

UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

**A TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA DO DIREITO SOCIAL À
SAÚDE**

Moacir Menozzi Júnior

PIRACICABA/SP
2011

UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA

MOACIR MENOZZI JÚNIOR

**A TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA DO DIREITO
SOCIAL À SAÚDE**

Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito à Banca Examinadora do Programa de Pós Graduação em Direito de Área de Concentração dos Direitos Fundamentais Coletivos e Difusos.

Orientador: Prof. Dr. José Antonio Remédio

Piracicaba - SP

2011

Menozzi Júnior, Moacir.

A Tutela Jurisdicional Coletiva do Direito Social da Saúde / Moacir
Menozzi Júnior. – Piracicaba, 2011.

112 f.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito -
Faculdade de Direito / Universidade Metodista de Piracicaba.

Orientador: Prof. Dr. José Antonio Remédio.

1. Direito Social Fundamental. 2. Direito à Saúde. 3. Tutela Coletiva.
I. Remédio, José Antonio. II. Título.

CDU: 347.64

**A TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA DO DIREITO
SOCIAL À SAÚDE**

MOACIR MENOZZI JÚNIOR

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. José Antonio Remédio

Prof. Dr. José Renato Martins

Prof. Dr. Antonio Isidoro Piacentin

Dedicatória

Aos Mestres–Professores e, em especial, ao Dr. José Antonio Remédio:

“O Educador é o artista por excelência,
porque talha, não em madeira;
porque esculpe, não o mármore;
porque burila, não as pérolas;
porque lapida, não o diamante frio e sem vida,
mas o espírito mil vezes mais nobre, mais dedicado,
mais lúcido, mais precioso que os mais preciosos metais.”

Agradecimentos

Agradeço a Deus, aos meus Antepassados e em especial aos meus Pais por consentirem e propiciarem esta minha efêmera existência terrena, bem como a todos que contribuíram e me apoiaram incondicionalmente nos estudos e na minha formação moral.

RESUMO

O presente trabalho abordará o direito à saúde enquanto direito social fundamental que se encontra garantido constitucionalmente. Em razão da íntima ligação com a vida, a saúde, bem individual, coletivo e de desenvolvimento guarda estreita relação com o princípio da dignidade humana, um dos fundamentos do Estado brasileiro. A exposição do tema tem o fito de contextualizar o Estado Democrático de Direito como paradigma de resolução dos conflitos sociais, sustentando a possibilidade de resgate concreto dos direitos e garantias fundamentais, com ênfase aos direitos sociais, em particular no tocante ao direito à saúde, por meio da tutela jurisdicional coletiva.

Palavras-chave: Direito Social Fundamental – Direito à Saúde – Tutela Coletiva.

ABSTRACT

This paper will manage the right to health as a fundamental social right that is constitutionally guaranteed. Because of the intimate connection with life, health can be considered as a worth individual, collective and which is closely related with the principle of human dignity, one of the foundations of the Brazilian state. The exposure of the subject has the propose to contextualize the Democratic State of law as a paradigm for solving social conflicts, emphasizing the possibility of recover the concrete rights and guarantees, with focus on social rights, especially in relation with the right to health, through the protects jurisdictional collective.

Keys words: Fundamental social right - Righth to Health - Protects jurisdictional collective.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. DIREITOS SOCIAIS	15
1.1 Evolução histórica	15
1.1.1 Plano internacional	16
1.1.2 Plano nacional	23
1.2 Conceitos e características dos direitos sociais	28
1.3 Enumeração no ordenamento jurídico	31
2. O DIREITO À SAÚDE	33
2.1 Aspectos históricos e constitucional	33
2.2 Aspectos de direito social	40
2.3 Enfoque conceitual e natureza jurídica	46
2.4 Especificidade jurídica	48
2.4.1 Entendimento jurisprudencial	51
2.5 Princípios norteadores do direito à saúde - breves considerações	52
2.5.1 Universalidade	53
2.5.2 Integralidade	54
2.5.3 Equidade	55
2.5.4 Dignidade da pessoa humana e igualdade	56
3. A JUSTIÇA BRASILEIRA DIANTE DAS GARANTIAS SOCIAIS	60
3.1 A Justiça brasileira e os direitos sociais	60
3.2 As políticas públicas como objeto dos direitos sociais	65
3.3 Princípios de legitimação	67
4. O DIREITO À SAÚDE E O PODER JUDICIÁRIO	69
4.1 Funções do Poder Judiciário	69
4.2 Processo e instrumentalidade	73
4.3 Controle dos atos políticos pelo Judiciário	75
4.4 Acesso à Justiça	77

5. A TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA DO DIREITO À SAÚDE	80
5.1 Evolução	80
5.2 Aspectos da tutela coletiva	82
5.3 Regramento legal	86
5.4 Legitimidade	87
5.5 Competência	89
5.6 Antecipação da tutela	92
5.7 Outros princípios relativos à tutela jurisdicional coletiva	95
CONCLUSÃO	106
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	109

INTRODUÇÃO

Em primeiro plano, registra-se que o Direito é fruto da atividade política, produção cultural humana, que se adapta às alterações e evolução que estão presentes constantemente nas sociedades.

Vedadas a autodefesa e limitadas a autocomposição, arbitragem e mediação, o Estado moderno incumbiu-se do exercício da atividade jurisdicional.

Daí se infere que a solução dos conflitos surgidos na sociedade se dá conforme a norma jurídica reguladora do convívio social ¹.

O agir está relacionado ao ambiente e ao que este proporciona, devendo, todavia, manter-se o autogoverno, usar o poder de autodeterminação através da atividade política.

O propósito da ordem jurídica deve ser o de harmonizar as relações sociais intersubjetivas, proporcionando a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste. É através do critério do justo e do equitativo que essa harmonização se perfaz, conforme convicção predominante em determinado momento e lugar.

Tem-se então que o Direito é a melhor forma de controle social, capaz de superar as antinomias dos conflitos que são decorrentes da convivência em sociedade².

Ao exercer o direito de ação, o conflito é levado à jurisdição e através desta os juízes apreciam a lide, agindo em substituição às partes, que não podem fazer justiça com as próprias mãos.

Embora o Poder do Estado seja uno, exprime-se por meio de três funções por ele exercidas, três atividades fundamentais: legislativa, executiva ou administrativa e jurisdicional; distintas e harmônicas entre si que têm a mesma finalidade³.

¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 20ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 249.

², *Idem, ibidem*, p. 19-20.

³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 25.

Compete ao Legislativo a estruturação da ordem jurídica, ao Executivo, a administração, e ao Judiciário, a composição dos litígios nos casos concretos.

A presente pesquisa tem como escopo contextualizar o Estado Democrático de Direito como paradigma de resolução dos conflitos sociais, sustentando a possibilidade de resgate concreto dos direitos e garantias fundamentais, com ênfase aos direitos sociais, em particular no tocante ao direito à saúde, por meio da tutela jurisdicional coletiva.

Neste sentir, corrobora a afirmação de Sérgio Nojiri a referenciar que:

A referência a um Estado Democrático de Direito está vinculada, pois, à busca de um processo de realização de convivência social em uma sociedade que se quer livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF), baseada na soberania popular⁴.

A Constituição é uma referência no seio da sociedade, isso porque, além de considerada como elo contencioso, as normas constitucionais são normas jurídicas e, mais do que isso, são dotadas de superioridade hierárquica e à disposição de todos os cidadãos jurisdicionados, inclusive em face do próprio Estado.

Sob essa perspectiva se infere o pressuposto lógico deste estudo, porquanto a partir da Carta Política de 1988 o princípio da dignidade da pessoa humana solidificou-se como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro.

A Constituição Federal, além de estruturar o Estado e atribuir as funções dos poderes na clássica repartição tripartite, possibilitou a tomada de decisões políticas fundamentais, bem como estabeleceu prioridades, fins materiais e objetivos públicos, visando determinar em boa medida o comportamento futuro do Estado, independente do grupo que esteja no poder em cada momento⁵.

Destarte, a Constituição Brasileira de 1988, tal como as demais Constituições contemporâneas, veicula como fundamento do Estado a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), o objetivo estatal de erradicar a

⁴ NOJIRI, Sérgio. *O Dever de Fundamentar as Decisões Judiciais*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 56.

⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 15.

pobreza e reduzir as desigualdades (artigo 3º, inciso III), além de programas, diretrizes e prioridades a serem implementadas pelo Poder Público, tal como a aplicação de recursos em educação, saúde, saneamento, moradia etc.

Por essa ótica, far-se-á necessário o estudo da efetiva tutela jurisdicional coletiva do direito social como novo paradigma ao papel atribuído ao Estado, com ênfase ao direito social da saúde.

A pesquisa do tema em questão assume grande valor na medida em que se refere à conscientização da sociedade daquilo que a ela fora garantido e dos instrumentos capazes de efetivar, ao menos, os seus direitos fundamentais.

Daí se infere, perfunctoriamente, o fito pela busca da efetividade do direito social à saúde elencado nos artigos 6º e 196 e seguintes da Constituição Federal, em especial por intermédio da tutela jurisdicional coletiva.

Serão analisadas as peculiaridades do direito social na Constituição Federal de 1988 a partir dos flagelos e das possibilidades do Estado e da sociedade civil na era contemporânea, bem como os mecanismos e instrumentos que possam solucioná-los, ou ao menos, amenizá-los.

Objetiva-se, nesse contexto, demonstrar o surgimento de novas demandas oriundas da sociedade civil postas à apreciação do Estado Democrático de Direito e a redefinição deste frente aos desafios sociais como novo paradigma na atual conjectura globalizada, com ênfase ao direito à saúde.

De grande valia será a exposição do tema sob a perspectiva de atuação do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito.

Porquanto, enquanto ciência dinâmica, o Direito há de acompanhar o desenvolvimento social, e daí tem que se adaptar às novas realidades e proposições da hodierna sociedade, razão pela qual a tutela jurisdicional coletiva do direito social à saúde não foge a esta realidade e há de interagir, como sistema ou microssistema, com os outros diversos sistemas e microssistemas que formam o macrossistema social.

A análise do tema proposto consubstancia-se na concretização do direito social à saúde por meio da tutela jurisdicional coletiva.

A tutela jurisdicional do direito social à saúde justifica-se pela necessidade social de que as garantias fundamentais sejam, além de asseguradas, também efetivadas, no que tange à almejada cidadania.

O assunto da pesquisa a ser empreendida é essencial no âmbito jurídico, pois os direitos e garantias fundamentais são de aplicação imediata, merecendo destaque o seu cumprimento e efetividade, por intermédio da aplicabilidade da dogmática jurídica sob uma ótica sofisticada, abrangendo a problematização entre as razões teórica e prática, partindo-se da idéia do que representou o constitucionalismo do segundo pós-guerra e dos influxos desta fase pós-positivista.

Além do mais, os direitos são, indubitavelmente, um fenômeno social e, principalmente na seara dos direitos sociais, houve um processo de difusão e multiplicação dos mesmos.

Os direitos sociais encontram-se no artigo 6º, da Constituição Federal e dizem respeito à educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados, embora a Magna Carta também os preveja expressamente em outros dispositivos constitucionais.

Na vertente da concretização do direito social à saúde, há justificativas para o desenvolvimento deste trabalho no sentido de que precisa ser analisado o papel do Poder Judiciário, especialmente para os setores mais fragilizados da sociedade, que encontram dificuldades e até impedimentos na luta pela garantia de seus direitos e da cidadania, na medida que vêem este Poder como pacificador social e guardião da sociedade, sempre tendo como fito a efetiva tutela dos direitos sociais.

Há que se destacar a Constituição Federal como norma hierarquicamente superior e seus princípios norteadores confluentes aos direitos e garantias fundamentais sociais como elo contudístico ao novo paradigma do Estado Democrático de Direito, fitando a tutela jurisdicional.

Com efeito, diante a inércia motivada ou desmotivada do Poder Executivo, desperta a importância da zelosa e prudente apreciação do Poder Judiciário, como guardião da sociedade, na busca da concretização efetiva dos direitos fundamentais sociais, a luz dos princípios e preceitos constitucionais e da função social da dogmática jurídica.

Tal como cediço, em razão do poderio econômico, muitas vezes os interesses de grupos (sociais e ou econômicos) consegue sobrepor-se

àqueles da coletividade, motivo pelo qual os indivíduos cidadãos necessitam de proteção e amparo no âmbito de algumas relações econômicas.

Nessa linha de raciocínio, é notável que o direito social à saúde necessita de mecanismos e instrumentos suficientemente adequados e capazes de efetivar a sua concretização, fitando cumprir o mínimo de cidadania aos indivíduos, em especial quando tutelados jurisdicionalmente de maneira coletiva via os entes legitimados.

Assim, no presente trabalho científico é essencial a reflexão teórica, a exposição, a discussão e a análise dos aspectos que envolvem o assunto em questão, haja vista a eterna busca pela melhor aplicação, efetivação e concretização do direito aos casos concretos que dele necessitam.

Para o desenvolvimento e realização do trabalho foi utilizado o método de pesquisa bibliográfica, consubstanciado na pesquisa legislativa, doutrinária e jurisprudencial. No que diz respeito à elaboração, utilizou-se o método descritivo.

A divisão do trabalho se deu em cinco capítulos, abordando no decorrer da pesquisa os direitos sociais, o direito à saúde, a Justiça brasileira a fim de compreender a tutela jurisdicional coletiva do direito social à saúde.

1. DIREITOS SOCIAIS

Para melhor compreensão do conteúdo a ser desenvolvido nesta pesquisa, demonstra-se necessária a redação deste capítulo, a fim de que sejam esclarecidas as peculiaridades concernentes aos Direitos Sociais. Tais direitos, conforme se verá a seguir, encontram-se inseridos na Constituição Federal Brasileira de 1988.

Far-se-á, ainda, no decorrer da evolução histórica, um breve relato acerca dos direitos e garantias fundamentais, para que sejam bem compreendidos os pontos de vista expostos acerca dos direitos sociais e da necessidade da atuação do Estado na busca da igualdade.

De grande valia também será a breve análise da intervenção do Estado na Sociedade de modo a conciliar os valores da liberdade e igualdade, partindo-se para a conceituação e características dos direitos sociais que encontram-se no ordenamento jurídico brasileiro.

1.1 Evolução histórica

Primordialmente, registra-se que os direitos fundamentais positivados num ordenamento jurídico que rege uma comunidade podem não ser esgotados pela positivação.

Conquanto, a revelação desses direitos se dá por meio da positivação histórica em dado ordenamento jurídico.

Embora inexista um consenso acerca da diferenciação entre os direitos fundamentais e os direitos humanos, a mais utilizada pela doutrina brasileira se dá no sentido de que ambos têm por escopo a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana e contemplam direitos interligados à liberdade e igualdade.

A diferença pode ser vista na positivação desses valores, que ocorrem em planos distintos.

Os direitos fundamentais são os direitos humanos consagrados e positivados no plano interno de cada país, ou seja, na Constituição, podendo o conteúdo variar de um país para o outro.

Já os direitos humanos estão consagrados nos tratados e convenções internacionais (plano internacional)⁶.

Tal como cediço, o poder que o povo delega aos seus representantes não é absoluto, encontrando várias limitações, inclusive através dos direitos e garantias individuais e coletivas do cidadão relativamente aos demais cidadãos e ao próprio Estado⁷.

Com efeito, os direitos e garantias individuais e coletivas resultam da própria evolução dos povos.

1.1.1 Plano internacional

Como cediço os direitos fundamentais passaram por uma evolução histórica, sendo certo que os direitos individuais e políticos que correspondem a um não-fazer do Estado, constituindo limites à atuação deste, resguardando direitos tidos como indispensáveis a cada pessoa humana.

Revelaram-se, daí, a importância os institutos voltados à proteção do indivíduo em face da sociedade e também do próprio Estado, oriundos das grandes revoluções burguesas, a Revolução Americana de 1776 e a Revolução Francesa em 1789.

Dentre os diversos fatores que contribuíram para isso, atribui-se relevância à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, em 1789, levada a efeito pela Revolução Francesa e a Constituição da França de 1791 que possibilitou certos direitos.

Isto porque, os direitos sociais surgiram do embate entre as classes sociais.

Embora pretende-se uma relativa igualdade, as diferenças existentes entre as classes acentuaram-se.

Partiu-se do pressuposto de que todos poderiam, pelos seus próprios meios, prover sua subsistência e enfrentar quaisquer adversidades.

⁶ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Método, 2011, p. 383-384.

⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 33.

Todavia, tal crença resultou no empobrecimento das classes proletárias, já na primeira metade do século XIX⁸.

A industrialização, com o seu estrondoso impacto nas sociedades que ocasionaram graves problemas econômicos e sociais.

Juntamente com os pensamentos socialistas e a constatação de que a garantia da liberdade e da igualdade não bastavam, ocasionaram, no decorrer do século XIX, como acima se mencionou, o nascimento de amplos movimentos reivindicatórios e, conseqüentemente, no reconhecimento de direitos que incumbiram ao Estado uma posição ativa na busca da realização de justiça social⁹.

