

**AJES- FACULDADES DO VALE DO JURUENA
BACHARELADO EM DIREITO**

THAIS MUNNYK RODRIGUES DA SILVA

A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E A AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Juína-MT

2019

AJES-FACULDADE DO VALE DO JURUENA
BACHARELADO EM DIREITO

THAIS MUNNYK RODRIGUES DA SILVA

A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E A AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Monografia apresentada ao Curso de Bacharelado em Direito, da Ajes – Faculdade do Vale do Juruena, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Douglas Willians da Silva dos Santos.

Juína –MT
2019

AJES – FACULDADE VALE DO JURUENA
BACHARELADO EM DIREITO

SILVA, Thais Munnyk Rodrigues da. **A Efetivação do Direito à Saúde e a Ação Civil Pública**. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso) – AJES – Faculdade Vale do Juruena, Juína – MT, 2019.

Data da defesa: 13/12/2019.

MEMBROS COMPONENTES DA BANCA EXAMINADORA:

Presidente e Orientador: Prof. Douglas Willians da Silva dos Santos.

ISE/AJES

Membro Titular: Prof. Nader Thomé Neto.

ISE/AJES

Membro Titular: Prof.^a Veronica Jocasta Casaratto.

ISE/AJES

Local: Associação Juinense de Ensino Superior

AJES – Faculdade Vale do Juruena

AJES – Unidade Sede, Juína - MT

DECLARAÇÃO DE AUTOR

*Eu, **Thais Munnyk Rodrigues da Silva**, portadora da Cédula de Identidade – RG nº SSP/MT, e inscrita no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda – CPF sob nº 028.195.491-79, DECLARO e AUTORIZO, para fins de pesquisa acadêmica didática ou técnico-científica, que este Trabalho de Conclusão Curso, intitulado **A Efetivação do Direito à Saúde e a Ação Civil Pública**, pode ser parcialmente, utilizado, desde que se faça referência à fonte e à autoria.*

Autorizo, ainda, a sua publicação pela AJES, ou por quem dela receber a delegação, desde que também seja feita referência à fonte e à autoria.

Juína/MT, 29 de novembro de 2019.

Thais Munnyk Rodrigues da Silva

DEDICATÓRIA

Dedico a minha mãe Olinda, por toda a compreensão e apoio durante essa trajetória, a minha irmã Greici Keli e aos meus pequenos sobrinhos, Arthur e Bernardo que são razão de tudo.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus por ter me abençoado e me capacitado para chegar até aonde cheguei.

Em seguida, agradeço a todos aqueles que se dispuseram a fornecer ajuda nesse trabalho e aos professores que de alguma forma contribuíram nessa caminhada.

Por fim, em especial, agradeço ao meu companheiro de vida por todo apoio e ajuda, foram dias difíceis, mas sempre estive ao meu lado dando total apoio e suporte.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar se a Ação Civil Pública é medida processual adequada para efetivar o direito à saúde, levando em considerando o atual cenário judicial e político. A pesquisa baseia-se na Constituição Federal de 1988, a qual prevê que a saúde é um direito social e fundamental, e trata-se de uma garantia básica essencial ao ser humano, que não pode ser suprimida e nem violada, é direito de todos sem qualquer distinção. Sendo de responsabilidade do Poder Público de maneira solidária o seu fornecimento mediante políticas públicas. Contudo o Estado de forma recorrente vem descumprindo com seu dever constitucional, promovendo uma saúde ineficaz e faltosa, o que está por levar o cidadão a recorrer ao Poder Judiciário de forma ativa na busca de garantir seus direitos sociais. Diante desta perspectiva, o Judiciário encontra-se abarrotado de ações individuais de saúde, tornando-se um problema na efetivação dos direitos sociais por conta da morosidade. Assim, partindo dessa premissa, o estudo terá como delimitação temática analisar a viabilidade, os objetivos, os requisitos, e os legitimados ativos na propositura da Ação Civil Pública para efetivação do direito à saúde. Conforme será abordado, a Ação Civil Pública foi instituída por meio da Lei nº 7.347/85, que dispõe que Ação Civil Pública tutelar direitos transindividuais, protegendo os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. A pesquisa será de natureza teórica, pois se utilizará da análise da lei, da doutrina, e do posicionamento dos Tribunais quanto ao assunto. O método de abordagem será o hipotético-dedutivo, uma vez que irá verificar o problema, formular hipóteses para solução do problema, e pesquisar se as hipóteses são ou não oportunas para solucioná-lo. Em contrapartida, a pesquisa está estruturada em três capítulos. O primeiro tratará especificadamente sobre o direito à saúde no Brasil, o Sistema Único de Saúde, a responsabilidade do Poder Público e a concretização do direito a dignidade da pessoa humana. No segundo, será analisado o fenômeno da judicialização da saúde, abordando de forma inicial algumas premissas constitucionais de interpretação e aplicação da norma constitucional, e em sequência a judicialização da saúde e suas consequências, baseando-se nos princípios do acesso à justiça e da reserva do possível. Por fim, no último capítulo, será analisada a Ação Civil Pública como meio de efetivação do direito à saúde, seus requisitos, legitimado e efeitos, verificando se é medida efetivadora do direito à saúde.

Palavras-chave: Direito a Saúde, Direito coletivo, Judicialização da Saúde, Ação Civil Pública, Efetivação da Saúde.

ABSTRACT

The present work aims to analyze whether public civil action is an adequate procedural measure to effect the right to health, taking in considering the current judicial and political scenario. The research is based on the Federal Constitution of 1988, which provides that health is a social and fundamental right, and is a basic guarantee essential to the human being, which cannot be suppressed or violated, is everyone's right without distinction. Being the responsibility of the Public Power in solidarity its supply through public policies. However, the State is recurrently non-compliance with its constitutional duty, promoting ineffective and faulty health, which is about to lead the citizen to resort to the judiciary actively in the search to guarantee their social rights. From this perspective, the Judiciary is crammed with individual health actions, becoming a problem in the effectiveness of social law because of slowness. Thus, starting from this premise, the study will have as thematic delimitation analyze the feasibility, objectives, requirements, and legitimate assets in the purpose of public civil action to effect the right to health. As addressed, public civil action was instituted through Law No. 7,347/85, which provides that Public Civil Action will protect transindividual rights, protecting the diffuse, collective and homogeneous individual rights. The research will be theoretical in nature, because it will be used from the analysis of the law, doctrine, and the positioning of the Courts on the subject. The approach method will be hypothetical-deductive, as it will check the problem, formulate hypotheses for troubleshooting the problem, and research whether or not the hypotheses are timely to solve it. On the other hand, the research is structured in three chapters. The first will deal specifically with the right to health in Brazil, the Unified Health System, the responsibility of the Public Power and the realization of the right to dignity of the human person. In the second, the phenomenon of judicialization of health will be analyzed, addressing initially some constitutional premises of interpretation and application of the constitutional rule, and in sequence the judicialization of health and its consequences, based on the principles of access to justice and the reservation of the possible. Finally, in the last chapter, public civil action will be analyzed as a means of effectiveness of the right to health, its requirements, legitimized and effects, verifying whether it is an effective measure of the right to health.

Keywords: Right to Health, Collective law, Judicialization of Health, Public Civil Action, Health Implementation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 O DIREITO A SAÚDE NO BRASIL	12
1.1 SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE.....	16
1.2 RESPONSABILIDADE DO PODER PÚBLICO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.....	19
1.3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	21
2 DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE	24
2.1 TESES PROCEDIMENTALISTAS E TESES SUBSTANCIALISTA.....	24
2.2 DOCTRINA BRASILEIRA DA EFETIVIDADE.....	28
2.3 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE	31
2.4 DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA.....	36
2.5 DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL	44
3 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA	48
3.1 LEGITIMIDADE ATIVA.....	54
3.2 ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO DIREITO A SAÚDE.....	56
3.3 A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA DEFESA DO DIREITO A SAÚDE ..	58
3.4 COISA JULGADA NO PROCESSO COLETIVO.....	61
3.5 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO FERRAMENTA PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO A SAÚDE	64
CONSIDERAÇÕES FINAIS	70
REFERÊNCIAS	75

INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a saúde passou a ter status de direito social e fundamental, garantindo em seu artigo 196, que a saúde é direito de todos e um dever do Estado.

No entendimento de João Trindade os direitos fundamentais são “[...] direitos considerados básicos para qualquer ser humano, independentemente de condições pessoais específicas. São direitos que compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica”¹

Nesta perspectiva, de acordo com a previsão Constitucional que garante que a saúde é direito de todos, este possui de forma intrínseca aspecto coletivo, uma vez que sua realização ultrapassa o indivíduo e atinge o interesse de todos os cidadãos, assim, os direitos “sociais pertencem a uma coletividade e reclamam uma atuação positiva do Estado no sentido de promoção do bem-estar-social e são passíveis de reivindicação por meio da tutela coletiva.”²

Contudo, diante de uma estrutura falha o Estado acaba por prestar um serviço de saúde pública insuficiente e muitas vezes inexistente, tal omissão leva o cidadão usuário do Sistema Único de Saúde a recorrer ao Poder Judiciário na busca efetivar seus direitos e restabelecer sua saúde, tal fenômeno é conhecido como a judicialização da saúde.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso, a judicialização da saúde “é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou”³, uma vez que, a Constituição determinou que a saúde é direito de todos e tem aplicação imediata, pois não precisa de nenhuma concretização do legislador para que passe a ter efeito, pelo contrário, o direito a saúde possui plenitude de seus efeitos e tem aplicação imediata.

Nota-se que o Judiciário não possui envergadura suficiente para julgar de forma efetiva tantas demandas individuais repetitivas, o que tem tornado o provimento jurisdicional cada vez mais moroso e inefetivo.

¹ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf> Acesso em: 16 nov. 2019 às 12h51min.

² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

³ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 279.

Levando a conclusão que o direito e o processo civil clássico de interesse individual não estão atendendo o clamor do interesse público da saúde, desta forma será analisado à tutela coletiva por meio da Ação Civil Pública, se é ou não uma ferramenta de efetivação do direito à saúde e uma solução ao abarrotamento do judiciário.

De maneira destrinchada será estudada a Ação Civil Pública baseada na Lei nº 7.347/85 e do Código de Defesa do Consumidor que dispõe que a Ação Civil Pública é um instrumento processual que tutela interesses e direitos transindividuais, protegendo os interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Assim, por meio de seus legitimados especialmente Ministério Público e Defensoria Pública, todos os cidadãos prejudicados poderão ter suas pretensões analisadas pelo Poder Judiciário, tornando o provimento judicial mais célere, econômico, garantindo o acesso à justiça e a segurança jurídica nas decisões harmônicas.

Neste sentido, um dos pontos de destaque das Ação Civil Pública na efetivação do direito à saúde, é que no processo coletivo são tutelados interesses e direitos transindividuais, então não há como estabelecer limites a sentença de procedência, sendo assim, na Ação Civil Pública está terá eficácia *erga omnes*, atingindo a todos os interessados, alcançando um número maior de pessoas, trazendo resolutividade para diversas demandas repetitivas e consequentemente estabelecendo políticas públicas de saúde.

Considerando suas particularidades, será analisado se a Ação Civil Pública é uma ferramenta processual adequada para efetivação do direito à saúde.

A pesquisa em questão será de natureza teórica, pois se utilizará da análise da lei, principalmente da Constituição Federal de 1988 e do posicionamento da Doutrina e dos Tribunais sobre o assunto.

No mais, o método de abordagem será o hipotético-dedutivo, uma vez que irá verificar o problema, formular hipóteses para solução do problema, e pesquisar se as hipóteses são ou não oportunas para solucioná-lo.

Por derradeiro, a pesquisa está estruturada em três capítulos. O primeiro capítulo tratará especificadamente sobre o direito a saúde como direito social fundamental, de responsabilidade dos entes públicos e de aplicação imediata, nos termos definidos pela norma maior, a Constituição de 1988.

Em derradeiro, o segundo capítulo abordará a Judicialização da saúde, que trata-se de uma consequência da omissão do Estado em seu dever Constitucional de prestar os serviços de saúde pública, o que condiciona o cidadão a recorrer em última *ratio* ao Poder Judicial, que passa a ter papel ativo na proteção e efetivação da norma Constitucional.

No mesmo capítulo antes de adentrar ao assunto sobre a judicialização, será abordado algumas doutrinas a respeito da interpretação e aplicação da norma Constitucional, como as teses substancialistas e procedimentalistas, a doutrina brasileira da efetividade, e o princípio do acesso à justiça e da reserva do possível.

Por fim, no último capítulo será abordada a Ação Civil Pública, seu conceito, características, objetivos, direitos tutelados, legitimados, e o alcance da coisa julgada no processo coletivo.

A problemática central será verificar se ante o atual contexto da judicialização da saúde, a tutela coletiva por meio da Ação Civil Pública pode contribuir para efetivação do direito à saúde, uma vez que o a saúde trata-se de direito naturalmente coletivo, analisando se em vias praticas a ação coletiva seria uma ferramenta de efetivação dos direitos fundamentais e consequentemente uma solução para inúmeras ações individuais repetitivas que versam sobre saúde, dando estabilidade ao Poder Judiciário e solução para o abarrotamento de ações individuais.

1 O DIREITO A SAÚDE NO BRASIL

A saúde é considerada uma liberdade na mais ampla concepção, em que as pessoas tem plena liberdade para escolher o recurso médico ou o tratamento necessário que irão se submeter, optando entre todas as alternativas existentes aquela que considera mais adequada.

No entanto, essa autonomia dependerá do grau de desenvolvimento do Estado, pois apenas um Estado desenvolvido social e economicamente conseguirá proporcionar a sua população uma efetiva liberdade de poder procurar um atendimento e tratamento completo de bem-estar físico e mental.

O direito a saúde deve ser respaldado na igualdade, em que todos devem ter acesso justo e igualitário ao sistema de saúde, assim, como direito essencial não devem haver barreiras para o seu acesso, devendo o Estado garantir o equilíbrio entre a liberdade e a igualdade.

É evidente a dificuldade vivenciada na sociedade quando o assunto é a saúde, uma vez que não é suficiente declarar que todos tem direito a saúde é necessário que ele seja efetivado e organizado.

O direito a saúde no Brasil teve destaque com a Constituição Federal de 1988, que dispõe em seu artigo nº 196, que a saúde é direito de todos e um 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 direito a saúde é reconhecido como um direito fundamental que cabe ao Estado a responsabilidade de prestar tal serviço por meio de políticas públicas que visem estabelecer medidas de prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, e ainda possui natureza de um direito social, porque deve prestar serviços assistenciais de saúde para atender tanto o indivíduo como a sociedade em geral. Neste sentido:

O direito à saúde é reconhecido, em leis nacionais e internacionais, como um direito fundamental que deve ser garantido pelos Estados aos seus cidadãos, por meio de políticas e ações públicas que permitam o acesso de todos aos meios adequados para o seu bem-estar. O direito à saúde implica, também, prestações positivas, incluindo a disponibilização de serviços e insumos de assistência à saúde, e tendo, portanto, a natureza de um direito social, que comporta uma dimensão individual e outra coletiva em sua realização.⁴

⁴ VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland. **Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde**. Disponível em:

Nesta perspectiva os direitos fundamentais são considerados como direitos básicos do ser humano sem qualquer distinção, são direitos garantidos pela norma maior e que por sua natureza constitucional são intocáveis. Afirma:

Poderíamos definir os direitos fundamentais como os direitos considerados básicos para qualquer ser humano, independentemente de condições pessoais específicas. São direitos que compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica.⁵

No entendimento de Paulo Bonavides, a saúde é um direito fundamental do ser humano, considerado como um direito de segunda dimensão porque marcou o desenvolvimento do Estado de Direito inspirado no liberalismo burguês, para um Estado Social de Direito, garantindo por meio da Constituição de 1988, os direitos sociais fundamentais. Explica o autor:

Como direito fundamental da pessoa humana (e não apenas dos brasileiros e estrangeiros residentes no país) o direito à saúde tem sido considerado como um direito social, integrando, portanto, a assim denominada segunda dimensão (ou geração) dos direitos fundamentais, que marcou a evolução do Estado de Direito de inspiração liberal-burguesa, para um novo modelo de Estado e Constituição que se convencionou denominar de Estado Social (ou Estado social de Direito).⁶

Assim, considera-se a saúde um direito fundamental do ser humano, e de obrigação do Estado sua prestação mediante políticas públicas, para que todos de forma universal e igualitária tenham acesso ao sistema de saúde público para manter ou restabelecer o seu bem-estar.

Os direitos fundamentais tem como principal finalidade o respeito à vida, a liberdade, a igualdade e a dignidade, que se esses princípios forem resguardados, a expressão de sua personalidade será plena, conforme explica:

Os Direitos Fundamentais, ou Liberdades Públicas ou Direitos Humanos é definido como conjunto de direitos e garantias do ser humano institucionalização, cuja finalidade principal é o respeito a sua dignidade, com proteção ao poder estatal e a garantia das condições mínimas de vida e desenvolvimento do ser humano, ou seja, visa garantir ao ser humano, o respeito à vida, à liberdade, à igualdade e a dignidade, para o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Esta proteção deve ser

<https://www.scielo.org/scielo.php?pid=S0103-73312010000100006&script=sci_arttext&tlng=pt> Acesso em: 16 nov. 2019, às 19h29min.

⁵ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf> Acesso em: 16 nov. 2019 às 12h51min.

⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, pg. 514.

reconhecida pelos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais de maneira positiva.⁷

No mesmo sentido, a Constituição Federal de 1988, reconheceu o direito a saúde como um direito social, dispondo em seu artigo 6º, que são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Os direitos sociais são obrigações do Estado, que deve oferecer a todos os cidadãos uma assistência que possibilite uma melhor condição de vida a toda sociedade, assim, sendo a saúde um direito social, deve o Poder Público de forma efetiva prestar uma saúde pública assistencial que permita que todos possam viver de forma melhor e com dignidade. Assevera:

Os direitos sociais caracterizam-se por serem direitos a prestações materiais (direitos a prestação em sentido estrito), isto é, exigem que o Estado aja prestando serviços ou atividades, para melhorar as condições de vida e o desenvolvimento da população, tentando atenuar desigualdades e moldar o país para um futuro melhor. O que se quer é um Estado ativo, interventor, implementador e transformador.⁸

Nota-se que os direitos sociais possuem um aspecto coletivo, pois sua realização ultrapassa o indivíduo e atinge o interesse de todos os cidadãos, assim, os direitos “sociais pertencem a uma coletividade e reclamam uma atuação positiva do Estado no sentido de promoção do bem-estar-social e são passíveis de reivindicação por meio da tutela coletiva.”⁹

Mas do que a prestação de um serviço de saúde público efetivo e digno, a saúde conforme aponta o artigo 3º e parágrafo único, da Lei Orgânica da Saúde, Lei nº 8.080/90, possui aspectos determinantes e condicionante que possuem papel crucial na organização social e econômica do país, dentre ela a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso a serviços essenciais. Nesta acepção:

⁷ SILVA, Flavia Martins André. **Direitos Fundamentais**. 2012. Disponível em <<https://www3.usf.edu.br/galeria/getImage/252/6892347672477816.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2019, às 21h10min.

⁸ CARVALHO, Mariana Siqueira de. A saúde como Direito Social Fundamental na Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito Sanitário**, vol.4, n. 2, 2003. Disponível em <<https://www.revistas.usp.br>> Acesso em: 17 nov. 2019 às 11h56min.

⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

Art. 3º. Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais. (Redação dada pela Lei nº 12.864, de 2013)

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

O parágrafo único do artigo citado acima, declara que as ações de saúde buscam algo maior, que seja atender e garantir que todas as pessoas tenham uma saúde plena, que possuam condições de bem-estar físico, mental e social.

