tribunal Federal já tinha declarado inconstitucional, e ainda havia súmula do então 2º Tribunal de Alçada Civil no mesmo sentido. Quando o Plenário do Supremo Tribunal Federal enfrentara essa questão, ele teve entendimento diverso da Municipalidade paulistana: para a maior Corte, critério social era outra coisa: um imóvel caro, mas usado por uma família, tinha valor social maior do que um imóvel barato, mantido fechado por especulação. O que aconteceu? Apesar da decisão do Supremo, foram pouquíssimos os que entraram com ações judiciais para deixar de pagar o tributo indevido, ou para reaver o que indevidamente pagaram! A grande maioria não entrou, não porque o valor do prejuízo fosse pequeno, mas porque o processo individual é oneroso e não funciona. E as ações coletivas em matéria tributária estão vedadas!

⁷⁸ Artigo 5º, Inciso XXXV, CF/88. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988.

Apesar destes obstáculos, como já observado, houve um aumento da propositura das demandas coletivas, a tal ponto que a certa altura a comunidade jurídica começou a crer que se fizera necessário um verdadeiro código de tutela coletiva: foi quando surgiu no Congresso o Projeto de Lei nº 5.139, de 2009. Procedeu-se, então, a uma larga discussão nacional a respeito da tutela coletiva, com a participação de muitos setores, mas o projeto acabou sendo arquivado no Congresso em 2010. Isso se deu porque, a essa altura, a tutela coletiva já causava desconforto a alguns setores: incomodava os governantes e parlamentares, com as ações de improbidade administrativa; incomodava os empresários, com as ações de responsabilidade civil, as ações ambientais e as de defesa do consumidor; incomodava, enfim, os poderosos.

Foi nessa época que começou a tramitação do Projeto de Lei nº 166/2010, que veio a converter-se no Código de Processo Civil de 2015, o qual não disciplinou o processo coletivo⁷⁹.

4.2.3. A tutela coletiva diante do novo CPC

O Código de Processo Civil de 1973 ficou muito marcado por ter sido editado na época da ditadura militar. Adequado a seu tempo, veio sendo superado pelas demandas atuais da sociedade, sendo uma das principais a de que não oferecia resposta aos conflitos de massa, que aos poucos vieram a tomar proporções inéditas ao pôr em choque grupos, classes ou categorias de pessoas. Segundo Hugo Nigro Mazzilli:

o código de 1973 é individualista, e não poderia ser diferente, pois é um código da época: ao seu tempo, a tutela coletiva ainda não tinha nem nascido entre nós. Apesar de tecnicamente bem concebido, o Código Buzaid não previa a tutela coletiva, que ainda não tinha sido alçada no Direito brasileiro à condição de uma realidade forense, como é hoje de sobejo. Então, é certo dizer que o código de 1973 é individualista. Mas [...] não é verdade que o Código de Processo Civil de 2015 seja voltado para o coletivo. Ele contemplou, sim, incidentes que tornariam as teses dos tribunais vinculantes para os juízes inferiores ou resolveriam lides repetitivas, mas omitiu totalmente a disciplina do processo coletivo.⁸⁰

A comissão que elaborou o anteprojeto de que resultou o CPC de 2015 instalou-se em 30 de novembro de 2009. Entre suas primeiras deliberações, estabeleceu que a tutela coletiva seria excluída do anteprojeto por dois motivos: primeiro, porque não seriam incluídos os

⁷⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. Op.cit. p. 5.

⁸⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. Ibid. p. 11.

procedimentos previstos em leis especiais. Essa decisão, que já atingia em cheio a disciplina do processo coletivo, foi reforçada por um segundo motivo, que deve ser considerado à luz daquele momento: o Projeto de Lei nº 5.139/2009, que pretendia dar nova disciplina à tutela coletiva, estava então tramitando no Congresso (foi somente na sessão de 17 de março de 2010 que a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara arquivou esse projeto, alguns meses antes de a comissão do Senado concluir o anteprojeto de CPC). Assim, em fins de 2009, os membros da comissão que elaborou o anteprojeto de CPC de 2015 entenderam que, uma vez que já existia em andamento um projeto específico para disciplina do processo coletivo, e como ela (comissão) não pretendia cuidar de procedimentos previstos em leis especiais, não caberia disciplinar a tutela coletiva no anteprojeto de novo CPC. Desse modo, o Projeto 166/2010, com suas alterações posteriores, mencionou apenas a transformação da ação individual em coletiva (depois vetada) e o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), afora algumas referências esparsas ao processo coletivo.

Como consequência, o CPC de 2015, apesar de conter institutos notáveis, alguns dos quais vão realmente melhorar a distribuição da Justiça, não tem um livro, título ou capítulo sequer sobre o processo coletivo.

Apesar de não ter disciplinado de forma ampla o processo coletivo, o novo Código de Processo Civil mostrou preocupação com a lide coletiva. Além de fazer referência ao microsistema já existente da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor (arts. 139, X, e 333, I, este vetado), procurou regular alguns institutos, como a suspensão de processos individuais e coletivos quando do julgamento de recursos repetitivos (art. 1.036, §1º); instituiu a suspensão dos processos individuais e coletivos quando instaurado o incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 313, IV, 928, I, 921, I, 976); previu a cientificação do Ministério Público e da Defensoria Pública para que propusessem ação coletiva se entenderem que é o caso (139, X); previu a intimação do Ministério Público para intervir em causas que envolvessem litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana (art. 178, III), com audiência de mediação (art. 565); previu a defesa de direitos coletivos dos necessitados pela Defensoria Pública (art. 185) — norma esta que ganha reforço com a recente decisão do Supremo Tribunal Federal que entendeu, corretamente, que a Defensoria Pública tem legitimidade para defender até mesmo os interesses difusos (ADIn n. 3.943-DF); impôs a suspensão de processos quando instaurado o IRDR (arts. 313, IV, 982, I, 982, § 3º),

inclusive em fase de execução (art. 921, I); impôs a suspensão de processos pelo Supremo Tribunal Federal, pelo Superior Tribunal de Justiça, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais de Justiça (arts. 1.035-7); impôs a aplicação de tese jurídica que viesse a ser fixada no IRDR (art. 985); previu a reclamação da parte ou do Ministério Público para garantir observância de súmula ou acórdão proferidos em IRDR (art. 985, § 1º) ou em incidentes de assunção de competência (art. 988, IV); previu a figura da assunção de competência (art. 947), que não supõe multiplicidade de processos com a mesma questão, mas sim questão de direito relevante e de grande alcance social, caso em que o órgão jurisdicional que assume a competência proferirá uma decisão que vinculará todos os juízes subordinados.

Claro está que um código de processo civil moderno não pode ignorar a disciplina da tutela coletiva, em especial ao analisarmos o papel que o processo coletivo assumiu no Direito brasileiro, se não a partir da Lei nº 7.347/1985, ao menos a partir da Constituição de 1988, daí sua importância, ao servir como meio fundamental de acesso à Justiça para grupos que não teriam como ver reparadas suas lesões por meio de ações individuais, que são custosas, de decisão contraditória, e frequentemente levam ao abandono do direito.