A partir disso tornou-se necessário a busca de outra espécie de direitos com capacidade real de garantir ao indivíduo uma vida digna, entregando-lhe aquilo que lhe é essencial.

Menciona-se, também, os movimentos socialistas alusivos ao reconhecimento dos direitos sociais e econômicos.

Posto que diante de tal cenário apareceram diversas críticas ao liberalismo econômico.

Tanto o marxismo, o socialismo utópico, quanto a doutrina social da Igreja, sob perspectivas distintas, questionavam o individualismo exagerado do liberalismo.

A corrente marxista via nos direitos humanos do liberalismo certa dominação econômica exercida pela burguesia sobre o proletariado.

Era uma espécie de exploração revestida de legitimidade que só teria fim com a implantação do comunismo e fim das classes sociais¹⁰.

Sob as idéias dos pensadores como Charles Fourier, Robert Owen e Louis Blanc, o socialismo utópico também questionava o liberalismo.

No entanto, embora o considerasse incapaz de resolver a questão social, não apontava a tomada do poder pela força por parte dos proletários.

⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 53-54.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 56.

¹⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 17.

Acreditava-se na possibilidade de convencimento da burguesia da necessidade de se promover reformas sociais¹¹.

Destarte, a doutrina social da Igreja se opunha de forma radical à idéia marxista de luta de classes, mas atentou para a questão operária, defendendo a instituição de direitos mínimos para o trabalhador, a partir da Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII.

Nessa Encíclica, a Igreja tecia críticas ao exacerbado individualismo característico do liberalismo, defendendo a assunção pelo Estado de uma posição mais ativa na sociedade, de modo a instituir uma defesa aos mais pobres.

O Papa Pio XII, posteriormente, continuou no mesmo caminho na *Quadragesimo Anno*.

Sendo que o tema persistiu em vários outros documentos pontifícios, como as Encíclicas *Mater et Magistra* e *Pacem in Terris*, de João XXIII, e *Populorum Progressio* e *Humanae Vitae*, de Paulo VI¹².

Contudo, foi a partir do reconhecimento do liberalismo enquanto individualismo exacerbado e da indispensável busca de novas formas que garantissem a igualdade e dignidade da pessoa humana que a positivação dos direitos sociais e econômicos se fez possível.

Neste sentir, os direitos sociais revelam-se como uma amortização e legitimação do capitalismo, numa visão a considerar um fundamento à existência humana digna para que estes direitos fossem reconhecidos.

Sob esta ótica, válido transcrever José Joaquim Gomes Canotilho:

Se o capitalismo mercantil e a luta pela emancipação da "sociedade burguesa" são inseparáveis da consciencialização dos direitos do homem, de feição individualista, a luta das classes trabalhadoras e as teorias socialistas (sobretudo Marx, em "A Questão Judaica") põem em relevo a unidimensionalização dos direitos do homem "egoísta" e a necessidade de completar (ou substituir) os tradicionais direitos do cidadão burguês pelos direitos do "homem total", o que só seria possível numa nova sociedade. Independentemente da adesão aos postulados marxistas, a radicação da idéia da necessidade de garantir o homem no plano econômico, social e

¹¹ SARMENTO, Daniel, *op. cit.*, p. 17.

¹² *Idem, ibidem.*

cultural, de forma a alcançar um fundamento existencial-material, humanamente digno, passou a fazer parte do patrimônio da humanidade¹³.

Observada a insuficiência do modelo adotado pelo Estado Liberal quanto aos direitos fundamentais e a necessidade de se superar os problemas gerados pelo capitalismo, o Estado Social surge apoiado nessa indispensável reformulação.

Isso porque os direitos de liberdade, tidos como direitos naturais e correlatos à própria condição humana, explicitaram-se como incapazes de conter conflitos crescentes no âmbito social

Sendo necessária, por parte do Estado, a positivação dos direitos econômicos e sociais, denominados como direitos de índole artificial¹⁴.

Do surgimento do constitucionalismo, cite-se a Constituição francesa de 1848 que reconheceu algumas exigências do operariado.

Cumprir mencionar, também, a declaração ideológica social da Constituição mexicana de 1917¹⁵.

Destarte, cite-se a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, escrita no âmbito da Revolução Russa de 1917 e promulgada em janeiro do ano de 1918.

A Declaração trouxe novidades quanto à abolição da propriedade privada e a possibilidade de exploração do trabalho assalariado.

Estabeleceu um tratamento diferenciado para os titulares de direitos conforme a classe social, promovendo uma restrição às prerrogativas dos integrantes da burguesia.

Além de instituir o trabalho como dever obrigatório para todos, daí considerar uma, certa ótica, extremista.

Estas idéias foram ratificadas pela Constituição soviética de 1918, que inseriu uma série de direitos sociais ao seu texto¹⁶.

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 385.

¹⁴ APPIO, Eduardo. *Teoria geral do Estado e da Constituição*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 55-56.

¹⁵ LIMA JÚNIOR, Jaime Benvenuto. *Os direitos humanos, econômicos, sociais e culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 23.

¹⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 32-33.

Vale ressaltar a Constituição alemã de Weimar de 1919 ao estabelecer sistematicamente a proteção dos direitos sociais¹⁷

Com efeito, após a Primeira Guerra Mundial e com a derrota do Império alemão, foi promulgada, em 11 de agosto de 1919, a Constituição da Primeira República alemã, conhecida como Constituição de Weimar.

Isto porque, dentre outros fatores, como resultado do processo de industrialização formou-se na Alemanha uma grande classe operária que passou a se organizar em sindicatos e partidos políticos.

Detectados os problemas de ordem econômica e geopolítica que se originaram da imposição do Tratado de Versalhes, a Alemanha, logo após a Primeira Guerra Mundial, ingressou num período de profunda instabilidade política e social.

Neste contexto, a burguesia se viu obrigada a neutralizar os movimentos revolucionários, negativamente, por meio da repressão, e, positivamente, através de um projeto de república democrática e social, denominada República de Weimar¹⁸.

Em sua primeira parte, a Constituição de Weimar regulamentou a organização do Estado e, na segunda parte explicitou uma declaração de direitos e deveres fundamentais, somando às clássicas liberdades individuais os direitos de conteúdo social¹⁹.

A Constituição Alemã de 1919, excetuando as disposições transitórias, era composta por 165 artigos divididos em dois livros: Livro I, relativo à “Estrutura e Fins da República”, e Livro II, pertinente aos “Direitos e Deveres Fundamentais do Cidadão Alemão”.

Com efeito, o Livro I, dividia-se em sete capítulos: Capítulo I - A República e os estados; Capítulo II - O Parlamento; Capítulo III - O Presidente da República e o Governo Federal; Capítulo IV - O Conselho da República; Capítulo V - A Legislação da República; Capítulo VI - A Administração da República e Capítulo VII - A Administração da Justiça.

A seu turno, o Livro II, do texto constitucional de Weimar, que estabelecia os direitos e os deveres fundamentais do cidadão alemão, eram

¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder, *op. cit.*, p. 54.

¹⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *op. cit.*, p. 33.

¹⁹ COMPARATO, Fábio Konder, *op. cit.*, p. 193.

dispostos num extenso rol em cinco capítulos: Capítulo I - A pessoa individual; Capítulo II - A vida social; Capítulo III - Religião e agrupamentos religiosos; Capítulo IV - Educação e escola e Capítulo V - A vida econômica.

As garantias liberais clássicas estavam contidas nos dois primeiros títulos.

Já a dimensão social e econômica dos direitos fundamentais encontrava-se nos dois últimos.

Tomava-se por finalidade a garantia da liberdade individual através de ações estatais²⁰.

Com efeito, o rol sistematizado e estruturado de direitos fundamentais de primeira e de segunda geração, constantes no Livro II, ao garantir tanto liberdades públicas como prerrogativas de índole social.

Há de se mencionar, ainda, a positivação de direito de terceira geração, a exemplo do artigo 150.

Daí infere-se que a Constituição Alemã de 1919 se notabilizou e celebrizou.

Importante observar, dentro deste contexto, que a Constituição de Weimar exerceu decisiva influência sobre a evolução das instituições políticas no mundo Ocidental.

Confirmando este entendimento, Fábio Konder Comparato leciona que:

O Estado da democracia social, cujas linhas-mestras já haviam sido traçadas pela Constituição mexicana de 1917, adquiriu na Alemanha de 1919 uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em vários países após o trágico interregno nazi-fascista e a Segunda Guerra Mundial. A democracia social representou efetivamente, até o final do século XX, a melhor defesa da dignidade humana, ao complementar os direitos civis e políticos – que o sistema comunista negava – com os direitos econômicos e sociais, ignorados pelo liberal-capitalismo. De certa forma, os dois grandes pactos internacionais de direitos humanos, votados pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1966, foram o desfecho do processo de institucionalização da democracia social, iniciado por aquelas duas Constituições do início do século²¹.

²⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *op. cit.*, p.34.

²¹ COMPARATO, Fábio Konder, *op. cit.*, p. 192-193.

Além disso, como já mencionado, a Constituição de Weimar de 1919 destacou-se em positivar os direitos sociais de maneira sistemática e mais estrutural, daí e por outros fatores, considerar sua relevância ao mundo ocidental.

Destarte, após a Primeira Grande Guerra, nos Estados Unidos, ocorreu a implementação do Estado Intervencionista, através dos tradicionais e transigentes defensores da livre imprensa.

Diante das solicitações sociais intensas o intervencionismo nos Estados Unidos se fez presente por meio do programa lançado por Franklin Roosevelt, conhecido como *New Deal*, que se tratava, na verdade, de uma política intervencionista²².

Saliente-se que a fase histórica ora percorrida já retratava uma nova concepção da função do Estado na Sociedade, bastante divergente da política do não-intervencionismo do Século XIX.

Constata-se que o grande flagelo existente nessas mudanças de concepção estatal referiu-se ao modo de conciliar um novo modelo de economia com a idéia de liberdade.

Com o advento da Segunda Guerra Mundial estimulou-se ainda mais o caráter intervencionista do Estado, conforme esclarece Dalmo de Abreu Dallari:

Assumindo amplamente o encargo de assegurar a prestação dos serviços fundamentais a todos os indivíduos, o Estado vai ampliando sua esfera de ação. E a necessidade de controlar os recursos sociais e obter o máximo proveito com o menor desperdício, para fazer face às emergências da guerra, leva a ação estatal a todos os campos da vida social, não havendo mais qualquer área interdita à intervenção do Estado²³.

Portanto, o que se observa da explanação de certos fatos históricos quanto à atuação do Estado é que os indivíduos vivem em constante transformação, acarretando na transformação da própria sociedade, seja na esfera econômica, social ou cultural.

²² DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 20ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 277.

²³ *Idem, ibidem*, p. 280.

De acordo com cada momento histórico o Estado revelou-se e revela-se com um caráter diferente.

Todavia, acredita-se em sempre buscar a evolução e o progresso, mas, para tanto, imprescindível faz-se a transformação e esta exige o surgimento de novas alternativas a serem colocadas em prática.

Daí surge a necessidade do Estado e os indivíduos conciliarem-se de forma harmoniosa, resguardando-se, ao menos, os direitos fundamentais, observado o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nessa seara apresenta-se o Direito como meio idôneo e capaz de gerir as relações conflitantes entre a sociedade e o Estado, quando da não observância dos direitos fundamentais.

Após o término da Segunda Grande Guerra é que os direitos individuais passaram a ser declarados universalmente.

Com efeito, foram consagrados universalmente através da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e encontram seu apogeu num Estado Democrático de Direito²⁴.

Ressaltando, ainda, o disposto no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966.

1.1.2 Plano nacional

No Brasil, importante também, salientar o transcurso dos direitos sociais e das Constituições pátrias.

A Constituição de 1891 foi promulgada, sendo a primeira Constituição do Brasil republicano que fez constar a separação entre Estado e Igreja.

Estabeleceu-se a forma federativa de Estado, caracterizada pela rígida separação de competências entre a União e os Estados, adotando, a forma republicana de governo.

Nesta Constituição também se destaca a adoção da teoria tripartite de divisão dos poderes de Montesquieu, com um Executivo presidencialista,

²⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Manual de Iniciação ao Direito - Direito Constitucional*. São Paulo: Pioneira, 1999, p. 39.

um, Legislativo bicameral, dividido em Câmara dos Deputados e Senado Federal e um Judiciário independente, que adquiriu novas funções e prerrogativas²⁵.

Também foi admitido o recurso para o Supremo Tribunal Federal de decisões judiciais nas quais fosse questionada a validade de leis e atos governamentais em face da Constituição, o que foi denominado como um sistema judicial difuso de controle da constitucionalidade, seguindo o modelo norte-americano²⁶.

Em razão do “coronelismo”, da primazia dos Estados com maior força na condução do poder político (Minas Gerais e São Paulo), gerando constantes suspensões das liberdades públicas, a Constituição de 1891 foi violada ao máximo²⁷.

A Constituição Brasileira promulgada em 1934 por influência da Constituição Alemã de Weimar incorporou os direitos sociais, econômicos, trabalhistas, sindicais, previdenciários e culturais.

Preservou-se a República e a Federação, todavia, restringiu-se a autonomia dos Estados-membros.

Sendo, portanto, incorporada a concepção de intervenção do Estado na ordem social e econômica²⁸.

Na Constituição de 1934 a tripartição dos poderes foi mantida, mas com características próprias.

Válido dizer que foi constitucionalizada a Justiça Eleitoral criada em 1932 e, institui-se, também, a Justiça do Trabalho, além da institucionalização do Ministério Público²⁹.

Embora a Constituição de 1934 tenha tido vida mais curta do que as demais, foi a que representou um importante avanço ao constitucionalismo pátrio, em razão de seu caráter democrático.

Além do que já fora dissertado sobre esta carta constitucional, a mesma introduziu o mandando de segurança e ação popular, ampliando os direitos e garantias fundamentais.

²⁵ BESTER, Gisela Maria. *Cadernos de Direito Constitucional-parte I: teoria constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 41.

²⁶ *Idem, ibidem*.

²⁷ *Idem, ibidem*.

²⁸ DINIZ, Rivanildo Pereira. *Teoria Constitucional*. Poços de Caldas, MG: Sulminas, 2003, p. 39.

²⁹ *Idem, ibidem*, p. 40.

Também houve inovações na seara do controle de constitucionalidade que perduram até hoje³⁰.

Como acima explanado, merece destaque na Constituição de 1934 a incorporação dos direitos sociais como modalidade de direitos fundamentais, conferindo ao Estado uma prestação positiva.

Conhecida como “A polaca”, dada a grande influência da Constituição da Polônia, a Constituição Brasileira de 1937, redigida por Francisco Campos e outorgada por Getúlio Vargas, suspendeu o curso das instituições democráticas.

Trata-se da Constituição do Estado Novo. A forma do Estado continuou como federativa.

No entanto, isto se deu apenas formalmente, já que todo o poder político foi transferido para o governo central, em especial para o Presidente da República.

O Poder Executivo adquiriu qualidade de autoridade suprema, sendo reduzidas ao extremo as funções do Legislativo e Judiciário³¹.

Nesta Constituição os direitos e garantias individuais foram restringidos, o mandado de segurança e a ação popular tiveram sua exclusão do Texto Constitucional.

Decorrido o tempo, em 1946 foi promulgada uma nova Constituição, elaborada por uma Assembléia Constituinte e que restabeleceu o bicameralismo.

Retornou também a figura do Vice-Presidente e, passou a atuar na função de presidente do Senado Federal.

Saliente-se que o Regime Democrático se fortaleceu e o pluripartidarismo foi, assim, assegurado.

Importante, ainda, considerar que o mandado de segurança e a ação popular que não constavam expressamente da Constituição de 1937, foram reintroduzidos na Constituição de 1946 e, na ordem econômica e social, a propriedade foi condicionada ao bem-estar social.

³⁰ *Idem, ibidem*, p. 40-41.

³¹ BONAVIDES, Paulo, ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 344-345.

Além disso, foi instituído um sistema duplo de controle da constitucionalidade³².

Ressalte-se, ainda, que após a renúncia do então Presidente Jânio Quadros, introduziu-se, através da Emenda Constitucional nº 4, de setembro de 1961, o sistema parlamentarista de governo.

Posteriormente, com a realização de um plebiscito, o povo brasileiro, por ampla maioria, optou pelo retorno do sistema presidencialista, assim ratificado pela Emenda Constitucional nº 6, de janeiro de 1963³³.

Diferentemente da anterior, a Constituição de 1967 foi outorgada pelo Marechal Castelo Branco, embora, formalmente discutida, votada, aprovada e promulgada pelo Congresso Nacional, que se reuniu em caráter extraordinário, para esse fim.

Em cumprimento às exigências do Movimento Militar de 1964, sob a ideologia da “segurança nacional”, possibilitou, observado o seu conteúdo indeterminado, distorções do Texto Constitucional.

Através da criação do Conselho de Segurança Nacional foi estabelecida a possibilidade de civis serem julgados pela Justiça Militar.

Além disso, ocorreu a centralização dos poderes políticos na União, especialmente nas mãos do Presidente da República e as eleições passaram a ser indiretas³⁴.