Considerando que o direito a saúde trata-se de um direito social fundamental, e conforme assevera o artigo 196 da Constituição Federal, a saúde é um direito de todos, nos termos do artigo 5º, caput, do mesmo dispositivo legal declara que todos são iguais perante a lei, sendo garantido os direitos sociais e fundamentais, tanto aos brasileiros quanto aos estrangeiros residentes no País, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes

Tal dispositivo pode levar a pensar que os estrangeiros que não residem no País não poderão ter acesso à saúde, porém ainda que a Constituição não o tenha codificado de maneira expressa, todos que necessitem de acesso ao sistema independentemente de nacionalidade gozará desse direito.

Diante do princípio da igualdade todos sem qualquer distinção, seja de outro país ou não, tem a certeza de que seu direito a vida é inviolável, desta maneira o direito a saúde também é, pois só se pode ter uma vida em sua plenitude se está for vivida de forma sadia.

Analisando o caso específico da saúde, parece elementar que se trate de direta ligação com o próprio direito à vida e com o direito à integridade física e corporal, que por natureza são direitos de todos, ou seja, direito de toda e qualquer pessoa humana, brasileira ou não.

Nos termos das disposições Constitucionais, o direito à saúde pode ser considerado simultaneamente como direito de defesa, quando impede interferências indevidas por parte do Estado e de terceiros na saúde do cidadão, bem como impõe ao Estado o dever de por meio de políticas públicas, buscam a efetivação deste direito para a sociedade, prestando um eficaz

atendimento médico e hospitalar, fornecendo os medicamentos necessários, realizando os exames e os procedimentos dos mais variados, tudo para a concretização deste direito.

Tratando-se da efetividade do direito à saúde, a Constituição expressamente prevê em seu art. 5º, parágrafo 1º, que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Destaca-se que os direitos fundamentais possuem uma normatividade reforçada, pois não dependem de uma concretização do legislador infraconstitucional, mas possuem plenitude de seus efeitos tendo aplicabilidade imediata.

Haja vista que a efetivação do direito à saúde está diretamente vinculada a implementação de políticas públicas por parte do Estado, a Constituição de 1988, criou o Sistema Único de Saúde – SUS, que apesar ter surgido em 1988 só foi regulamentado em 1990 pela Lei nº 8.080 dispondo sobre a organização e o funcionamento do SUS, conforme abordado em seguida.

1.1 SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

A saúde teve um avanço considerável com o advento da Constituição Federal de 1988, e com ela surgiu o Sistema Único de Saúde, o SUS, que apesar de ter sido definida em 1988 só foi regulamentada em 1990 pela Lei nº 8.080, definindo o modelo operacional como a forma de organização e de funcionamento.

Advinda de uma ditadura militar onde a cidadania não é era um princípio observado pelo governo, o Sistema Único de Saúde foi um marco do novo compromisso do Estado que procurava estabelecer ações voltadas as necessidades sociais e ao bem estar social, principalmente em relação a saúde pública.

O artigo 198 da Constituição Federal, assevera que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I. Descentralização , com direção única em cada esfera de governo;
 - II. Atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
 - III. Participação da comunidade.
- Parágrafo único - o sistema único de saúde será financiado, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Considerando que os princípios são os alicerces da norma, o SUS também é instruído por alguns princípios doutrinários, sendo o Princípio da Universalização, Equidade, Integralidade, Hierarquização, Descentralização e Comando Único e Participação Popular. E de acordo com o Ministério da Saúde podem ser entendidos da seguinte forma:

Universalização: a saúde é um direito de cidadania de todas as pessoas e cabe ao Estado assegurar este direito, sendo que o acesso às ações e serviços deve ser garantido a todas as pessoas, independentemente de sexo, raça, ocupação, ou outras características sociais ou pessoais;

Equidade: o objetivo desse princípio é diminuir desigualdades. Apesar de todas as pessoas possuírem direito aos serviços, as pessoas não são iguais e, por isso, têm necessidades distintas. Em outras palavras, equidade significa tratar desigualmente os desiguais, investindo mais onde a carência é maior;

Integralidade: este princípio considera as pessoas como um todo, atendendo a todas as suas necessidades. Para isso, é importante a integração de ações, incluindo a promoção da saúde, a prevenção de doenças, o tratamento e a reabilitação. Juntamente, o princípio de integralidade pressupõe a articulação da saúde com outras políticas públicas, para assegurar uma atuação intersetorial entre as diferentes áreas que tenham repercussão na saúde e qualidade de vida dos indivíduos.¹⁰

De acordo com o Ministério da Saúde o primeiro princípio doutrinário legitimado ao SUS é a universalidade, que está interligada ao acesso aos serviços fornecidos pelo sistema de saúde público, que devem ser baseados na garantia de que todos sem qualquer exceção tem direito à saúde.

O segundo princípio é a equidade, por meio da qual objetiva-se diminuir as diferenças para se alcançar a igualdade, pois todos têm direito à saúde, mas de maneira diferente, por isso cada um deve ser tratado de acordo com sua necessidade.

O terceiro princípio é o da integralidade, que parte da ideia que a saúde deve ser integrada, o sistema deve promover ações tanto de prevenção, promoção e de reabilitação, atuando de forma expansiva pensando nas pessoas como um todo.

Além dos princípios doutrinários o Sistema Único de Saúde possui princípios organizativos, sendo os princípios da regionalização e hierarquização, da descentralização e comando único, e da participação popular, conforme destaca o Ministério da Saúde:

Regionalização e Hierarquização: os serviços devem ser organizados em níveis crescentes de complexidade, circunscritos a uma determinada área geográfica, planejados a partir de critérios epidemiológicos, e com definição e conhecimento da população a ser atendida. A regionalização é um processo de articulação entre os

¹⁰ Ministério da Saúde. **Princípios do SUS**. Disponível em <<http://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude/principios-do-sus>>. Acesso em: 28 out. 2019, às 15h00min.

serviços que já existem, visando o comando unificado dos mesmos. Já a hierarquização deve proceder à divisão de níveis de atenção e garantir formas de acesso a serviços que façam parte da complexidade requerida pelo caso, nos limites dos recursos disponíveis numa dada região;

Descentralização e Comando Único: descentralizar é redistribuir poder e responsabilidade entre os três níveis de governo. Com relação à saúde, descentralização objetiva prestar serviços com maior qualidade e garantir o controle e a fiscalização por parte dos cidadãos. No SUS, a responsabilidade pela saúde deve ser descentralizada até o município, ou seja, devem ser fornecidas ao município condições gerenciais, técnicas, administrativas e financeiras para exercer esta função. Para que valha o princípio da descentralização, existe a concepção constitucional do mando único, onde cada esfera de governo é autônoma e soberana nas suas decisões e atividades, respeitando os princípios gerais e a participação da sociedade;

Participação Popular: a sociedade deve participar no dia-a-dia do sistema. Para isto, devem ser criados os Conselhos e as Conferências de Saúde, que visam formular estratégias, controlar e avaliar a execução da política de saúde.¹¹

Os princípios organizativos do SUS referem-se ao melhor funcionamento do sistema, o princípio da regionalização e hierarquização definem que os serviços prestados pelo SUS devem ser organizados hierarquicamente em graus de complexidade de acordo com cada área geográfica e perfil populacional acolhido.

Já o segundo princípio que é da Descentralização e Comando Único, enfatizam que os serviços e responsabilidades sobre a saúde devem ser redistribuídos entre todos os entes federativos, de forma que sejam prestados com maior qualidade e independência.

Por fim o princípio da participação popular ressalta que o sistema de saúde público deve proporcionar ao cidadão a possibilidade de participação ativa, e para isso deve criar Conselhos e Conferências de saúde para definir disposições.

Desta forma, o sistema de saúde deve fornecer ações e serviços que garantam a todos os cidadãos o acesso a uma saúde eficaz sem fazer qualquer distinção, fornecendo de maneira igualitária a todos os que dela necessitar.

O objetivo principal do Sistema Único de Saúde, nos termos do artigo 196 da Constituição Federal, é a redução de riscos de doenças e de outros agravos à saúde, bem como o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Neste mesmo sentido o artigo 5º, da Lei nº 8.080/90, dispõe que são objetivos do SUS, a identificação e divulgação de assuntos de interesse da saúde, a formulação de políticas de saúde, assistência as pessoas por meio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, observa-se:

¹¹ Ministério da Saúde. **Princípios do SUS**. Disponível em <<http://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude/principios-do-sus>>. Acesso em: 28 out. 2019, às 15h00min.

Art. 5º São objetivos do Sistema Único de Saúde SUS:

I- a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde;
II- a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei; III- a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

Assim, considerando que o Sistema Único de Saúde é o meio de efetivação do direito à saúde, cabe ao Poder Público a responsabilidade de fornecer meios para que tal sistema exerça suas funções fundamentais, pois de acordo com a norma maior cabe ao Estado a responsabilidade na prestação dos serviços de saúde pública.

1.2 RESPONSABILIDADE DO PODER PÚBLICO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Conforme já visto anteriormente, a Constituição Federal de 1988, estabelece em seu artigo 196, que a prestação do direito à saúde é dever do Estado, impondo a ele a obrigação de criar e estabelecer ações e condições que viabilizem o acesso de todos ao sistema de saúde, sem que haja qualquer distinção.

Neste sentido, referente a responsabilidade do Poder Público em efetivar a saúde, o artigo 23, caput, inciso I, e artigo 24, inciso XII, da Constituição Federal dispõem que:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde.

Observa-se claramente no disposto constitucional que cabe aos entes federativos de forma comum cuidar das relações de saúde, ou seja, compete a todos os entes prestar a assistência médica necessária a quem dela necessite, e ainda de forma concorrente incumbe a União, Estado e Distrito Federal legislar sobre a proteção e defesa da saúde.

Apesar do artigo 30, inciso II, da Constituição Federal, afirmar que seja de competência do Município prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população, tal responsabilidade é relativa, uma vez que está

responsabilidade é comum de todos os entes federativos, tanto da União, do Estado, do Distrito Federal e dos Municípios. Conforme afirma Leda Tatiana Cury:

[...] nos exatos termos do artigo 23, inciso II, é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Assim, embora, de acordo com o inciso VII do artigo 30 da CRFB/88, seja competência dos Municípios, diretamente ou através dos entes da administração indireta, prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e dos Estados, serviço de atendimento à saúde da população, tal responsabilidade é linear, alcançando também a União e os Estados.¹²

As ações e serviços de saúde estão diretamente ligados com o interesse da sociedade e por conta disto compete ao Poder Público dispor sobre sua regularização, fiscalização e controle, já quanto a execução dos serviços deve ser diretamente ou por meio de terceiros, pessoa jurídica de direito privado, segundo o que destaca o artigo 197 da Carta Magna:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado

Assim, conclui-se que é de competência das três esferas de governo, de maneira comum, a definição das ações e mecanismos para prestação do serviço de saúde, sistematizando a saúde de forma a controlar o nível de saúde da população, gerenciar e aplicar os recursos orçamentários e financeiros, promover a articulação de políticas de saúde, entre outras ações indispensáveis para efetivação do sistema.

Ainda que a Constituição tenha previsto legalmente a determinação aos Poderes Públicos a responsabilidade solidária entre os entes federativos na área da saúde, não pertence aos entes a possibilidade de se eximirem de suas responsabilidades diante de suas obrigações, ao passo que se observa:

[...] se é certo que a saúde é juridicamente protegida, também pode-se arriscar, com margem mínima de erro, que uma parcela de culpa da inefetividade do art.196, CF/88, encontra-se na falta de vontade política, na ausência de respeito à Constituição por parte dos Poderes Públicos e na ausência de compreensão do porquê de existirem Poderes Constituídos imbuídos da defesa do interesse público – e que no entanto não cumprem sua função.¹³

¹² CURY, Ieda Tatiana. **Direito Fundamental à Saúde: Evolução normatização e efetividade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

¹³ SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pg. 159.

Para que a sociedade atinja seus objetivos, que é ter seu direito a dignidade humana por meio de uma saúde efetiva, não é possível que saúde tenha como barreira as promessas políticas e que seja colocada em último plano, observa-se que a ausência de efetividade deriva em grande parte das vezes, da ausência de vontade política.

Ante a ausência de serviço, a má ou omissa prestação da saúde, não há outra opção ao cidadão, senão, buscar o Poder Judiciário para garantir a eficaz prestação do seu direito fundamental, em face da União, do Estado, do Distrito Federal e do Município.

A ausente ou a omissa prestação do direito à saúde, atinge significativamente a dignidade da pessoa humana, uma vez que, os direitos sociais estão ligados a ela.

Todo o cidadão tem o direito de viver dignamente, e cabe ao Poder Público cumprir com as determinações constitucionais, garantindo o direito a saúde e proporcionando a todos a dignidade, assim, cumpre conceituar o tema.

1.3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana é o centro dos direitos fundamentais sendo de tanta importância que a dignidade da pessoa humana é afirmada como essencial aos demais direitos aliado ao fato de ser o direito à saúde um direito fundamental, devendo ser garantida e efetivada no mundo prático.

Luís Roberto Barroso afirma que:

O Estado constitucional de direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é o centro de irradiação dos direitos fundamentais, sendo frequentemente identificada como o núcleo essencial de tais direitos.¹⁴

Partindo da premissa que o direito à saúde é um direito fundamental, considera-se que “os direitos fundamentais “nascem” da dignidade humana. Dessa forma, haveria um tronco comum do qual derivam todos os direitos fundamentais”¹⁵, assim, os direitos fundamentais só serão efetivados se a dignidade humana for resguardada também.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetivação à Judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a judicialização. **Revista de Direito Social**. 2009. p.10.

¹⁵ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf> Acesso em: 16 nov. 2019 às 12h38min.

A esse respeito, Paulo Bonavides assevera que um direito fundamental não poderá ser suprimido, quantificado ou relativizado, pois “nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana”¹⁶

A própria Constituição Federal de 1988, consagra em seu artigo 1º, sobre esse relevante direito originado como um fundamento do Estado Democrático de Direito, afirmando que a dignidade da pessoa humana constitui fundamento desta democracia, assim dispõe que:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana.

Para um eficaz exercício do direito de liberdade o cidadão deve ter a garantia de seus direitos sociais, como no caso do direito à saúde, e a Constituição só estará sendo protegida mediante o respeito à dignidade da pessoa humana, uma vez que se trata de pressuposto de efetivação, conforme assevera Norberto:

O reconhecimento dos direitos sociais fundamentais representa a pressuposição ou pré-condição para um efetivo exercício dos direitos de liberdade não havendo, por isso, distinção de grau nem de valor entre os direitos sociais e os direitos individuais e, no que concerne à liberdade, ambas as modalidades são elementos de um bem maior já mencionado, sem o qual tampouco se torna efetiva a proteção constitucional: a dignidade da pessoa humana.¹⁷

Em consonância, entende-se que a dignidade da pessoa humana está intimamente ligada ao direito à vida e por isso sua fruição trata-se de requisito indispensável para o goze de todos os demais direitos fundamentais, de acordo com o entendimento de Luiz Roberto Barroso que destaca que:

Inserta no valor intrínseco da dignidade da pessoa humana, o direito à vida é “pré-condição básica para o desfrute de qualquer outro direito” Acrescenta-se: o direito à vida com saúde, posto que, sem o último o primeiro não pode ser desfrutado e sofre risco de padecimento.¹⁸

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001. p.233.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p.81.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 4ª reimp. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 77.

Contudo, a Constituição Federal assegura de forma clara e objetiva que a saúde é direito de todos e possui natureza de direito fundamental e social, é fundamental porque está intrinsecamente ligada a condição de ser humano de forma indispensáveis, e social porque visa garantir o exercício e usufruto desse direito fundamental.

Por sua relevância o direito a saúde atinge uma dimensão coletiva sendo sua efetivação de interesse de toda a sociedade, pertencendo ao Poder Público, Estado, União, Distrito Federal e Municípios de forma solidária a responsabilidade de prestar tais serviços mediante políticas públicas, apesar disso, o Estado vem se mantendo inerte em seu papel constitucional, “seja por falta de vontade política ou mesmo da insuficiência de recursos financeiros, levando a um quadro de inefetividade desses direitos e, por consequência, de insatisfação social.”¹⁹

E a partir dessas circunstâncias que vem surgindo corriqueiramente os “embate entre o direito e a política e ganha sentido a discussão acerca da judicialização da política como consequência a um Estado que se apresenta como de bem estar, mas que falha nessa promessa,” levando ao Judiciário a função ativa de proteger a Constituição e garantir que os direitos sociais de interesse de toda a sociedade sejam efetivamente fornecidos, conforme será abordado no próximo capítulo.

¹⁹ BAÚ, Vanderlise Wentz. **A dimensão coletiva do acesso à justiça e a (in)efetividade na proteção dos direitos sociais no Brasil**. Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2014. Disponível em: <<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2802/Vanderlise%20Wentz%20Ba%c3%ba.pdf?sequence=1>> Acesso em: 22 nov. 2019 às 21h35min.

2 DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Ante o modelo constitucional adotado pelo Brasil e o cenário de inércia e impotência do Poder Público na efetivação do direito a saúde, resta ao cidadão por última *ratio* recorrer ao Poder Judiciário na busca de garantir seus direitos fundamentais por meio da tutela jurisdicional que atenda de forma efetiva o interesse de todos os usuários do sistema de saúde público.

Esse fenômeno cada vez mais recorrente nos últimos anos é conhecido com a judicialização da saúde, tornando o Poder Judiciário um agente ativo de implementação de políticas públicas e na efetivação do direito à saúde, o que será estudado mais profundamente a seguir.

Contudo, antes de introduzir ao tema referente a judicialização da saúde cumpre adentrar em algumas premissas doutrinárias sobre a aplicação e interpretação da Constituição, uma vez, que o direito a saúde é uma norma constitucional.

2.1 TESES PROCEDIMENTALISTAS E TESES SUBSTANCIALISTA

No âmbito do Direito Constitucional, surgem duas correntes doutrinárias, o Procedimentalismo e o Substancialismo, os quais passaram a existir por uma influência filosófica advinda dos Estado Unidos e da Alemanha. São apoiadas por pensadores como Lenio Luiz Streck, Mauro Cappelletti, Ronald Dworkin (substancialistas), Immanuel Kant, John Hart Ely e Jurge Habermas (procedimentalistas).²⁰

As duas teses buscam estabelecer uma percepção moderna sobre o valor da Constituição Federal e da atividade jurisdicional no Estado Democrático de Direito, ou seja, cada tese apresenta sua posição acerca do papel de uma jurisdição Constitucional ou a maneira de interpretação da Constituição, e a escolha por uma das duas teses é que definirá esses pontos, nesta perspectiva cita Lenio Luiz Streck:

Contemporaneamente, o papel da Constituição, sua força normativa e o seu grau de dirigismo vão depender da assunção de uma das teses (eixos temáticos) que balizam a discussão: de um lado, as teorias procedimentais, e, de outro, as teorias materiais-substanciais. Parece não haver dúvidas de que esse debate é de fundamental importância para a definição do papel a ser exercido pela jurisdição constitucional.²¹

²⁰ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Perspectiva e Possibilidade de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil. Novos Estudos Jurídicos. Vol. 8, nº 2. 2003.

²¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 80-81.

Observa-se que a definição da forma interpretativa da Constituição e da função exercida pela jurisdição constitucional dependerá da tese escolhida na abordagem, se substancialista ou procedimentalista.

Tais contextos abordam a ideia de estabelecimento do agir do Poder Judiciário, assim, de maneira sintetizada, a tese substancialista defende que o papel do Judiciário é a defesa dos direitos Constitucionais e fundamentais. Já a tese procedimentalista defende que o papel do Judiciário é garantir uma jurisdição constitucional voltada a democracia de forma a evitar o ativismo judicial ou a intensa participação da sociedade no judiciário.

Apesar das controvérsias, ambas as teses estabelecem que os juízes e os Tribunais são indispensáveis na afirmação e proteção do Estado Democrático de Direito, e possuindo papel importante na efetividade dos direitos fundamentais.