Outro aspecto, é o fato de o processo coletivo ter peculiaridades que não podem ser resolvidas pelos mecanismos clássicos do processo individual, como a conflituosidade de grupos (não se trata apenas de conflito de autor contra réu, mas muitas vezes de conflitos entre grupos sociais que se contrapõem), como a legitimação para agir (pois quem invoca a prestação da jurisdição não é o titular do interesse a ser defendido), como a destinação do proveito obtido (que não se destina a integrar o patrimônio das partes formais do processo coletivo), como a coisa julgada (que pode ultrapassar as partes formais do processo).

Finalmente, como disciplina codificada, além de promover a harmonia adequada e sistêmica entre os processos individuais e o processo coletivo, deveria buscar a correção de conhecidas imperfeições existentes no processo coletivo brasileiro, como destaca Hugo Nigro Mazzilli:

a proibição de acesso coletivo à jurisdição, contida no art. 1º, parágrafo único, da LACP, introduzido pelo art. 6º da Med. Prov. n. 2.180-35/2001. Assim, absurdamente continua vedado o acesso coletivo à jurisdição em matérias que não interessam aos governantes, pois “não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de

Garantia do Tempo de Serviço — FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.⁸¹

O novo CPC também não deu melhor disciplina à competência nas ações coletivas. Convivem no atual sistema as regras da LACP (competência do local do dano), com as do CDC (competência das Capitais para danos regionais ou nacionais), com as do Estatuto da Criança e do Adolescente (competência do local da ação ou omissão); persiste a omissão legislativa sobre o local da execução individual decorrente das condenações coletivas (felizmente resolvida pela jurisprudência em favor do domicílio do lesado [...]).⁸²

4.3. Repercussões de decisões judiciais em temas de saúde

O quadro envolvendo a chamada “judicialização da saúde”, consistente na averiguação sobre a existência de um excesso de demandas postulando prestações relacionadas a esse direito, tomou uma enorme proporção. Tanto assim que o Supremo Tribunal Federal designou uma audiência pública para a discussão da questão. Realizada entre os dias 27 a 29 de abril e 04 a 07 de maio de 2009, nela foram abordados vários pontos importantes concernentes ao Sistema Único de Saúde, os quais têm sido objeto das inúmeras ações judiciais existentes em todo o país.

O escopo da designação desse ato público, destacando a importância conferida ao assunto, foi o de auxiliar o julgamento de inúmeros recursos e diversos pedidos de Suspensão de Segurança, Suspensão de Liminar e Suspensão de Tutela Antecipada em trâmite no âmbito da Presidência do Supremo Tribunal Federal, os quais suscitam inúmeras alegações de lesão à ordem, à segurança, à economia e à saúde públicas.

Além disso, foi estabelecida, nesses casos, a repercussão geral e o interesse público, aliados à relevância dos temas suscitados nessas decisões que determinam o fornecimento das mais variadas prestações de saúde pelo SUS. Entre estas, como exemplo: insumos médicos e hospitalares em geral, medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses; outras relacionadas ao próprio serviço de saúde, entre as quais, a criação de vagas em hospitais, a contratação em caráter emergencial de servidores e posterior realização de concurso público; tratamentos específicos; realização de cirurgias várias; custeio de tratamentos fora do domicílio e no exterior etc.

⁸¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit. p. 21.

⁸² MAZZILLI, Hugo Nigro. Ibid. p. 26.

Estas questões são objeto diuturno de ações judiciais que ingressam nas mais diferentes cidades e regiões do país, com as quais se debruçam os magistrados e, como se depreende, demandam uma análise complexa dessa intrincada teia que é o sistema de saúde brasileiro.

Verificou-se, vale destacar, que em alguns aspectos existem lacunas ou vácuos legislativos, como por hipótese, a dúvida sobre a abrangência das prestações dentro do conceito de integralidade: quais devem ser custeadas pelo Estado, os medicamentos cujo fornecimento deveria ser obrigatório, acrescidos aos já contemplados nas chamadas listas oficiais pelos respectivos entes da federação etc.

Temos, de um lado, o direito do cidadão à prestação de serviços que garantam a sua vida e saúde, e de outro lado, o “dever-poder” do Estado de, ao gerenciar os escassos recursos disponíveis, tornar efetivas as prestações universais de saúde, de forma a atingir toda a coletividade, sem ofender o princípio da legalidade orçamentária, levando em conta que as verbas disponíveis não são infindáveis.

Evidencia-se a tensão existente entre a necessidade individual, e por outro, o dever do Estado de prover o acesso universal e igualitário a prestações de saúde para sua promoção e recuperação, consoante o mandamento constitucional.

Resta indagar, portanto, como tem sido efetuada a ponderação entre esses direitos postos em confronto. Sob uma perspectiva, o direito individual, visível de plano, de um autor com rosto nos autos. E sob outra, o direito coletivo – de uma gama de indivíduos, dispersos na sociedade, mas também visíveis.

Estes últimos são perfeitamente identificáveis, pois são aqueles que se encontram nas filas dos postos de saúde, dos hospitais, padecendo por falta de atendimento, dos acometidos por doenças endêmicas, da falta de tratamento para doenças ditas negligenciadas, que atingem as camadas da população mais destituídas de recursos financeiros etc -, cujo adimplemento ocorre, como afirmado, pela realização de medidas contidas em políticas públicas.

4.3.1. Ações Individuais

Da consulta a decisões judiciais que abordam o tema do acesso à saúde em juízo, envolvendo aspectos relacionados a políticas públicas atinentes ao direito à saúde, especialmente o fornecimento de medicamentos por entes estatais, os magistrados, na maior parte dos casos, têm dado prevalência a aceitar os mais diversos pedidos de caráter individual, a variadas prestações positivas. Constatam-se que, na maioria dos casos, a tutela antecipada é concedida.⁸³

Quanto à análise dos conflitos, esta tem ocorrido em sua concepção tradicional, sob o enfoque estrito da microjustiça, com algumas decisões acolhendo pedidos envolvendo elevados dispêndios⁸⁴; além do mais, tal como algumas vêm sendo deferidas, tendem a se prostrar no tempo, em decorrência da modificação do pedido de fármacos especificados na inicial, alterados posteriormente, gerando uma espécie de execução continuada⁸⁵.

⁸³ RÉ, Mônica Campos de. *Privilegiando o social – o lugar do direito de proteção à saúde no Brasil*. 2009. 190 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009, p. 109.

⁸⁴ “CONSTITUCIONAL. PORTADOR DE DOENÇA TALASSEMIA MAIOR. INEXISTÊNCIA DE TRATAMENTO NO BRASIL. CUSTEIO DO TRATAMENTO NO EXTERIOR PELO TRANSPLANTE DA MEDULA ÓSSEA DE DOADOR FAMILIAR. DIREITO À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. ART. 196 DA CF.