Com a evidente redução dos direitos individuais, sob a possibilidade de sua suspensão, a Constituição de 1967 foi marcada como um grande retrocesso para o constitucionalismo brasileiro, institucionalizando-se o Regime Militar.

Já a Constituição de 1969, sob o aspecto formal, foi considerada uma emenda constitucional à Carta de 1967.

Todavia, em plenária unânime, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a Constituição de 1967 foi desfigurada a ponto de ter sua vigência naturalmente cessada.

Em razão disso, a Constituição de 1969 passou a vigorar como um novo e autônomo documento constitucional.

³² *Idem, ibidem*, p. 409.

³³ DINIZ, Rivanildo Pereira, *op. cit.*, p. 43.

³⁴ *Idem, ibidem*, p. 43-44.

A mesma foi outorgada por três ministros militares, elevando ainda mais a União em detrimento aos Estados-Membros e Municípios, abandonando, cada vez mais, o federalismo³⁵.

Importante não olvidar que a Constituição de 1969 colocou fim à maioria das imunidades parlamentares materiais e processuais, elaborando nova causa para a perda do mandato parlamentar e tornou possível a censura em relação às publicações tidas como contrárias à moral e aos bons costumes³⁶.

Em 5 de outubro de 1988 foi promulgada a atual Constituição Brasileira, que instituiu o Estado Democrático de Direito, autolimitando o poder estatal ao cumprimento das leis que a todos subordinam.

Consagrou-se, também, o pluripartidarismo e o Federalismo.

Relevante foi a retirada das instituições autoritárias do regime militar e a introdução dos princípios fundamentais³⁷.

De caráter completamente inovador a Constituição de 1988 consignou em seu artigo 5º uma vasta lista de direitos e garantias fundamentais, que é ampliado pelo § 2º do mesmo artigo.

Isto porque, o referido parágrafo estabelece que os direitos e garantias fundamentais existentes na Constituição Federal não excluem outros advindos dos regimes e princípios por adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Grande inovação também foi a inserção na lista de direitos fundamentais não somente os civis e políticas, mas também os direitos sociais. Neste contexto tornaram-se interdependentes os valores da liberdade e igualdade, analisados sob a indivisibilidade³⁸.

Daí importante salientar que a principal característica dos direitos fundamentais é a busca da concretização do princípio da dignidade humana existente na Constituição Federal que, ao indicá-la como fundamento do Estado

³⁵ DINIZ, Rivanildo Pereira, *op. cit.*, p. 45.

³⁶ BESTER, Gisela Maria, *op. cit.*, p. 45.

³⁷ DINIZ, Rivanildo Pereira, *op. cit.* p. 45-46.

³⁸ LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. *op. cit.*, p. 57

Brasileiro, buscou atribuir uma unidade valorativa ao sistema de direitos fundamentais³⁹.

1.2 Conceito e características dos direitos sociais

Em primeiro plano, conveniente registrar que os direitos sociais tratam-se de direitos subjetivos, mas revestidos com poderes de exigir, de reivindicar e não de meros poderes de agir⁴⁰.

Segundo José Afonso da Silva os direitos sociais podem ser definidos como:

Prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade⁴¹.

Sob a mesma perspectiva Alexandre de Moraes elucida o conceito dos direitos sociais:

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo artigo 1º, IV, da Constituição Federal⁴².

Ainda, pode-se observar a definição consignada por Andreas Krell:

Os Direitos Fundamentais Sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais. São os Direitos

³⁹ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JR, Vidal Serrano. *Direito Sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 36.

⁴⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 49.

⁴¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editora, 28ª ed., 2007, p. 286-287.

⁴² MORAES, Alexandre de. *op. cit.*, p. 206.

Fundamentais do homem-social dentro de um modelo de Estado que tende cada vez mais a ser social, dando prevalência aos interesses coletivos antes que aos individuais⁴³.

Infere-se, então, que os direitos sociais mantêm extrema relação com a busca da igualdade, sendo que a efetivação daqueles, quando cumprida realiza, por assim dizer, o direito de igualdade.

Como já mencionado, a declaração dos direitos sociais nas Constituições teve como início a Constituição Mexicana de 1917, mas sistemática e estruturalmente com a Constituição de Weimar de 1919, sendo que o fortalecimento desses direitos deu-se no decorrer do Século XX.

Esses direitos são implementados através de políticas públicas concretizadoras de certas prerrogativas individuais ou coletivas, que se destinam a reduzir as desigualdades sociais e a garantir uma existência humana digna. Todos os indivíduos são destinatários dos direitos sociais, embora a finalidade precípua desses direitos seja a de proteger os hipossuficientes e os mais fragilizados, que são os maiores dependentes das prestações materiais promovidas pelo Estado⁴⁴.

Em razão da sua amplitude os direitos sociais adquiriram classificações. Assim, classificam-se em: direitos sociais relativos ao trabalhador; direitos sociais relativos à seguridade, compreendendo os direitos à saúde, à previdência e assistência social; direitos sociais relativos à educação e à cultura; direitos sociais referentes à família, criança, adolescente e idoso; direitos sociais relativos ao meio ambiente⁴⁵.

A despeito disso, é certo dizer que a definição dos direitos sociais no título constitucional destinado aos direitos e garantias fundamentais desperta duas consequências tidas como imediatas, quais sejam, a subordinação à regra da autoaplicabilidade prevista no §1º, do artigo 5º, da Constituição, e possibilidade do ajuizamento do mandado de injunção, quando houver omissão do

⁴³ KRELL, Andréas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 19.

⁴⁴ NOVELINO, Marcelo, *op. cit.*, p. 525-526.

⁴⁵ SILVA, José Afonso da Silva, *op. cit.*, p. 294.

poder público na regulamentação de alguma norma que preveja um direito social e, conseqüentemente inviabilize seu exercício⁴⁶.

Diz-se que o titular dos direitos sociais e econômicos não é o ser humano abstrato, com o qual o capitalismo sempre teve excelente convivência, e sim o conjunto dos grupos sociais oprimidos pela miséria e pela doença. Inseridos neste contexto, os direitos fundamentais de segunda dimensão demonstram-se anticapitalistas e, por esta razão, só prosperaram a partir do momento histórico em que os donos do capital foram obrigados a buscar uma forma de composição com os trabalhadores⁴⁷.

Os direitos sociais, embora tenham como titular o indivíduo, são concebidos como direitos de caráter coletivo, justificando, assim, a utilização da expressão “sociais”. Caracterizam-se pela densificação do princípio da justiça social, correspondendo às reivindicações por parte das classes desfavorecidas⁴⁸.

Anote-se que na relação jurídica em que são reivindicados qualquer dos direitos sociais, figura como sujeito passivo o Estado, já que este é o responsável pelo atendimento do objeto de tal modalidade de direitos, quais sejam, a prestação de um serviço: escolar, quanto ao direito à educação; médico-hospitalar, quanto ao direito à saúde; desportivo, quanto ao esporte etc.⁴⁹.

Neste aspecto afirma-se que os direitos sociais estabelecem relação com o direito de igualdade, garantido como princípio na Constituição Federal, em seu artigo 5º:

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:

Desta forma, os direitos sociais criam condições materiais capazes de alcançar a igualdade real almejada pelos detentores dos direitos. São direitos que permitem aos indivíduos reivindicar do Estado uma prestação positiva

⁴⁶ MORAES, Alexandre de. Direito, *op. cit.*, p. 207.

⁴⁷ COMPARATO, Fábio Konder, *op. cit.*, p. 54-55.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, p. 57.

⁴⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves *op. cit.*, p. 50.

que, quando concretizada, realiza a justiça no seu valor máximo, qual seja, a igualdade.

Estes direitos relacionam-se diretamente com a dignidade da pessoa humana, contida no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, como fundamento do Estado Democrático De Direito. Possibilita um agir, uma cobrança em face do Estado a fim de que sejam garantidas melhores condições de vida àqueles que não conseguem garantir por si só o que lhes é essencial.

1.3 Enumeração no ordenamento jurídico

A Constituição Federal Brasileira de 1988, no seu Título II, Capítulo II estabelece os direitos sociais.

Com efeito, expõe em seu artigo 6º o seguinte: “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Porquanto, os direitos sociais estão intimamente ligados a direitos prestacionais, prestações positivas do Estado perante o indivíduo, como educação, saúde, assistência social, dentre outros.

Constata-se, assim, que os direitos sociais, além daqueles enumerados nos artigos seguintes ao artigo supramencionado, quais sejam, os artigos 7º; 8º; 9º, 10 e 11, também são encontrados no artigo 193 e seguintes, inseridos no Título VIII- Da Ordem Social, da Constituição Federal.

No ordenamento jurídico nacional os direitos sociais referentes ao trabalhador em suas relações individuais de trabalho encontram-se no artigo 7º, da Constituição Federal, enquanto que os direitos coletivos dos trabalhadores podem ser observados nos artigos 9º, 10 e 11 da Magna Carta.

No que tange ao meio ambiente de trabalho, insta salientar o direito a um local de trabalho sadio que garanta e preserve a saúde física e mental do trabalhador, ressaltando, dentre outras, as disposições contidas nos artigos 5º, XXIII, 7º, XXII, 170, da Carta Política.

Quanto à seguridade, ou seja, direitos à saúde, à previdência e assistência social, os direitos sociais estão contidos no Título da Ordem Social, artigo 193 e seguintes da Constituição Federal.

Os direitos sociais concernentes à educação e à cultura podem ser observados em vários dispositivos constitucionais, sendo eles: artigos 5º, IX, 23, III a V, 24, VII a IX, 30, IX, 205 a 217.

Os que são relativos à família, criança, adolescente, detentores de prioridade em políticas públicas de saúde e idoso, encontram-se em capítulos da Ordem Social: artigos 201, II; 203, I, II; 226; 227; 230.

Por fim, aos direitos sociais relativos ao meio-ambiente, há de ser incluído o direito ao lazer (Constituição Federal, artigo 6º; artigo 227) e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a considerar um desenvolvimento sustentável, cabendo ao Poder Público e à coletividade a sua preservação e proteção, conforme artigo 225, da Constituição Federal, além do disposto no artigo 17, da Lei 8.080/90.

2. DO DIREITO À SAÚDE

A Constituição Federal Brasileira garante a todos os indivíduos o direito à saúde ao dispor que se trata de um direito de todos e um dever do Estado. A saúde enquanto direito social garantido constitucionalmente exige uma prestação positiva por parte do Estado para a sua garantia e eficácia.

Neste sentido, posteriormente à análise do aspecto histórico do direito à saúde, serão abordados neste capítulo o seu conceito, natureza jurídica, especificidade jurídica, assim como seus princípios norteadores.

Assim, a explanação deste capítulo servirá de base para que se adentre no tema da tutela jurisdicional relacionada às ações de fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos por parte do Estado, seja em sua esfera federal, estadual ou municipal.

2.1 Aspectos históricos e constitucional

O caminho da saúde pública no Brasil teve início no Século XIX com a chegada da Corte Portuguesa no país.

Nesta época eram realizadas somente algumas ações para combater a lepra e a peste, realizando-se um controle sanitário em portos e ruas.

Somente no período compreendido entre 1870 e 1930 é que o Estado começou a atuar um pouco mais na esfera da saúde, com a adoção do modelo “campanhista” que se utilizava da autoridade e da força policial.

Apesar dos abusos que esse modelo trazia consigo, foram obtidos resultados satisfatórios no controle de doenças epidêmicas, erradicando a febre amarela na cidade do Rio de Janeiro⁵⁰.

As ações curativas, que antes ficavam reservadas aos serviços privados e à caridade, somente a partir de 1930 passaram a ser realizadas pelo sistema público de saúde.

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009, p. 11 - 12 Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2010.

Assim, criado o Ministério da Educação e Saúde Pública, também foram criados os Institutos da Previdência, conhecidos como IAPs, que ofereciam serviços de saúde de caráter curativo, possuindo, inclusive, hospitais próprios.

Todavia, estes serviços só eram prestados para os profissionais ligados ao respectivo instituto, em razão da contribuição.

Durante o regime militar os IAPs foram unificados com a criação do Instituto Nacional da Previdência Social. A partir de então todo trabalhador urbano com carteira assinada era contribuinte e beneficiário, tendo direito ao atendimento na rede pública de saúde⁵¹.

Com o advento da Constituição da Organização da Saúde de 26 de julho de 1946, atribuiu-se ao vocábulo saúde a definição de um estado de completo bem-estar físico, mental e social, não se referindo apenas à ausência de doença ou enfermidade.

Afirmou-se, ainda, que gozar do melhor estado de saúde é um dos direitos fundamentais do ser humano, sendo de responsabilidade do governo garantir a saúde através de medidas sanitárias e sociais adequadas⁵².

Na Declaração Universal dos Direitos dos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, o artigo 25 estabelece também a saúde e assistência médica como serviços sociais imprescindíveis:

Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários; e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou em outros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

No que concerne à saúde enquanto direito garantido, afirma-se que as Constituições anteriores à de 1988 trataram da saúde apenas sob o aspecto administrativo, a fim de organizar o combate a epidemias e endemias.

⁵¹ *Idem, ibidem.*

⁵² OMS, Organização Mundial da Saúde. *Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)* – 1946. USP. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organização-Mundial-da-Saúde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> Acesso em: 20 de maio de 2011.

O Poder Público era o responsável por legislar sobre a proteção à saúde, porém como atividade pública voltada basicamente para a prevenção.

Na Constituição Federal de 1988 a saúde foi erigida à condição de direito individual de caráter fundamental e universal, adquiriu *status* de direito fundamental social do indivíduo⁵³.

Por essa perspectiva, a Constituição brasileira seguiu a diretriz estabelecida no artigo 25, da Declaração Universal dos Direitos dos Humanos de 1948.

Ao declarar a saúde como princípio fundamental os estes estatais foram incumbidos da sua efetiva prestação, ou seja, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios por meio de competência comum.

Notadamente pelo disposto no artigo 23, inciso II, da Constituição Federal ao estabelecer que cuidar da saúde é dever da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Além disso, o dever solidário do Estado no que tange ao direito à saúde infere-se da análise conjunta, dentre outras, das disposições dos artigos 6º, 196, 198, inciso II e 202 da Carta Política.

A Constituição Federal, inclusive, estabelece a descentralização das ações e serviços de saúde, configurando a responsabilidade legal solidária, tal como se observa no artigo 198, incisos I, II e III, *in verbis*:

Art. 198 – 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.

Por essa ótica, importante ressaltar a norma disposta no artigo 198, § 2º e seguintes, da Magna Carta, que versa a respeito da aplicação anual dos recursos mínimos nas ações e serviços de saúde pela União, pelos Estados Membros, pelo Distrito Federal e pelos Municípios.

⁵³ ARAÚJO, Luiz Alberto. *Curso de direito constitucional*. 12ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pág. 486.

Destarte, a norma contida no artigo 30, inciso VII, da Constituição Federal, corrobora com o posicionamento em comento.

Isto porque, os Municípios devem cooperar com os Estados Membros e com a União no que tange aos aspectos técnicos e financeiros relativos à prestação dos serviços de atendimento à saúde da população.

Nesse escopo, estabeleceu-se a descentralização das ações de saúde, para que houvesse a aproximação entre as políticas públicas de saúde e a população.

Caracterizando, portanto, a responsabilidade legal solidária entre estes entes estatais da Federação.

Destarte, Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990 fora sancionada a fim de regulamentar os princípios e metas inerentes aos dispositivos da Constituição Federal de 1988, sendo considerada a Lei Orgânica de Saúde.

Porquanto, verifica-se a solidariedade legal dos entes estatais, pelas disposições contidas nos artigos 2º, 4º e seguintes da Lei n.º 8.080/90, eis que todos os entes federativos compõem o sistema único de saúde.

Neste sentido, transcreve-se ementa de recente julgado do Egrégio Supremo Tribunal Federal que corrobora com a configuração da solidariedade dos entes do Estado:

Ementa. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. Constitucional e Processual Civil. Direito à saúde. Art. 196, CF. Fornecimento de medicamentos. Solidariedade passiva entre os entes federativos. Chamamento ao processo. Deslocamento do feito para Justiça Federal. Medida protelatória. Impossibilidade.

1. O artigo 196 da CF impõe o dever estatal de implementação das políticas públicas, no sentido de conferir efetividade ao acesso da população à redução de riscos de doenças e às medidas necessárias para proteção e recuperação dos cidadãos.

2. O Estado deve criar meios para prover serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além da implementação de políticas públicas preventivas, mercê de os entes federativos garantirem recursos em seus orçamentos para implementação das mesmas (arts. 123, II e 198, §1º, da CF).

3. O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto porque, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente

federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional.

4. In casu, o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protelatória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento a saúde da recorrida.

5. Agravo regimental no recurso extraordinário desprovido.

(Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 607-381- Santa Catarina- Relator: Min. Luiz Fux/ Agte: Estado de Santa Catarina/ Agdo: Ruth Maria da Rosa. Julgado em 31/05/2011)

Assim, por essas considerações, resta demonstrada a inequívoca responsabilidade legal solidária dos entes federativos, União, Estados Membros e Municípios.