De maneira específica, o procedimentalismo é uma metodologia que defende que a Constituição é exclusivamente procedimental, que prevê e estabelece mecanismos para que se alcance decisões puramente democráticas, excluindo de sua concepção qualquer valoração. Conforme aborda André Ramos Tavares:

A Constituição se encontra desprovida de derivações valorativas. A Constituição, nestes termos, não possui qualquer conteúdo ideológico, predisposição ao humano, ao social ou ao econômico. Sua preocupação central seria apenas estabelecer procedimentos formais de composição de interesses, quaisquer que sejam estes. Em outras palavras, quaisquer valores alcançados ao final de tal procedimento estariam necessariamente justificados/legitimados, desde que observados os passos previamente previstos. Trata-se de conceber a Constituição como uma espécie de instrumento asséptico em relação aos valores vigentes.²²

O procedimentalismo defende que a Constituição tem em seu conteúdo apenas procedimentos os quais estabelecem os meios para alcançar decisões coletivas, e que está apoiada em duas premissas, a neutralidade e a democracia, consoante elucidação de André Ramos:

A característica da neutralidade é de fácil explanação. Uma vez que o ordenamento constitucional não encampa valores, não há qualquer comprometimento com determinada ideologia. O resultado não será ilegítimo pelo seu conteúdo, afinal não há certo ou errado, mas o será por meio da análise do processo que o engendrou.

²² TAVARES, André Ramos. **A constituição é um documento valorativo?** In: Revista brasileira de direito constitucional. RBDC n. 09 – jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/135/129>> Acesso em: 12 out. 2019 às 14h 29min.

Quanto à característica democrática dessa corrente, tal se assenta no fato de aceitar a premissa de que uma opção constitucionalmente valorativa tolhe o âmbito decisório do Legislativo do próprio povo. Alguns temas, em razão de sua importância, estariam sendo afastados do campo deliberativo popular se se tivesse uma opção constitucional de valores.²³

A característica da neutralidade afirma que a Constituição é neutra e está marcada pela ausência de valores, um vez que o ordenamento constitucional não é valorativo será apoiado puramente na sua forma processual, já a característica da democracia se sustenta no campo deliberativo popular.

Remetendo ao direito à saúde, a divergência doutrinária sobre as teses refere-se na interpretação do artigo 196 da Constituição Federal, assim, a tese procedimentalista entende que tal norma dependeria de uma atuação estatal, por meio de implementação de políticas públicas, e por sua vez, o judiciário apenas teria a competência de julgar o mérito do cumprimento da lei orçamentaria, o que não parece relevante pois o Poder Judiciário não é apenas um protetor da lei e da democracia, conforme dispõe Lenio:

[...] parece muito pouco, mormente se levarmos em conta a pretensão de se construir as bases de um Estado Social no Brasil destinar-se ao Poder Judiciário tão somente a função de zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos para a formação da opinião pública e da vontade política, a partir da própria cidadania, como quer, por exemplo, o paradigma procedimental habermasiano.²⁴

Em contrapartida, a tese substancialista defende o caráter principiológico da Constituição Federal, a qual determina em seu artigo 5º, parágrafo 1º, que as normas que definem os direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata, desta forma, o Estado tem o dever de agir no sentido de viabilizar sua efetividade.

Os tribunais não devem aplicar as normas Constitucionais de maneira restritiva, principalmente quando se trata de direitos fundamentais, pois se assim agirem, estarão descumprindo a própria Constituição, afirma Martônio:

Independentes do texto que integram, pelo fato de que alguns destes textos expressam claramente sua condição de comandos a serem aplicados imediatamente (o §1º do art. 5º da Constituição Federal é um dos exemplos); e, igualmente livre de seus contextos, a não implementação destes comandos advêm, em grande parte, da atuação das cortes constitucionais que manifestam seus entendimentos no sentido de poupar o Estado da

²³ TAVARES, André Ramos. **A constituição é um documento valorativo?** In: Revista brasileira de direito constitucional. RBDC n. 09 – jan./jun. 2007. Disponível em:

<<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/135/129>> Acesso em: 12 out. 2019 às 14h 29min.

²⁴ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso:** Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 25.

necessária implementação, exatamente quando estão os tribunais autorizados a agirem dentro dos limites constitucionais. Em outras palavras: a jurisprudência dos tribunais constitucionais descumpra a constituição quando aplica entendimentos restritivos aos comandos constitucionais, principalmente aqueles definidores de novos direitos e garantias fundamentais trazidos por constituições produzidas como nova estrutura para Estados egressos de governos autoritários.²⁵

Um dos defensores da tese substancialista Lenio Luiz Streck, afirma que diante de um País onde os direitos fundamentais básicos não são observados, e sua garantia é tratada como mera discricionariedade do Poder Público, torna-se difícil aplicar o procedimentalismo.²⁶

Não há como dizer que ao Judiciário cabe apenas julgar o cumprimento das leis se as leis claramente e corriqueiramente são descumpridas, “entendo difícil sustentar as teses processuais-procedimentais em países como o Brasil, em que parte dos direitos fundamentais continua incumprida.”²⁷,

Desta feita, partindo da premissa de que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, é assegurado ao cidadão que afirme suas garantias em face do Estado, para que esse cumpra seu dever legal, sendo está eficácia vinculadora da lei e um reflexo da dotação substancialista, consoante entendimento de Alvaro Luis:

O Estado de Direito assim dimensionado permite que o cidadão possa fazer valer os direitos que tenha adquirido em face da Administração, em virtude da aplicação da lei. Essa eficácia vinculadora da lei, de forma efetiva e imediata, denota a feição substancial do Estado de Direito, pois resguarda o caráter individualista da observação dos direitos subjetivos constitucionais.²⁸

Referindo-se a judicialização da saúde, assegura-se ser essencialmente substancialista, determinar por meio do Poder Judiciário a obrigação de atendimento aos direitos sociais e a promoção de políticas públicas, nota-se:

A primeira delas é essencialmente substancialista, no sentido da realização do Estado de Bem-Estar, inclusive com a imposição pelo Poder Judiciário de obrigações de atendimento ao direito social à saúde em uma perspectiva individual. A outra tende a dar ênfase à realização de políticas públicas pelo Poder Executivo, em virtude de seu

²⁵ LIMA, Martônio Mont'Alverne. **Jurisdição Constitucional**: um problema da teoria da democracia política. In: SOUZA, Cláudio Pereira de, et al. **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 220.

²⁶ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

²⁷ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 25.

²⁸ CIARLINI, Alvaro Luis de S. **Direito à saúde**: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 53-54.

maior alcance quanto aos destinatários, em detrimento da possibilidade de concretização de direitos subjetivos individuais prestacionais.²⁹

Observar-se que os direitos fundamentais possuem aplicação imediata, devendo ter sua efetividade garantida pelo Estado, uma vez que a Constituição é lei maior e “essa ordem se fundamenta em princípios supra positivos de justiça que, por sua vez, repercutem em todas as esferas do direito, conferindo as normas constitucionais a marca da validade incondicional”³⁰

No Brasil a jurisprudência moderna tem se pautado na teoria substancialista, permitindo a intervenção do Poder Judiciário no Poder Público quando tratar-se de implementação de políticas públicas sociais, segundo dispõe Lenio que;

No Brasil, apesar de não aderirmos expressamente à teoria substancialista, até mesmo por termos sofrido uma forte influência liberal individualista, e, portanto, de cunho procedimentalista, na hipótese de judicialização de questões políticas, a moderna jurisprudência filia-se à teoria substancialista, admitindo, por consequência, a intervenção do Poder Judiciário na Administração Pública como instância derradeira na implementação de políticas sociais.³¹

Vislumbrando a judicialização da saúde, os Tribunais tem se baseado na tese substancialista do direito, garantindo a aplicação imediata das normas constitucionais e efetivando o direito à saúde, permitindo que o cidadão possa recorrer ao Poder Judiciário em face da omissão do Estado na promoção de políticas públicas de saúde.

2.2 DOUTRINA BRASILEIRA DA EFETIVIDADE

Continuando o estudo a respeito das premissas Constituições, insta aqui destacar uma das doutrinas instaladas no Brasil, que visa o reconhecimento de força normativa as normas constitucionais, a qual foi desenvolvida por um movimento jurídico acadêmico que ficou conhecido como doutrina da brasileira da efetividade.

Luis Roberto Barroso em uma de suas obras, declara que:

A essência da doutrina da efetividade é tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa. Como consequência, sempre que violado um mandamento constitucional, a ordem jurídica

²⁹ CIARLINI, Alvaro Luis de S. **Direito à saúde: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 53-54.

³⁰ CIARLINI, Alvaro Luis de S. **Direito à saúde: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 53-54.

³¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

deve prover mecanismos adequados de tutela por meio da ação e da jurisdição, disciplinando os remédios jurídicos próprios e a atuação efetiva de juízes e tribunais.³²

O cerne da doutrina da efetividade, como o próprio nome define, tem como objetivo primordial tornar as normas constitucionais uma norma de aplicação direta e imediata, de forma a expressar sua extensão máxima de densidade normativa.

Nas palavras do constitucionalista e doutrinador da efetividade Luis Roberto Barroso a Constituição Federal de 1988, foi o recomeço de uma história do Constitucionalismo brasileiro, já que ela vinha marcada por violações, uma constituição que não garantia direitos básicos, como a saúde, a educação, a habitação e a dignidade, marcada pela ausência de efetividade e reconhecimento de força normativa, segundo revela Barroso:

A experiência política e constitucional do Brasil, da independência até 1988, é a melancólica história do desencontro de um país com sua gente e com seu destino. Quase dois séculos de ilegitimidade renitente do poder, de falta de efetividade das múltiplas Constituições e de uma infundável sucessão de violações da legalidade constitucional. Um acúmulo de gerações perdidas. A ilegitimidade ancestral materializou-se na dominação de uma elite de visão estreita, patrimonialista, que jamais teve um projeto de país para toda a gente. Viciada pelos privilégios e pela apropriação privada do espaço público, produziu uma sociedade com déficit de educação, de saúde, de saneamento, de habitação, de oportunidades de vida digna. Uma legião imensa de pessoas sem acesso à alimentação adequada, ao consumo e à civilização, em um país rico, uma das maiores economias do mundo. A falta de efetividade das sucessivas constituições brasileiras decorreu do não reconhecimento de força normativa aos seus textos e da falta de vontade política de dar-lhes aplicabilidade direta e atual imediata. Prevaleceu entre nós a tradição europeia da primeira metade do século, que via a lei fundamental como mera ordenação de programas de ação, convocações ao legislador ordinário e aos poderes públicos em geral. Daí porque as Cartas brasileiras sempre se deixaram inflacionar por promessas de atuação e pretensos direitos que jamais se consumaram na prática. Uma história marcada pela insinceridade e pela frustração. O desrespeito à legalidade constitucional acompanhou a evolução política brasileira como uma maldição, desde que D. Pedro I dissolveu a primeira Assembleia Constituinte. Das rebeliões ao longo da Regência ao golpe republicano, tudo sempre prenunciou um enredo acidentado, onde a força bruta diversas vezes se impôs sobre o direito. Foi assim com Floriano Peixoto, com o golpe do Estado Novo, com o golpe militar, com o impedimento de Pedro Aleixo, com os Atos Institucionais. Intolerância, imaturidade e insensibilidade social derrotando a Constituição. Um país que não dava certo. A Constituição de 1988 foi o marco zero de um recomeço, da perspectiva de uma nova história.³³

Nestes termos, a constituição de 1988 foi o marco zero da história do Brasil porque desde sua independência o País vinha marcado pela falta de efetividade das Constituições

³² BARROSO, Luis Roberto. **O constitucionalismo Democrático no Brasil: Crônica de um Sucesso Imprevisto**. 2013. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2013/05/>> . Acesso: 17 out. 2019 às 14h39min.

³³ BARROSO, Luís Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2008. 3ª.Ed. Rio de Janeiro, Renovar. p. 327-329.

resultado da falta de autoridade da força normativa constitucional e falta de vontade política em sua prestação imediata, enxergava-se a lei como meras disposições destinadas a faculdade do legislador e do Poder Público, o desrespeito a legalidade e a aplicação da norma Constitucional acompanhou o País até a então Constituição de 1988, conhecida como o marco das garantias dos direitos sociais e fundamentais.

Assim, as normas Constitucionais possuem caráter imperativo como as normas jurídicas de maneira geral, e deixar de cumprir a imperatividade da norma quando por ação ou por omissão, considera-se violação do todo um sistema constitucional e infraconstitucional, devendo ser restaurada a ordem jurídica por meio de ações jurisdicionais.

Os direitos subjetivos definidos pela Constituição, dentre eles os sociais como o direito a saúde, são direitos e por isso imediatamente exigíveis, se está na Constituição é porque tem que ser devidamente cumprido, e quando descumprido cabe ao Poder Judiciário o papel ativo e decisivo na efetividade da norma Constitucional, conforme afirma Barroso:

A doutrina da efetividade serviu-se, como se deduz explicitamente da exposição até aqui desenvolvida, de uma metodologia positivista: direito constitucional é norma; e de um critério formal para estabelecer a exigibilidade de determinados direitos: se está na Constituição é para ser cumprido.³⁴

O movimento em prol da efetividade originou três mudanças no direito constitucional brasileiro, tanto na esfera teórica quando na prática, tais mudanças foram no plano Jurídico, Científico e Institucional, conforme se observa:

No plano jurídico, atribuiu normatividade plena à Constituição, que se tornou fonte de direitos e de obrigações, independentemente da intermediação do legislador. Do ponto de vista científico ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremando-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto institucional, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais.³⁵

Assim, tornou-se a norma constitucional uma norma de efetividade imediata, que possui objetivos próprios e independentes, o qual dispõe ao Poder Judiciário papel de fiscalizar e

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva**: direito a saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para atuação judicial. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf/view> Acesso em: 04 out. 2019 às 22h46min.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 2018. 7ª. Ed. São Paulo, Saraiva Educação.

defender a ordem jurídica constitucional, garantindo mediante sua atuação a defesa dos direitos sociais e fundamentais.

No que tange, a efetividade dos direitos sociais, são direitos e podem ser imediatamente exigíveis do Poder Público, por meio das ações constitucionais e infraconstitucionais, cabendo ao Poder Judiciário a garantia da efetividade da Constituição.

Enfim, desvencilhada das premissas de interpretação e aplicação constitucional, insta adentrar no tema de suma importância nos dias atuais, e que tem cada dia mais ganhado espaço no mundo jurídico.

2.3 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Ponderando que o direito de acesso à justiça busca efetivar e garantir os direitos fundamentais, e embora o direito a saúde seja uma garantia constitucional, a política de saúde brasileira está marcada pela ineficácia, insuficiência e precariedade de assistência, onde o Estado não possui investimentos e recursos suficientes para atender toda a sociedade, o que acaba por levar o cidadão a recorrer ao Poder Judiciário na busca de garantir seus direitos constitucionais, induzindo em considerável aumento nas ações individuais de saúde, consoante disposição:

Nesse novo contexto social, onde também emerge a construção de um conjunto de mecanismos com o objetivo de garantir e facilitar o acesso à Justiça, passa-se a observar uma crescente busca individual de efetivação do direito à saúde, seja pela via administrativa, seja pela via judicial, na tentativa de ver materializado o acesso aos serviços e bens que foram garantidos pela nova Constituição.³⁶

Esse fenômeno denominado de judicialização da saúde, de acordo com Barroso “é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou”³⁷, por meio do qual a população tem buscado cada vez mais o judiciário na busca de seus direitos sociais, como o fornecimento de medicamentos e procedimentos cirúrgico.

³⁶ BORGES, Danielle da Costa Leite; SCHUMACHER, Mercedes. **O equilíbrio entre o individual e o coletivo na busca pela universalidade do Sistema Único de Saúde**. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, 2013. Disponível em <<https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/66/111>> Acesso em: 23 nov. 2019 às 17h57min.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 279.

Ao judiciário foi dado o papel decisório, importe nas ações que buscam direitos sociais, o Poder Judiciário de forma mais ativa controla a qualidade do serviço prestado pela Administração Pública ou determina que seja prestado nos termos resguardados pela Constituição. Observa-se:

O Judiciário deve aceitar essa feição mais ativa de seu agir, controlando e exigindo o cumprimento do dever do Estado de intervir ativamente na esfera social. Um Judiciário “intervencionista” que assuma suas responsabilidades legais, controlando a falta de qualidade das prestações dos serviços básicos à vida social, exigindo a implementação de políticas sociais eficientes, o que, embora demande uma crescente criatividade do julgador, “não o torna um legislador”³⁸

Muito embora o direito a saúde trata-se de um direito social fundamental garantido pela Carta Magna, o Brasil possui um sistema de saúde falho, desprovido de políticas sociais e econômicas, o que torna cada vez mais frequente a busca pela via judicial para sanar a falta do Poder Público.

Nesta concepção, a judicialização quer dizer que questões políticas, sociais e morais estão sendo levadas ao Poder Judiciário, em busca de uma tutela jurisdicional garantidora, trata-se de uma transferência de poder original do Executivo e do Legislativo, para o Judiciário, para que este faça valer as normas constitucionais e os direitos sociais, conforme observa-se:

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma mudança drástica no modo de se pensar e de se praticar o direito no mundo romano-germânico.³⁹

Observado que o País é baseado em um regime democrático, por meio do qual é objetivo a garantia dos direitos fundamentais, cabe ao Judiciário quando provocado garantir a soberania do povo efetivando seus direitos.

Compreende-se o instituto da judicialização como uma forma de intervenção do Poder Judiciário em matérias que deveriam ser decididas pelo Poder Legislativo e Executivo, a judicialização cumpre o papel de solucionar problemas decorrentes da não concretização das

³⁸ KRELL, Andreas J. **Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição Concretizada Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 54-55.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Revista Jurídica Unijus, Uberaba, v. 11, n. 15, p. 13-38, Nov. 2008.

políticas públicas, sendo um problema porque acaba por limitar a amplitude dos direitos fundamentais. Neste sentido dispõe Milton Augusto:

Mais especificamente, porém, emprega-se a judicialização para designar a notória generalização social do uso do vocábulo jurídico nas democracias modernas, nas quais passou a ser comum, no dia a dia das relações sociais, e fora do contexto jurídico, judicial ou não [...]. Em amplitude semelhante, o termo judicialização é usado para referir a, cada vez mais comum, ampliação dos métodos ou modelos judiciais de solução de controvérsias para resolver questões empresariais ou não, em ambiente extrajudicial, e, inclusive, no âmbito administrativo por autoridades independentes cujas decisões vinculam o próprio Estado, conforme ocorre, no nosso país, no exercício das atividades de controle e de fiscalização das agências reguladoras. Usa-se também judicialização para designar a notória prevalência que nas décadas do século passado e nesta primeira, em vias de encerramento, do atual, o Judiciário vem ganhando na solução dos mais diversos problemas que, direta ou indiretamente, dizem respeito aos direitos fundamentais, inclusive àquelas decorrentes do desenvolvimento e da concretização de políticas públicas que objetivam assegurar a amplitude desses direitos.⁴⁰

O crescimento significativo da judicialização da saúde tem motivado intensos debates no Supremo Tribunal Federal e chamado atenção do Conselho Nacional de Justiça, tanto que, recentemente nos dias 18 e 19 de março de 2019, aconteceu III Jornada de Direito da Saúde em São Paulo/SP, momento em que foi colocada em pauta a discussão a respeito dos impactos causados no orçamento público e a segurança nas decisões judiciais por meio da judicialização, quanto aos impactos orçamento é de aproximadamente 10 (dez) bilhões por ano.⁴¹

Sobre essa perspectiva, foi registrado no 1º Curso Nacional sobre Judicialização da Saúde realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em parceria com a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam), e encerrado em outubro de 2019, que a judicialização é reflexo da estrutura da Saúde, *in verbis*:

A estrutura do sistema de saúde brasileiro contribui para o cenário da crescente busca de respostas da Justiça. De acordo com dados apresentados durante o 1º Curso Nacional sobre Judicialização da Saúde, o subfinanciamento, o aumento dos gastos com medicamentos, o Sistema Único de Saúde (SUS) empobrecido e precarizado, os planos populares de baixa cobertura e um acesso a serviços de qualidade restrito à população de maior poder aquisitivo são a receita para a manutenção e crescimento das ações judiciais.⁴²

⁴⁰ NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 353-366.