1. Deve o Estado garantir o direito à saúde a todos os seus tutelados (art. 196, CF).

2. O portador de doença grave que não tem cura no país (talassemia maior) tem o direito ser custeado pelo Estado em tratamento no exterior.

3. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento.” Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Classe: APELAÇÃO NO MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1999.01.00.107106-9/DF (Processo: 199901001071069). Unidade da Federação: DF. Órgão Julgador: Quinta Turma. Data da Decisão: 16/11/2005. TRF100220540. Fonte: DJ, data: 28/11/2005. P. 95. Relator: Desembargador Federal Fagundes de Deus. Disponível em:

<http://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=199901001071069&pA=199901001071069&pN=985968819994010000>. Acesso em 25/02/2016.

⁸⁵ “FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC INEXISTENTE. MODIFICAÇÃO DE FÁRMACOS. ALTERAÇÃO DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA.

I - O Tribunal *a quo* julgou satisfatoriamente a lide, pronunciando-se sobre o tema proposto, tecendo considerações acerca da demanda, tendo claramente se manifestado sobre a ofensa ao art. 264 do CPC.

II - A simples alteração de alguns medicamentos postulados na inicial não se configura como modificação do pedido, o qual é o próprio tratamento médico.

III - É comum durante um tratamento médico que haja alteração dos fármacos, o que não resulta, com isso, em qualquer ofensa ao art. 264 do CPC, pois a ação em comento encontra-se fulcrada no art. 196 da CF/88, o qual garante o direito à saúde à população.

IV - Recurso especial improvido.” Superior Tribunal de Justiça. RESP – 1062960. Processo: 200801201134. UF: RS. Órgão Julgador: Primeira Turma, data da decisão: 14/10/2008, Documento: STJ000342125. Fonte: DJE, data: 29/10/2008. Relator: Ministro Francisco Falcão. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28resp%29+E+%28%22Primeira+Turma%22%29.org.&processo=1062960&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 25/02/2016.

Muitas vezes praticamente não há dilação probatória no processo, o que causa prejuízo à instrução, fase na qual efetivamente se efetuariam a verificação da ocorrência dos elementos relativos ao mérito de cada pedido, no bojo de cujo processo tivesse sido realizada a necessária colheita de várias provas, com cognição ampla e suficiente para o julgamento seguro do caso, por meio do efetivo desenvolvimento do princípio do contraditório, possibilitando às partes o pleno exercício de seu direito de ação, defesa e produção de provas.

Sob esse ângulo de análise é paradigmática a decisão abaixo colacionada, a qual sintetiza as observações que estão colocadas em discussão em âmbito nacional, delimitando a matéria sobre as bases ora deferidas:

“DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. COLISÃO DE DIREITOS. CRITÉRIOS PARA PONDERAÇÃO. ANÁLISE DE CASO CONCRETO.

1. O direito fundamental à saúde encontra-se garantido na Constituição, descabendo as alegações de mera norma programática, de forma a não lhe dar eficácia.
2. Na interpretação constitucional há de se ter em conta a unidade da Constituição, a máxima efetividade dos direitos fundamentais e a concordância prática, que impede, como solução, o sacrifício cabal de um dos direitos em relação aos outros.
3. Disto se seguem determinados parâmetros, no tocante ao direito fundamental à saúde, para observância:
 - a) eventual concessão da liminar não pode causar danos e prejuízos relevantes ao funcionamento do serviço público de saúde;
 - b) o direito de um paciente individualmente não pode, a priori, prevalecer sobre o direito de outros cidadãos igualmente tutelados pelo direito à saúde;
 - c) o direito à saúde não pode ser reconhecido apenas pela via estreita do fornecimento de medicamentos;
 - d) havendo alternativa disponível no mercado, deve ser dada preferência aos medicamentos genéricos, porque comprovada sua bioequivalência, resultados práticos idênticos e custo reduzido;
 - e) o fornecimento de medicamentos deve, em regra, observar os protocolos clínicos e a "medicina das evidências", devendo eventual prova pericial, afastado "conflito de interesses" em relação ao médico, demonstrar que não se aplicam ao caso concreto do paciente;
 - f) medicamentos ainda em fase de experimentação, não enquadrados na listagem ou em protocolos clínicos devem ser objeto de especial atenção e verificação, por meio de perícia específica, para comprovação de eficácia em seres humanos e aplicação ao caso concreto como alternativa viável.”⁸⁶

⁸⁶ Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo nº 2007.04.000287680. UF: RS. Órgão Julgador: Terceira Turma. Data da decisão: 15/04/2008. Documento: TRF400164161. Fonte: D.E., data 07/05/2008. Relator: Desembargador Federal Luiz Carlos de Castro Lugon. Disponível em: http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=2229259&hash=02b34ddca6a2a33a994da468660b8f54. Acesso em 25/02/2016.

4.3.2. Ações Coletivas

Sob outra perspectiva, constata-se que, quando se veicula a demanda sob a forma de ação coletiva ou ação civil pública, ajuizadas pelo Ministério Público e outros legitimados (v.g. associações), visando à implantação ou verificação do cumprimento de uma política pública específica, a posição tem sido outra, em geral, denegatória ou de difícil aceitação⁸⁷.

Nota-se, pois, uma contradição nesse proceder, porque, convém reiterar, algumas decisões judiciais, em demandas individuais, são tomadas em detrimento de políticas públicas já estabelecidas sobre a questão suscitada em âmbito jurisdicional⁸⁸.

Isto ocorre a despeito de haver, inclusive, lei ou regulamentação administrativa sobre a matéria, algumas vezes ignorada ou cuja aplicação tem sido afastada, averiguando-se em certos casos, uma ausência de visão global sobre o tema ou mesmo uma prevalência da visão individualista sobre a coletiva.

Estudo realizado pelas professoras Sueli Gandolfi Dallari e Silvia Marques Badin, especificamente sobre a assistência farmacêutica, as levou à seguinte conclusão:

⁸⁷ Pronunciamento do então Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Presidente do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (Leonardo Azeredo Bandarra), em audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal em abril de 2009, corrobora esta constatação: “É de baixíssima intensidade estatística os volumes das decisões voltadas para políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doenças ou outros agravos de forma coletiva, bem como aqueles que afetam o meio estranho da gestão e o do financiamento público da saúde. Apesar de serem questionados em diversas ações públicas, não há decisão judicial nesse sentido em termos percentuais. A agenda judicial, portanto, é proposta pelo acúmulo de ações e decisões, notadamente disputando drogas prescritas sob os mais variados critérios.” BANDARRA, Leonardo Azeredo. Pronunciamento na qualidade de Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Presidente do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União em audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal no Ano de 2009. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/LEONARDO_BANDARRA.pdf. Acesso em: 25/02/2016.