Posto que o Sistema Único de Saúde foi criado com o escopo de garantir a saúde como direito de todos e um dever solidário estatal.

Com efeito, a Constituição Federal, também, estabelece as diretrizes para o financiamento do Sistema Único de Saúde, confira-se os parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 198, *verbis*:

§ 1º – O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

• *(Parágrafo renumerado pelo art. 6º da Emenda Constitucional nº 29, de 13/9/2000.)*

§ 2º – A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I – no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º;

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

• *(Parágrafo acrescentado pelo art. 6º da Emenda Constitucional nº 29, de 13/9/2000.)*

§ 3º – Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

I – os percentuais de que trata o § 2º;

II – os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;

III – as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal;

IV – as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União.

• *(Parágrafo acrescentado pelo art. 6º da Emenda Constitucional nº 29, de 13/9/2000.)*

Ocorre que não houve ainda a edição da lei complementar referida no parágrafo 3º, do artigo 198 para estabelecer os percentuais de aplicação das receitas no Sistema Único de Saúde.

Todavia, ainda que anterior a Emenda Constitucional nº 29/2000, há de se mencionar a Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, regulamentadora do repasse de verbas as ações e serviços de saúde.

Razões pelas quais, o parágrafo 4º, acrescido pela Emenda Constitucional nº 29/2000, do artigo 77, do ato das disposições constitucionais transitórias, estabelece que aplicar-se-ão as disposições aos entes estatais federativos, *in verbis*:

Art. 77 – Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde serão equivalentes:

I – no caso da União:

a) no ano 2000, o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, cinco por cento;

b) do ano 2001 ao ano 2004, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto – PIB;

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, doze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; e

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, quinze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

§ 1º – Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que apliquem percentuais inferiores aos fixados nos incisos II e III

deverão elevá-los gradualmente, até o exercício financeiro de 2004, reduzida a diferença à razão de, pelo menos, um quinto por ano, sendo que, a partir de 2000, a aplicação será de pelo menos sete por cento.

§ 2º – Dos recursos da União apurados nos termos deste artigo, quinze por cento, no mínimo, serão aplicados nos Municípios, segundo o critério populacional, em ações e serviços básicos de saúde, na forma da lei.

§ 3º – Os recursos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinados às ações e serviços públicos de saúde e os transferidos pela União para a mesma finalidade serão aplicados por meio de Fundo de Saúde que será acompanhado e fiscalizado por Conselho de Saúde, sem prejuízo do disposto no art. 74 da Constituição Federal.

§ 4º – Na ausência da lei complementar a que se refere o art. 198, § 3º, a partir do exercício financeiro de 2005, aplicar-se-á à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o disposto neste artigo.

• *(Artigo acrescentado pelo art. 7º da Emenda Constitucional nº 29, de 13/9/2000.)*

A respeito da aplicação de recursos financeiros, elucida

José Afonso da Silva:

O sistema é financiado com recursos do orçamento da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. A EC-29/2000, dando nova redação ao art. 198, previu que essas entidades apliquem, anualmente, em ações e serviços de saúde pública recursos do produto de suas arrecadações tributárias e de transferências em percentagens e critérios estabelecidos em lei complementar, mas o art. 77 do ADCT, acrescido pela mesma Emenda, já estabelece o percentual de 5% para a União, 12% para os Estados e 15% para os Municípios e Distrito Federal, até a promulgação da referida lei complementar.⁵⁴

Portanto, os entes estatais federativos devem aplicar nas ações e serviços públicos de saúde os percentuais de recursos financeiros correspondentes a União 5%, Estados Membros 12%, Distrito Federal e Municípios 15% de suas arrecadações tributárias.

Saliente-se, mais uma vez, que apenas na Constituição de 1988 a saúde alcançou a qualidade de direito fundamental social e, a partir de então, podendo ser extraídos o seu conceito e natureza jurídica, bem como observados os regramentos legais referentes à sua efetivação e garantia.

⁵⁴ SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 831-832.

Todavia, é sabido que o acesso à saúde não se dá conforme o princípio da igualdade. Embora tenha ocorrido grande evolução acerca de sua positivação, a necessidade de atuação do Poder Judiciário em todas as instâncias para que seja efetivado tal direito tem sido uma constante.

O conflito entre o orçamento do Estado e as despesas de saúde reconhecidas como de sua responsabilidade nas ações judiciais pode também ser considerado um flagelo.

2.2 – Aspectos de direito social

Posto que, tal como o direito à saúde, os direitos sociais são direitos a prestações que se caracterizam pelo dever de agir do Estado.

Eis que tem o fim a realização de condutas ativas por parte dos poderes públicos relacionados à promoção ou garantia das condições de fruição de certos bens jurídicos, como, por exemplo, prestação de cuidados relativos à saúde⁵⁵.

Com efeito, observa-se que os direitos individuais também impõem ao Estado uma atuação positiva, não se limitando a assegurar ao indivíduo uma área na qual o Estado não pode intervir.

Deve o Estado prestar algo ao cidadão. No decorrer de séculos, os direitos individuais ganharam um sentido coletivo, uma dimensão social, abandonando a conotação puramente individualista⁵⁶.

Para melhor compreensão, com brilhantismo elucidada Celso Ribeiro Bastos:

O Título II da Constituição de 1988, nem utiliza mais a expressão “individual”. Prefere falar nos “Direitos e garantias Fundamentais” e abre o capítulo primeiro com o título “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”. Decerto, pois, que, ao lado dos direitos individuais, surgem hoje expressões dos direitos do cidadão que não são exercitáveis individualmente, mas de forma coletiva⁵⁷.

⁵⁵ NOVELINO, Marcelo, *op. cit.*, p. 385

⁵⁶ BASTOS, Celso Ribeiro, *op. cit.*, p. 39-40.

⁵⁷ *Idem, ibidem*, p.40.

José Joaquim Gomes Canotilho ensina com maestria costumeira que:

A função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)⁵⁸.

Na Constituição Federal Brasileira de 1988, a expressão direitos fundamentais é utilizada para designar os direitos nela positivados no Título II- Dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Já o vocábulo direitos humanos vem consignado para se referir aos direitos consagrados em tratados e convenções internacionais (Constituição Federal, artigos 4º, II; 5º, §3º; 109, V-A e §5º).

Com efeito, a Carta Política de 1988, em seu Título II trouxe os direitos e garantias fundamentais que estão subdivididos em cinco capítulos, sendo eles: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos.

Deste modo, o legislador constituinte estabeleceu cinco espécies ao gênero, direitos e garantias fundamentais⁵⁹.

Como se percebe, os direitos fundamentais, tal como à saúde, resultam de um processo histórico, tratam de elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva, outorgando aos titulares, enquanto direitos subjetivos, a prerrogativa de impor suas necessidades em face dos órgãos estatais.

Pode-se afirmar que os direitos e garantias fundamentais formam o alicerce do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito, como elementos fundamentais⁶⁰.

Tem-se, então, que nem sempre o caráter vinculante e obrigatório dos dispositivos relativos aos direitos fundamentais foi reconhecido,

⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 541.

⁵⁹ MORAES, Alexandre de, *op. cit.*, p. 34.

⁶⁰ GARCIA, M. *Mas, quais são os direitos fundamentais?*, p. 12020 In: Revista de direito constitucional; e internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 10-abril-junho 2002-n. 39, p. 115-123.

sendo estes revestidos apenas de valores morais. Com o passar dos tempos adquiriram qualidade de normas positivas constitucionais. Atualmente têm força normativa e aplicação imediata, conforme artigo 5º, §1º, da Constituição Brasileira⁶¹.

Os direitos fundamentais adquiriram classificações, sendo que primeira geração seria a dos direitos de liberdade; a segunda geração, dos direitos de igualdade; enquanto a terceira complementar o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade⁶².

Pela ótica da classificação dos direitos fundamentais em primeira, segunda, terceira e quarta gerações há de se mencionar, também, a respeito destas últimas, as considerações de Celso Lafer.

Cabe finalmente apontar, no processo de asserção histórica dos direitos humanos, aqueles que, na linguagem da ONU, têm sido contemporaneamente denominados direitos de terceira e até mesmo de quarta geração e que, como os das gerações anteriores, têm servido como ponto de apoio para as reivindicações jurídicas dos desprivilegiados. Estes direitos têm como titular não o indivíduo na sua singularidade, mas sim grupos humanos como a família, o povo, a nação, coletividades regionais ou étnicas e a própria humanidade.⁶³

Destarte, por esse aspecto classificatório disserta Paulo Bonavides a respeito dos direitos de quarta geração:

São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência⁶⁴.

Hodiernamente, também, há de se considerar as observações de alguns autores relativas aos direitos de quinta geração que são aqueles relativos à paz, apesar de que parte da doutrina ter incluído-o entre os direitos fundamentais de terceira geração.

⁶¹ NOVELINO, Marcelo. *op. cit.*, p. 384.

⁶² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *op. cit.*, p. 57.

⁶³ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 131.

⁶⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 571.

Por esse prisma, cumpre salientar as brilhantes considerações de Paulo Bonavides a respeito da paz como direito fundamental de quinta geração:

O novo Estado de Direito das cinco gerações de direitos fundamentais vem coroar, por conseguinte, aquele espírito de humanismo que, no perímetro da juridicidade, habita as regiões sociais e perpassa o Direito em todas as suas dimensões.

A dignidade jurídica da paz deriva do reconhecimento universal que se lhe deve enquanto pressuposto qualitativo da convivência humana, elemento de conservação da espécie, reino de segurança dos direitos.

Tal dignidade unicamente se logra, em termos constitucionais, mediante a elevação autônoma e paradigmática da paz a direito da quinta geração.⁶⁵

Além disso, na Constituição Federal de 1988, o direito à paz do gênero humano, adquiriu *status* de princípio constitucional, haja vista sua previsão no artigo 4º, inciso VI.

Com efeito, o direito à paz opera-se como direito natural dos povos e, ainda que indiretamente, por inúmeros fatores, interage com o direito à saúde do ser humano, seja física ou psíquica.

Ressalta-se, também, que as várias gerações ou dimensões dos direitos fundamentais não são excludentes, mas sim cumulativas e confirmativas.

A seu turno, com o costumeiro brilhantismo, José Antonio Remédio leciona que: *constitui princípio básico de hermenêutica relativo aos direitos fundamentais que, onde a Constituição não limita, não pode a norma infraconstitucional limitar*⁶⁶.

Para Alexandre de Moraes as normas que disciplinam os direitos e garantias fundamentais são direitos constitucionais na medida em que estão inseridas no texto de uma constituição cuja eficácia e aplicabilidade dependem bastante de seu enunciado, pois a Constituição faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras dos direitos sociais, enquadrados entre os fundamentais⁶⁷.

⁶⁵ *Idem, ibidem*, p. 583.

⁶⁶ REMÉDIO, José Antonio. *Mandado de segurança individual e coletivo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 350.

⁶⁷ MORES, Alexandre, *op. cit.*, p. 35.

As normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata.

A Constituição Federal já determina tal fato ao dispor que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Sublinha-se que essa declaração seria inócua se outros mecanismos não fossem previstos para torná-la eficiente, *verbi gratia*: mandado de injunção e iniciativa popular⁶⁸.

Destina-se este trabalho ao direito à saúde, inserto na segunda geração dos direitos fundamentais, quais sejam os direitos sociais, observando a análise de Themístocles Brandão Cavalcanti:

O começo do nosso século viu a inclusão de uma nova categoria de direitos nas declarações e, ainda mais recentemente, nos princípios garantidores da liberdade das nações e das normas de convivência internacional. Entre os direitos chamados sociais, incluem-se aqueles relacionados com o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença, à velhice etc.⁶⁹.

Neste diapasão, os direitos fundamentais e o direito à saúde são aqueles positivados pelo ordenamento jurídico de forma especial, existentes na Constituição Federal com tutela reforçada.

Portanto, são direitos objetivamente vigentes, institucionalizados juridicamente e direitos subjetivos públicos, consubstanciando-se em direitos do cidadão em face do Estado.

Oportuno para esse assunto se faz o artigo 3º da Constituição Federal Brasileira de 1988, que em seu texto expõe que são considerados objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁶⁸ *Idem, ibidem.*

⁶⁹ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Princípios gerais de direito público*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, p. 202.

Neste contexto tem-se que o Estado enquanto garantidor de certos direitos tidos como fundamentais na Constituição deve agir de modo a salvaguardá-los. No Brasil a Constituição Federal vigente dispõe em seu preâmbulo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que na democracia social:

Predomina o valor liberdade, pois insiste em salvaguardar uma larga esfera para a autonomia individual. Todavia, reconhece essa democracia que a liberdade de todos só pode ser obtida pela ação do Estado. Mais ainda, que a liberdade é mera aparência se não precedida por uma igualização das oportunidades, decorrentes de se garantirem a todos as condições mínimas de vida e de expansão da personalidade. Isto porque a liberdade humana é condicionada pelo meio econômico-social. Daí a intervenção do Estado nos domínios econômico e social⁷⁰.

Sob esta perspectiva, reconhece-se a fundamental liberdade humana, não ignorando o seu condicionamento social. Na democracia brasileira coexistem a liberdade-autonomia (os direitos individuais) com a liberdade-participação (sufrágio e elegibilidade universais) e a isonomia com a igualdade de oportunidades (propugnada na ordem econômica e social)⁷¹.

O respeito à condição e vida humana tem que ser superior a qualquer outro interesse do Estado, os direitos fundamentais devem ser respeitados e garantidos por este, proporcionando condições mínimas para uma vida digna e com salutar e integral saúde.

⁷⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 99.

⁷¹ *Idem, ibidem*.

2.3 Enfoque conceitual e natureza jurídica

Conforme se observou acima, foi apenas na Constituição de 1988 que a saúde adquiriu seu merecido destaque, conceituada em seu texto como direito de todos e dever do Estado, direito garantido por meio de políticas sociais e econômicas, com o objetivo de redução do risco de doença e de outros agravos.

Também com o escopo de acesso universal e igualitário quanto à sua promoção, proteção e recuperação.

O direito à saúde existente no texto constitucional brasileiro não implica apenas no oferecimento de medicina curativa, mas também na preventiva, no entanto, dependente de uma política social e econômica adequadas.

São compreendidos no direito à saúde, tanto a saúde física como a mental, iniciando na medicina preventiva, de forma a esclarecer e educar a população sobre higiene, saneamento básico, condições dignas de moradia e de trabalho, lazer, alimentação necessária, dentre outros assuntos⁷².

Na perspectiva da saúde enquanto direito de todos garantido na Constituição, Wagner Balera expõe:

Na esfera social, uma política que persiga esse objetivo (levar saúde a todos) implica ao cumprimento de vários programas de combates a epidemias; de cuidados básicos; de proteção e recuperação dos doentes. Concorrente com essa esfera, à ordem econômica cabe investir em programas de alimentação e nutrição, de higiene e saneamento ambiental⁷³.

Com efeito, José Afonso da Silva menciona o princípio da igualdade, ao explicitar que a vida humana há de ser assegurada pelo ordenamento jurídico:

A vida humana, que é o objeto do direito assegurado no art. 5º, *caput*, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais).⁷⁴.

⁷² CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional didático*. 8 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 601.

⁷³ BALERA, Wagner. *A seguridade social na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1989, p. 74.

⁷⁴ SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 198.

Além disso, José Afonso da Silva destaca a importância da vida como fonte primária dos outros bens jurídicos, inclusive, o direito à saúde como direito fundamental:

Por isso é que ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos.⁷⁵

No ordenamento jurídico nacional o direito à saúde constitui um direito social fundamental, público, subjetivo e universal, que em sua dimensão positiva se caracteriza pelo direito às prestações materiais e, em sua dimensão negativa, pela proteção contra agressão terceiros, sejam estes os particulares ou o Poder Público⁷⁶.

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República, segundo artigo 196. Refere-se, então, a um bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve cuidar, de maneira responsável, o Poder Público, incumbido de formular e implementar políticas sociais e econômicas capazes de garantir aos indivíduos o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico hospitalar.

O direito à saúde representa um direito fundamental indissociável ao direito à vida⁷⁷.

Para Germano Schwartz:

Portanto, temos que o direito público subjetivo da saúde poderá ser alvo de tutela judicial e/ou administrativa quando o Estado não desempenhar seu papel garantidor de tal direito, sendo legitimados para tal tanto o titular do direito como as instituições e organizações existentes e com competência para tanto – cujo maior exemplo é o Ministério Público, dada sua natureza ambivalente de direito individual e coletivo⁷⁸.

⁷⁵ *Idem, ibidem.*

⁷⁶ BOTELHO, Marcos César. *O Fornecimento de Medicamentos pelo Estado: Considerações à Luz do Klaus Günther*. Revista da AGU. Ano VIII nº 20. P. 286-304. Brasília-DF, abr./jun.2009, p. 290.

⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1421.

⁷⁸ SCHWARTZ, Germano. *Direito à Saúde – Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 223.

Deste modo, observado o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, nos termos do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, em caso de violação ou ameaça a direito e por força do direito público subjetivo à saúde, tem-se que o direito à saúde consubstancia-se na possibilidade de qualquer indivíduo exigir do Estado prestações positivas para a sua concretização, por meio da via administrativa ou judicial.