⁴¹ CNJ- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: **Perfil das Demandas, Causas e Propostas de Solução**. 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/95da70941b7cd226f9835d56017d08f4.pdf>>. Acesso em 02 set. 2019 às 23h12min.

⁴² CNJ- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização é reflexo da estrutura da Saúde**, afirma palestrante. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/judicializacao-e-reflexo-da-estrutura-da-saude-afirma-palestrante/>>. Acesso em 25 out. 2019 às 16h29min.

Durante o evento foram aprovados 35 novos enunciados sobre a judicialização da saúde, dentre os quais vale destacar o enunciado nº 81 da III Jornada de Direito da Saúde, que demonstra a preocupação do Judiciário com a quantidade de demandas individuais sobre o mesmo assunto de saúde, dispondo que quando essas ações demonstrem que o serviço público está sendo prestado de maneira ineficiente, os gestores os conselhos de saúde devem ser notificados para que providencias sejam tomadas. Preceitua:

Enunciado nº 81.

Caso o magistrado vislumbre a existência de considerável número de demandas individuais acerca de uma mesma matéria relativa ao direito de acesso à saúde pública, capaz de demonstrar uma ineficiência específica de atendimento, comunicará o fato ao gestor e aos conselhos de saúde para adoção de providências, bem como a Defensoria Pública, o Ministério Público e os Comitês Executivos Estaduais/Distrital de Saúde.⁴³

Os enunciados são orientações sobre determinados temas, neste caso, são enunciados sobre a judicialização de saúde, e apesar de não possuem força de lei ou obrigatoriedade de serem seguidas, servem de bússola nas decisões referente a processos de saúde, uma vez apresentam um consenso jurídico sobre a matéria.

O assunto é de tanta relevância, que de acordo com a pesquisa divulgada em 2019 pelo Conselho Nacional de Justiça, o crescimento das demandas de saúde chegaram a 130%, considerando o período entre 2008 a 2017, observa-se:

Considerando o ano de distribuição dos processos, o que se verifica na evolução ano a ano é que há um crescimento acentuado de aproximadamente 130% no número de demandas de primeira instância relativas ao direito à saúde de 2008 para 2017, conforme mostra a Figura 7 abaixo. Tal crescimento é bastante superior aos 50% de crescimento do número total de processos de primeira instância, conforme relatórios do CNJ “Justiça em Números” de 2008 a 2017.⁴⁴

⁴³ CNJ- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Enunciados da I, II, e III Jornadas de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça**. 2019. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/e8661c101b2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf>> Acesso em 16 set. 2019 às 18h57min.

⁴⁴ CNJ- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: Perfil das Demandas, Causas e Propostas de Solução**. 2019. Disponível em:

<<https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/95da70941b7cd226f9835d56017d08f4.pdf>>. Acesso em 02 set. 2019 às 17h29min.

Já quanto ao número de processos em segunda instância distribuídos entre 2009 e 2017, constatou-se um aumento de 85 % do número de ações de saúde.⁴⁵

Nota-se que diante da omissão do Estado na prestação dos serviços de saúde, surge para o cidadão a necessidade de buscar o judiciário para garantir o seu direito a uma saúde eficaz, e hoje mais do que nunca a saúde vem sendo um assunto de grande destaque.

Há de se apontar que apesar dos inúmeros benefícios referente a ativa atuação do judiciário na garantia dos direitos sociais, a constante omissão do Estado está por abarrotar o Poder Judiciário de ações individuais, tanto é verdade, que conforme destacado anteriormente teve um crescimento de cerca de 130% referente ao período de 2008 a 2017.⁴⁶

A judicialização da saúde não é fruto de um Poder Judiciário mais ativo e intervencionista, é consequência de um sistema de saúde público ineficaz e um anseio da população em garantir seus direitos, segundo dispõe:

A judicialização é muito mais fruto do aumento de demandas, em razão da maior consagração de direitos constitucionais e dos anseios populares, do que uma referência a um modelo de jurisdição fortalecido. Esse fenômeno não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante, como bem se observa no ativismo judicial; ao contrário, a judicialização é derivada de fatores exógenos à jurisdição, traçando o seguinte caminho: inicia com o amplo reconhecimento de direitos sociais, passa pela ineficiência do Estado em implementá-los e desaguam no aumento da litigiosidade.⁴⁷

Conclui-se que a judicialização da saúde é resultado da omissão do Estado, que quando não cumpre seu dever de fornecer um acesso igualitário e eficaz de saúde, obriga o usuário a recorrer aos Tribunais por meio de diversas ações individuais.

Apesar da tutela jurisdicional concretizar o direito à saúde para o indivíduo que dela recorre, essa garantia individual pode estar afetando o estabelecimento de políticas públicas que visem o acesso universal e igualitário a toda a coletividade, conforme definido pela Constituição que o direito social é direito de todos, devendo do Estado fazer escolhas de acordo com suas possibilidades de forma que os serviços atendam toda a sociedade, neste sentido assevera:

⁴⁵ CNJ- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: **Perfil das Demandas, Causas e Propostas de Solução**. 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/95da70941b7cd226f9835d56017d08f4.pdf>>. Acesso em 02 set. 2019 às 17h29min.

⁴⁶ CNJ- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: **Perfil das Demandas, Causas e Propostas de Solução**. 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/95da70941b7cd226f9835d56017d08f4.pdf>>. Acesso em 02 set. 2019 às 17h29min.

⁴⁷ MANDARINO, Renan Posella; FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves. **Ativismo Judicial e Judicialização da Política da Relação de Consumo: uma análise do controle jurisdicional dos contratos de planos de saúde privado no Estado de São Paul**. Ed. Revista Brasileira de Políticas Públicas. 2015.

Se de um lado é verdade que a efetivação do direito à saúde de um indivíduo se materializa quando este obtém uma medida judicial que garante acesso ao medicamento/tratamento postulado, de outro, também é verdade que essa efetivação pode estar sendo garantida mediante sacrifício de uma política pública estabelecida na busca pela universalidade e igualdade desse acesso a toda coletividade, condições estas indissociáveis do direito fundamental à saúde, nos moldes estabelecidos pela nova Constituição. O que está implícito no desenho constitucional desse direito social é o dever do Estado de fazer ponderações que possibilitem que a utilização dos bens e serviços disponíveis se dê de forma a garantir universalidade e igualdade de acesso.⁴⁸

Constata-se que o direito civil e o processo civil clássicos voltados as relações individuais não efetivam o direito a saúde porque não atendem o interesse de todo o público, “por isso, o processo coletivo mostra-se mais apropriado para a tutela jurisdicional do direito à saúde, já que, devido às suas peculiaridades como, por exemplo, a diferenciada extensão da coisa julgada *erga omnes*, gera potenciais benefícios a toda a coletividade.”⁴⁹

Por fim, observar-se que a garantia de recorrer ao Poder Judiciário em busca de concretizar os direitos sociais e fundamentais da coletividade, trata-se de materialização do princípio Constitucional do acesso à justiça, e por isso antes de aprofundar ao tema da tutela coletiva na efetivação do direito à saúde, cumpre aqui fazer menção a tal princípio.

2.4 DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

Como forma de concretização da judicialização, o princípio do acesso à justiça tem previsão constitucional e legal, dispõe o art.5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, no mesmo sentido dispõe o artigo 3º, do Código de Processo Civil, que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”.

O artigo 26, do Código de Processo Civil também faz referência ao princípio dispondo que a todos, independentemente de sua nacionalidade, é garantido o acesso à justiça. Observa-se:

⁴⁸ BORGES, Danielle da Costa Leite; SCHUMACHER, Mercedes. **O equilíbrio entre o individual e o coletivo na busca pela universalidade do Sistema Único de Saúde**. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, 2013. Disponível em <<https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/66/111>> Acesso em: 23 nov. 2019 às 18h47min.

⁴⁹ FAVARO, Bruno de Farias. **A tutela coletiva do direito à saúde: um estudo de caso sobre a Ação Civil Pública das insulinas na Justiça Federal de Criciúma**. Criciúma-SC, 2019. Disponível em: <<http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/6992/1/Bruno%20de%20Faria%20Favaro.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2019 às 19h22min.

Art. 26. A cooperação jurídica internacional será regida por tratado de que o Brasil faz parte e observará:

II - a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no Brasil, em relação ao acesso à justiça e à tramitação dos processos, assegurando-se assistência judiciária aos necessitados.

Nesse sentido, Mauro Capelletti e Bryant Garth afirmam que, apesar do termo acesso à justiça ser de difícil conceituação, a expressão caracteriza duas finalidades básicas do sistema jurídico, a primeira é que o judiciário deve realmente ser acessível a todos, garantindo que aquele que necessitar da tutela do Estado possa busca-lo, e segundo, o judiciário deve efetivar os direitos de maneira individual, mas que seja socialmente justa⁵⁰. Neste sentido afirma que:

A expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico, o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado que, primeiro deve ser realmente acessível a todos; segundo ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.⁵¹

O Acesso à Justiça como princípio, almeja a ideia da possibilidade de alcançar algo e no Direito representa o alcance justamente da justiça em sentido amplo. Neste sentido a doutrina disciplina que:

A concepção de acesso à Justiça, todavia, desbordou os limites da possibilidade de propor uma ação, como antigamente se pensava, para alcançar também a plena atuação das faculdades oriundas do processo e a obtenção de uma decisão aderente ao direito material, desde que utilizada a forma adequada para obtê-la.⁵²

Ultrapassando sua percepção de apenas possibilitar a propositura de uma ação, o acesso à justiça vai muito além, busca-se o integral exercício do processo legal objetivando a tutela jurisdicional que concretize direitos.

No âmbito do direito internacional, o princípio do acesso à justiça tem previsão legal na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, em seu artigo 8º que declara que:

Art. 8. toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial,

⁵⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988. Disponível em <<https://www.irib.org.br/app/webroot/publicacoes/diversos003/pdf.PDF>> Acesso em: 08 set. 2019 às 21h53min.

⁵¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988. Disponível em <<https://www.irib.org.br/app/webroot/publicacoes/diversos003/pdf.PDF>> Acesso em: 08 set. 2019 às 21h53min.

⁵² OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**. 1. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2015, p. 85.

estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.⁵³

O princípio do acesso à justiça é tratado como o princípio da inafastabilidade da jurisdição, representando por uma concepção de acesso à ordem jurídica justa ou acesso à tutela jurisdicional adequada “segundo o qual o Judiciário pode ser invocado, por quem quer que seja, para exercer o poder jurisdicional, sempre que houver lesão ou ameaça de lesão a direito subjetivo (inciso XXXV do art. 5º)”.⁵⁴

Essa nova visão do acesso à justiça é fundada em quatro ideias principais de entendimento, o amplo acesso ao processo, o devido processo legal, a decisão justa e a decisão eficaz, segundo entendimento de Daniel Amorim, que explica:

Em primeiro lugar, deve-se ampliar o máximo possível o acesso ao processo, permitindo-se que eventuais obstáculos sejam mínimos, senão inexistentes. Esse amplo acesso cresce em importância quando referente ao aspecto econômico da demanda e aos direitos transindividuais

Em segundo lugar, deve-se observar o respeito ao devido processo legal, em especial a efetivação do contraditório real e do princípio da cooperação. Significa dizer que as partes devem desempenhar um papel fundamental durante o processo, ampla participação e efetiva influência no convencimento do juiz.

A terceira “viga mestra” é a decisão com justiça, ainda que o conceito de justiça seja indeterminado, suscetível de certa dose de subjetivismo. O que se pode afirmar, com segurança, é que a missão de decidir com justiça não significa a permissão de julgamento prevista em lei (art. 140, parágrafo único, do Novo CPC). Trata-se de preferir a interpretação mais justa diante de várias possíveis, ou, ainda de aplicar a lei sempre se levando em consideração os princípios constitucionais de justiça e os direitos fundamentais.

Em quarto lugar, é a eficácia da decisão, portanto é essencial para se concretizar a promessa constitucional de inafastabilidade da jurisdição.⁵⁵

Desta maneira, essa concepção deve ser baseada em um acesso mais amplo ao judiciário em que todos possam buscar a tutela jurídica, sendo respeitado o devido processo legal, mantendo o contraditório e ampla defesa no processo, e que a decisão prolatada seja pautada na justiça e que tenha eficácia na sua aplicação.

Considerando a ideia de ampliação do acesso ao processo judicial, deverá ser resguardado a terceira ideia de entendimento do acesso à justiça que é a observância do devido

⁵³ **Convenção Internacional de Direitos Humanos.** Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em 08 set. 2019 às 20h38min.

⁵⁴ BERNARDES, Juliano Taveira, FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional**, Tomo II. 4ª ed, Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

⁵⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção, Novo Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo, JusPodivm, 2016, p. 3-4.

processo legal, pois de nada adiantará ampliar o acesso se o contraditório não for incentivado e respeito na busca do convencimento do juiz. Desta feita, o resultado dessa participação produzirá duas evidentes vantagens, uma maior pacificação social e consequentemente uma decisão de melhor qualidade, assim sustenta:

- a) Quanto mais ampla tiver sido a participação das partes, maiores serão as chances de obtenção de pacificação social, considerando-se que a parte derrotada que entender ter feito tudo que havia a fazer para entender seu interesse em juízo tende a se conformar mais facilmente com sua derrota;
- b) sendo a participação das partes amplas, o juiz terá mais elementos para valorar e proferir uma decisão de melhor qualidade.⁵⁶

Porém, de nada aproveitar-se-á ampliar o acesso e garantir o contraditório, se for proferida uma decisão injusta, é necessário que o juiz proferirá uma decisão com justiça, afim de dar uma solução eficaz a cada caso concreto, esta é a perspectiva do terceiro ponto de entendimento do acesso à justiça citado por Amorim.

Assim, a eficácia da decisão pode ser abarcada por três diferentes perspectivas, pela necessidade de tutela de urgência ampla, aumento dos poderes dos juízes na efetivação de suas decisões e o cumprimento da razoável duração processo. Esclarece:

A necessidade de tutela de urgência ampla, de forma a afastar concretamente o perigo de ineficácia representado pelo tempo necessário à concessão da tutela definitiva; A necessidade aumentar os poderes do juiz na efetividade de suas decisões, o que se pode fazer- como o direito brasileiro vem fazendo por dois caminhos distintos (a) disponibilizar ao juiz mecanismos de execução indireta, por meio dos quais poderá convencer o devedor que o melhor a fazer é cumprir a obrigação; (b) aumentar as sanções processuais a serem aplicadas pelo juiz na hipótese de não cumprimento ou criação de obstáculos à efetivação da decisão judicial, com especial ênfase ao ato atentatório à dignidade da justiça (contempto f court), previsto no art.77, parágrafo 2º do Novo CPC.

E Cumprir a promessa constitucional prevista no art.5º, LXXVIII, e no art.4º do Novo CPC, que garante às partes uma razoável duração do processo por meio da adoção de técnicas procedimentais do processo.⁵⁷

Na mesma perspectiva, os professores Mauro Cappelletti e Bryant Garth por meio do Projeto Florença, realizaram um estudo em vários países questionando a respeito das barreiras do acesso à justiça, concluindo que existem três principais obstáculos ao acesso à justiça, indo no mesmo sentido da citação de Daniel Amorim, citando como obstáculos ao acesso à justiça,

⁵⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo**. JusPodivm, 2016, p. 3.

⁵⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo**. JusPodivm, 2016, p. 4.

as custas judiciais do processo, a possibilidade das partes considerando o desequilíbrio do sistema jurídico e a falta de tutela quando o assunto é o interesse difuso.⁵⁸

Constatados tais obstáculos os professores propuseram algumas soluções as quais ficaram conhecidas como as ondas renovatórias de acesso à justiça, citando as seguintes:

- 1º Onda: assistência judiciária gratuita;
- 2º Onda: diz respeito à tutela dos interesses difusos. Compreendendo aqui, novamente, os direitos coletivos lato sensu;
- 3º Onda: chamaram de novo enfoque, New approach, do acesso à justiça, as quais seriam reformas do sistema judiciário, incluindo as alterações nos procedimentos, mudança na estrutura dos tribunais, criação de novos tribunais, mudanças no próprio direito material para evitar litígios, para facilitar a solução de litígios e também a utilização de mecanismos privados ou informais para resolução de controvérsias. Surgindo assim, um foco maior nos meios alternativos de solução de controvérsias.⁵⁹

Nesse entendimento, a primeira solução referente às custas judiciais, dando como solução a assistência judiciária gratuita, por meio da qual aqueles que não possuem condições econômicas de arcar com as custas de um processo, poderão mediante comprovação se valer da gratuidade processual.

A segunda solução refere-se aos interesse difusos, afirmando que a tutela dos interesse difusos devem ser tratados com mais atenção, e conforme será analisado em capítulo próprio a tutela dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, são de suma importância nos dias atuais, uma vez que visa desafogar o judiciário das ações individuais e atender uma coletividade de maneira mais precisa, e tendo um alcance *erga omnes*.

A terceira solução refere-se ao desequilíbrio do sistema de justiça, declara que é necessário um novo enfoque do acesso à justiça, devendo ser priorizado as medidas alternativas de resolução de conflitos.

Nota-se que o acesso à justiça não se trata apenas de uma garantia de alcance do judiciário, mas aborda uma disposição constitucional que garante o acesso a uma ordem jurídica justa e efetiva, tendo o sistema jurídico que garantir adequada e justa aplicação do Direito.

Assim, a primeira ideia de ampliação de acesso à justiça apresentado, é bastante influenciada por meio do acesso das pessoas hipossuficientes e daqueles que não possuem

⁵⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988. Disponível em <<https://www.irib.org.br/app/webroot/publicacoes/diversos003/pdf.PDF>> Acesso em: 08 set. 2019 às 21h53min.

⁵⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988. Disponível em <<https://www.irib.org.br/app/webroot/publicacoes/diversos003/pdf.PDF>> Acesso em: 08 set. 2019 às 21h53min.

condições financeiras de arcar com custas de um processo judicial, valendo-se da assistência judiciária gratuita, dos Juizados Especiais, da Defensoria Pública e do Ministério Público para dar a essas pessoas o necessário o acesso.

Referente ao tema sobre a justiça gratuita, atualmente no Brasil existem dois sistemas, o primeiro denominado Judicare que é uma adaptação do sistema de saúde público utilizado nos Estados Unidos da América, também chamada de “Medicare”.⁶⁰

Mauro Cappelletti, explica que o sistema Judicare é uma assistência judiciária gratuita, trata-se um sistema de advogados particulares que defendem os direitos dos mais necessitados e menos favorecidos, sendo que estes advogados são remunerados pelo próprio Estado.⁶¹

Já o segundo sistema, é o Sistema de Assistência Judiciária Gratuita, onde os advogados são contratados por um regime público, ou seja, são contratados como servidores públicos, onde é criada uma estrutura dentro do próprio governo com objetivo de atender os interesses de pessoas hipossuficientes.⁶²

Por meio da Constituição Federal de 1988, em seu inciso LXXIV, dispõe que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, referindo-se que no Brasil será adotado o segundo sistema, o sistema de Assistência Judiciária Gratuita por meio do qual o governo brasileiro possui uma estrutura própria de defensores, que irão atuar na defesa daqueles que comprovarem não ter condições financeiras para custear o processo.