⁸⁸ “TUTELA ANTECIPADA. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO NÃO PADRONIZADO. EXISTÊNCIA DE PRODUTO SIMILAR FORNECIDO PELO PODER PÚBLICO. RECURSO PROVIDO. Admitindo-se, como linear petição de princípio, que, na busca na proteção da saúde e da vida, tudo é válido e nada pode ser recusado, ainda assim parece correto entender que o Judiciário não pode impor ao Executivo a obrigação de despender recursos para custear o fornecimento de qualquer remédio prescrito discricionariamente em detrimento de medicamento similar disponibilizado pelo Poder Público e utilizado por pacientes acometidos pelo mesmo tipo de moléstia.” Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento. Processo nº 2007.054485-7. Relator: Desembargador Newton Janke. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/avancada.jsp?q=054485&cat=acordaos_despachos_acma_decmonos_recurso_dmtrs_&radio_campo=ementa&prolatorStr=&classeStr=&relatorStr=&datainicial=&datafinal=&origemStr=&nuProcessoStr=&categoria=acordaos&categoria=despachos&categoria=acma&categoria=decmonos&categoria=recurso&categoria=dmtrs#resultado_ancora. Acesso em 25/02/2016.

“O Poder Judiciário, ao proferir suas decisões, não toma conhecimento dos elementos constantes na política pública de medicamentos, editada conforme o direito para dar concretude ao direito social à assistência farmacêutica. E assim, vem prejudicando a tomada de decisões coletivas pelo sistema político nesse âmbito, sobrepondo as necessidades individuais dos autores dos processos às necessidades coletivas.”⁸⁹

Uma exceção⁹⁰ é o caso de decisão proferida em 14 de outubro de 2008 pela Presidência do Supremo Tribunal Federal na Suspensão de Liminar nº 228 (SL 228⁹¹) relacionada à Ação Civil Pública n. 2007.81.03.000799-0⁹², promovida pelo Ministério Público Federal, na subseção da Justiça Federal de Sobral, Ceará, contra a União, Estado do Ceará e Município de Sobral, com a finalidade de obter a instalação de 10 leitos de UTIs adultas, 10 leitos de UTIs neonatais e 10 leitos de UTIs pediátricas no prazo de 90 dias para benefício dos 61 municípios que compõem a Macrorregião Administrativa do SUS de Sobral, uma vez que a tutela requerida em ação civil pública fora concedida pelo Juízo da 18ª Vara Federal de Sobral, Ceará, e mantida no Agravo de Instrumento n. 2007.05.00.077007-0⁹³ no Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

A ação foi coletiva – ação civil pública – movida pelo Ministério Público Federal para impor aos diversos entes que compõem o Sistema Único de Saúde uma obrigação de fazer, a

⁸⁹ DALLARI, Sueli Gandolfi; MARQUES, Silvia Badim. *Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo*. Revista Saúde Pública, Fev 2007, vol.41, nº.1, p.101-107. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102007000100014&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 27/02/2016.

⁹⁰ FRISCHEISEN, Luiza Cristina. O direito à saúde. In: *Manual prático de direitos humanos internacionais*. Coordenador: PETERKE, Sven; Colaboradores: RAMOS, André de Carvalho; [et al.] - Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 268-271.

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar SL 228/CE. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data da decisão: 14/10/2008. Fonte: *Diário da Justiça Eletrônico – DJe*. Brasília, DF, 21 out. 2008. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28228.NUME.+OU+228.DM.S.%29%29+E+S.PRES.&pagina=7&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/l9cammm>>. Acesso em: 06 mar. 2016.

⁹² BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária do Ceará – Subseção Judiciária de Sobral – 18ª Vara. *Ação Civil Pública nº 2007.81.03.000799-0*. Autor: Ministério Público Federal e outros. Réus: Estado do Ceará e outros. Magistrado: Juiz Federal José Maximiliano Machado Cavalcanti. Data da decisão: 28/8/2007. Disponível em: <<http://www.jfce.jus.br/images/noticias/2010/12/17/decisaoJoseMaximiliano.pdf>>. Acesso em: 06 mar. 2016.

⁹³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Agravo de Instrumento nº 82547/CE (2007.05.00.077007-0). UF: CE. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator: Desembargador Federal Leonardo Resende Martins. Data da decisão: 02/06/2009. Disponível em: <<http://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8328813/agravo-de-instrumento-agtr-82547-ce-0077007-4820074050000/inteiro-teor-15219950>>. Acesso em: 06 mar. 2016.

saber, instalar vários leitos de Unidades de Terapia Intensiva, o que, evidentemente, implica gastos financeiros⁹⁴.

O argumento principal das contestações dos entes administrativos que estavam no pólo passivo foram os de sempre nessas ações: o Judiciário não pode substituir a administração e deve ser levada em conta a questão dos recursos escassos.

Entretanto, é a própria decisão da Presidência do Supremo na SL 228 que aponta o caminho possível nestas ações, fazendo um resumo das diversas interpretações judiciais possíveis e já existentes no Brasil sobre o tema, visto que estamos com quase 30 anos de Constituição Federal de 1988 e também fazendo remissão às decisões anteriores do próprio Supremo Tribunal Federal, como no Agravo Regimental / Recurso Extraordinário nº 271.286/RS de relatoria do Ministro Celso de Mello⁹⁵.

Na decisão da SL 228, foram analisados os elementos estabelecidos no artigo 196 da Constituição Federal, concernentes ao direito à saúde: 1) direito de todos; 2) dever do Estado; 3) garantido mediante políticas públicas sociais e econômicas; 4) políticas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos; 5) políticas que visem ao acesso universal e igualitário; e 6) ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.

E a decisão concluiu que no caso concreto existia a política pública, existiam os recursos, existia a necessidade, mas a inoperância dos administradores implicava a não implementação da política pública e neste caso, como afirmou a decisão na SL 228:

⁹⁴ Ressalta-se a existência de Portaria nº 1.101/2002, do Ministério da Saúde, que fixa o número de leitos por habitantes e que não estava sendo cumprida:

“3.5. NECESSIDADE DE LEITOS HOSPITALARES

Em linhas gerais, estima-se a necessidade de leitos hospitalares da seguinte forma:

- a) Leitos Hospitalares Totais = 2,5 a 3 leitos para cada 1.000 habitantes;
- b) Leitos de UTI: calcula-se, em média, a necessidade de 4% a 10% do total de Leitos Hospitalares; (média para municípios grandes, regiões, etc.);
- c) Leitos em Unidades de Recuperação (pós cirúrgico): calcula-se, em média de 2 a 3 leitos por Sala Cirúrgica;

d) Leitos para Pré Parto: calcula-se, no mínimo, 2 leitos por sala de Parto.” BRASIL, Portaria nº 1.101 – MS. *Estabelece os parâmetros de cobertura assistencial no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS*. 2002.

⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário RE 271.286 / RS. Relator: Ministro Celso de Mello. Data da decisão: 2/8/2000. Fonte: Diário da Justiça – DJ. Brasília, DF, 23 ago. 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28271286.NUME.+OU+271286.DMS.%29%28%28CELSO+DE+MELLO%29.NORL.+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29.NPRO.+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29.DMS.%29%29+NAO+S.PRES.&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/mjegcu5>>. Acesso em: 25/2/2016.