2.4 Especificidade jurídica

Na Constituição Federal Brasileira o direito à saúde encontra-se garantido no artigo 196:

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

O artigo 6º da Constituição Federal considera o direito à saúde como um direito social, ou seja, tem proteção enquanto direito fundamental.

Assim, relaciona-se com o princípio da igualdade, sendo um direito constitucional subjetivo de exigir do Estado prestações positivas, independentemente de contraprestação.

Válido registrar que o inciso II do artigo 23 da Constituição Federal estabelece que cuidar da saúde é competência dos entes estatais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ou seja, competência comum, caracterizando a responsabilidade solidária entre estes entes.

A Lei n. 8.080 de 19 de setembro de 1990 instituiu o Sistema Único de Saúde (SUS) entre as três esferas de governo.

Neste aspecto, assevera brilhantemente José Afonso da Silva:

O sistema único de saúde, integrado de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, constitui o meio pelo qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde que tem no pólo ativo qualquer pessoa e a comunidade, já que o direito à promoção e à proteção da saúde é também um direito coletivo. O sistema

único de saúde implica ações serviços federais, estaduais, distritais (DF) e municipais, regendo-se pelos princípios da descentralização, com direção única em cada esfera de governo, do atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, e da participação da comunidade, que confirma seu caráter de direito pessoal, de um lado, e de direito social coletivo, de outro⁷⁹.

No que diz respeito ao Sistema Único de Saúde (SUS) afirma-se que se trata de um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo. Ele abrange desde o simples atendimento ambulatorial até o transplante de órgãos, garantindo acesso integral, universal e gratuito para toda a população do país. Amparado por um conceito ampliado de saúde, o SUS foi criado, em 1988 pela Constituição Federal Brasileira para ser o sistema de saúde dos mais de 180 milhões de brasileiros⁸⁰.

Assim deveria ser, tendo em vista o objetivo de sua criação, qual seja, o de atender todos indivíduos, indistintamente, a fim de garantir o direito à saúde.

A Lei Orgânica de Saúde, Lei nº. 8.080/90, veio para regulamentar o Sistema Único de Saúde previsto na Constituição. Há responsabilidades definidas do Ministério da Saúde e também das Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde, como distribuição de medicamento, internações, etc..

Conforme os artigos 4º e 6º, VI da Lei supracitada o SUS é concebido como:

O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração Direta e Indireta” que possui como principais atribuições a “formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e participação na sua produção.

Asseveram Andréia Lazzarini Salazar e Karina Bozola a respeito da Lei 8.080/90:

⁷⁹ SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 831.

⁸⁰ MINISTÉRIO DA SAÚDE, Secretaria Executiva. SUS, princípios e conquistas. Brasília, DF: 2000. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sus_principios.pdf, p. 7. Acesso em 26 de maio de 2011.

Tem a função estruturante no que diz respeito às ações de preservação, manutenção e recuperação da saúde do cidadão brasileiro, estabelecendo desde regras de competência, organização e funcionamento, até relativas ao financiamento para viabilização do direito constitucional à saúde⁸¹.

Cumpra ressaltar, dentre outros dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro, que os parágrafos do artigo 198 da Carta Política dispõem a respeito dos recursos financeiros a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

Além das disposições do artigo 35, incisos e parágrafos, da Lei nº 8.080/90, a Lei nº 8.142/90, prevê a participação comunitária no SUS e, também, versa a respeito do repasse de verbas do fundo nacional de saúde (FNS) para o Sistema Único de Saúde, estabelecendo as formas de transferências intergovernamentais de recursos para financiamento da saúde.

Na esfera estadual, o descumprimento da aplicação do mínimo exigido das receitas poderá ocasionar a intervenção federal no Estado, nos termos do artigo 34, VII, e, da Carta Republicana, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000.

Já no âmbito municipal, o descumprimento da aplicação do mínimo exigido das receitas poderá ocasionar a intervenção estadual no Município, nos termos do artigo 35, III, e, da Magna Carta, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000

Destarte, a Constituição Federal Brasileira elenca diversos artigos destinados à proteção da saúde e da vida. Sabe-se que o direito à saúde é tido como direito fundamental, ou seja, positivado como direito social em seu artigo 6º.

Possível concluir sua relação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que para a efetivação deste último, mostra-se imprescindível a concretização do direito à saúde.

Internacionalmente a Organização Mundial de Saúde (OMS), fundada em 1948, é uma agência especializada das Nações Unidas que trata de questões relativas à saúde e traçou como objetivo garantir o mais alto grau de saúde para todos os seres humanos.

⁸¹ SALAZAR, Andrea Lazzarini. GROU, Karina Bozola. *A defesa da saúde em juízo. Teoria e prática*. São Paulo: Verbatim, 2009, pág. 52.

No que tange a diretriz traçada pela Organização Mundial de Saúde:

Seu propósito primordial é a consecução, por parte de todos os povos, dos mais altos padrões de saúde possíveis. A OMS proporciona a cooperação técnica a seus membros na luta contra as doenças e em favor do saneamento, da saúde familiar, da capacitação de trabalhadores na área de saúde, do fortalecimento dos serviços médicos, da formulação de políticas de medicamentos e pesquisa biomédica. A AIDS (SIDA) também tem sido uma prioridade da OMS, que é uma das Agências da ONU a compor o Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/AIDS (UNAIDS), criado para combater e pesquisar essa que é a maior epidemia do momento. A Organização Panamericana da Saúde (OPAS) é o braço nas Américas da OMS e trabalha em conjunto com os governos da região. A sede da OMS fica em Genebra, na Suíça⁸².

Tem-se então que na legislação brasileira a saúde, enquanto direito fundamental, encontra-se garantida tanto na legislação constitucional quanto na infraconstitucional e, internacionalmente, também se busca garantir a saúde como direito indispensável para que os seres humanos tenham uma vida digna.

2.4.1 Entendimento Jurisprudencial

Oportuna se revela a transcrição das ementas dos seguintes julgados, concernentes à saúde, vejamos:

Ementa: Suspensão de segurança. Agravo Regimental. Saúde Pública. Direitos fundamentais sociais. Artigo 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde-SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação dos poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de lesão grave à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental

⁸² OMS, Organização Mundial da Saúde. *Op. cit.*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organização-Mundial-da-Saúde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> Acesso em: 20/05/2011.

a que se nega provimento. (Agravo regimental na suspensão de tutela antecipada-175-Ceará. Ministro Gilmar Mendes. Agte: União. Agdos: Ministério Público Federal; Clarice Abreu de Castro Neves; Município de Fortaleza; Estado do Ceará. Julgado em 17.03.2010)

Repercussão Geral- Competência do Plenário- Admissibilidade- Assistência à saúde- Fornecimento de medicamento de alto custo- Extraordinário do Estado.

1. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte desproveu apelação assentando a obrigatoriedade de o Estado fornecer medicamento de alto custo. Este tema tem-se repetido em números processos. Diz respeito à assistência do Estado no tocante à saúde, inegavelmente de conteúdo coletivo. Em outras palavras, faz-se em jogo, ante limites orçamentários, antes a necessidade de muitos considerada relação de medicamento, a própria eficácia da atuação estatal. Em síntese, questiona-se, no extraordinário, se situação individual pode, sob o ângulo do custo, colocar em risco o grande todo, a assistência global a tantos quantos dependem de determinado medicamento de uso costumeiro, para prover a saúde ou minimizar sofrimento decorrente de certa doença. Aponta-se a transgressão dos artigos 2º, 5º, 6º, 196 e 198, § 1º e § 2º da Carta Federal. Impõe-se o pronunciamento do Supremo, revelando-se o alcance do texto constitucional.

2. Admito a repercussão geral articulada em capítulo próprio no extraordinário. Submeto aos integrantes do Tribunal a matéria para deliberação a respeito. Brasília, 24 de outubro de 2007. (Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 566.471-6 Rio Grande do Norte. Relator: Min. Marco Aurélio. Rcte: Estado do Rio Grande do Norte. Rcd: Carmelita Anunciada de Souza)

Infere-se então que no ordenamento jurídico brasileiro a saúde, enquanto direito social fundamental de conteúdo coletivo, busca garantir a própria vida e a dignidade dos seres humanos.

2.5 Princípios norteadores do direito à saúde - breves considerações

Etimologicamente, o vocábulo princípio, do latim *principium*, significa, numa acepção vulgar, início, começo ou origem das coisas.

Os princípios, em outras palavras, são os pilares, as bases de um ordenamento, traçando diretrizes que devem ser seguidas, no âmbito do direito, ou seja, são os pressupostos de um sistema de conhecimento, ou seja, condição necessária de validade das outras assertivas que integram esta idéia.

Com efeito, a doutrina vem utilizando as expressões “neoconstitucionalismo”, “constitucionalismo avançado” ou “constitucionalismo de direitos” para designar um novo modelo jurídico que representa o Estado constitucional de Direito que existe em alguns países europeus, como, por exemplo, Itália, Alemanha e Espanha.

No contexto do direito à saúde, destacam-se os princípios doutrinários da universalidade, integralidade e equidade e, também, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

2.5.1 Universalidade

O princípio da universalidade nas políticas públicas de saúde indica que a prestação do serviço público de saúde deve alcançar a todos os brasileiros e estrangeiros, conforme se conclui da análise dos artigos 5º, 6º, 194, inciso I e 196, todos da Constituição Federal Brasileira⁸³.

Segundo o princípio da universalidade, a saúde é um direito de todos e um dever do Poder Público de prover os serviços e ações capazes de garanti-lo. A universalização diz respeito à oferta dos serviços e ações de saúde a todos que deles necessitem, priorizando as ações preventivas e reduzindo o tratamento de agravos⁸⁴.

Este princípio indica que todas as pessoas, indiscriminadamente, têm direito à saúde, já que se trata de direito de cidadania e dever das esferas federal, estadual e municipal.

Sarah Escorel sobre a universalidade reconhece a saúde da seguinte maneira:

Um valor universal, e como tal, parte constitutiva da humanidade e, portanto um valor para todas as classes. Algo a ser obtido por todos os habitantes do planeta e também componente fundamental da democracia e da cidadania⁸⁵.

⁸³ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JR, Vidal Serrano, *op. cit.*, p. 72-73.

⁸⁴ MINISTÉRIO DA SAÚDE, Secretaria Executiva, *op. cit.* p. 30.

⁸⁵ ESCOREL, Sarah. Saúde: uma questão nacional. In: TEIXEIRA, S.F. (Org.) *Reforma sanitária: em busca de uma teoria*. São Paulo: Cortez, Rio de Janeiro: ABRASCO, 1989, p. 182.

Cumpra salientar, também, a perspectiva de globalidade, visto não somente pelo prisma de um Estado particular, mas observado a nível global, seja por uma comunidade de Estados ou por toda a comunidade internacional.⁸⁶

Sob a análise desse princípio tem-se que o direito à saúde há de ser de acesso universal, com pleno caráter de eficiente, eficaz e efetivo a todos nos habitantes do planeta.

2.5.2 Integralidade

A respeito da integralidade é válido dizer que a atenção à saúde deve considerar as necessidades específicas de pessoas ou de determinados grupos, ainda que minoritários em relação ao total da população. Assim, torna-se um desafio garantir a saúde a cada qual de acordo com suas necessidades, sendo que projetos e ações são constantemente testados a fim de garantir a cada grupo a efetivação desse direito⁸⁷.

O princípio da integralidade envolve as ações de promoção à saúde, prevenção de doenças, tratamento e reabilitação. Sendo a saúde bem individual, coletivo e de desenvolvimento, ao Estado cabe sua abordagem assistencial completa, integral, envolvendo todos os aspectos a ela relacionados⁸⁸.

Necessária se demonstra a articulação com outras políticas públicas para assegurar a atuação intersetorial entre as diferentes esferas que repercutem na saúde e na qualidade de vida das pessoas.

O ideal é que o serviço funcione de forma a atender o indivíduo como um ser integral, exposto a diferentes situações de vida e aos riscos, formando um todo indivisível, capaz de prestar assistência integral.

Assim, a atenção à saúde deve incluir tanto os meios preventivos quanto os curativos, e seus serviços devem ser prestados às pessoas ou grupos de pessoas mesmo que as necessidades não sejam iguais às da maioria.

⁸⁶ BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*, *op. cit.*, p. 567.

⁸⁷ MINISTÉRIO DA SAÚDE, Secretaria Executiva, *op. cit.*, p. 31.

⁸⁸ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JR, Vidal Serrano, *op. cit.*, p. 75.

Com efeito, a teor do disposto no artigo 198, inciso II, da Constituição Federal, far-se-á necessário garantir a todos os indivíduos a promoção, a proteção e a recuperação da saúde de todos os indivíduos.

Há considerar uma saúde integral através de implementação de políticas assistenciais públicas adequadas, tanto nos aspectos qualitativos como quantitativos.

2.5.3 Equidade

O princípio da equidade diz respeito à igualdade de oportunidade dos indivíduos, ou seja, da coletividade em utilizar o sistema único de saúde (SUS).

Todavia, como consequência das disparidades sociais existentes no país, as necessidades variam de acordo com as classes. Por isso, a busca da aplicação do princípio da equidade se faz constante, com o objetivo de oferecer a todos, indistintamente, os serviços públicos de saúde⁸⁹.

A redução das disparidades regionais e sociais tem como escopo o alcance de um equilíbrio maior quanto ao acesso e fruição dos serviços públicos de saúde.

Quando se fala em equidade relativa ao direito à saúde salienta-se a inadmissibilidade de discriminação.

Sônia Fleury disserta, com maestria, a respeito do princípio da equidade:

Traduzida como acesso universal e igualitário ao sistema de saúde, abolindo qualquer tipo de discriminação (...). Em outros termos, trata-se de reconhecer a igualdade como valor e princípio normativo de acesso ao sistema sem considerar a diferenciação preexistente como imperativo para a estruturação do sistema⁹⁰.

Imperioso ressaltar que, embora haja diferenças e desigualdades com relação às necessidades e acesso aos serviços públicos de

⁸⁹ *Idem, ibidem*, p. 32.

⁹⁰ FLEURY, Sônia. *Equidade e reforma sanitária*. Brasil. Revista Saúde em Debate, no. 43, junho 94, p. 46.

saúde, o princípio da equidade garante que todo e qualquer indivíduo, cidadão será atendido segundo as suas necessidades.

Apesar de reconhecer-se, então, a existência das desigualdades, o que deve prevalecer há de ser o direito de igualdade quanto ao acesso e aos serviços de forma equânime, entregando a cada um, a cada indivíduo, o que lhe é necessário e adequado.

Portanto, necessário buscar a isonomia no que tange ao acesso ao Sistema Único de Saúde, sem exclusão de qualquer indivíduo, grupos ou ainda eventuais minorias.

2.5.4 Dignidade da pessoa humana e igualdade

No que concerne à garantia e efetivação do direito à saúde é possível afirmar que além dos princípios doutrinários antes referidos, os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, já citados, também se fazem presentes.

Nesse sentido é válido citar a conceituação jurídica atribuída à dignidade da pessoa humana por Ingo Wolfgang Sarlet:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos⁹¹.

Mesmo que não se atribua originariamente aos direitos à saúde, alimentação e educação o caráter de direitos fundamentais, adquirem este *status*, por relacionarem-se com a parcela mínima sem a qual a pessoa não sobrevive, ou seja, o mínimo existencial⁹².

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

⁹² TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 133.

O princípio da dignidade da pessoa humana revela-se como um dever de abstenção e de condutas positivas destinadas a efetivar e proteger os indivíduos, cabendo ao Estado proteger e promover condições que viabilizem a vida com dignidade.

A existência digna está intimamente ligada à prestação de recursos materiais essenciais devendo ser analisada a problemática do salário mínimo, da assistência social, da educação, do direito à previdência social e do direito à saúde⁹³.

O Estado não tem apenas o dever de se abster quanto à prática de atos que atentem contra a dignidade da pessoa humana, mas também o de promover esta dignidade por meio de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada pessoa em seu território.

Destarte, a dignidade dos indivíduos é aviltada não somente quando estão privados de alguma das suas liberdades fundamentais, como também quando não têm acesso à saúde, alimentação, educação básica, moradia etc⁹⁴.

Urge ressaltar que a dignidade da pessoa humana como vetor, princípio e primeiro fundamento do sistema constitucional brasileiro, estabelecido no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, também possibilita guarida aos direitos fundamentais, inclusive o direito à saúde.

Neste sentido, Luiz Antonio Rizzato Nunes elucida brilhantemente:

De fato, não há como falar em dignidade se esse mínimo não estiver garantido e implementado concretamente na vida das pessoas.⁹⁵

Além disso, com maestria, indaga Luiz Antonio Rizzato Nunes:

⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 322-323.

⁹⁴ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 71.

⁹⁵ NUNES, Luiz Antonio Rizzato, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 17.

Como é que se poderia imaginar que qualquer pessoa teria sua dignidade garantida se não lhe fosse assegurada saúde e educação? Se não lhe fosse garantida sadia qualidade de vida, como é que se poderia afirmar sua dignidade?⁹⁶

A respeito do princípio constitucional da igualdade, conveniente para este trabalho é destacar que a igualdade de todos os seres humanos está proclamada no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Com efeito, igualdade pode ser observada sob dois aspectos, quais sejam: o material e o formal.