O STF decidiu que o artigo 134 da Constituição Federal, reflete um dever de instituir e de estruturar o órgão da Defensoria Pública nos Estados, inclusive decidiu que o judiciário pode atuar para determinar o suprimento da omissão quando os Estados não estruturarem a Defensoria Pública, inclusive definindo prazo para que esses estados tomem providências para sua implantação. Neste sentido o seguinte julgado:

[...] Assiste a toda e qualquer pessoa especialmente àquelas que nada têm e que de tudo necessitam uma prerrogativa básica essencial à viabilização dos demais direitos e liberdades fundamentais, consistente no reconhecimento de que toda pessoa tem

⁶⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988. Disponível em <<https://www.irib.org.br/app/webroot/publicacoes/diversos003/pdf.PDF>> Acesso em: 08 set. 2019 às 21h53min.

⁶¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988. Disponível em <<https://www.irib.org.br/app/webroot/publicacoes/diversos003/pdf.PDF>> Acesso em: 08 set. 2019 às 21h53min.

⁶² CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988. Disponível em <<https://www.irib.org.br/app/webroot/publicacoes/diversos003/pdf.PDF>> Acesso em: 08 set. 2019 às 21h53min.

direito a ter direitos, o que põe em evidência a significativa importância jurídicoinstitucional e político-social da Defensoria Pública. O descumprimento, pelo Poder Público, do dever que lhe impõe o art. 134 da Constituição da República traduz grave omissão que frustra, injustamente, o direito dos necessitados à plena orientação jurídica e à integral assistência judiciária e que culmina, em razão desse inconstitucional inadimplemento, por transformar os direitos e as liberdades fundamentais em proclamações inúteis, convertendo-os em expectativas vãs. É que de nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apoiam além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredidos por particulares também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (CF, art. 134), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, inciso LXXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134, ambos da Constituição da República. O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um “facere” (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impõe, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse “non facere” ou “non praestare” resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.⁶³

No citado julgado, o STF basicamente decidiu que é possível o controle jurisdicional de legitimidade da omissão do estado pela inexecução do programa constitucional destinado a viabilizar o acesso à justiça dos necessitados. Logo, o judiciário pode determinar a implementação de políticas públicas sem que seja ofendido a separação de poderes.

Na mesma perspectiva da decisão anterior, foi de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, em uma Ação Direta contra a Constituição do Estado de Santa Catarina e de uma Lei Complementar, concluindo que o Estado não poderia se valer para sempre de um convênio com a Ordem dos Advogados do Brasil, devendo instituir uma Defensoria Pública Estadual, admitindo por mais um ano o sistema Judicare a partir da data do julgamento. Nesta perspectiva o seguinte julgado:

Ementa: Art. 104 da constituição do Estado de Santa Catarina. Lei complementar estadual 155/1997. Convênio com a seccional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SC) para prestação de serviço de “defensoria pública dativa”. Inexistência, no Estado de Santa Catarina, de órgão estatal destinado à orientação jurídica e à defesa dos necessitados. Situação institucional que configura severo ataque à dignidade do ser humano. Violação do inc. LXXIV do art. 5º e do art. 134, caput, da redação originária da Constituição de 1988. Ações diretas julgadas procedentes para declarar

⁶³ BRASIL. **Superior Tribunal Federal**, AI 598212 ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 25/03/2014.

a inconstitucionalidade do art. 104 da constituição do Estado de Santa Catarina e da lei complementar estadual 155/1997 e admitir a continuidade dos serviços atualmente prestados pelo Estado de Santa Catarina mediante convênio com a OAB/SC pelo prazo máximo de 1 (um) ano da data do julgamento da presente ação, ao fim do qual deverá estar em funcionamento órgão estadual de defensoria pública estruturado de acordo com a Constituição de 1988 e em estrita observância à legislação complementar nacional.⁶⁴

Referente a terceira onda renovatória de acesso à justiça que diz respeito às reformas no sistema jurídico e a promoção dos meios de resolução de conflitos, consta no artigo 3º, incisos I as III, do Código de Processo Civil algumas previsões sobre os meios alternativos de solução de conflitos, como a arbitragem, conciliação e mediação. Explica:

Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

A busca pela reforma dos tribunais regulares, tem sido através de alternativas mais rápidas e menos dispendiosas, como é o caso das ações consensuais, que cria uma relação mais harmoniosa entre o judiciário e a população.

Quanto à arbitragem que é regida pela Lei Federal nº 9.307/96, cuja constitucionalidade o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de declarar, e entendeu que muito embora a arbitragem afaste atuação do Judiciário, ela não viola o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, e portanto não viola o princípio do acesso à justiça porque foi a própria parte que manifestou a vontade de excluir atuação do Judiciário quando celebrou o contrato com a cláusula com promissória.⁶⁵

Por fim, apesar das diversidades, o acesso à justiça é garantia crucial ao cidadão dando a este a faculdade de buscar o Judiciário quando houver violação da lei ou quando seus direitos fundamentais estão sendo infringidos.

Como é o caso da violação ao direito a saúde, como será abordado posteriormente, o Conselho Nacional de Justiça publicou neste ano, que as demandas sobre saúde tiveram um

⁶⁴ LC **80/1994**. ADI 4270, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2012.

⁶⁵ STF, SE 5206, AgR / EP - ESPANHA, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Plenário, julgamento 12/12/2001.

aumento de 130 % entre os anos de 2008 à 2017, nota-se que a população está cada vez mais ativa na busca de seus direitos, e cada vez mais tem garantido seu direito de acesso à justiça.⁶⁶

Contudo, tal aumento não há de ser considerado como um privilégio de acesso à justiça, mas observado que se tantas pessoas tem buscado o judiciário para tutelar seus direitos, como o acesso à medicamentos, procedimentos e outros recursos médicos, o Estado que é quem tem o dever de prestar tal direito, não está cumprindo com o seu dever constitucional.

Conclui-se que a judicialização da saúde apesar de ser uma expressão do direito de acesso ao Judiciário, é resultado da omissão do Estado que quando não cumpre seu dever de fornecer um acesso igualitário e eficaz de saúde, obriga o usuário a recorrer aos Tribunais.

E quando ajuizadas essas ações judiciais, uma das corriqueiras alegações do Poder Público para justificar o descumprimento da norma constitucional na efetivação do direito à saúde, é o princípio da reserva do possível, condicionando o cumprimento dos direitos fundamentais a sua disponibilidade orçamentaria, o qual será explicado a seguir.

2.5 DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Surgido na doutrina constitucionalista alemã, ocasião em que foi citada como um limite ao acesso de estudantes a uma universidade, no Brasil o princípio da reserva do possível é utilizada de maneira corriqueira pelo Poder Público como uma oposição à judicialização da saúde, vez que serve como justificativa para limitar o poder do Estado na efetivação dos direitos fundamentais, nesse sentido alude que:

A reserva do possível é entendida como limite ao poder do Estado de concretizar efetivamente direitos fundamentais a prestações, tendo por origem a doutrina constitucionalista alemã da limitação de acesso ao ensino universitário de um estudante (*numerus-clausus Entscheidung*). Nesse caso, a Corte Constitucional alemã (*Bundesverfassungsgericht*) entendeu existirem limitações fáticas para o atendimento de todas as demandas de acesso a um direito.⁶⁷

De acordo com a reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais estão condicionados a disponibilidade de recursos financeiros repassados pelo o Estado,

⁶⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: **Perfil das Demandas, Causas e Propostas de Solução**. 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/95da70941b7cd226f9835d56017d08f4.pdf>>. Acesso em 02/09/2019.

⁶⁷ CALIENDO, Paulo. **Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 200.

disponibilidade que se encontra no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, por meio do orçamento público. Assim, as prestações na área da saúde dependem da existência de recursos econômicos do orçamento estatal. Afirma:

A autêntica teoria da reserva do possível, a qual não se refere direta e unicamente à existência de recursos materiais suficientes para a concretização do direito social, mas à razoabilidade da pretensão deduzida com vistas a sua efetivação, acabou, no Brasil, tornando-se a teoria da reserva do financeiramente possível, na medida em que se considerou como limite absoluto à efetivação de direitos fundamentais sociais (I) a suficiência de recursos públicos e (II) a previsão orçamentária da respectiva despesa.⁶⁸

Neste ponto de vista, no Brasil a teoria da reserva do possível se tornou a teoria do financiamento possível, condicionando a efetivação dos direitos fundamentais, a suficiência de recursos público disponível e a previsão orçamentaria, tratando os direitos fundamentais como uma mera discricionariedade da Administração Pública.

Considera-se que a escassez de recursos é resultado de um conjunto de más decisões políticas, vez que falta ponderação entre o bem jurídico da vida, que é objetivo do direito social, e os outros bens jurídicos que recebem a dotação financeira, o que apresenta risco a exigibilidade dos direitos fundamentais. Neste sentido assevera:

A prevalência do econômico sobre o jurídico foi se demonstrando sob a forma de incomunicabilidade dos sistemas. O sistema econômico, o sistema político e o sistema jurídico tem linguagens diferentes. É neste ambiente que a reserva do possível surgiu como argumento freqüente em processos judiciais envolvendo demanda pelos cidadãos de prestações previstas na Constituição Federal e não cumpridas. Daí veio a necessidade de se adequar às prestações sociais com as reservas orçamentárias, surge então no Brasil a RESERVA DO POSSÍVEL.⁶⁹

Há necessidade de ser adotada uma concepção de direitos humanos, devendo assim “ser rejeitadas todas as teorias conservadoras que subordinam o papel do Estado aos interesses dos governantes, e contra a sociedade, especialmente os menos favorecidos, sendo exemplos, as teorias da reserva do possível [...]”.⁷⁰

Em consonância, Thereza Catharina destaca que os Tribunais tem entendido pela não aplicação do princípio, fundamentando que os direitos sociais e fundamentais como o direito a

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.286.

⁶⁹ ARAÚJO, Kátia Patrícia de. **Reserva do Possível os Direitos Fundamentais Frente à Escassez de Recursos**. 1.ed. Revista Acadêmica, Vol. 83, 2011. p.447.

⁷⁰ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Direito fundamental à saúde**: propondo uma concepção que reconheça o indivíduo como seu destinatário. A Leitura: Caderno da Escola Superior de Magistratura do Estado do Pará, v. 5, p. 144.

saúde, são o fundamento do próprio Estado, assim, a importância do direito a saúde deve prevalecer sobre as despesas públicas, neste sentido explana sua concepção:

A jurisprudência pátria vem-se consolidando pela inaplicabilidade e pela fragilidade da sustentação, pelo Estado, da teoria da reserva do possível, em relação a direitos fundamentais, sob o fundamento de que sua aplicação nulificaria garantias constitucionais como o direito à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana, que fundam a própria razão de ser do Estado, comprometendo o mínimo existencial do ser humano. Assim, num eventual conflito entre as despesas públicas e a implementação do direito à saúde e à vida, deverá prevalecer o direito fundamental.⁷¹

De acordo com a Constituição Federal o direito à saúde tem eficácia imediata não devendo ser condicionada a questão da reserva do possível, pelo contrário, deverá ser por ela delimitada, de maneira adequada e em consonância aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana, neste sentido assevera que:

Alegar o “custo” de um direito revela a tendência de “mercantilizá-lo” e mesmo de fundar uma relação em um “modelo de contrato”, onde o exato valor dos polos da relação implica em um valor apropriável para determinado estamento. É certo que, nesta sociedade e neste Estado que vivemos, os recursos financeiros são escassos. Mas essa escassez não autoriza a escolha de qual o direito a ser atendido. Na realidade, não há escassez quando há responsabilidade social. A escassez começa onde a ausência de solidariedade impera. É absolutamente certo que a escassez pode ser combatida, com grande eficiência, através da colaboração sempre que presente um adequado sentido de solidariedade de todos, particulares e poder público.⁷²

Apesar de serem reais as dificuldades orçamentarias pelas quais passam o Poder Público, este não pode desrespeitar a Constituição Federal violando seu cumprimento sob a alegação da reserva do possível.

Não deve o orçamento ser usado como parâmetro de escolha de qual direito será prestado, o que está em jogo é um bem maior, a vida, um direito indisponível que deve ser garantido sua manutenção por meio de uma prestação adequada e eficaz de saúde para toda a coletividade.

Partindo da premissa de que o direito e o processo civil clássico de interesse individual não atendem de forma efetiva o interesse público intrínseco no direito à saúde, e que o judiciário

⁷¹ MADEIRA, Thereza Catharina Afonso Ferreira. **A Ação Civil Pública como Instrumento do Ministério Público na Defesa de Interesses Individuais para Tratamento de Saúde**. 2018. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/edicoes-do-boletim/at_download/file>. Acesso em 20 out. 2019 às 15h47min..

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. **Democracia: separação de poderes eficácia e efetividade do direito à saúde no judiciário brasileiro**. Observatório do Direito à Saúde. Belo Horizonte: Faculdade de filosofia e Ciências Humanas, 2010/2011. p. 78.

encontra-se abarrotado de ações individuais, passará a analisar à tutela coletiva, principalmente a Ação Civil Pública como ferramenta de efetivação do direito à saúde e como solução ao abarrotamento do judiciário.

3 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A Ação Civil Pública é uma medida processual coletiva, conferida pela Lei nº 7.347 publicada em 24 de julho de 1985, a qual dispõe sobre a tutela dos direitos e interesses transindividuais, na proteção dos direitos difusos e coletivos, em seu artigo 1º, inciso IV, dispõe sobre a tutela de “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”.

Com o avanço legislativo e com o advento do Código de Defesa do Consumidor em 11 de Setembro de 1990, agregou-se também a Ação Civil Pública a tutela dos direitos individuais homogêneos.

Com isso o artigo 21, da Lei de Ação Civil Pública dispõe que, “aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

Desta forma, sempre que houver interesse público e social envolvido será cabível a Ação Civil Pública, em geral prevendo medidas destinadas ao processamento de demandas preventivas, reparatórias e cautelares.

Em consonância, o Código de Defesa do Consumidor prevê em seu artigo 81, sobre o exercício individual ou coletivo, destacando especialmente em seu parágrafo único e incisos sobre a defesa coletiva, *in verbis*:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

A Ação Civil Pública protege direitos coletivos que na verdade tratam-se de direitos transindividuais, que são aqueles que ultrapassam de um único indivíduo e são indivisíveis, podendo tutelar direitos difusos, coletivos e ainda os individuais homogêneos, porém este último refere-se a direitos subjetivos individuais e não coletivos, mas sua qualidade de homogêneo o relaciona com os outros direitos individuais semelhantes permitindo sua defesa de forma coletiva, conforme explanação que segue:

Direito coletivo é direito transindividuais (sem tutelar determinado) e indivisível. Pode ser difuso ou coletivo stricto sensu. Já os direitos individuais homogêneos são, na verdade, simplesmente direitos subjetivos individuais. A qualidade de homogêneos não desvirtua essa sua natureza, mas simplesmente os relaciona a outros direitos individuais assemelhados, permitindo a defesa coletiva de todos eles.⁷³

A tutela dos interesses coletivos regulamentada pela Lei de Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor é de elevada importância, pois os cidadãos podem ter suas pretensões analisadas pelo Poder Judiciário, ou seja, efeito prático do princípio do livre acesso à justiça aliado a celeridade e economia processual.

A esse respeito Sérgio Cruz Arenhart assevera que:

A defesa coletiva de direitos individuais atende aos ditames da economia processual; representa medida necessária para desafogar o Poder Judiciário, para que possa cumprir com qualidade e em tempo hábil as suas funções; permite e amplia o acesso à justiça, principalmente para os conflitos em que o valor diminuto do benefício pretendido significa manifesto desestímulo para a formulação da demanda; e salvaguarda o princípio da igualdade da lei, ao resolver molecularmente as causas denominadas repetitivas, que estariam fadadas a julgamentos de teor variado, se apreciadas de modo singular.⁷⁴

Mas do que efetivar direitos, a tutela coletiva traz benefícios quanto a economia processual e trata-se de medida necessário em meio a um Judiciário abarrotado, atuando de forma hábil e ampliada na resolução de demandas com causas repetitivas.

Avançando no assunto, o artigo 1º da Lei nº 7.347/85, deixa claro a ideia de que a Ação Civil Pública é meio adequado as situações referente a responsabilização por danos morais e patrimoniais, causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, por infração de ordem econômica e da economia popular, à ordem urbanística e, em especial, quando trata-se de qualquer outro interesse difuso e coletivo, e consequentemente aplicando-se no que for cabível os direitos individuais homogêneos.

Sobre a Ação Civil Pública Maria Sylvia Zanella Di Pietro consigna que:

Constitui pressuposto da ação civil pública o dano ou a ameaça de dano a interesse difuso ou coletivo, abrangidos por essa expressão o dano ao patrimônio público e social, entendida a expressão no seu sentido mais amplo, de modo a abranger o dano

⁷³ ZAVASCKI, Teori Albino. **Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos**. Revista de Informação Legislativa. 1995. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176342>> Acesso em: 20 nov. 2019 às 19h44min..

⁷⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia**. Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.216.

material e o dano moral. Com a expressão interesse difuso ou coletivo, constante do artigo 129, III, da Constituição, foram abrangidos os interesses públicos concernentes a grupos indeterminados de pessoas (interesse difuso) ou a toda a sociedade (interesse geral); a expressão interesse coletivo não está empregada, aí, em sentido restrito, para designar o interesse de uma coletividade de pessoas determinada, como ocorre com o mandado de segurança coletivo, mas em sentido amplo, como sinônimo de interesse público ou geral. Abrange, especialmente, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio histórico ou cultural, à ordem econômica, à ordem urbanística ou a qualquer interesse que possa enquadrar-se como difuso ou coletivo.⁷⁵

Conforme já citado, o artigo 81, parágrafo único, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, conceitua os interesses e direitos transindividuais como interesses ou direitos difusos de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

Jose Carlos Barbosa Moreira enumera os traços característicos dessa ação coletiva, *in verbis*:

Evidencia-se, pois, que são seus traços característicos: 1) a indivisibilidade; 2) a indeterminação dos titulares (p.e., em uma questão ligada ao meio ambiente); e 3) a ligação por circunstâncias de fato (p.e., morar em uma determinada região). Nessa hipótese, o dano a um implica a lesão a todos; a reparação a um conduz à satisfação de todos.⁷⁶

Uma das primeiras características diz respeito à transindividualidade, destacando que os direitos difusos ultrapassam o próprio interesse do indivíduo, para atingir uma dimensão coletiva, a segunda característica é sua natureza indivisível, que o direito violado atinge todos os indivíduos da coletividade, e por último os titulares do direito estão ligados por situação de fato, desta forma o dano causado e sua reparação é de interesse de todos.

De forma objetiva e especificada, os direitos difusos são aqueles que todo o ser humano possui pela simples qualidade de ser um ser humano, são direitos sociais de interesse de toda a população, como é o caso do direito à saúde pública. Observa-se:

Direitos Difusos: basicamente, aqueles que todo brasileiro possui pela mera condição de brasileiro ou indivíduo humano. São direitos difusos o meio-ambiente equilibrado, a segurança pública, a saúde pública, a ordem econômica etc. Deve-se pensar nestes direitos como objetos de interesse da população em geral. Se o povo brasileiro for lesado, provavelmente um direito difuso foi violado.⁷⁷

⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, p.894.

⁷⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual**. Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 42.

⁷⁷ MORAES, Isa. **Ação Civil Pública**: uma forma de defender direitos coletivos. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/acao-civil-publica/>> Acesso em: 20 nov. 2019 às 22h54min.

Na sequência, os interesses ou direitos coletivos são aqueles considerados transindividuais, e de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Tendo como características a indivisibilidade, a determinação e a ligação entre a relação jurídica básica.