O ministro Celso de Mello, naquela oportunidade, reconheceu o direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional.

“A Constituição indica de forma clara os valores a serem priorizados, corroborada pelo disposto nas Leis Federais 8.080/90 e 8.142/90. Tais determinações devem ser seriamente consideradas quando da formulação orçamentária, pois representam comandos vinculativos para o poder público.

Ademais, a decisão impugnada está em consonância com a jurisprudência desta Corte, a qual firmou entendimento, em casos como o presente, de que se impõe ao Estado a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, a efetiva proteção de direitos constitucionalmente assegurados. Nesse sentido, destacam-se os seguintes julgados: RE 271.286/RS, Rel. Min. Celso de Mello; AI 238.328-0, Rel. Min. Marco Aurélio.”⁹⁶

Portanto, fica claro que a implementação de política pública relacionada a direito social, cultural ou econômico, cujas diretrizes estão explicitadas nos Pactos Internacionais e na Constituição Federal e a forma de implementação já determinada por legislação e até mesmo normas administrativas, não é uma escolha do Administrador, mas sim uma obrigação do Estado ou daquele que atua por delegação do Estado, podendo os atores do Sistema de Justiça promover as ações cabíveis perante o Poder Judiciário⁹⁷.

4.4. A busca de soluções

Se as ações judiciais sobre o tema do acesso à saúde fossem pontuais, talvez não causassem tantos efeitos no Sistema Único de Saúde como um todo, mas a dimensão atingida, configurando verdadeiros conflitos de massa, ocasiona questionamentos quanto à viabilidade de nosso atual modelo de proteção à saúde.

Sobre esse ponto cabe destacar a seguinte parte da decisão da Suspensão de Liminar nº 228 do Supremo Tribunal Federal (referida no tópico anterior):

“O fato é que o denominado problema da judicialização do direito à saúde ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro lado, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se vêem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar SL 228/CE. Op. cit.

⁹⁷ E é em razão de tais premissas que, tanto no Supremo Tribunal Federal como no Superior Tribunal de Justiça, vários dos temas relacionados à judicialização do direito à saúde constam de processos escolhidos na sistemática de Repercussão Geral no STF e naquela de Recursos Repetitivos no STJ (Lei n. 11.672, de 8.5.2008). No STF, o tema foi objeto de audiência pública em 27 e 28.4.2009, e no STJ, o tema fornecimento de medicamentos é objeto do RESP 1069810, de relatório do ministro Napoleão Nunes Maia Filho que foi escolhido como caso paradigma do tema.

estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias.”⁹⁸

Privilegiar ações coletivas, ao invés das ações individuais, restringindo-se as últimas às hipóteses de danos irreversíveis e à inobservância dos direitos conferidos pelo legislador e administrador com base em lei, é capaz de desorganizar menos a Administração Pública. Além disso, elas garantem a universalização da medida, atendendo de forma isonômica a todos que estejam nas mesmas condições, não somente os demandantes de um processo judicial. Nada mais natural quando se tratam de direitos fundamentais de caráter social que são normalmente de divisão coletiva.

A dupla vantagem da utilização dos processos coletivos está em efetivar a igualdade tanto como redistribuição de direitos, quanto como reconhecimento de direitos. Diferente do que acontece com os processos individuais, torna-se mais fácil tanto para a Administração quanto para o Judiciário, identificar o impacto “macro” da decisão nas políticas públicas de saúde e no orçamento e deliberar sobre sua concretização.

Nesta mesma linha, o Professor Dr. Ricardo Perlingeiro, titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, afirma que:

“em matéria de direito público à prestação de serviços e produtos de saúde, reconhecer o comando judicial apenas em favor dos demandantes significaria fragmentar, ou mesmo desestruturar, o sistema público de saúde, evidenciando um modelo excludente das minorias, daqueles que não tem acesso à justiça, e rompendo com a ideia de um sistema de saúde universal e igualitário. Portanto, tais questões necessitam ser decididas uma única vez e com eficácia *erga omnes*.”⁹⁹

Ao buscar soluções – inclusive *de lege ferenda* – que atendam estes requisitos, apresenta, a título de exemplo, o caso (bastante comum) de pedido de medicamento junto ao SUS:

“O pedido individual para que o SUS forneça ao demandante um medicamento novo, se procedente, corresponde ao reconhecimento judicial de que a lista oficial de medicamentos deve ser alterada. Não restam dúvidas de que este reconhecimento é de interesse geral e, assim, partindo-se da premissa de que o Judiciário considera necessária a inclusão do medicamento na lista, seria acertado que o SUS não apenas o entregasse ao demandante, mas, principalmente, promovesse a modificação da lista e disponibilizasse o mesmo a todos que se encontrassem na mesma situação. Essa medida seria uma consequência indireta da decisão judicial, já que o SUS não deve agir diferentemente em face dos cidadãos.

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar SL 228/CE. Op. cit.

⁹⁹ PERLINGEIRO, Ricardo. O princípio da isonomia na tutela judicial individual e coletiva, e em outros meios de solução de conflitos, junto ao SUS e aos planos privados de saúde. Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH, Belo Horizonte, ano 5, nº 10, p. 217-227, jul./dez. 2012, p. 221.

E justamente por tal razão, o impacto socioeconômico e o interesse público desta providência necessitariam ser, prévia e exaustivamente, discutidos no processo judicial, não sendo possível ao magistrado, quando do julgamento, ignorar tais efeitos indiretos da sua decisão. [...]

Contudo, dessa maneira, somente as decisões de procedência teriam potencialidade para produzir efeitos gerais, restringindo-se as decisões de improcedência aos demandantes individuais, o que estimularia a pulverização de litígios contra a Administração Pública, em busca de uma decisão favorável, fragilizando o princípio do juiz natural e aumentando a insegurança com decisões conflitantes, em especial as de natureza urgente.

[...] o STF [...] assinalou que 'o Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (microjustiça), muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte, com invariável prejuízo para o todo'.

Logo, a solução ideal — que no Brasil dependeria de norma — seria considerar o fundamento da pretensão individual (por exemplo: a alteração da lista de medicamentos) uma questão prejudicial dependente de um processo autônomo de natureza coletiva e de iniciativa de órgãos públicos dotados de independência. Este incidente seria de competência privativa de um único tribunal, legitimado constitucionalmente, e capaz de ensejar uma decisão com eficácia *erga omnes*, enquanto a causa individual originária permaneceria suspensa por prazo razoável, sem prejuízo do deferimento de medidas de urgência. Isto porque, subtrair do cidadão o direito de invocar uma prestação jurisdicional para satisfazer um direito subjetivo público qualquer ou, ainda, condicionar esta prestação jurisdicional à propositura de uma ação coletiva de iniciativa de terceiros, poderia significar ofensa aos princípios da tutela judicial efetiva e do Estado de Direito.”¹⁰⁰