A igualdade material refere-se ao tratamento equânime e uniformizado, devendo oferecer as oportunidades de modo igualitário. No que diz respeito ao gozo e fruição de direitos o tratamento equânime deve ser observado⁹⁷.

Já a igualdade formal é aquela concernente à igualdade de todos perante a lei, relaciona-se com os direitos e deveres concedidos aos indivíduos através dos textos legais⁹⁸.

Além disso, o princípio da igualdade sob o prisma jurídico-constitucional adquire relevância enquanto princípio de igualdade de oportunidades e de condições reais de vida.

Afirma-se que a igualdade é um princípio informador de toda ordem constitucional, ainda mais, é um princípio de Estado Social.

Conquanto, a razão de sua existência está em garantir as condições para a realização de certa igualização das condições desiguais.

Do que fora exposto sobre o conceito, características, positivação e princípios concernentes ao direito à saúde, infere-se que o mesmo se revela universal, integral e igualitário.

Portanto, ressalte-se que o direito a sadia qualidade de vida, garantido constitucionalmente como direito fundamental a ser implementado da melhor maneira possível, indistintamente, a todos indivíduos.

Nesse diapasão, pode qualquer indivíduo exercê-lo, cabendo ao Estado a sua garantia e implementação adequadas, através das políticas públicas de saúde, ressaltando a responsabilidade legal solidária de todos

⁹⁶ *Idem, ibidem.*

⁹⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.187.

⁹⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Sobre princípios constitucionais gerais: isonomia e proporcionalidade*. in RT nº.719: p.58-59.

os entes federativos, inclusive, pleiteando a tutela jurisdicional estatal, de maneira individual ou coletiva.

3 A JUSTIÇA BRASILEIRA DIANTE DAS GARANTIAS SOCIAIS

Observados os direitos sociais, seu aspecto histórico e o percurso das Constituições e, reconhecendo o direito à saúde como um direito fundamental, garantido constitucionalmente, revela-se válida a análise da atuação judicial de forma geral diante do contexto pós-Constituição de 1988.

3.1 A Justiça brasileira e os direitos sociais

Não é incorreto afirmar que nos burocratizados tribunais brasileiros, nos quais a maioria de seus integrantes acredita que os conflitos podem ser solucionados pela simples submissão a certas formas e/ou pela ritualização de determinados atos, tanto os direitos humanos, quanto os direitos sociais, vêm dificultando a rotina da aplicação da lei. Dessa forma, a magistratura viu-se obrigada a refletir um pouco mais sobre suas funções sociais⁹⁹.

Os juízes muitas vezes deparam-se com as contradições entre o sistema jurídico-positivo e as contradições reais da sociedade. É certo que desde a promulgação da Constituição de 1988 os direitos sociais expandiram-se juntamente com um padrão descentralizado de intervenção pública na área social, envolvendo importantes mudanças na estrutura tributária e nas atribuições do Estado¹⁰⁰.

Com o passar do tempo aconteceram alterações e inovações importantes, contudo, por vezes, não houve a efetivação destas, seja por falta de leis ou pela mentalidade judicial tão obcecada pelos procedimentos formais, a ponto de não se preocupar com a solução dos litígios de modo a um só tempo legal, eficaz e legítimo¹⁰¹.

Neste contexto, José Eduardo Faria afirma sobre os direitos humanos e sociais:

No Brasil: apesar de formalmente consagrados pela Constituição, em termos concretos eles quase nada valem

⁹⁹ FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da Justiça brasileira. In: FARIA, José Eduardo (organizador), *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*: São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 94.

¹⁰⁰ *Idem, ibidem*.

¹⁰¹ *Idem, ibidem*, p. 94-95.

quando homens historicamente localizados se vêem reduzidos à mera condição genérica de “humanidade”; portanto, sem a proteção efetiva de um Estado capaz de identificar as diferenças e as singularidades dos cidadãos, de promover justiça social, de corrigir as disparidades econômicas e de neutralizar uma iníqua distribuição tanto de renda quanto de prestígio e de conhecimento¹⁰².

Possível afirmar que a cultura normativista e positivista e a prevalência da mentalidade dogmática consideram certas interpretações acerca dos direitos sociais como uma distorção das funções judiciais, uma ameaça à certeza jurídica. Essa mentalidade formalista precisa ser revista, permitindo que se abra espaço a uma nova hermenêutica, a uma reflexão do fenômeno legal.

É preciso dizer que por trás da ênfase à igualdade formal e à certeza jurídica inerentes ao sistema legal formalmente concebido como sendo capaz de traduzir interesses comuns a partir de uma vontade geral, o que existe, na verdade, é um discurso especialmente prescritivo, embora informativo na aparência¹⁰³.

O sistema legal, ao utilizar-se dos tradicionais princípios gerais do direito para definir o alcance, o sentido e os limites das normas, regulando-os em função dos interesses comuns da coletividade, acaba intervindo na própria liberdade jurídica.

Vislumbra-se essa ingerência a partir das declarações de direitos em favor de uma existência “digna”, do valor “social do trabalho, de uma sociedade “justa e solidária”, de políticas públicas voltadas à “erradicação da pobreza”, da “marginalização e das disparidades sociais e regionais”, etc.. Em termos formais, tais direitos constituem uma proteção institucional contra todas as formas de desigualdade e injustiça¹⁰⁴.

Como cediço o Estado Constitucional de Direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais, a primeira é o centro de irradiação dos últimos.

Os direitos fundamentais incluem: a) a liberdade, ou seja, a autonomia da vontade, o direito de cada um eleger os seus projetos existenciais; b) a igualdade que é o direito de ser tratado com a mesma dignidade que todas as

¹⁰² *Idem, ibidem*, p. 95.

¹⁰³ *Idem, ibidem*.

¹⁰⁴ *Idem, ibidem*, p. 97.

peças, sem discriminações arbitrárias e exclusões evitáveis; c) o mínimo existencial, que corresponde às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário têm o dever de realizar os direitos fundamentais, na maior extensão possível, tendo como limite mínimo o núcleo essencial desses direitos¹⁰⁵.

A respeito da questão importa salientar o ensinamento de Luís Roberto Barroso:

A idéia de Estado democrático de direito, consagrada no art. 1º da Constituição brasileira, e a síntese histórica de dois conceitos que são próximos, mas não se confundem: os de constitucionalismo e de democracia. *Constitucionalismo* significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, *rule of law*, *Rechtsstaat*). *Democracia*, por sua vez, em aproximação sumária, traduz-se em soberania popular e governo da maioria. Entre constitucionalismo e democracia podem surgir, eventualmente, pontos de tensão: a vontade da maioria pode ter de estancar diante de determinados conteúdos materiais, orgânicos ou processuais da Constituição¹⁰⁶.

Nas constituições contemporâneas a proteção institucional contra todas as formas de desigualdades e de injustiça costuma ser inseparável de suas garantias. Ocorre que, se é certo que as garantias são, conceitualmente, orientações programáticas e limitações normativas impostas à discricionariedade do poder público, em todos os seus graus, é igualmente correto que elas somente possuem chances de se tornarem efetivas por intermédio desse mesmo poder¹⁰⁷.

As declarações em favor dos direitos sociais não devem e nem podem ficar apenas enunciadas como um simples ideal, a concreção dos direitos sociais previstos na Constituição não pode ser negada pelo Poder Público.

O Judiciário muitas vezes encontra-se preparado somente para lidar com situações rotineiras, seja no plano cível, comercial, trabalhista, penal,

¹⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, p. 10. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso em: 05/09/2011.

¹⁰⁶ *Idem*, *ibidem*.

¹⁰⁷ FARIA, José Eduardo, *op. cit.*, p. 97.

tributário ou administrativo. Isso porque o sistema jurídico é tratado com um rigor lógico-formal tão intenso que inibe os magistrados de adotar soluções embasadas em critérios de racionalidade substantiva. Ao aplicar os direitos humanos e sociais determinados pela Constituição os juízes enfrentam o desafio de definir o sentido e o conteúdo das normas¹⁰⁸.

Assim, percebe-se que os direitos sociais, apesar de estabelecidos, nem sempre são tornados efetivos por uma Justiça ineficiente diante de novos tipos de conflito, principalmente os “conflitos-limite” para a manutenção da integridade social, ou seja, os conflitos de caráter intergrupar, intercomunitário e interclassista. Uma Justiça que, mostrando-se incapaz de assegurar a efetividades dos direitos humanos e sociais, na prática torna-se conivente com sua sistemática violação¹⁰⁹.

Mas, não parece muito correto explanar somente a perspectiva pessimista, pois, se é certo que o Judiciário não fez muito para implementar os direitos sociais garantidos pela Constituição, é preciso valorizar o “pouco” que foi feito.

Algumas das mudanças positivas podem ser discorridas aqui¹¹⁰:

- 1) alguns magistrados convenceram-se de que dispõe hoje de um poder normativo superior ao que detinham, conscientes de que em toda interpretação sempre há algum grau de discricionariedade, de criatividade;
- 2) surgimento de uma tendência que tem sido estimulada por processualistas responsáveis por trabalhos dedicados à instrumentalidade do processo, na busca pela justiça e equidade, destacando uma margem de escolha mais ampla e flexível do que a fundada exclusivamente nas prescrições das leis;
- 3) a abstração normativa cede espaço à teoria da argumentação, como estratégias de superação do dedutivismo lógico-formal; à teoria da concreção, como critério de decidibilidade; a uma hermenêutica crítica, que concentra sua atenção nas indagações que deram origem às lides;
- 4) o formalismo tem sido temperado por algumas atitudes pragmáticas, capacitando certos juízes a posicionar-se frente às normas promulgadas e não regulamentadas;

¹⁰⁸ *Idem, ibidem*, p. 99.

¹⁰⁹ *Idem, ibidem*.

¹¹⁰ *Idem, ibidem*, p. 102-104.

- 5) o aparecimento de uma interpretação menos técnica, a partir de um processo comunicativo mais espontâneo entre as partes e os próprios operadores do direito;
- 6) o contraditório se faz presente de modo mais difuso, na dinâmica não só do processo judicial, mas do próprio conflito substantivo que deu margem ao processo;
- 7) o objeto do processo tende a ser visto como uma reivindicação ou uma reclamação sobre ações e omissões políticas do Executivo;
- 8) em diversas situações os juízes passaram a estimular os fatos e organizar o procedimento a fim de facilitar o encontro de soluções viáveis e factíveis;
- 9) os julgadores começaram a agir prospectivamente, conscientizando-se que a sentença não se esgota na jurisdição do caso, implicando sua participação contínua na concretização das decisões por eles tomadas;
- 10) a utilização das jurisprudências inovadoras baseadas num compromisso em torno do que as partes consideram como sendo socialmente correto muitas vezes passaram a substituir a obediência estrita à norma;
- 11) tornaram-se mais comuns decisões obtidas por conciliação ou arbitragem nos conflitos coletivos ou em situações-limite, substituindo a tradicional adjudicação e a deliberação pelo equilíbrio, ponderação e equidade¹¹¹.

Salienta-se que as transformações processuais supramencionadas são importantes, no entanto ainda falta um projeto jurídico-político que seja capaz de fazer valer os direitos assegurados formalmente pela Constituição, para que os indivíduos adquiram a plenitude de sua cidadania. Para tanto ao Judiciário faz-se imprescindível maior capacidade afirmativa sobre o Executivo, a fim de que atue com maior eficiência de determinação em áreas como saúde, higiene, saneamento, seguridade social, habitação e educação¹¹².

Novamente revela-se oportuna e indispensável a lição de José Eduardo Faria:

Se os direitos humanos foram originariamente constituídos como forma de proteção contra o risco de abusos e arbítrios praticados pelo Estado, concretizando-se somente por intermédio desse mesmo Estado, os direitos sociais surgiram juridicamente como prerrogativas dos segmentos mais desfavoráveis – sob a forma normativa de obrigações do Executivo, entre outros motivos porque, para que possam ser materialmente eficazes, tais direitos implicam uma intervenção

¹¹¹ *Idem, ibidem.*

¹¹² *Idem, ibidem*, p. 105.

ativa e continuada por parte dos Poderes Públicos. A característica básica dos direitos sociais está no fato de que, forjados numa linha oposta ao paradigma kantiano de uma justiça universal, foram formulados dirigindo-se menos aos indivíduos tomados isoladamente como cidadãos livres e anônimos e mais na perspectiva dos grupos, comunidades, corporações e classes a que pertencem. Ao contrário da maioria dos direitos individuais tradicionais, cuja proteção exige apenas que o Estado jamais permita sua violação, os direitos sociais não podem simplesmente ser “atribuídos” aos cidadãos; cada vez mais elevados à condição de direitos constitucionais, os direitos sociais requerem do Estado um amplo rol de políticas públicas dirigidas a segmentos específicos da sociedade – políticas essas que têm por objetivo fundamentar esses direitos e atender às expectativas por eles geradas com sua positivação¹¹³.

É certo que o problema do Judiciário brasileiro hoje já não é apenas o julgar conforme a lei. O flagelo é mais complexo. As demandas sociais ocupam cada vez mais espaço e o que está em cheque não é simplesmente o Judiciário, e sim todo o Estado, toda a composição política da sociedade brasileira. E o que se questiona não é o Estado intervencionista ou o Estado máximo, como se um Estado liberal ou mínimo pudesse adequadamente substituí-lo, mas o Estado enquanto garantidor das condições de sociabilidade. O Judiciário vê-se num Estado que muitas vezes não consegue cumprir seu papel básico¹¹⁴.

3.2 As políticas públicas como objeto dos direitos sociais

Como dito anteriormente, os direitos fundamentais sociais dizem respeito a obrigações de prestação positivas cuja satisfação consiste num *facere*, uma ação positiva a cargo dos poderes públicos¹¹⁵.

Esses direitos têm uma característica especial, isto porque não são fruíveis ou exequíveis individualmente. Isso não quer dizer que juridicamente não possam, em certas ocasiões, ser exigidos como se faz judicialmente com outros direitos subjetivos. O que deve ser registrado é que, de regra, dependem, para sua eficácia, de atuação do Executivo e do Legislativo por

¹¹³ *Idem, ibidem.*

¹¹⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Crise da norma jurídica e a reforma do Judiciário*. In: FARIA, José Eduardo, op. cit., p. 68.

¹¹⁵ QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 25.

terem o caráter de generalidade publicidade. É o que ocorre com a educação pública, com a saúde pública, com os serviços de segurança e justiça, com direito a um meio ambiente sadio, o lazer, a assistência aos desamparados, dentre outros¹¹⁶.

Relembrados os direitos sociais, questiona-se, então, quais os remédios existentes. Isso porque estes direitos dependem para a sua eficácia de uma ação concreta do Estado, e não simplesmente de uma possibilidade de agir em juízo. Sabe-se que, quanto à exigibilidade concreta dos direitos, alguns remédios constitucionais foram criados. O problema está no fato das dificuldades existentes para defender com instrumentos individuais um direito social¹¹⁷.

Afirma-se que uma política pública, juridicamente, é um complexo de decisões e normas de natureza variada. Uma política de saúde, por exemplo, dependerá sempre, mais ou menos do seguinte: gastos públicos, de curto, médio e longo prazo e legislação disciplinadora das atividades inseridas em tal seara. Assim, para a compreensão das políticas públicas mostra-se indispensável compreender o regime das finanças públicas¹¹⁸.

A compreensão das finanças públicas depende da observância dos princípios constitucionais que estão além dos limites ao poder de tributar. Elas se inserem no direito que o Estado tem de planejar não apenas suas contas, mas também o de planejar o desenvolvimento nacional. Isto inclui e exige a efetivação de condições de exercício dos direitos sociais pelos cidadãos, salientando a possibilidade participativa nos Conselhos de Saúde. Quanto às políticas públicas referentes ao âmbito da saúde, dizem respeito às políticas sociais, de prestação de serviços essenciais e públicos¹¹⁹.

Para tornar eficaz o direito à saúde não basta aplicar uma norma qualquer. Trata-se antes de garantir condições de exercício de direitos sociais e de gozo de bens não submetidos ao regime da propriedade, da disponibilidade do consumo, da mercadoria. Notáveis tornam-se as contradições surgidas, quer pela deficiência do Judiciário em resolver problemas de caráter coletivo, quer pela falta de equilíbrio na aplicação de princípios aparentemente contraditórios¹²⁰.

¹¹⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos subjetivos e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito*. In: FARIA, José Eduardo, *op. cit.*, p. 129.

¹¹⁷ FARIA, José Eduardo, *op. cit.*, p. 130.

¹¹⁸ *Idem, ibidem*, p. 132.

¹¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 133.

¹²⁰ *Idem, ibidem*, p. 135.

É de suma importância dizer que o Judiciário, quando provocado adequadamente, pode ser um forte instrumento de formação de políticas públicas. Toma-se como exemplo o caso da previdência social brasileira em que os cidadãos reivindicaram em massa e judicialmente seus direitos. Mas, nessa perspectiva, sublinha-se que o Judiciário há de dividir o papel de protagonista dos casos com os cidadãos e advogados iniciadores das ações¹²¹.