Ao contrário do direito difuso em os interessados estão ligados pela fato de seres humanos, no direito coletivo possuem “pessoas ligadas por uma relação mais específica que a de cidadão brasileiro, por exemplo, participantes de um grupo ou classe, como os trabalhadores de uma certa categoria, ou um grupo de consumidores lesionados por um serviço específico.”⁷⁸

Atinente a esse assunto o doutrinador Marcelo da Silva Oliveira contribui:

No tocante aos direitos coletivos (*strictu sensu*), são suas marcas: 1) a indivisibilidade; 2) a determinação apenas relativa dos interessados (pois pertencem a grupo, categoria ou classe de pessoas); e 3) a ligação pela mesma relação jurídica básica preexistente à lesão ou ameaça. Com o uso da expressão “transindividuais de natureza indivisível” descartou-se a idéia de interesses individuais agrupados ou mero feixe de interesses individuais da totalidade dos membros de uma entidade ou de parte deles, até mesmo porque, na tutela coletiva, a condenação é sempre genérica. A determinabilidade, oriunda da relação jurídica base, é o traço que diferencia os direitos coletivos dos difusos (indetermináveis, mas decorrentes de ligação fática).⁷⁹

Percebe-se que a expressão de direito transindividual trazida pela lei diz respeito a titularidade, a divisibilidade e a origem do direito material franqueando e ampliando o acesso da tutela individual pela via coletiva.

O autor Fernando Fonseca Gajardoni, em seu livro *Direitos Difusos e Coletivos*, afirma que:

[...] os direitos ou interesses naturalmente coletivos, cujos representantes são os direitos e interesses difusos e coletivos (*stricto sensu*). Estes direitos e interesses, de natureza transindividual, caracterizam-se pela indivisibilidade e publicidade do objeto. Indivisíveis porque há a impossibilidade de fruição exclusiva do bem por um indivíduo com exclusão dos demais, de modo que tanto a lesão quanto a satisfação do direito atingem, indistintamente, a todo o grupo. São públicos porque estes direitos e interesses são insuscetíveis de apropriação privada (a parcela de interesse individual sobre estes bens e direitos costuma ser pequena).⁸⁰

⁷⁸ MORAES, Isa. **Ação Civil Pública**: uma forma de defender direitos coletivos. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/acao-civil-publica/>> Acesso em: 20 nov. 2019 às 22h54min.

⁷⁹ OLIVEIRA, Marcelo da Silva. A Ação Civil Pública e a Tutela dos Direitos Individuais Homogêneos pelo Ministério Público. **Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed.** Territ., Brasília, Ano 10, Volume 20, jul./dez. 2002. Disponível em: <http://www.escolamp.org.br/arquivos/20_05.pdf> . Acesso em 20 out. 2019 às 15h43min.

⁸⁰ GAJARDONI, Fernando Fonseca. **Col. saberes do direito 34: Direitos difusos e coletivos I** (teoria geral do processo coletivo), 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Os direitos e interesses naturalmente coletivos também possuem natureza transindividual e como característica são conhecidos pela indivisibilidade e publicidade, indivisíveis porque só podem ser considerados como um todo, tendo como objetivo atender a coletividade, grupo, categoria ou classe, e são públicos porque são de interesse de toda a sociedade e não de apenas um indivíduo.

A possibilidade de se individualizar os titulares de determinado direito diz respeito ao grupo, por sua vez, o objeto leva em conta o próprio interesse e possibilidade de ser dividido aos indivíduos coletivamente tratados e a natureza do elo que torna comum o interesse de determinado grupo diz respeito a sua origem.

Por fim, os interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum, que apesar se trata-se de direitos subjetivos são abarcados pelo direito coletivo em razão de seus reflexos na sociedade. E possuem como característica, a divisibilidade, a determinação e ligação por circunstâncias fáticas comuns.

Ainda Marcelo da Silva Oliveira define os direitos individuais homogêneos:

Por sua vez, os direitos individuais homogêneos identificam-se pela: 1) divisibilidade; 2) determinação do grupo, categoria ou classe de pessoas interessadas; e 3) ligação por circunstâncias fáticas comuns. Essa nova categoria de direitos que, embora constituam verdadeiros direitos subjetivos tradicionais (divisíveis e patrimoniais), passíveis, portanto, de tratamento individualizado, tem a justificativa de seu tratamento coletivo em razão de conveniências dos interesses da coletividade, diante das dimensões e repercussões no meio social.⁸¹

Possuem entre suas características a divisibilidade que significa que nos direitos individuais homogêneos é possível a identificação seus titulares, podendo ser determinados por um grupo, uma categoria ou uma classe, daí surge sua dimensão coletiva, e por fim estão ligados por situações de fato comuns, mas que possam ter alcance social.

Da mesma maneira, Fernando Fonseca Gajardoni, destaca em seu livro Direito Difusos e Coletivos o conceito e os benefícios da tutela dos direitos individuais homogêneos:

Assim o fez porque, por meio do emprego da técnica processual coletiva, é possível se obter tutela conjunta a uma série de pretensões individuais repetidas (ações repetitivas), com os seguintes ganhos: a) molecularização dos conflitos: enfrentamento do litígio pelo conjunto dos conflitos individuais (molécula), e não um

⁸¹ OLIVEIRA, Marcelo da Silva. A Ação Civil Pública e a Tutela dos Direitos Individuais Homogêneos pelo Ministério Público. **Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed.** Territ., Brasília, Ano 10, Volume 20, jul./dez. 2002. Disponível em: <http://www.escolamp.org.br/arquivos/20_05.pdf> . Acesso em 20 out. 2019 às 15h43min.

a um (átomo), o que permite uma visão global do fenômeno e das suas consequências sociais e econômicas; b) economia processual: com um menor gasto processual (uma ou algumas demandas coletivas), obtém-se um resultado muito maior do que o processamento individual destas pretensões (milhares de demandas); c) redução de custos: diminui-se o asseio do Poder Judiciário, cujo custo econômico e temporal para processar uma única ou algumas demandas coletivas é bem menor do que o gasto para o processamento de milhares de ações individuais repetidas (originadas do mesmo evento); d) uniformidade das decisões: evitam-se decisões contraditórias e o no-minado “efeito loteria”, em que parte do grupo sai vencedora por conta do ajuizamento de ações individuais em dada unidade judicial, enquanto outro grupo, sorteado (via distribuição) para ser julgado por outra unidade judicial, sai vencido; e e) aumenta-se o acesso à Justiça: há bens ou direitos que, do ponto de vista da tutela individual, seriam economicamente desinteressantes (vide Capítulo 2, supra), de modo que a única maneira de serem defendidos é por meio do emprego da técnica coletiva, permitindo-se que um ente exponencial (legitimado ativo eleito pelo legislador) possa agir em nome de toda a coletividade prejudicada.⁸²

Apesar de individual são tuteladas pelo direito coletivo por dispõe de alguns benefícios como a molecularização dos conflitos, economia processual, redução de custos, uniformidade das decisões, aumento do acesso à Justiça.

A molecularização quer dizer que os litígios serão tratados de forma conjunta, desta forma alcançarão uma economia processual pois as ações coletivas substituíram várias ações individuais, e consequentemente com uma menor quantidade de processos em tramitação se gastará menos. Em consonância, ajuizando-se uma única ação de interesse coletivo as decisões serão uniformes garantindo a segurança jurídica, e por derradeiro, a tutela dos direitos individuais homogêneos permitirá a efetivação do acesso à justiça de forma justa.

Hugo Nigro Mazzilli alerta que é possível discutir além de uma só espécie de interesse transindividual em Ação Civil Pública:

Constitui erro comum supor que, em ação civil pública ou coletiva, só se possa discutir, por vez, uma só espécie de interesse transindividual (ou somente interesses difusos, ou somente coletivos ou somente individuais homogêneos). Nessas ações, não raro se discutem interesses de mais de uma espécie. Assim, à guisa de exemplo, numa única ação civil pública ou coletiva, é possível combater os aumentos ilegais de mensalidades escolares já aplicados aos alunos atuais, buscar a repetição do indébito e, ainda, pedir a proibição de aumentos futuros; nesse caso, estaremos discutindo, a um só tempo: a) interesses coletivos em sentido estrito (a ilegalidade em si do aumento, que é compartilhada de forma indivisível por todo o grupo lesado); b) interesses individuais homogêneos (a repetição do indébito, proveito divisível entre os integrantes do grupo lesado); c) interesses difusos (a proibição de imposição de aumentos para os futuros alunos, que são um grupo indeterminável).⁸³

⁸² GAJARDONI, Fernando Fonseca. **Col. saberes do direito 34:** Direitos difusos e coletivos I (teoria geral do processo coletivo), 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁸³ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo:** meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 28. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

A definição dos interesses que serão tutelados pela Ação Civil Pública dependerá de cada caso e de seus interesses, sendo possível que a ação aborde tantos um ou outro, podendo tutelar direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos em uma única ação.

É instrumento amplo, apto tanto a tutela preventiva como a tutela reparatória, visando obter tanto a reparação pecuniária por meio da indenização, como para a reparação pessoa por meio das obrigações de fazer ou não fazer, conforme dispõe:

Visto isoladamente, o art.1º da Lei poderia conduzir à suposição de que a ação civil público tem finalidade puramente reparatória, ou seja, seria destinada unicamente a obter condenação de ressarcimento de danos já causados. Todavia, no art.3º, prevê-se a possibilidade de obter, também, provimentos que imponham prestações de fazer ou não fazer. E no seu artigo 4º, a Lei prevê a possibilidade de “ser ajuizada ação cautelar [...] objetivando, inclusive, evitar o dano [...]” aos bens jurídicos por ela tutelados. Ora, apesar de denominada de cautelar, a ação destinada a evitar dano a direito material é evidentemente vocacionada a obter tutela preventiva. Não se trata, portanto, de tutela cautelar provisória, formada à base de juízos de verossimilhança, para conferir garantia à utilidade do processo, sujeira a modificação ou revogação], mas de tutela definitiva (embora preventiva) do próprio direito material tutela formada à base de cognição exauriente, apta a formar coisa julgada material.⁸⁴

Desse modo, em relação ao titular do direito material coletivo o direito difuso diz respeito a um conjunto de pessoas indeterminadas. Já o direito coletivo é titular uma coletividade formada por um grupo, categoria ou classe de pessoas, podendo ser identificadas por elas. E por sua vez os direitos individuais homogêneos pertencem a uma comunidade formada de pessoas individualizadas, ou seja, conjunto de vítimas ou lesados, podendo ser determináveis ou indeterminadas. Apesar dessa classificação a ocorrência cumulativa não é descartada, pois um mesmo fato possa originar pretensões difusas, coletivas e individuais homogêneas.

3.1 LEGITIMIDADE ATIVA

Um dos aspectos fundamentais na tutela dos interesses transindividuais, refere-se a representação em juízo, pois os interesses e direitos transindividuais possuem titularidade indeterminada, desta feita, considerando sua indeterminação de titular não é possível deixar que os beneficiados que se sentirem prejudicados busquem a sua defesa.

Conforme exemplo dado por Fernando Fonseca “o titular “A” do direito, certo de que o titular “B” o tutelar com benefícios a todos, deixa de agir, enquanto que o titular “B”, certo

⁸⁴ ZAVASCKI, Teoria Albino. **Antecipação da Tutela**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.60.

de que o titular “A” ou “C” ou “D” o defenderá, com benefícios a todos, também deixa de atuar, e assim sucessivamente”⁸⁵, se assim fosse, no final ninguém agiria na defesa de seus direitos, chegando a uma imobilização social.

Desta forma, foi estabelecido um modelo de processo coletivo por meio da representação coletiva, na atuação em favor destes titulares indeterminados, sendo definidos pela Lei nº 7.347/85, em seu artigo 5º, que são legitimados a interpor ação civil pública, o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, também as autarquia, empresas públicas, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil, ou que inclua entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Vale destacar, que referente a defesa dos direitos difusos e coletivos, a Constituição Federal em seu artigo 129, inciso III, declara que constitui função institucional do Ministério Público defender tais direitos por meio da Ação Civil Pública. Desta forma, por meio de uma legitimidade ampla e irrestrita o Ministério Público poderá promover ação civil pública, visando a proteção dos direitos ou interesse difusos e coletivos, uma vez que, abordam a efetividade de suas funções institucionais. Destaca Marcela Vaz:

Neste sentido, o papel constitucional da Ação Civil Pública é de dar ao Ministério Público, responsável pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, uma ferramenta para sua atuação, de forma autônoma e independente, na defesa e proteção dos interesses difusos e coletivos, portanto, um meio para garantir a observância dos direitos e garantias constitucionais dos mais vulneráveis, das minorias.⁸⁶

De forma contrária, as demais pessoas de direito público legitimadas para interposição da ação, não possuem legitimidade tão ampla e incondicional como possui o Ministério Público, conforme preconiza Teori Albino Zavascki:

⁸⁵ GAJARDONI, Fernando Fonseca. **Col. saberes do direito 34: Direitos difusos e coletivos I** (teoria geral do processo coletivo), 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁸⁶ AUGUSTO, Marcela Vaz. ANDRÉIA, Gianfranco Faggin Mastro. **Ações Coletivas como instrumento de concretização de políticas públicas: o caso do ativismo judicial dialógico no TJSP**. Revista de Direito Constitucional e Internacional Vol.97. 2016. Disponível em:

<file:///G:/TCC/3%20capitulo/A%C3%A7%C3%A3o%20coletiva.PDF> Acesso em: 19 out. 2019 às 09h21min.

Embora sem alusão expressa no texto normativo, há, em relação a eles, uma condição de legitimação implícita: não é qualquer ação civil pública que pode ser promovida por tais entes, mas apenas as que visem a tutelar direitos transindividuais que, de alguma forma, estejam relacionados com interesse de demandante. Seja em razão de suas atividades, ou das suas consequências, ou de seu patrimônio, ou de seus serviços, seja por qualquer outra razão, é indispensável que se possa identificar uma relação de pertinência entre o pedido formulado pela entidade autora da ação civil pública e seus próprios interesse e objetivos como instituição.⁸⁷

Quanto as associações, existem algumas limitações, conforme dispõe os incisos I e II, do artigo 5º, da Lei de Ação Civil Pública, algumas condições para que as associações interponham a referida ação, a primeira, é que tenham estabilidade de pelo menos um ano de existência, e a segunda, é que a demanda tenha interesse diretamente ligado com as finalidades da associação.

Nesta perspectiva, após discorrido sobre os requisitos, pressupostos, tutelados e os legitimados da Ação Civil Público, insta apontar o papel ativo do Ministério Público e a Defensoria Pública na efetivação do direito à saúde mediante as Ações Civil Públicas.

3.2 ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO DIREITO A SAÚDE

Um dos mais efetivos garantidores do acesso à justiça e consequentemente um instrumento de efetivação dos direitos fundamentais é o Ministério Público, órgão independente que foi instituído pela Constituição Federal de 1988, ao qual foi conferido um perfil de guardião das liberdades públicas e do Estado Democrático de Direito, tendo atuação principal na busca da concretização dos direitos fundamentais, conforme artigo 127: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Antes mesmo da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público já era denominado o defensor do povo, papel atribuído pelo Lei nº 7.347/85, que concedeu a ele a atribuição de promover a Ação Civil Pública para a defesa dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, e com advento da Constituição o Ministério Público passou a ter uma vasta autonomia em relação aos demais poderes, sendo elevado da condição de defensor do povo para se tornar instrumento de efetivação dos direitos sociais. Observa-se:

⁸⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2005.p. 60.

No contexto da politização crescente da Justiça, o Ministério Público torna-se um ator político singular, pois, situado na esfera jurídica, possui a função de defender interesses de cunho social. A defesa de interesses metaindividuais e de direitos constitucionais, bem como a fiscalização da administração pública, dá lugar a demandas constantemente dirigidas ao poder público.⁸⁸

O Ministério Público é parte determinante na esfera jurídica, uma vez que atua como defensor da sociedade, pois tem atuação tanto na tutela dos direitos transindividuais (difusos e coletivos) e constitucionais, como na fiscalização do Poder Público.

Neste mesmo sentido, afirma Alexandre de Moraes

A Carta Política fundamental de 1988 consagrou a defesa dos interesses individuais e transindividuais e conferiu ao Ministério Público uma nova roupagem constitucional, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais, individuais indisponíveis, coletivos e difusos, tornando-o instituição essencial ao Estado Democrático de Direito, dando-lhe independência e autonomia, e a causa social para defender e proteger.⁸⁹

A constituição atribuiu ao ente o papel de instituição essencial ao Estado Democrático de Direito, sendo fundamental na defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses indisponíveis, coletivos e difuso, proporcionando independência e autonomia em suas funções.

A Constituição também dispõe sobre as funções institucionais do Ministério Público na defesa dos direitos fundamentais e transindividuais, dispondo em seu artigo 129, incisos II e III, afirmando que cabe ao Ministério Público dentro de suas funções institucionais primordiais, defender e zelar pelos direitos assegurados na Constituição, e se necessário promover medidas para sua garantia, e ainda promoverá a Ação Civil Pública para a proteção dos interesses difusos e coletivos, dentro os quais estão previstos o direito a saúde. Assim, dispõe:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

⁸⁸ SILVA, Cátia Aida. **Justiça em jogo**: novas facetas da atuação dos promotores de justiça. São Paulo: Edusp, 2001. p. 22.

⁸⁹ Moraes, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33º ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016. São Paulo: Atlas, 2017, p. 642.

Considerando que nos termos determinado pelo artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, impondo aos órgãos estatais a tarefa de garantir maior eficácia aos direitos sociais, o Ministério Público tem o dever de agir na defesa desses direitos na busca de uma efetividade dos direitos fundamentais, em consonância observa-se que:

A atuação do Ministério Público sempre é cabível em defesa de interesses difusos, em vista de sua larga abrangência. Já em defesa de interesses coletivos ou individuais homogêneos, ele atuará sempre que: a) haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou pelas características do dano, ainda que potencial; b) seja acentuada a relevância social do bem jurídico a ser defendido; c) esteja em questão a estabilidade de um sistema social, jurídico ou econômico, cuja preservação aproveite a toda a coletividade.⁹⁰

Há obrigatoriedade de ação do Ministério Público na defesa dos interesses difusos por atingir o interesse de toda a sociedade, já quanto aos interesses coletivos e individuais homogêneos atuará quando houver interesse social no dano, relevância social no bem jurídico tutelado e que esteja em jogo o equilíbrio do sistema social, jurídico e econômico de interesse coletivo.

Assim, a Ação Civil Pública de legitimidade do Ministério Público pode servir de instrumento de efetivação da saúde que trata-se de direito coletivo de interesse de toda a sociedade, coibindo e prevenindo lesões a direitos de grupos vulneráveis, evitando o ajuizamento de diversas ações individuais e consequentemente desafogando o judiciário.

Pois quando o assunto é saúde deve-se priorizar remédios processuais de natureza coletiva para emprestar a máxima eficácia ao mandamento constitucional da razoável duração do processo e ao princípio universal da efetividade da prestação jurisdicional.

Assim, cabe o órgão Ministerial no seu papel institucional de garantidor dos direitos transindividuais, defender os menos favorecidos e buscar o cumprimento da Constituição, que é o coração do ordenamento jurídico e lei maior.

3.3 A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA DEFESA DO DIREITO A SAÚDE

Inicialmente, cumpre destacar que o Brasil adotou o sistema público de acesso à justiça promovido pela Defensoria Pública, como forma de evitar que a desigualdade econômica da

⁹⁰ CIANCI, Mirna, QUARTIERI, Rita, GOZZOLI, Maria Clara, CALMON, Petrônio. **Em Defesa de um Novo Sistema de Processos Coletivos**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

sociedade pudesse servir como barreira de acesso à justiça, pois de acordo com Alexandre Cesar, o Brasil está no ranking mundial como um dos piores distribuidores de renda do mundo, tornando-se claro a limitação de acesso à justiça para os menos favorecidos economicamente.⁹¹

Neste sentido, Moraes afirma que:

A Defensoria Pública aproxima a sociedade civil do Poder Judiciário, fazendo com que o direito de acesso à justiça seja viabilizado. Conclui, seu papel transformador reduz o domínio que se exerce sobre os desinformados e despreparados que constituem a maior parte da nação brasileira.⁹²

A defensoria Pública é órgão que faz o canal entre os menos favorecidos e hipossuficientes ao Poder Judiciário, materializando o direito de acesso à justiça e efetivando os direitos Constitucionais.