Outro aspecto fundamental a ser considerado ao se buscar a efetivação do direito fundamental à saúde é a ampliação do diálogo institucional entre os três poderes. Segundo destaca o Professor Ms. Siddharta Legale em sua premiada¹⁰¹ monografia “Advocacia Pública e Direitos Humanos Fundamentais: Promovendo o Diálogo Institucional”:

“é a Advocacia Pública¹⁰² que, por meio da sua tarefa de consultoria jurídica, tem colhido tais parâmetros para harmonizar os direitos fundamentais e conferir maior racionalidade a essa dimensão material de tais direitos fundamentais. É comum as Secretarias dos Estados ou os Ministérios no âmbito Federal dialogarem com a respectiva advocacia pública para saber se o judiciário tem considerado que determinada atividade administrativa viola ou não direitos fundamentais. Não significa que o judiciário seja perfeito e exemplar, nem que as prescrições do legislativo tenham pretensão de redenção de todos os problemas. Nenhuma instituição é perfeita assim como, nenhum ser humano o é. É o diálogo entre instituições e cidadãos, dotados de perspectivas e focos diferentes, que ampliará o

¹⁰⁰ PERLINGEIRO, Ricardo. Op. cit., p. 221-223.

¹⁰¹ A Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul (PGE-RS), juntamente com a Associação dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul (APERGS), no ano de 2011, teve a iniciativa de lançar a 1ª edição do Concurso de Monografias Jurídicas, cujo tema foi “Advocacia Pública e Direitos Humanos”. A monografia citada foi selecionada em 1º lugar e publicada na Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. – Vol. 33, nº Ed. Esp., 2012, p. 11-50.

¹⁰² No Brasil, a Advocacia Pública foi fracionada em três espécies: advocacia da sociedade com o Ministério Público; advocacia dos necessitados, ou seja, a defensoria pública; e a advocacia do Estado ou dos entes federativos, prevista, por exemplo, nos arts. 131 e 132 da Constituição federal.

potencial de otimizar os direitos humanos fundamentais, evitando violações e sanando omissões. Isso melhorará o diálogo com demais instituições para sugerir a adoção de determinadas medidas. [...]

Não raro, tais pareceres da advocacia pública, mesmo os que não possuem caráter vinculante, operam numa lógica de *soft law* e costumam ser seguidos, exercendo essa tarefa fundamental de fomentar que o Executivo seja democrático e potencializador dos direitos fundamentais. Mais precisamente, a Advocacia Pública acaba por exercer um papel fundamental na viabilização de um planejamento estratégico das políticas públicas, tão caras ao Estado social e democrático de direito, seja na formulação de sua justificativa, seja na indicação dos procedimentos a serem adotados”¹⁰³

O papel da advocacia pública na viabilização de políticas públicas em face de um contexto de judicialização se dá, basicamente, em três momentos:

- (i) na elaboração da justificativa constitucional da política pública, demonstrando a juridicidade da opção técnico-administrativa, uma vez que uma política que demonstre a intenção de cumprir uma determinação constitucional tem muito menos possibilidades de sofrer uma intervenção judicial;
- (ii) na ciência dos procedimentos adotados e da preparação constitucional da política pública, de modo a levar à defesa judicial da política pública, se necessário, todos os elementos necessários para a análise de sua constitucionalidade; e, por fim,
- (iii) na orientação e adaptação das políticas públicas já existentes ao teor de decisões judiciais. Dessa forma, exige-se da Advocacia Pública hoje uma nova abordagem para lidar com o controle de políticas públicas próprio do constitucionalismo contemporâneo”¹⁰⁴

Com o intuito de otimizar a efetivação dos direitos humanos fundamentais, algumas procuradorias de vanguarda têm se aparelhado com órgãos voltados à promoção do diálogo institucional. É o caso da Procuradoria dos Serviços de Saúde (PGE-RJ)¹⁰⁵.

O mesmo objetivo tem justificado a criação, no âmbito do próprio Poder Judiciário, de núcleos de assessoramento, integrando representantes da Administração e profissionais com conhecimento técnico suficiente para avaliar a real necessidade da prestação jurisdicional e ajudar a identificar eventuais fraudes. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em exemplo pioneiro, instituiu o Núcleo de Assessoria Técnica (NAT) em parceria entre a Secretaria do Estado de Saúde e Defesa Civil do Rio de Janeiro.

¹⁰³ LEGALE FERREIRA, Siddharta. *Advocacia Pública e Direitos Humanos*. Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. – Vol. 33, nº Ed. Esp., 2012, p. 17-18.

¹⁰⁴ Resumo da visão elaborada por Max Möhler em monografia (*Advocacia pública e a efetivação dos direitos sociais prestacionais*.) publicada na Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Ed. especial de 45 anos, em 2010. LEGALE FERREIRA, Siddharta. *Advocacia Pública e Direitos Humanos*. Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. – Vol. 33, nº Ed. Esp., 2012, p. 28.

¹⁰⁵ “Representa o Estado em juízo nos processos que tenham por objeto principal o cumprimento do dever de saúde pública, tal como o fornecimento de medicamentos, insumos, materiais ou equipamentos médicos; a realização de tratamentos, exames médicos ou procedimentos cirúrgicos; a internação em unidades hospitalares e o atendimento médico móvel; e a alteração de políticas e programas públicos de saúde.” Disponível em: <http://www.rj.gov.br/web/pge/exibeconteudo?article-id=157555>. Acesso em 28 fev. 2016.

É certo que uma eventual parceria entre os núcleos da Advocacia Pública (como é a Procuradoria de Serviços de Saúde da PGE-RJ) e aqueles existentes dentro do próprio Judiciário (caso do Núcleo de Assessoria Técnica do TJ-RJ) poderia contribuir para a racionalização das decisões judiciais, propiciando o atendimento às demandas em tempo hábil e dentro do respeito aos princípios constitucionais como dignidade da pessoa humana, acesso à justiça e imparcialidade do juízo, em concomitância com uma menor onerosidade ao Estado, com o fim de não inviabilizar a concretização de outras ações de saúde pública.

A tendência certamente será uma confluência, já que melhor que vencer litígios é vencer a carência e o desrespeito aos direitos humanos fundamentais. E não há dúvidas de que o Judiciário e a Advocacia Pública têm clara noção disso.

5. CONCLUSÃO

O enfoque conferido ao tratamento conceitual dos direitos fundamentais contemplou como objeto a abordagem das dimensões objetiva e subjetiva, adentrando-se no conceito de direitos fundamentais sociais, considerando-os como dotados de um caráter objetivo, sendo concebidos como os valores dignos de proteção constitucional, visualizando-se tal assertiva também em decorrência do caráter dirigente contido na vigente Carta Política.

Neste sentido, a relevância conferida à dimensão objetiva, também inserida no contexto de que a saúde advém da elevação do princípio da dignidade humana como eixo do sistema constitucional brasileiro, foi conjugada com a proposição de que sua análise seja procedida sob a dimensão social, decorrente de sua aplicação sistemática, consoante a previsão da cláusula geral do texto constitucional, regramento legal e programas específicos, por meio da execução de políticas públicas de saúde.