Neste viés, esclarece José Reinaldo de Lima Lopes:

Resta ver, para que efetivamente se fale em políticas públicas, que haja iniciativas de caráter menos particularmente reivindicantes e mais sociais, como nas defesas de interesses difusos antes que de interesses individuais homogêneos, conforme se diz na moderna processualística¹²².

Hodiernamente é possível afirmar que as garantias dos direitos sociais podem ser efetivadas por certos instrumentos, sendo certo que ao cidadão é reconhecido o direito de exigir do Estado a prestação direta.

Observada a situação da Justiça Brasileira e também as alterações já ocorridas, reconhecendo-se ainda a possibilidade de reivindicação por meios efetivos e eficazes, registra-se que nesta pesquisa jurídica serão dissertadas as funções do Poder Judiciário, o processo e sua instrumentalidade, e também demonstrada a viabilidade e competência da tutela jurisdicional coletiva para a garantia do direito à saúde.

3.3 Princípios de legitimação

São princípios de legitimação aqueles que, sendo formais e sem conteúdo específico, têm por escopo justificar todos os outros princípios constitucionais, máxime os fundamentais e os vinculados aos direitos humanos. Interessante nesta análise são os princípios da ponderação e da razoabilidade, que têm grande relevância para os direitos sociais enquanto mínimo existencial¹²³.

Quanto à ponderação, é válido afirmar que vai se transformando de uma ponderação de princípios em um princípio de ponderação.

¹²¹ *Idem, ibidem*, p. 136.

¹²² *Idem, ibidem*.

¹²³ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 167.

Tem como função harmonizar e equilibrar os princípios fundamentais. Tem a ponderação grande relevância para o planejamento estatal, para as políticas públicas e para as opções orçamentárias essenciais à otimização dos direitos sociais, o que caracteriza o Estado Ponderador¹²⁴.

Já a razoabilidade, além de referir-se a uma técnica de balanceamento de interesses na aplicação do direito, fortemente interligada ao devido processo legal, assume também a função tem um princípio de legitimação, buscando estabelecer soluções proporcionais e equilibradas. É correto afirmar que os direitos sociais submetem-se ao princípio da razoabilidade¹²⁵.

Sempre que a Constituição define um direito fundamental ele se torna exigível, inclusive pela via ação judicial. Pode ser que um direito fundamental precise ser ponderado com outros direitos fundamentais ou princípios constitucionais, caso em que deverá ser aplicado na maior extensão possível, levando-se em conta os limites fáticos e jurídicos, preservado o seu núcleo essencial¹²⁶.

Ao Judiciário caberá intervir sempre que um direito fundamental – ou infraconstitucional – estiver sendo descumprido, especialmente se vulnerado o mínimo existencial de qualquer pessoa. Se o legislador tiver feito ponderações e escolhas válidas, à luz das colisões de direitos e de princípios, o Judiciário deverá ser diferente para com elas, em respeito ao princípio democrático¹²⁷.

¹²⁴ *Idem, ibidem*, p. 168.

¹²⁵ *Idem, ibidem*, p. 169.

¹²⁶ BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 12.

¹²⁷ *Idem, ibidem*.

4 O DIREITO À SAÚDE E O PODER JUDICIÁRIO

É sabido que o flagelo da morosidade, o excesso de formalismo e a própria organização do sistema judiciário colaboram para a denominada crise da efetividade do processo.

Para o tema proposto neste trabalho, ou seja, a garantia da saúde através da tutela coletiva faz-se oportuno analisar o papel do Judiciário frente aos direitos coletivos, também quanto ao controle dos atos políticos e limites deste controle, observados sempre os princípios, a função primordial do processo e a busca da efetividade do direito fundamental à saúde.

4.1 Função do Poder Judiciário

Primeiramente é válido lembrar que a jurisdição é compreendida como uma das funções do Estado através da qual este se incumbe de proporcionar aos litigantes a pacificação do conflito, de modo imparcial e justo¹²⁸.

A jurisdição pode ser vista sob três aspectos: como poder, vez que emana da soberania do Estado, responsável pela resolução dos conflitos; como função, porque diz respeito a uma obrigação de prestar a tutela jurisdicional, quando acionada; e, por fim, como atividade, pois sua atuação se perfaz mediante uma sequência de atos judiciais¹²⁹.

O conflito de interesses é levado ao Poder Judiciário pelas partes ao exercerem o direito de ação, ou seja, direito ao exercício da atividade jurisdicional. É por meio deste exercício que a jurisdição é provocada e o desenvolvimento se dá através do complexo de atos que é o processo. A ação possui natureza pública e está consubstanciada na Constituição Federal no inciso XXXV do seu artigo 5º, que garante o direito ao processo e assegura às partes a apreciação e a resposta do Estado, como também o direito de alegar e provar suas

¹²⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, *op. cit.*, p. 131.

¹²⁹ NUNES, Elpídio Donizetti. *Curso didático de direito processual civil*, 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 3.

razões, exercendo o contraditório e a isonomia, influenciando sobre a formação do convencimento do juiz¹³⁰.

O processo é imprescindível à função jurisdicional que pretende erradicar os conflitos e fazer justiça através da vontade concreta da lei, é o instrumento pelo qual se opera a jurisdição. O processo tem início quando o primeiro ato processual é praticado e seu fim ocorre ordinariamente quando é enunciado o provimento jurisdicional invocado¹³¹.

Segundo leciona Sálvio de Figueiredo Teixeira:

Adotado hoje o conceito de que a finalidade do processo não é a proteção pura e simples dos direitos subjetivos, mas sobretudo a atuação do direito objetivo, não mais se admitindo o juiz inerte, passivo, a ampliação desses poderes se torna pressuposto fundamental à realização das atividades judicantes, merecendo registro a lição de Sebastião de Souza, de que ela, no tocante à direção do processo, não é característica do inquisitorialismo, nem do processo dispositivo, mas sim da natureza das funções do juiz¹³².

Expostos o conceito de jurisdição, de direito de ação e do processo, pode-se dizer que ao Poder Judiciário foi incumbida a missão de dizer o direito, devendo o juiz atuar de modo a prestar o melhor provimento jurisdicional possível.

Todavia, em razão de diversos fatores, não é nova a conclusão de que ao Poder Judiciário e ao processo falta efetividade, razão pela qual muitas críticas são feitas constantemente.

Isso porque é o Poder Judiciário o guardião constitucional da ordem jurídica e da pacificação dos conflitos de interesses, sendo que sua função típica está embasada em três aspectos já citados: poder, função e atividade, e somente se revela efetivo quando atende a contento esses aspectos. Então, para que o Poder Judiciário possa afirmar sua efetividade, é preciso solucionar as pendências que o apontam como não efetivo, ou seja, apresentar saídas para a

¹³⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, *op. cit.*, p. 255-258.

¹³¹ *Idem, ibidem*, p. 279 e 291.

¹³² TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O juiz: seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 160.

demora na prestação desse poder-função-atividade, ao excessivo formalismo com dificuldade de acesso, aos altos custos e complexidade¹³³.

Todas essas pendências ou flagelos apontados como óbice à efetividade do Poder Judiciário tornam-se ainda mais lesivas quando analisadas na seara do direito à saúde, direito fundamental à concretização da própria vida humana e do princípio da dignidade da pessoa humana.

Para José Eduardo Faria o papel do Judiciário se tornou, no Brasil contemporâneo, objeto de intensa polêmica, justificando:

Primeiro, porque os tribunais passaram a ser cada vez mais demandados em temas de natureza tributária, reduzindo significativamente a capacidade de ação do Poder Executivo em matéria de política econômica. Segundo, porque os tribunais também passaram a ser crescentemente procurados pelos diferentes movimentos populares, que se apropriaram política e discursivamente dos direitos humanos com o propósito de utilizá-los judicialmente como sinônimo de direito às maiorias marginalizadas. Terceiro, porque a própria magistratura cindiu-se ideologicamente, com a maioria dos juízes mantendo uma postura interpretativa tradicional, de caráter basicamente exegético, enquanto uma expressiva minoria optou por uma hermenêutica heterodoxa, ou seja, crítica, politizada e com grande sensibilidade social¹³⁴.

Assim, tem-se que por diversos fatores faz-se necessária uma reorganização da Justiça, a fim de seja alcançado o escopo de pacificação social através da efetividade dos provimentos jurisdicionais.

No entanto, observada a função do Poder Judiciário em entregar aos litigantes provimento que atenda aos valores da justiça e da equidade, fazendo cumprir aquilo que está disposto em lei e garantido constitucionalmente, já que, além de possuir o poder de dizer o direito tem, também possui o de imposição da decisão, é preciso reconhecer e elevar o Judiciário quando age calcado na sua função de pacificador, atuando de forma mais ativa, a fim de cumprir a Constituição.

Nesse pensamento de grande importância da função do Poder Judiciário dentro de um Estado Democrático de Direito, Alexandre de Moraes assevera:

¹³³ SILVA, Júlio César Ballerini. *Direito à saúde: aspectos práticos e doutrinários no Direito Público e no Direito Privado*. Leme, SP: Habermann, 2009, p. 436-438.

¹³⁴ FARIA, José Eduardo. O Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico. In: FARIA, José Eduardo (organizador), *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*: São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 11.

Não se consegue conceituar um verdadeiro Estado Democrático de Direito sem a existência de um Poder Judiciário autônomo e independente para que exerça sua função de guardião das leis, pois, como afirmou Zaffaroni, “a chave do poder judiciário se acha no conceito de independência”...Bandrés afirma que a independência judicial constitui um direito fundamental dos cidadãos, inclusive o direito à tutela judicial e o direito ao processo e julgamento por um Tribunal independente e imparcial. Assim, é preciso um órgão independente e imparcial para velar pela observância da Constituição e garantidor da ordem na estrutura governamental, mantendo nos seus papéis tanto o Poder Federal como as autoridades dos Estados Federados, além de consagrar a regra de que a Constituição limita os poderes dos órgãos da soberania¹³⁵.

Retornando às críticas que envolvem o Judiciário, certo é que não se deve confundir prestação célere com prestação eficaz e plena, pois é inerente ao processo a dilação temporal com o tempo adequado para a prática dos atos processuais¹³⁶.

Pretende-se que, por meio de instrumentos legais e capazes de entregar provimentos de forma mais rápida, atentando-se sim para certos requisitos, possa ser entregue resposta jurisdicional efetiva e garantidora de direitos garantidos pela Constituição Federal.

Apontada a situação, é possível aferir que não basta que o Poder Judiciário solucione conflitos de forma imparcial, impondo decisões em tempo adequado, para que seja efetivo, sendo que, deve, ainda, fazer cumprir a Constituição Federal.

Além de cumprir seu institucional papel de exercer o sistema de freios e contrapesos, é preciso assegurar aos seus destinatários a eficácia das garantias constitucionais.

É o que se faz relevante nesta pesquisa, ou seja, atingir a efetividade do direito fundamental à saúde, ainda que através do Poder Judiciário ao garantir o acesso a uma das liberdades públicas, qual seja, a garantia do direito à saúde por parte do Estado, o que se perfaz através da concessão da tutela nas lides que tenham esse objeto, ainda, antecipando-se quando presentes os requisitos.¹³⁷

¹³⁵ MORAES, Alexandre, *op. cit.*, p. 520.

¹³⁶ SILVA, Júlio César Ballerini, *op. cit.*, 439.

¹³⁷ *Idem, ibidem*, p. 446-447.

4.2 Processo e instrumentalidade

Para que a efetividade seja presença constante na função do Poder Judiciário, mister se faz a adaptação ou reformulação dos institutos processuais, além disso, a concepção de novos institutos pode refletir na tendência atual ao acesso e celeridade do processo, como fundamento da tão buscada efetividade processual.

Para que se possa, portanto, considerar viável e oportuna qualquer adaptação ou reformulação, indispensável pontuar que o direito processual civil, como ramo do direito público, tem sua estrutura embasada no direito constitucional que, em razão de sua supremacia, estabelece as regras dos órgãos jurisdicionais e os princípios processuais fundamentais. Até porque o direito processual não pode existir como mero instrumento técnico, mas sim como instrumento ético, derivado de aspectos jurídicos, políticos e sociais, alicerçado sempre na Constituição Federal¹³⁸.

Conforme ensina Cândido Rangel Dinamarco:

A idéia-síntese que está à base dessa moderna visão metodológica consiste na preocupação pelos valores consagrados constitucionalmente, especialmente a liberdade e a igualdade, que afinal são manifestações de algo dotado de maior espectro e significação transcendente: o valor justiça. O conceito significado e dimensões desses e de outros valores fundamentais são, em última análise, aqueles que resultam da ordem constitucional e da maneira como a sociedade contemporânea ao texto supremo interpreta as suas palavras – sendo natural, portanto, a intensa infiltração dessa carga axiológica no sistema do processo (o que, como foi dito, é justificado pela instrumentalidade)¹³⁹.

Deste modo, as normas processuais constitucionais precisam interagir com o mecanismo processual, a fim de resguardar direitos fundamentais existentes na Constituição. A partir dessa observação torna-se viável e necessária a implementação ou adaptação de instrumentos capazes de entregar efetividade ao direito à saúde, direito este reconhecido como inerente ao direito à vida, considerado bem jurídico coletivo.

¹³⁸ *Idem, ibidem*, p. 449-450.

¹³⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 24.

O processualista moderno adquiriu a consciência de que o processo, enquanto instrumento a serviço da ordem constitucional, deve refletir as bases do regime democrático nela proclamados¹⁴⁰.

A busca incessante pela efetividade do processo é assolada por muitos obstáculos que despertam os juristas para a necessária adaptação daquele à realidade social hodierna, sobretudo visando um objetivo comum: o de consagrar o processo como instrumento efetivo e realização do direito material¹⁴¹.

Essencial então que se afira se eficazmente ocorre uma prestação conforme as expectativas dos seus destinatários, pois não basta mais que as garantias meramente formais sejam aplicadas. Isto liga-se à morosidade, ineficiência e inacessibilidade da justiça¹⁴².

Para garantir um direito através do processo, faz-se imprescindível assegurar o acesso ao Poder Judiciário. Assim, para que o Poder Judiciário se faça efetivo através do processo, é preciso, primordialmente, garantir o acesso à justiça, podendo ser exercido por todos o direito de ação.

Mais do que isso, a Constituição consagra não apenas o direito à ação, mas a possibilidade de um acesso efetivo à justiça por meio da tutela jurisdicional adequada. O processo civil precisa pautar-se pelo ideal de instrumentalidade, porque a concepção moderna daquele o consagra como instrumento destinado para a tutela de direitos, devendo ser, sobretudo, efetivo¹⁴³.

Fica a lição acertada de Júlio Cesar Ballerini: *O processo, enquanto instrumento, deve perseguir seus escopos institucionais, ou seja, pautar-se pela plenitude de toda a sua função social, política, bem como jurídica*¹⁴⁴.

Seguindo essa linha de raciocínio, principalmente em relação ao tema proposto neste trabalho, tem-se que a tutela de certos direitos precisa se dar através de um instrumento que consiga efetivá-los. Por isso, considerado um bem jurídico coletivo, o direito à saúde pode ser efetivado através da tutela coletiva, como será visto no capítulo seguinte.

¹⁴⁰ *Idem, ibidem*, p. 25.

¹⁴¹ SILVA, Júlio César Ballerini, *op. cit.*, 477.

¹⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel, *op. cit.*, p. 316.

¹⁴³ SILVA, Júlio César Ballerini, *op. cit.*, p. 462-480.

¹⁴⁴ *Idem, ibidem*, p. 481.

4.3 Controle dos atos políticos pelo Judiciário

Lembrando-se que a proteção dos direitos coletivos e a disponibilização de instrumentos para esse fim tornaram-se exigência constitucional, constituindo-se um direito e garantia fundamental, vê-se que o Poder Judiciário pode e deve agir de maneira a efetivar a proteção desses direitos.

O controle dos atos políticos pelo Poder Judiciário diz respeito à sua função de garantir os direitos fundamentais, o que acarreta na mutação da função jurisdicional de natureza técnica para natureza política. No que concerne aos modelos processuais coletivos, estes têm como tônica a participação política do povo na gerência e no resguardo dos direitos de grupo¹⁴⁵.

Ao Poder Judiciário no Estado Social de Direito foi atribuída uma função social e, ações coletivas também impuseram a esse Poder uma nova postura. A concepção tradicionalista de que a função do julgador consiste somente em apreciar o conflito e entregar o provimento segundo a lei não é mais suficiente para a resolução de conflitos que envolvem direitos de massa¹⁴⁶.

Nessa nova ordem que se denomina judicialização da política, o juiz é um co-autor de políticas públicas. Daí também a importância das ações coletivas, já que por intermédio delas é que as questões supra-individuais são levadas ao Poder Judiciário¹⁴⁷.