Possui previsão Constitucional no art. 134, segundo o qual declara que:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Neste ponto de vista, refere-se a instituição essencial a função jurisdicional do Estado e instrumento do regime democrático, fundamental na orientação jurídica, na promoção dos direitos humanos e defensor dos direitos individuais e coletivos, principalmente atua de forma integral e gratuita aos necessitados.

A Defensoria Pública que “exercerá a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, em todos os graus, de forma integral e gratuita” nos termos do artigo 185, do Código de Processo Civil.

No mesmo sentido, o artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal dispõe que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, assim, tal prestação se dará por meio da Defensoria Pública.

⁹¹ CESAR, Alexandre. Acesso à Justiça e Cidadania. Cuiabá: EdUFMT, 2002.

⁹² MORAES, Silvio Roberto Mello. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 66.

Apesar do sistema jurídico brasileiro não utilizar o sistema JURIDICARE⁹³, sistema que é utilizado pelos Estados Unidos da América, os advogados particulares são nomeados para promover a defesa dos hipossuficientes nas comarcas aonde não contam com a estrutura da defensoria pública ou quando sua estrutura é insuficiente para o atendimento das demandas, havendo nesses casos um sistema jurídico misto.

Não obstante que sua função típica seja dar assistência aos necessitados e hipossuficiente econômicos, ela também atua em funções atípicas, não necessitando de análise de condição financeira do tutelado, mas atua na defesa daqueles que se encontram em estado de vulnerabilidade.

É evidente que a atuação de destaque da Defensoria Pública é na defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos, especificadamente no que tange ao acesso à justiça e na busca pelos direitos sociais.

Sua atuação diz respeito a reivindicações de acesso a direitos fundamentais, como na garantia do direito à saúde, em que busca o acesso a serviços, tratamentos e medicamentos, ou seja, dá ao cidadão a possibilidade de buscar judicialmente a prestação de seus direitos fundamentais.

Como será abordado posteriormente, a Defensoria Pública é um dos legitimados para propositura da Ação Civil Pública na defesa dos direitos transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos) sem qualquer condicionamento à sua atuação, como acontece no caso das associações, conforme dispõe o artigo 5º, da Lei nº 7.347/85.

Apesar de ser um dos legitimados ativos na propositura da Ação Civil Pública, a Lei Complementar nº 80, afirma que faz parte de suas funções institucionais promover Ação Civil Pública para a tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes.

Quando a ação está sob o patrocínio da Defensoria Pública, presumidamente nota-se que na ação em questão está sendo tutelado interesse de pessoas vulneráveis e necessitadas.

Trata-se de órgão essencial do acesso de pessoas vulneráveis em todos os sentidos, garantindo que esse cidadão, que é quem realmente é usuário do sistema de saúde público

⁹³ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988. Disponível em <<https://www.trib.org.br/app/webroot/publicacoes/diversos003/pdf.PDF>> Acesso em: 08 set. 2019 às 21h53min.

precário, não morra a mercê de uma fila de espera, mas tenha de forma efetiva a oportunidade de recorrer ao Poder Judiciário, pleiteando um de seus direitos indisponíveis, que é a vida.

Consoante o exposto, e ante as determinações constitucionais e legais, cabe ao Ministério Público e a Defensoria Pública quando em situações concernentes a saúde pública e ao interesse da coletividade o dever de agir no sentido de averiguar se está sendo cumprido efetivamente, e quando descumprida deverá provocar o Poder Judiciário, para que este intervenha na garantia da efetivação dos direitos sociais.

3.4 COISA JULGADA NO PROCESSO COLETIVO

Uma das qualidades da sentença após o trânsito em julgado, trata-se da coisa julgada, que torna a sentença imutável e indiscutível, não sendo possível mais a propositura de recursos, se mantendo inalterada a decisão proferida, conforme entendimento do saudoso Ministro Teori Albino Zavascki:

Entende-se por coisa julgada material, na definição do art. 467 do CPC, “a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não sujeita a recurso ordinário e extraordinário”. Coisa julgada, portanto, é um fenômeno que se passa exclusivamente no plano do direito. É uma qualidade da sentença: a uma imutabilidade. Antes e depois da coisa julgada, o conteúdo da sentença não se altera. Permanecendo exatamente o mesmo. O que se acrescenta, com a coisa, é apenas a sua condição de já não mais poder ser reformada ou anulada por via recursal.⁹⁴

Diferente das ações individuais, no regime da coisa julgada no processo coletivo quando tutelado interesse e direitos difusos e individuais homogêneos, será *secundum eventum litis*, conforme vislumbra-se no entendimento de Fernando Fonseca, em sua obra sobre os direitos difusos e coletivo:

A coisa julgada no processo coletivo é *secundum eventum litis*, na medida em que, se o processo for ajuizado para a tutela de direitos e interesses difusos ou individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, I e III, do CDC), a sentença de procedência transitada em julgado terá eficácia erga omnes, alcançam- do todos (os interessados) (art. 103, I e III, do CDC).⁹⁵

⁹⁴ ZAVASCKI, Teori Albino, **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2005. p. 63.

⁹⁵ GAJARDONI, Fernando Fonseca. **Col. saberes do direito 34: Direitos difusos e coletivos I** (teoria geral do processo coletivo), 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

O processo coletivo será *secundum eventum litis* porque dependerá da procedência ou improcedência dos pedidos, ocasião em que for proferida a sentença de procedência e transitada em julgado está terá efeito *erga omnes*, pois se valerá para todos que dela tenha interesse.

Quando o processo coletivo que tutela interesse e direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, for julgado improcedente por falta de provas, a coisa julgada terá efeito *secundum eventum probationis*, porque só haverá coisa julgada quando o conjunto probatório provar a improcedência do pedido.

Desta maneira, poderá ser proposta nova demanda com a indicação de prova nova, e no caso de improcedência por falta de direitos, a coisa julgada será material, não podendo ser proposta nova demanda coletiva. Observa-se:

Outrossim, a coisa julgada será *secundum eventum probationis*, uma vez que a improcedência por falta de provas da ação coletiva, ao menos nas tutelares dos interesses e direitos difusos e coletivos *stricto sensu* (art. 81, parágrafo único, I e II, c.c. art. 103, I e II, todos do CDC, e art. 16 da Lei n. 7.347/85 c.c. art. 18 da Lei n. 4.717/65), não impede a propositura da ação coletiva mediante a indicação de prova nova. Se a improcedência da coletiva for por falta de direito (e não de provas), haverá coisa julgada material, ficando impedida nova coletiva (mas não o exercício de pretensões individuais correspondentes ou derivadas).⁹⁶

E quando se tratar da tutela de interesses e direitos coletivos em sentido específico, a coisa julgada no processo coletivo será *ultra partes*, uma vez proferida a sentença de procedência e transitada em julgado, está terá efeito limitado para o grupo ou categoria unificado ante a existência da relação jurídica base. Assim, dispõe:

Já se o processo coletivo for para tutelar direitos e interesses coletivos *stricto sensu* (art. 81, parágrafo único, II, do CDC), a eficácia da sentença de procedência transitada em julgado se dará *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo ou categoria unificado pela existência da relação jurídica base (art. 103, II, do CDC). Em outros termos, atingirá terceiros que não são partes na ação coletiva.⁹⁷

Tendo em vista, que o no processo coletivo são tutelados direitos transindividuais, não há possibilidade de se impor limites a sentença de procedência proferida, portanto de maneira imutável a sentença de procedência na Ação Civil Pública terá eficácia *erga omnes*, de forma que ao invés de acarretar resolução de apenas uma demanda que atinja uma única pessoa, ou

⁹⁶ GAJARDONI, Fernando Fonseca. **Col. saberes do direito 34: Direitos difusos e coletivos I** (teoria geral do processo coletivo), 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.69.

⁹⁷ GAJARDONI, Fernando Fonseca. **Col. saberes do direito 34: Direitos difusos e coletivos I** (teoria geral do processo coletivo), 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.68.

seja, aquele que o invocou, na Ação Civil Pública a decisão proferida atingirá a todos os interessados, não afetando terceiros, neste sentido afirma que:

A extensão subjetiva universal (*erga omnes*) é consequência natural da transindividualidade e da indivisibilidade do direito tutelado na demanda. Se o que se tutela são direitos indivisíveis e pertencentes à coletividade, a sujeitos indeterminados, não há como estabelecer limites subjetivos à imutabilidade da sentença. Ou ela é imutável, e, portanto, o será para todos, ou ela não é imutável, e, portanto, não faz coisa julgada. Por outro lado, a cláusula *erga omnes* certamente não vai a ponto de comprometer a situação jurídica de terceiros.⁹⁸

Uma das limitações aos efeitos da sentença proferida na ação civil pública, é quanto ao alcance da decisão aos limites de competência do órgão julgador, sendo assim, os efeitos da coisa julgada na ação coletiva só terão validade dentro do território de competência do órgão julgador. Nesse sentido a doutrina majoritária critica essa limitação, justificando que essa limitação desfaz todo o conceito do processo coletivo, e por consequência a disposição é inconstitucional e ineficaz, conforme assegura Fernando Fonseca:

Inconstitucional, porque quebra a regra da proporcionalidade, e, ao as- sim fazer, viola o princípio do devido processo constitucional na sua faceta material (art. 5o, LIV, da CF), que impõe ao legislador o dever de elaborar normas de acordo com os interesses sociais. Afinal, todo o poder emana do povo (art. 1o, parágrafo único, da CF), não sendo lícito ao legislador estabelecer regras contrárias ao interesse público (primário). Ineficaz, pois, quando houve alteração do art. 16 da Lei n. 7.347/85, aplicável especialmente à tutela dos direitos difusos, não se acautelou o legislador em reformar, também, a regra do art. 103 e incisos do CDC. Como é da composição da Lei de Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, em que temos o núcleo do nominado microsistema processual coletivo cujas regras, mais do que se subsidiarem, interpenetram-se, formando um todo harmônico e único (vide item 9 do Capítulo 7, supra) –, a alteração não surtiu efeitos. Afinal, diante da redação do art. 103, I, do CDC, no sentido de que a coisa julgada é *erga omnes*, sem menção a limitação territorial alguma, de certo que, em vista do princípio da máxima efetividade do processo coletivo (vide item 6 do Capítulo 7, supra), o sistema preferirá a aplicação desta regra em detrimento do art. 16 da LACP. Assim, não haverá limitação territorial alguma à coisa julgada coletiva.⁹⁹

Contudo, os Tribunais Superiores já pacificaram entendimento de que a limitação dos efeitos da coisa julgada no processo coletivo será baseada no pedido acolhido pelo Judiciário, apenas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, e não nos limites territoriais que dispõe a lei. Observa-se:

⁹⁸ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2005.p. 63.

⁹⁹GAJARDONI, Fernando Fonseca. **Col. saberes do direito 34**: Direitos difusos e coletivos I (teoria geral do processo coletivo), 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSUMIDOR. PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA VISUAL. HIPERVULNERÁVEL. CONTRATOS BANCÁRIOS. CONFECÇÃO NO MÉTODO BRAILLE. NECESSIDADE. DEVER DE INFORMAÇÃO PLENA E ADEQUADA. EFEITOS DA SENTENÇA. TUTELA DE INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS STRICTO SENSU. SENTENÇA QUE PRODUZ EFEITOS EM RELAÇÃO A TODOS OS CONSUMIDORES PORTADORES DE DEFICIÊNCIA VISUAL QUE ESTABELECEM OU VENHAM A FIRMAR RELAÇÃO CONTRATUAL COM A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DEMANDADA EM TODO O TERRITÓRIO NACIONAL. INDIVISIBILIDADE DO DIREITO TUTELADO. DANO MORAL COLETIVO. INOCORRÊNCIA. 1. Na ação coletiva ajuizada por associação em defesa de interesses difusos e coletivos stricto sensu, em que toda uma coletividade de deficientes visuais será beneficiada pelo provimento jurisdicional, inclusive com eficácia prospectiva, revela-se a natureza transindividual da discussão e a atuação da entidade no campo da substituição processual, o que afasta a necessidade de identificação dos seus associados.[...] 7. Os efeitos e a eficácia da sentença, na ação coletiva, não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo. Precedentes. 8. A sentença prolatada na presente ação civil pública, destinada a tutelar direitos difusos e coletivos stricto sensu, deve produzir efeitos em relação a todos os consumidores portadores de deficiência visual que litiguem ou venham a litigar com a instituição financeira demandada, em todo o território nacional. 9. Recursos especiais parcialmente providos.¹⁰⁰

Partindo da premissa que na Ação Civil Pública a sentença de procedência terá efeitos *erga omnes*, atingindo a todos os interessados, seria muito mais efetivo ao invés de cada indivíduo ajuizar uma ação individual, a qual será analisado caso a caso e conseqüentemente não haverá segurança jurídica quanto a aplicação eficaz da Constituição, se um de seus legitimados como o Ministério Público ajuíza-se uma única ação tutelando os direitos transindividuais.

Nesse sentido, será analisado na sequência, se ante ao cenário do atual judiciário, que encontra-se abarrotado de ações individuais de saúde, a Ação Civil Pública seria uma ferramenta eficaz de efetivação do direito à saúde.

3.5 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO FERRAMENTA PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO A SAÚDE

É notável que a crescente busca pela saúde e a recorrente omissão do Estado em concretizá-la tem desencadeado uma enchente de ações judiciais individuais e, desse modo, é necessário que o sistema seja aprimorado para que se torne mais efetivo.

¹⁰⁰ RECURSO ESPECIAL Nº 1.349.188 – RJ - 2011/0217596-7. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Brasília (df), 10 de maio de 2016 (data do julgamento). ementa/acórdão - Site certificado - DJe: 22/06/2016.

Desta feita, Cândido destaca que “para a plenitude do acesso à justiça importa remover os males resistentes à universalização da tutela jurisdicional e aperfeiçoar internamente o sistema, para que seja mais rápido e mais capaz de oferecer soluções justas e efetivas.”¹⁰¹

Nesse caminho, de nada vale garantir o acesso à justiça se não há acesso efetivo e justo e, desta forma, cumpre destacar as ações coletivas, as quais possuem um potencial particular na efetividade dos direitos, especialmente em relação a Ação Civil Pública.

Fernando Fonseca Gajardoni em sua obra sobre os direitos difusos e coletivos assegura que:

A tutela coletiva dos direitos e interesses é fundamental para a proteção de certos bens ou direitos que, do ponto de vista da tutela individual, seriam economicamente desinteressantes. [...] A representação em juízo dos interesses e direitos supraindividuais é fundamental para o trato de demandas individuais repetitivas, cuja tutela coletiva seja recomendável do ponto de vista da facilidade e da economia.¹⁰²

A proteção dos interesses e direitos transindividuais, difuso, coletivo e individual homogêneo, são essências especialmente por ser economicamente atraente, sendo recomendada a tutela coletiva como solução para as inúmeras demandas individuais repetitivas.

Objetivando que os direitos sociais que são fornecidos nas ações individuais, tenham por meio da Ação Civil Pública a possibilidade de ser fornecidos em ampla e larga escala de forma transindividual ou homogênea e, da mesma forma, garantindo uma segurança jurídica e um acesso efetivo a justiça.

Neste aspecto Jorge Vinicius disciplina:

Portanto, a *prima facie*, verifica-se que a ação civil pública tem a função de desafogar o judiciário, sobrecarregado com demandas individuais visando a tutela e promoção da saúde, bem como tem o condão de beneficiar mais indivíduos que aqueles que postulam, em nome próprio, seus direitos em juízo. Por outro lado, a ACP tem a capacidade de enfrentar os agentes limitadores à promoção da saúde, especialmente, a reserva do possível, as escolhas econômico financeiras do administrador público e ausência de planos orçamentários.¹⁰³

¹⁰¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 8. ed. rev. e atual. segundo o novo Código de Processo Civil e de acordo com a Lei 13.256, de 4.2.16. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 194.

¹⁰² GAJARDONI, Fernando Fonseca. **Col. saberes do direito 34: Direitos difusos e coletivos I** (teoria geral do processo coletivo), 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁰³ RIBEIRO, Jorge Vinicius da Paixão. **A Ação Civil Pública como mecanismo de efetivação do direito à saúde**. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.emerj.tjrj.jus.br>> Acesso em: 28 out. 2019 às 10h39min.

Nota-se que há sobrecarga de ações individuais de tutela com pretensão relativa à saúde, neste sentido, a ação civil pública tem o objetivo de aliviar o Poder Judiciário e atingir de forma benéfica mais pessoas que dependem desses serviços públicos reputados por essenciais, em derradeiro afirma que ação civil pública tem condão suficiente para enfrentar as limitações da efetivação da saúde, como as questões econômicas da Administração

É importante mencionar que o Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Habeas Corpus nº 143641, de Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, declarou que atualmente no Poder Judiciário estão em tramitação mais de cem milhões milhões de processos, para apenas dezesseis mil juízes julgarem todas estas demandas, desta forma, é necessário que se prestigie processos de natureza coletiva na busca de efetivar as normas constitucionais, garantindo uma razoável duração do processo e a efetividade da prestação jurisdicional. Neste sentido o referido julgado aponta:

[...]A existência de relações sociais massificadas e burocratizadas, cujos problemas estão a exigir soluções a partir de remédios processuais coletivos, especialmente para coibir ou prevenir lesões a direitos de grupos vulneráveis” e que a “tramitação de mais de 100 milhões de processos no Poder Judiciário, a cargo de pouco mais de 16 mil juízes, a qual exige que o STF prestigie remédios processuais de natureza coletiva para emprestar a máxima eficácia ao mandamento constitucional da razoável duração do processo e ao princípio universal da efetividade da prestação jurisdicional”.¹⁰⁴

As diversas ações individuais de saúde ajuizadas, tornam-se prejudiciais tanto para o Poder Público quanto para o cidadão, uma vez que o judiciário terá que analisar diversas vezes ações idênticas que comportam mesma solução, causando o abarrotamento do judiciário e, por sua vez, o tornando mais lento e, ainda, tendo a segurança jurídica instável. Para solução destes problemas as ações coletivas surgem como um recurso. Neste sentido:

Para o sistema judicial, tratar destas questões individualmente, como átomos de um gigantesco universo, representa duplo prejuízo. Primeiro, por ter que enfrentar diversas vezes com todo o custo a isso inerente problemas de solução idêntica ou semelhante. E, segundo, por propiciar, no mais das vezes, decisões individuais total ou parcialmente contraditórias, tratando, portanto, indivíduos em situações idênticas ou semelhantes de modo distinto.

Para maximizar a atividade judicial e evitar os riscos dantes descritos, a técnica processual coletiva entra em ação, permitindo que estas demandas individuais repetitivas recebam, de uma só vez, tratamento coletivo. Assim, os conflitos passam a ser tratados molecularizadamente, e não mais atômica- mente como no processo individual.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 143641**, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, Julgado em 20/02/2018.

¹⁰⁵ GAJARDONI, Fernando Fonseca. **Col. saberes do direito 34: Direitos difusos e coletivos I** (teoria geral do processo coletivo), 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

De maneira distinta ao que ocorre nas ações individuais, no processo coletivo torna-se mais visível para o Judiciário e para a Administração Pública, os impactos da ineficiente na prestação do serviço público de saúde, um vez que, é possível ter uma visão panorâmica das políticas públicas e suas concretizações e, ainda, acabaria com a opinião de acesso restritivo ao judiciário, decidindo-se de uma única vez e aplicando o direito de maneira igualitária.

Sobre o assunto cumpre citar o entendimento firmando por Ricardo Perlingeiro abaixo transcrito:

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*¹⁰⁶

Por outro lado, tem-se por pacificado que o Poder Judiciário em situações excepcionais poderá determinar por requerimento de seus legitimados, por exemplo, o Ministério Público a implementação de políticas públicas para assegurar a concretização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos garantidos pela Constituição Federal como é o caso do acesso à saúde, sendo que tal determinação não atingirá a separação dos poderes. Sobre o tema, temos o seguinte precedente:

EMENTA Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Legitimidade do Ministério Público. Ação civil pública. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. Esta Corte já firmou a orientação de que o Ministério Público detém legitimidade para requerer, em Juízo, a implementação de políticas públicas por parte do Poder Executivo, de molde a assegurar a concretização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos garantidos pela Constituição Federal, como é o caso do acesso à saúde. 2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecutorias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes.¹⁰⁷

Contudo, em relação as situações de cunho excepcionais e raros quanto a prestação da saúde, cumpre esclarecer que:

¹⁰⁶ 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, 2012. p. 221.