A fundamentação expendida convergiu para que, com relação ao direito fundamental social à saúde, seja conferida uma primazia, se e quando estiver em disputa ou colisão com outros direitos fundamentais, quer individuais, quer sociais, mas não esquecendo o direito subjetivo sob eventual ameaça, em risco devido à urgência.

Sustenta-se, portanto, que o direito à saúde seja analisado sob a dimensão coletiva e global, com a intenção de que o seu adimplemento enquanto “direito social” produza o efeito de atingir-se, pelo menos parcial e gradualmente, a justiça distributiva.

Assim, a execução das ações e serviços de relevância pública concernentes à proteção, prevenção e saúde dos cidadãos-contribuintes e utentes do Sistema Único de Saúde, o SUS, é uma obrigação precipuamente estatal. Constitui, portanto, um dever a ser adimplido pelos entes federativos, o qual, se não cumprido nos termos do regramento existente, ou em caso de risco de dano pela urgência da situação posta em causa, resulta em direitos exigíveis judicialmente.

Logo, podem ser reclamados perante o Poder Judiciário para sua imediata fruição, diante da ausência ou insuficiência de sua prestação, considerando superada a concepção de que as respectivas normas teriam apenas caráter programático, apesar de não se menosprezarem os aspectos financeiros e orçamentários.

A prioridade conferida ao direito à saúde como de cunho eminentemente coletivo ocasionou a abordagem das ações coletivas no direito brasileiro, como uma das formas de proteção possíveis de serem utilizadas para tanto.

O contexto relativo à denominada “judicialização da saúde”, revelado pela existência de um número excessivo de demandas, aponta para uma possível tensão ou antagonismo entre dois valores protegidos na Lei Maior. Em um lado, o direito do cidadão à prestação de serviços garantidores de sua vida e saúde; e, em outro, o dever do Estado de gerenciar os recursos disponíveis a fim de efetivar as prestações universais de saúde, de modo a atingir toda a coletividade.

Desse modo, são evidentes as repercussões e implicações das inúmeras e díspares decisões judiciais sobre políticas públicas de saúde, algumas previstas em lei ou regulamentação administrativa sobre a matéria, às vezes ignorada ou cuja aplicação tem sido afastada. Este fato também concorre para a assertiva de que tais provimentos judiciais geram reflexos importantes sobre a execução das atividades administrativas relacionadas à execução de políticas públicas de saúde.

Verificou-se, pelo cotejo de algumas decisões judiciais, que, quando se trata do tema do acesso à saúde em juízo, envolvendo aspectos relativos às políticas públicas atinentes a esse direito, especialmente o fornecimento de medicamentos e tratamentos médico-hospitalares por entes estatais, os magistrados, na maior parte das hipóteses, têm dado prevalência a aceitar os mais diversos pedidos de caráter individual, a variadas prestações positivas.

Entretanto, constatou-se que, quando se veicula a demanda sob a forma de ação coletiva ou ação civil pública, ajuizada pelos respectivos legitimados, visando à implantação ou verificação do cumprimento de uma política pública específica, a posição tem sido outra, em geral, denegatória ou de difícil aceitação.

Especialmente nos dilemas enfrentados pelos magistrados, os quais, apesar de terem que decidir sobre algumas situações dramáticas – as chamadas escolhas trágicas¹⁰⁶ –, não

¹⁰⁶ CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic Choices*. New York: W. W. Norton & Company, 1978, p. 50. A teoria das escolhas trágicas se define justamente pelo estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações de saúde em favor das pessoas, de um lado, e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos, de outro.

podem tratar questões coletivas, como se fossem apenas de índole individual. Ao assim fazerem, deixam de atacar o verdadeiro problema suscitado em uma disputa deste tipo, qual seja, a extensão dos direitos de um indivíduo ou grupo de cidadãos, levando em conta apenas o dever de uma pessoa, o Estado, desconsiderando os direitos dos demais indivíduos e grupos componentes da sociedade, podendo levar a uma eventual quebra do princípio da isonomia.

Em razão deste contexto, a fim de contribuir para a racionalização das decisões judiciais relativas à adjudicação de prestações referentes ao direito à saúde, deve-se dar prevalência às ações coletivas. Tais ações foram consideradas como o principal referencial em termos processuais para a defesa do direito à saúde, tendo em vista a universalidade que lhe é ínsita tanto em âmbito teórico quanto com relação a sua aplicação. Neste tipo de ação há maior abertura para a discussão de aspectos multidisciplinares, inclusive os de caráter estritamente técnicos, no tocante à sindicabilidade de atos administrativos ou políticas públicas, bem como para a análise e verificação da eficácia destas com relação ao atendimento de todos os possíveis utentes, possibilitando o diálogo com representantes de órgãos públicos e da comunidade, bem como com as esferas administrativas que executarão as políticas públicas questionadas.

REFERÊNCIAS

BALDASSARE, Antonio. **Derechos sociales**. Tradução: Santiago Perea Latorre. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2001.

BANDARRA, Leonardo Azeredo. **Pronunciamento na qualidade de Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Presidente do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União em audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal no Ano de 2009**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/LEONARDO_BANDARRA.pdf>. Acesso em: 25/02/2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar.-maio 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

BELINETTI, Luis Fernando. Definição de interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. *In: Estudos de Direito Processual Civil*, Ed. RT, p. 666-671, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 2ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. **Lei da Ação Civil Pública**. 1985.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988.

_____. **Código do Consumidor**. 1990.

_____. Decreto nº 591. **Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação**. 1992.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário RE 271.286 / RS. Relator: Ministro Celso de Mello. Data da decisão: 2/8/2000. Fonte: **Diário da Justiça - DJ**. Brasília, DF, 23 ago. 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28271286.NUME.+OU+271286.DMS.%29%28%28CELSO+DE+MELLO%29.NORL.+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29.NPRO.+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29.DMS.%29%29+NAO+S.PRES.&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/mjegcu5>>. Acesso em: 25 fev. 2016.

_____. Portaria nº 1.101 - MS. **Estabelece os parâmetros de cobertura assistencial no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS**. 2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 45 MC / DF. Arguido: Presidente da República, Arguinte: Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB. Relator: Ministro Celso de Mello. Data da decisão: 29/04/2004. Fonte: **Diário da Justiça - DJ**. Brasília, DF, 04 mai. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADPF-MC.SCLA.+E+45.NUME.+E+20040429.JULG.&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 06 mar. 2016.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Classe: Apelação no Mandado de Segurança nº 1999.01.00.107106-9/DF (processo: 199901001071069). Unidade da Federação: DF. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator: Desembargador Federal Fagundes de Deus. Data da Decisão: 16/11/2005. TRF100220540. Fonte: **Diário da Justiça - DJ**. Brasília, DF, 28 nov. 2005. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=199901001071069&pA=199901001071069&pN=985968819994010000>>. Acesso em 25 fev. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADI 3682 / MT. Partes: Assembléia Legislativa do Estado De Mato Grosso, Anderson Flávio de Godoi, Presidente da República, Advogado-Geral da

União, Congresso Nacional. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data da decisão: 09/05/2007. Fonte: **Diário da Justiça Eletrônico - DJe**. Brasília, DF, 06 set. 2007. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/757314/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3682-mt>>. Acesso em: 06 mar. 2016.