¹⁰⁷ AI 809018 AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 25/09/2012, processo eletrônico dje-199, publicado em: 10/10/2012.

Não se defende aqui o descabimento da ação individual para a defesa do direito à saúde, notadamente em relação a situações excepcionais, tais quais os pedidos de medicamentos para doenças raras, que dificilmente são contempladas por protocolos clínicos. O que se argumenta, na realidade, é que o cenário atual brasileiro, de absoluta preponderância da tutela individual em detrimento da tutela coletiva, é nocivo ao direito à saúde e ao próprio exercício da jurisdição.¹⁰⁸

Defende-se a priorização do processo coletivo referente as ações de saúde, notadamente em relação as ações repetitivas, uma vez que a saúde é de interesse da coletividade e por isso direito capaz de ser tutelado pela Ação Civil Pública, porém quando versar sobre situações de saúde de cunho excepcional é claro que a medida processual pertinente será uma demanda individual, mas não deixará de ser garantido seu direito, apenas a medida processual que será diferente.

Ante o exposto, observa-se que nos termos da Constituição Federal de 1988, o direito à saúde é de interesse de toda a sociedade e por isso intrínseco direito coletivo.

E por efeito, considerando que o judiciário se encontra abarrotado de ações individuais repetitivas, percebe-se que o direito e o processo civil clássico de interesse individual não atendem de forma efetiva o interesse público da saúde, por isso recomenda-se a priorização das ações coletivas, de forma que sempre houver interesse público e social envolvido será cabível a Ação Civil Pública.

Outrossim, destaca-se que por meio de seus legitimados, especialmente Ministério Público e Defensoria Pública, a Ação Civil Pública atuará quando houver dano ou ameaça de dano a interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, entre eles o direito à saúde, e quando proferida sentença de procedência e está transitar em julgado, terá efeitos *erga omnes* atingindo todos aqueles que tenham interesse.

Não se intercede pelo descabimento das ações individual de saúde, mas se defende a priorização das ações coletivas em detrimento da própria natureza de direito coletivo que possui à saúde, e uma vez que a Ação Civil Pública apresenta-se como ferramenta processual inequívoca a efetivação do direito à saúde comparada as ações individuais, de maneira prática várias ações individuais repetitivas serão solucionadas, trazendo resposta para diversas pessoas, garantindo à segurança jurídica em suas decisões homogêneas, celeridade processual, economia

¹⁰⁸ FAVARO, Bruno de Farias. **A tutela coletiva do direito à saúde**: um estudo de caso sobre a Ação Civil Pública das insulinas na Justiça Federal de Criciúma. Criciúma-SC, 2019. Disponível em: <<http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/6992/1/Bruno%20de%20Faria%20Favaro.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2019 às 11h47min.

processual e acesso à justiça. Atuando de forma intensa como um efetivador de direitos sociais e fundamentais e consequentemente dispondo de solução eficaz para o atual cenário do Poder Judiciário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto no primeiro capítulo, o presente trabalho se justifica na importância da saúde para toda a sociedade considerando que é requisito indissociável do direito à vida, pois a vida deve ser vivida em sua plenitude, preservando tanto a saúde física, como a mental e a social, alcançando um bem-estar completo.

A saúde só passou a ter prioridade com o advento da Constituição Federal de 1988, a qual de forma expressa previu que a saúde é direito social e fundamental, e por isso um direito de todos, sem nenhuma exceção, sendo um dever do Estado seu fornecimento mediante políticas públicas 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.

Nota-se que o direito a saúde vai muito além de uma prestação de serviços básicos, as ações de saúde devem ser preventivas e quando necessária sua promoção, proteção e recuperação deve se garantir que tais serviços sejam fornecidos a todos e de forma igualitária, sem privilégios e restrições.

Baseado na universalidade, o direito a saúde demonstra sua natureza coletiva, uma vez que versa sobre direito de interesse de toda a sociedade, ou seja, de interesse notoriamente público e por isso há tanta relevância em sua proteção, pois quando violado e restringido atingirá indeterminadamente inúmeras pessoas das quais necessitam do sistema de saúde público.

Levando em consideração que a maior parte da população brasileira são de pessoas de baixa renda ou em estado de miséria, percebe-se que são essas pessoas que necessitaram do sistema de saúde público que em sua falta não terão condições de arcar financeiramente com qualquer tipo de tratamento médico, sendo deixados à mercê e impedidos de viver uma vida de bem estar completo e saúde plena.

Trata-se de direito de extrema importância e que merece priorização, por isso o presente trabalho teve como objetivo central buscar processualmente uma meio de tornar efetivo o direito à saúde por meio das ações coletivas, em especial a Ação Civil Pública, pautado no atual cenário político e judicial do Brasil.

Politicamente o direito à saúde está longe de seu ideal de efetividade, o Poder Público, União, Estado, Distrito Federal e Municípios a quem cabe a responsabilidade solidária de

prestar os serviços de saúde, tornaram-se omissos, fornecendo um serviço de saúde ineficaz, insuficiente, precário ou inexistente, não atendendo os anseios da sociedade e descumprindo seu dever Constitucional.

Consequência disto colhe-se no Poder Judiciário, que ante a omissão no fornecimento dos direitos sociais e fundamentais por parte do Estado, o cidadão usuário do sistema de saúde público não encontram outra opção senão recorrer ao Judiciário em busca de um socorro, resultando em uma enxurrada de ações individuais repetitivas sobre saúde.

Tornando o provimento judicial mais moroso e menos efetivo, e em decorrência levam a soluções distintas para os mesmos casos, de forma a desequilibrar a segurança jurídica e desestabilizar ordem jurídica.

Pautado nesse cenário o trabalho teve por seus objetivos específicos analisar se a Ação Civil Pública é ferramenta processual efetivadora do direito à saúde, ponderando que a saúde é direito intrinsecamente coletivo e de interesse público.

Adentrando em suas especificações, constatou-se que a Ação Civil Pública é medida processual coletiva que tutela interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Sinteticamente os interesses e direitos difusos são aqueles que todo o ser humano possui pela simples qualidade de ser um ser humano, são direitos sociais de interesse de toda a população, como é o caso do direito a saúde, são de natureza transindividuais pois ultrapassam o indivíduo, atingindo pessoas indeterminadas.

Os direitos e interesses naturalmente coletivos também fazem parte dos direitos transindividuais, porém os interessados estão ligados por uma relação mais específica, em que são lesionados os participantes de um grupo, categoria ou classe de pessoas, ou seja, conjunto de vítimas ou lesados, podendo ser determináveis ou indetermináveis

Já os interesses e direitos individuais homogêneos, são assim entendidos os decorrentes de origem comum, que apesar se trata-se de direitos subjetivos são abarcados pelo direito coletivo em razão de seus reflexos na sociedade.

De forma continua avaliou-se o rol de legitimados para a propositura da Ação Civil Pública, destacando o Ministério Público e a Defensoria Pública, os efeitos e o alcance da sentença de procedência no processo coletivo e suas contribuições praticas na efetivação dos direitos sociais e fundamentais.

Estabelecidas tais premissas, retoma-se ao tema principal desta pesquisa, que é analisar se ante o atual contexto da judicialização da saúde a tutela coletiva por meio da Ação Civil Pública pode contribuir para efetivação do direito à saúde e contribuir para a estabilização do Poder Judiciário, dando solução para o abarrotamento de ações individuais repetitivas.

Neste contexto, buscou-se avaliar o tema pautando a pesquisa em um estudo de natureza teórica, utilizando-se da análise da própria lei principalmente da Constituição Federal de 1988, e em Leis esparsas como a Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, no entendimento doutrinário e no posicionamento dos Tribunais sobre o assunto.

Baseado na questão apresentada, a hipóteses restou confirmada. Em decorrência, os estudos realizados esclareceram que nos termos da Constituição Federal de 1988, a saúde é direito social e fundamental de interesse da coletividade, crucial a garantia do direito à vida e da dignidade humana.

E tratando-se de um Estado Democrático de Direito todos devem ter acesso a justiça tutelando a defesa de seus direitos fundamentais de patrimônio de toda sociedade, porém constatou-se que em contrapartida ao cabimento da judicialização da saúde de forma individual, o processo coletivo se mostrou mais adequado a tutela do direito à saúde, uma vez que trata-se de direito coletivo pelo seu alcance e interesse.

No mais, ficou confirmado que a Ação Civil Pública é alternativa apropriada para estabilidade do Poder Judiciário, atenuando a quantidade de ações individuais em trâmite e consequentemente por seu alcance estabelecerá e consolidará as políticas públicas de saúde.

Posto que, de maneira recorrente o Poder Público por meio da União, Estado, Distrito Federal e Municípios não tem cumprido com seu dever constitucional de efetivar os direitos fundamentais mediante políticas públicas, colocando o cidadão em posição que só lhe resta como última opção buscar o Poder Judiciário para que este determine que a norma constitucional seja aplicada imediatamente.

O excesso da judicialização da saúde é resultado averiguado pelo Conselho Nacional de Justiça em um estudo publicado no ano de 2019, que confirmou que as ações de saúde no Brasil tiveram um aumento de 130% entre os anos de 2008 à 2017, deixando claro que de fato o Poder Judiciário de forma ativa tem julgado diversas ações individuais de saúde e por isso encontra-se sobrecarregado.

Após a apreciação das disposições legais, jurisprudenciais e doutrinárias temos por certo que as demandas coletivas são ferramentas que modernizaram a efetivação das tutelas judiciais,

evitando-se o julgamento individual de casos que comportam atuação e decisão única a um número determinado ou indeterminável de cidadãos ligados por uma situação fática ou jurídica.

A priorização das ações coletivas, concentrando em um único processo demandas de diversos pacientes usuários do sistema de saúde público que buscam igualmente o seu direito à saúde, contribuindo para a observância dos princípios da isonomia e segurança jurídica.

Será isonômica porque na sentença de procedência proferida na Ação Civil Pública terá efeito *erga omnes*, e o cumprimento da ordem judicial abrangerá todas pessoas que tenham interesse na prestação dos serviços determinados, evitando que sejam proferidas sentenças divergentes e contraditórias para situações equivalentes, garantindo a segurança jurídica.

Entendendo que o direito à saúde é patrimônio de toda a coletividade, o provimento judicial na Ação Civil Pública beneficiará todos os usuários do Sistema Único de Saúde, por derradeiro fortalecerá o estabelecimento de políticas públicas, evitando gastos descontrolados de recursos públicos no atendimento de demandas individuais.

Nesse enfoque, se defende que as ações coletivas sejam priorizadas em detrimento das ações individuais, todavia em situações excepcionais de saúde quando se tutelar medicamento ou procedimentos considerados raros, não haverá interesse público e social, mas individual, nesse caso a demanda cabível será a individual.

Deixando claro que não se discute o direito, porque todos possuem o direito à saúde, mas se discute o melhor provimento jurisdicional a ser usado, devendo ser exceção as ações individuais, pois assim, processualmente o Poder Judiciário estará curando a origem dos problemas com uma alta dosagem de Ação Civil Pública, do inverso estará apenas remediando o problema com altas doses de ações individuais.

“A adoção do processo coletivo como modelo para a atividade jurisdicional pressupõe o reconhecimento de que a coletividade é sujeito de direito e de que ela demanda uma nova juridicidade.”¹⁰⁹

Está na hora do direito à saúde ser tratada como interesse público e reconhecido que o atual cenário jurídico e político do Brasil demanda a priorização de uma nova juridicidade, pela qual se destaca a Ação Civil Pública.

¹⁰⁹ FAVARO, Bruno de Farias. **A tutela coletiva do direito à saúde: um estudo de caso sobre a Ação Civil Pública das insulinas na Justiça Federal de Criciúma**. Criciúma-SC, 2019. Disponível em: <<http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/6992/1/Bruno%20de%20Faria%20Favaro.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2019 às 11h47min.

Por todos os motivos carreados acima, conclui-se que o Ação Civil Pública constitui medida processual efetivadora dos direitos sociais e fundamentais, e uma alternativa para a estabilidade do Poder Judiciário revertendo o atual quadro de aumento de demanda individuais sobre saúde, resultando em ganho para a toda a sociedade, principalmente para os usuários do SUS e para o Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Kátia Patrícia de. Reserva do Possível os Direitos Fundamentais Frente à Escassez de Recursos. ed. **Revista Acadêmica**, Vol. 83, 2011.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia**. Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

AUGUSTO, Marcela Vaz. ANDRÉIA, Gianfranco Faggin Mastro. **Ações Coletivas como instrumento de concretização de políticas públicas**: o caso do ativismo judicial dialógico no TJSP. Revista de Direito Constitucional e Internacional Vol.97. 2016.Disponível em: <file:///G:/TCC/3%20capitulo/A%C3%A7%C3%A3o%20coletiva.PDF> Acesso em: 19 out. 2019 às 09h21min.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 4ª reimp. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008..

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 7ª.Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Da Falta de Efetivação à Judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a judicialização. Revista de Direito Social. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. **O constitucionalismo Democrático no Brasil**: Crônica de uma Sucesso Imprevisto. 2013. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2013/05/>> . Acesso: 17 out. 2019 às 19h 29min.

BAÚ, Vanderlise Wentz. **A dimensão coletiva do acesso à justiça e a (in)efetividade na proteção dos direitos sociais no Brasil**. Universidade Regional do Noroeste do Estado do

Rio Grande do Sul, Ijuí, 2014. Disponível em:
<<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2802/Vanderlise%20Wentz%20Ba%c3%ba.pdf?sequence=1>> Acesso em: 22 nov. 2019 às 21h35min.

BERNARDES, Juliano Taveira, FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional**, Tomo II. 4ª ed, Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORGES, Danielle da Costa Leite; SCHUMACHER, Mercedes. **O equilíbrio entre o individual e o coletivo na busca pela universalidade do Sistema Único de Saúde**. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, 2013. Disponível em
<<https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/66/111>> Acesso em: 23 nov. 2019 às 17h57min.

BRASIL. CNJ. **Judicialização da Saúde no Brasil**: Perfil das Demandas, Causas e Propostas de Solução. 2019. Disponível em:
<<https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/95da70941b7cd226f9835d56017d08f4.pdf>>. Acesso em 02/09/2019.

BRASIL. CNJ. **Judicialização é reflexo da estrutura da Saúde, afirma palestrante**. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/judicializacao-e-reflexo-da-estrutura-da-saude-afirma-palestrante/>>. Acesso em 25/10/2019.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Direito fundamental à saúde**: propondo uma concepção que reconheça o indivíduo como seu destinatário. A Leitura: Caderno da Escola Superior de Magistratura do Estado do Pará, v. 5, p. 144.

CALIENDO, Paulo. **Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988. Disponível em

<<https://www.irib.org.br/app/webroot/publicacoes/diversos003/pdf.PDF>>. Acesso em: 08 set. 2019 às 16h38min.

CARVALHO, Mariana Siqueira de. A saúde como Direito Social Fundamental na Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito Sanitário**, vol.4, n. 2, 2003. Disponível em <<https://www.revistas.usp.br>> Acesso em: 17 nov. 2019 às 11h56min.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**.

Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf> Acesso em: 16 nov. 2019 às 12h51min.

CESAR, Alexandre. **Acesso à Justiça e Cidadania**. Cuiabá: EdUFMT, 2002.

CIANCI, Mirna, QUARTIERI, Rita, GOZZOLI, Maria Clara, CALMON, Petrônio. **Em Defesa de um Novo Sistema de Processos Coletivos**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CIARLINI, Alvaro Luis de S. **Direito à saúde: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CNJ- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Enunciados da I, II, e III Jornadas de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça**. 2019. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/e8661c101b2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf>> Acesso em 16 set. 2019 às 19h 22min.

Convenção Internacional de Direitos Humanos. Disponível em:

<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em 08 set. 2019 às 15h27min.

CURY, Ieda Tatiana. **Direito Fundamental à Saúde**. Evolução normatização e efetividade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, p.894.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 8ª. ed. rev. e atual. segundo o novo Código de Processo Civil e de acordo com a Lei 13.256, de 4.2.16. São Paulo: Malheiros, 2016.

FAVARO, Bruno de Farias. **A tutela coletiva do direito à saúde**: um estudo de caso sobre a Ação Civil Pública das insulinas na Justiça Federal de Criciúma. Criciúma-SC, 2019. Disponível em: <<http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/6992/1/Bruno%20de%20Faria%20Favaro.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2019 às 11h47min.

GAJARDONI, Fernando Fonseca. **Col. saberes do direito 34**: Direitos difusos e coletivos I (teoria geral do processo coletivo), 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os processos coletivos nos países de civil law e common law**: uma análise de direito comparado. São Paulo: RT, 2008, p. 229.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

KRELL, Andreas J. **Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). A Constituição Concretizada Construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LIMA, Martônio Mont'Alverne. **Jurisdição Constitucional**: um problema da teoria da democracia política. In: SOUZA, Cláudio Pereira de, et al. Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

MADEIRA, Thereza Catharina Afonso Ferreira. **A Ação Civil Pública como Instrumento do Ministério Público na Defesa de Interesses Individuais para Tratamento de Saúde**. 2018. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/edicoes-do-boletim/at_download/file>. Acesso em: 20 out. 2019 às 22h43min.

MANDARINO, Renan Posella. FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves. Ativismo Judicial e Judicialização da Política da Relação de Consumo: uma análise do controle jurisdicional dos contratos de planos de saúde privado no Estado de São Paul. Ed. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

Ministério da Saúde. **Princípios do SUS**. Disponível em <<http://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude/principios-do-sus>>. Acesso em: 28/10/2019, às 15:00.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33º ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016. São Paulo: Atlas, 2017.

MORAES, Silvio Roberto Mello. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual. Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 42.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo**. Salvador: JusPodivm, 2016.

NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**. 1. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2015.

OLIVEIRA, Marcelo da Silva. A Ação Civil Pública e a Tutela dos Direitos Individuais Homogêneos pelo Ministério Público. **Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed.** Territ., Brasília, Ano 10, Volume 20, jul./dez. 2002. Disponível em: <http://www.escolamp.org.br/arquivos/20_05.pdf>. Acesso em 20 out. 2019 às 15h43min.

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, 2012.

RIBEIRO, Jorge Vinicius da Paixão. A Ação Civil Pública como mecanismo de efetivação do direito à saúde. **Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em: <<http://www.emerj.tjrj.jus.br>> Acesso em: 28 out. 2019 às 10h39min.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.286.

SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. Democracia: separação de poderes eficácia e efetividade do direito à saúde no judiciário brasileiro. **Observatório do Direito à Saúde**. Belo Horizonte: Faculdade de filosofia e Ciências Humanas, 2010/2011.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Cátia Aida. **Justiça em jogo: novas facetas da atuação dos promotores de justiça**. São Paulo: Edusp, 2001.

SILVA, Flavia Martins André. **Direitos Fundamentais**. 2012. Disponível em <<https://www3.usf.edu.br/galeria/getImage/252/6892347672477816.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2019, às 21h10min.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectiva e Possibilidade de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil**. Novos Estudos Jurídicos. Vol. 8, nº 2. 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TAVARES, André Ramos. A constituição é um documento valorativo? In: **Revista brasileira de direito constitucional**. RBDC n. 09 – jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/135/129>> Acesso em: 12 out.2019. as 22h15min.

VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland. **Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde**. Disponível em <https://www.scielo.org/scielo.php?pid=S0103-73312010000100006&script=sci_arttext&tlng=pt> Acesso em: 16 nov. 2019, às 19h29min.

ZAVASCKI, Teoria Albino. **Antecipação da Tutela**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.