_____. Justiça Federal. Seção Judiciária do Ceará - Subseção Judiciária de Sobral - 18ª Vara. **Ação Civil Pública nº 2007.81.03.000799-0**. Autor: Ministério Público Federal e outros. Réus: Estado do Ceará e outros. Magistrado: Juiz Federal José Maximiliano Machado Cavalcanti. Data da decisão: 28/8/2007. Disponível em: <<http://www.jfce.jus.br/images/noticias/2010/12/17/decisaoJoseMaximiliano.pdf>>. Acesso em: 06 mar. 2016.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo nº 2007.04.000287680. UF: RS. Órgão Julgador: Terceira Turma. Relator: Desembargador Federal Luiz Carlos de Castro Lugon. Data da decisão: 15/04/2008. Documento: TRF400164161. Fonte: **D.E.** Porto Alegre, RS, 07 mai. 2008. Disponível em: <http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=2229259&hash=02b34ddca6a2a33a994da468660b8f54>. Acesso em 25 fev. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RESP - 1062960. Processo: 200801201134. UF: RS. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Ministro Francisco Falcão. Data da decisão: 14/10/2008. Documento: STJ000342125. Fonte: **Diário da Justiça Eletrônico - DJE**. Porto Alegre, RS, 29 out. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28resp%29+E+%28%22Primeira+Turma%22%29.org.&processo=1062960&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 25 fev. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar SL 228/CE. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data da decisão: 14/10/2008. Fonte: **Diário da Justiça Eletrônico - DJe**. Brasília, DF, 21 out. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28228.NUME.+OU+228.DMS.%29%29+E+S.PRES.&pagina=7&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/l9cammm>>. Acesso em: 06 mar. 2016.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Agravo de Instrumento nº 82547/CE (2007.05.00.077007-0). UF: CE. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator: Desembargador Federal Leonardo Resende Martins. Data da decisão: 02/06/2009. Disponível em: <<http://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8328813/agravo-de-instrumento-agtr-82547-ce-0077007-4820074050000/inteiro-teor-15219950>>. Acesso em: 06 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. STA nº 175-AgR/CE. O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes (Presidente), negou provimento ao recurso de agravo. **Diário da Justiça Eletrônico - DJe**. Brasília, DF, 30 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=76&dataPublicacaoDj=30/04/2010&incidente=3773190&codCapitulo=5&numMateria=12&codMateria=1>>. Acesso em: 06 mar. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RESP - 1069810. Processo: 2008/0138928-4. UF: RS. Órgão Julgador: Primeira Seção. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Data da decisão: 23/10/2013. Fonte: **Diário da Justiça Eletrônico - DJE**. Brasília, DF, 06 nov. 2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24588336/recurso-especial-resp-1069810-rs-2008-0138928-4-stj/inteiro-teor-24588337>>. Acesso em: 06 mar. 2016.

_____. **Código de Processo Civil**. 2015.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic Choices*. New York: W. W. Norton & Company, 1978.

CORDEIRO, H. **Sistema Único de Saúde**. Rio de Janeiro: Ayuri, 1991.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

DALLARI, Sueli Gandolfi; MARQUES, Silvia Badim. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. **Revista Saúde Pública**, Fev 2007, vol.41, nº.1, p.101-107.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência. **Revista USP**. São Paulo, n. 21, p. 13-21: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) / USP, 1994.

FREIRE JR., Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: RT, 2005.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina. O direito à saúde. *In: Manual prático de direitos humanos internacionais*. Coordenador: PETERKE, Sven; Colaboradores: RAMOS, André de Carvalho; [et al.] - Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. In: MILARÉ, Edis. (Coord.). **Ação civil pública: Lei 7.347/85 - 15 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

KRELL, Andreas. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos. **Revista de informação legislativa**, Brasília, n.º. 144, out./dez. 1999.

LEGALE FERREIRA, Siddharta. Advocacia Pública e Direitos Humanos. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. - Vol. 33, n.º Ed. Esp., p. 11-50, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O processo coletivo e o novo Código de Processo Civil de 2015**. In: I Ciclo de Palestras sobre o Novo Código de Processo Civil, São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, 2015.

MELLO, Celso de. **Voto no julgamento da Suspensão da Tutela Antecipada n.º 175 no Supremo Tribunal Federal**. STF: Brasília, 2010.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações Coletivas no direito comparado e nacional. Marinoni, Luiz Guilherme (Coord.). **Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil**. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Voto no julgamento da Suspensão da Tutela Antecipada n.º 175 no Supremo Tribunal Federal**. STF: Brasília, 2010.

MEZZAROBBA, Orides; SOUZA, José Fernando de. O positivismo jurídico: em busca de um novo paradigma emancipador a partir dos conflitos sociais no Brasil. In: **Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Cíveis e Sociais: um diálogo Brasil e Argentina**. Joaçaba: Editora Unoesc, 2013.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Manual de atuação do Ministério Público Federal em defesa da saúde**. 2005.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. 2ª edição, São Paulo: RT, 2001.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERLINGEIRO, Ricardo. O princípio da isonomia na tutela judicial individual e coletiva, e em outros meios de solução de conflitos, junto ao SUS e aos planos privados de saúde. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte - RPGMBH**, Belo Horizonte, ano 5, nº 10, p. 217-227, jul./dez. 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos globais, justiça internacional e o Brasil**. Arquivos de direitos humanos. Vol. I. In: TORRES, Ricardo Lobo e MELLO, Celso Albuquerque (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2ª edição, rev. atual. e ampl., São Paulo: RT, 2003.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Direitos fundamentais sociais: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de Justiça para a sua tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

RÉ, Mônica Campos de. **Privilegiando o social - o lugar do direito de proteção à saúde no Brasil**. 190 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento. Processo nº 2007.054485-7. Relator: Desembargador Newton Janke. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/avancada.jsp?q=054485&cat=acordaos_despachos_acma_decmonos_recurso_dmtrs_&radio_campo=ementa&proladorStr=&classeStr=&relatorStr=&datainicial=&datafinal=&origemStr=&nuProcessoStr=&categoria=acordaos&categoria=despachos&categoria=acma&categoria=decmonos&categoria=recurso&categoria=dmtrs#resultado_ancora. Acesso em 25 fev. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Público**. v. 10, 2002.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2004.

_____. A proteção judicial dos direitos sociais – alguns parâmetros ético-jurídicos. *In*: SOUZA NETO, C. P. de; SARMENTO, D. (Orgs.). **Direitos sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008.

_____. **“O neoconstitucionalismo no Brasil”.** Direitos fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional.** São Paulo Malheiros, 1993.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz de Bolzan. **Ciência política e teoria geral do estado.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional da era dos direitos. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (Org.) **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.** 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.