Há de se ponderar que não se tratam de atribuições ordinárias do Poder Judiciário a implementação e controle de políticas públicas. No entanto, quando os demais órgãos estatais vierem a comprometer a integridade e a eficácia dos direitos individuais ou coletivos, restará ao juiz o encargo político-jurídico¹⁴⁸.

Em certas situações a opção do administrador público é claramente ilegal, como por exemplo, quando o orçamento prioriza gastos com publicidade em detrimento da implantação de políticas públicas sociais (saúde, educação etc.). Nesses casos o controle judicial não enfrenta dificuldades em encontrar a melhor solução. Contudo, em muitas outras demandas que objetivam a

¹⁴⁵ FERRARESI, Eurico. *Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo*-instrumentos processuais coletivos. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 5-6.

¹⁴⁶ *Idem, ibidem*, p. 6.

¹⁴⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 60.

¹⁴⁸ FERRARESI, Eurico, *op. cit.*, p. 7.

proteção dos direitos aqui tratados, envolvem temas de mais alta relevância social e política, o que envolve bastante complexidade no alcance da melhor decisão¹⁴⁹.

Nesse contexto far-se-á necessário a análise das matérias jurígenas a luz dos princípios e regras contidos no ordenamento jurídico brasileiro, pois estarão em confronto, na maioria das vezes, direitos fundamentais e questões financeiras orçamentárias do Estado.

Também registra-se que de igual importância são os limites deste controle judicial, pois é indiscutível que o administrador público goza de certa liberdade na prática de determinados atos, exatamente para alcançar o bem maior que consiste na boa administração da coisa pública¹⁵⁰.

O operador do Direito, o magistrado, utilizará de regras de razoabilidade e proporcionalidade ao analisar se na situação em concreto o administrador público ou o responsável pelo ato gerado pautou sua conduta segundo os ditames legais.

Observada a discrepância, a intervenção judicial se torna necessária, afastando qualquer apontamento de invasão de mérito. Se os motivos do ato forem corretamente contemplados, não existindo desvio de finalidade, nem desrespeito à finalidade legal, não caberá ao Judiciário modificar a opção do agente público por outra que entenda vantajosa, porque lhe falta legitimidade para tanto¹⁵¹.

Fundamental que todos os operadores do Direito, magistrados, membros do ministério público, advogados, compreendam os princípios orçamentários, mas, a inclusão de previsão orçamentária para o cumprimento de obrigações de fazer é um requisito indispensável nas ações coletivas, sob o risco de se tornarem inócuas.

Cabe, então, ao Poder Judiciário, por meio de tutela específica, quando comprovada a necessidade, determinar ao administrador público a inclusão de verba orçamentária para implantação de políticas públicas urgentes e necessárias. Ainda, constatada a premência da medida, também deverá o Judiciário adotar soluções criativas capazes de atender aos reclamos sociais, sem produzir impacto destrutivo no orçamento.

¹⁴⁹ *Idem, ibidem*, p. 7-8.

¹⁵⁰ *Idem, ibidem*, p. 11-12.

¹⁵¹ *Idem, ibidem*, p. 12.

Do que fora exposto, percebe-se a relevância da utilização dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade quando revelarem-se necessárias e indispensáveis ações coletivas que busquem garantir o direito à saúde, pois a Constituição Federal, como se viu nos capítulos anteriores, garante que a saúde é direito de todos e dever do Estado.

4.4 Acesso à Justiça

No plano do acesso à Justiça a problematização está diretamente relacionada com os próprios fins da jurisdição, quando enfatiza a participação do cidadão na gestão do bem comum e o indispensável rompimento dos obstáculos que fomentam as desigualdades que impedem o devido acesso¹⁵².

Aqueles considerados menos favorecidos economicamente, além dos que não têm consciência ou informações acerca dos seus direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, muitas vezes desistem da tutela jurisdicional quando se deparam com as custas processuais, honorários advocatícios etc. Daí a descrença em relação ao aludido Poder¹⁵³.

Neste contexto, importa transcrever ementa de julgado do Colendo Supremo Tribunal Federal concernente a legitimação ativa do ministério público na defesa do direito à saúde de pessoa individualizada:

Emenda: Legitimidade- Ministério Público- Ação Civil Pública- Fornecimento de Remédio pelo Estado. O Ministério Público é parte legítima para ingressar em juízo com ação civil pública visando a compelir o Estado a fornecer medicamento indispensável à saúde de pessoa individualizada. (Recurso Extraordinário 407.902-0- Rio Grande do Sul. Relator: Min. Marco Aurélio. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Julgado em: 26.05.2009).

A idéia atual de acesso à Justiça se traduz na exigência de que a ordem jurídica seja justa e que o acesso seja generalizado, efetivo e igualitário. Claro que essa nova noção é resultante de uma gradativa evolução histórica.

¹⁵² SILVA, Júlio César Ballerini, *op. cit.*, p. 481.

¹⁵³ *Idem, ibidem*, p. 465-466.

Por esta ótica, far-se-á necessário ressaltar o disposto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal que estabelece que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Quanto à efetividade, houve um abandono do Estado absenteísta, mostrando-se, cada vez mais necessária uma atuação do Estado para proporcionar o efetivo gozo dos direitos pelos cidadãos¹⁵⁴.

O processo em sua evolução se distancia das concepções meramente formais, passando a se preocupar com as exigências substanciais de acesso à Justiça, de igualdade real, de paridade de armas, de concreta e efetiva possibilidade para que todos possam obter a tutela jurisdicional¹⁵⁵.

Como bem salienta Ricardo Castilho:

Dessa forma, se o acesso à Justiça efetivo é posto como pressuposto do exercício de todos os demais direitos e garantias, a ordem jurídica justa pode ser posta como o pressuposto legitimador da busca de maior acesso à Justiça (se não for justa a ordem jurídica – ou seja, se não respeitar os direitos fundamentais do homem nem se coadunar com as exigências sociais – não há por que lutar por um acesso à Justiça efetivo)¹⁵⁶.

Urge registrar que a questão do acesso à Justiça liga-se umbilicalmente ao estudo de ações coletivas, pois está no centro da problemática que originou a tutela jurisdicional coletiva¹⁵⁷.

De forma brilhante expressou-se Ada Pellegrini Grinover:

Novos canais se abrem hoje para o Estado prestador de serviços, ligados a uma assistência judiciária atendida no seu mais amplo sentido, e que também sirva aos conflitos emergentes, aos conflitos próprios da sociedade de massa (...) Para esses conflitos todos, que o Judiciário deve saber atender, o Estado há de responder como novos modelos, e também para esses novos modelos deve ele viabilizar a tutela jurídica e o acesso à Justiça a todos os litigantes (...) E nessa visão parece necessário rever o antigo conceito de assistência judiciária aos necessitados, porque, de um lado, assistência judiciária não significa apenas assistência processual, e

¹⁵⁴ CASTILHO, Ricardo. *Acesso à justiça-tutela coletiva de direitos pelo Ministério Público: uma nova visão*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 14-15.

¹⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 50.

¹⁵⁶ CASTILHO, Ricardo, *op. cit.*, p. 15.

¹⁵⁷ *Idem, ibidem*, p. 16.

porque, de outro lado, necessitados não são apenas os economicamente pobres, mas todos aqueles que necessitam de tutela jurídica¹⁵⁸.

Para fins de conclusão acerca do acesso à Justiça no contexto da tutela coletiva do direito à saúde, nota-se que este acesso somente se faz verdadeiro quando busca os meios efetivos que permitem às partes de utilizar do Estado na solução dos seus conflitos. E de todos os conflitos. Destacando-se os grandes conflitos metaindividuais que contrapõem grupo contra grupo, para os quais o processo, enquanto instrumento, ainda se demonstra muitas vezes ineficiente¹⁵⁹.

¹⁵⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini, *op. cit.*, p. 246-247.

¹⁵⁹ *Idem, ibidem*, p. 245.

5 A TUTELA JURISDICCIONAL COLETIVA DO DIREITO À SAÚDE

Na era contemporânea, em que é possível verificar um novo papel atribuído ao Poder Judiciário, as ações coletivas ocupam lugar de destaque. A tutela coletiva revela-se como instrumento que capacita a participação política da sociedade na direção das coisas públicas.

Para tanto há de ser exposta a evolução e os aspectos da tutela coletiva, como seu regramento legal, legitimidade e competência. Por fim, será enfatizado o papel da tutela coletiva na busca da efetivação do direito à saúde.

5.1 Evolução

Pelo advento da globalização constata-se que a tecnologia uniu o mundo de forma nunca vista, permitindo que o número de transações, negociações e contratações também aumentassem na mesma velocidade. Disto, surgiu um grande número de situações jurídicas que culminou, na mesma proporção, no crescimento de demandas judiciais¹⁶⁰.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial os grupos de estudantes, negros e mulheres, e também setores da pequena burguesia, ou seja, grupos sem tradição de uma ação coletiva mais eficaz e de confrontação, passaram a se organizar com a finalidade de alcançar uma redefinição do imaginário político e social, principalmente no que tange ao reconhecimento da igualdade de direitos¹⁶¹.

A facilidade de acesso às informações cotidianas sobre diferentes assuntos renderam aos jurisdicionados maior compreensão de seus direitos e também da forma para buscá-los. Este fenômeno histórico aumentou o rol dos direitos formalmente reconhecidos e, conseqüentemente, o número de demandas proliferou com a ampliação do acesso ao Poder Judiciário.

No século XXI o direito processual adquire nova feição pelos motivos acima expostos. O fenômeno da globalização e o surgimento dos direitos denominados coletivos aproximaram o processo dos direitos fundamentais,

¹⁶⁰ SILVA, Júlio César Ballerini, *op. cit.*, p. 265-266.

¹⁶¹ *Idem, ibidem*, p. 266.

destacando-se a busca por regras uniformes e ágeis, capazes de preservar os direitos e garantias fundamentais, sendo, aliás, esta a preocupação universal¹⁶².

Surgiu, assim, um novo rol de direitos coletivos com a característica da transindividualidade. Esses novos grupos de direitos acabaram sendo tratados como pertencentes a toda uma coletividade e não mais apenas ao indivíduo.

No entanto, também ocorreu uma impunidade em relação ao descumprimento ou violação desses novos direitos, fato que tornou imprescindível a busca de soluções que garantissem efetividade à tutela desses direitos coletivos em sentido amplo. A proteção dos direitos coletivos e a disponibilização de instrumentos capazes de tutelá-los se tornaram uma exigência constitucional.

É interessante apresentar que, em relação ao Brasil, o Código Civil de 1916 afastou qualquer possibilidade de abertura para as tutelas coletivas, destacando a característica individualista. O objetivo foi retirar do sistema todos os temas que pudessem manter uma indesejável característica pública. Assim, foram alcançadas todas as tutelas coletivas, todo o gênero de demandas nas quais o titular do direito não fosse um indivíduo concretamente identificado. Somente na Constituição de 1934 é que houve expressa menção às ações populares¹⁶³.

Neste sentir, afirma-se que a revolução processual provocada pelas tutelas coletivas se tornou viável no Brasil em razão das aptidões culturais e do contexto histórico em que estava emergente o Estado Democrático Constitucional de 1988, consolidado na Carta Cidadã¹⁶⁴.

Hodiernamente, a norma constitucional que garante o acesso à Justiça direciona-se aos direitos individuais e aos direitos coletivos. Assim, não só direito individual e não só uma ação para cada direito, mas direitos coletivos e todas ações cabíveis que assegurem uma tutela efetiva¹⁶⁵.

O processo civil contemporâneo permite a utilização da tutela coletiva como instrumento legal e hábil de participação política da coletividade

¹⁶² FERRARESI, Eurico. *op. cit.*, p. 3.

¹⁶³ DIDIER, Fredie Júnior; ZANETI, Hermes Júnior. *Curso de Direito Processual Civil-processo coletivo*. Salvador: Editora Jus Podivm. 2007, p. 25-26.

¹⁶⁴ *Idem, ibidem*, p. 30.

¹⁶⁵ *Idem, ibidem*, p. 27.

na gestão das coisas públicas. Destaca-se a natureza política da função jurisdicional, principalmente com o incremento de modelos processuais coletivos.¹⁶⁶

5.2 Aspectos da tutela coletiva

É possível dizer que o processo civil brasileiro tem a ação individual como centro e base de todo o sistema, caracterizando o sistema processual como privatista. Ocorre que em razão dos novos direitos conectados ao texto constitucional e em função do movimento causado pelas ações coletivas, já podem ser observadas notáveis exceções à característica privatista do processo¹⁶⁷.

Juntamente com essa nova visão vieram também os obstáculos e dificuldades em relação à tutela dos direitos coletivos.

Para tanto, é essencial a superação do rígido dualismo entre Estado e indivíduo, isso porque a tradicional dicotomia público-privado não subsiste à realidade de uma sociedade de massas que, em razão de suas relações, culmina em situações de litígios de massa, o que anseia pelo alargamento ou criação de novos instrumentos, conceitos e estruturas que atendam às novas conformações exigidas e ofereçam uma tutela adequada às novas situações e direitos¹⁶⁸.

Um importante aspecto é o esclarecimento acerca do exercício conjunto de ação. Neste a lide se configura pela união de litigantes, ativa ou passivamente, na defesa de seus direitos subjetivos individuais, o que se denomina litisconsórcio¹⁶⁹.

Já, no plano da ação coletiva, identifica-se uma particular relação entre a matéria litigiosa e a coletividade que necessita da tutela para obter uma solução para o litígio. Nesta órbita, não é significativa a estrutura subjetiva do processo, mas a matéria litigiosa nele discutida. É o que se vê no direito brasileiro em que a característica mais marcante das ações coletivas é a existência de uma permissão para que, embora interessando a uma série de sujeitos diferentes,

¹⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2000, p. 425.

¹⁶⁷ DIDIER, Fredie Júnior; ZANETI, Hermes Júnior, *op. cit.*, p. 32.

¹⁶⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. A ação coletiva de responsabilidade civil e seu alcance. In: BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil por danos a consumidores*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 88.

¹⁶⁹ DIDIER, Fredie Júnior; ZANETI, Hermes Júnior, *op. cit.*, p. 33.

identificáveis ou não, possa ser ajuizada e conduzida por iniciativa de uma única pessoa¹⁷⁰.

A tutela coletiva se aplica aos denominados direitos coletivos em sentido amplo, que abrange coletivos em sentido estrito e os direitos individuais homogêneos, como tratamento análogo conferido aos direitos difusos¹⁷¹.

A matéria litigiosa tratada nas ações coletivas relaciona-se com os novos direitos e com as novas formas de lesão que possuem uma natureza comum ou nascem de situações arquetípicas¹⁷².

Com isso, há de se afirmar que o direito processual, de acordo com a solidificação dos direitos tutelados pelas ações coletivas, encontra-se em necessária fase de adequação no que concerne à tradicional visão individualista do processo.

Cumprido advertir que na tutela coletiva existe o caráter diferenciado da coisa julgada que se qualifica como *secundum eventus litis*, ou seja, coisa julgada de acordo com o resultado da demanda. Deste modo, se o resultado da demanda coletiva for de procedência do pedido na ação, todos os beneficiários serão alcançados e beneficiados, mas, caso não se verifique a procedência, o interessado não estará impedido de ingressar na via judiciária individualmente para obtenção do direito discutido¹⁷³.

Tal aspecto, acima observado, revela-se vantajoso na tutela do direito à saúde. Isso porque o inverso não se confirma em relação à tutela individual do direito de acesso à rede pública de saúde, lembrando-se que raramente o jurisdicionado contará com uma infraestrutura compatível à defesa de seus interesses. Embora se saiba que o acesso deve ser livre e universal o interessado, hipossuficiente da relação, poucas vezes irá litigar em condições de igualdade com o Poder Público¹⁷⁴.

Nesse contexto, a tutela coletiva é mais vantajosa no sentido de alcançar a concretização do direito à saúde, sendo um meio eficaz para a proteção deste direito. Mesmo quando o titular da ação de natureza coletiva não for

¹⁷⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1991, n. 61, p. 187.

¹⁷¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 22.

¹⁷² WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e problemas emergentes da práxis forense. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 17, n. 67, jul./set. 1992, p. 15.

¹⁷³ SILVA, Júlio César Ballerini, *op. cit.*, p. 276-293.

¹⁷⁴ *Idem, ibidem*, p. 293.

o Ministério Público, os demais legitimados, por se tratarem de pessoas jurídicas organizadas, contam com melhor estrutura para reivindicar o direito à saúde perante o Poder Judiciário, em face do Estado. O que geralmente não ocorre na tutela individual da saúde pública, lembrando-se das dificuldades encontradas¹⁷⁵.

Através da tutela coletiva é possível em apenas uma única lide alcançar resultados que beneficiam um número indeterminado de indivíduos que necessitam da proteção do direito à saúde, modificando a realidade.

Situação interessante é analisar a ação coletiva segundo seus fundamentos sociológicos e políticos. A justificativa sociológica revela-se no princípio do acesso à Justiça, enquanto a justificativa de política judiciária se baseia no princípio da economia processual¹⁷⁶.

As motivações sociológicas são identificadas no aumento das demandas em massa, já que a constitucionalização de certos direitos e a busca pela efetividade dos direitos fundamentais exigiram uma nova postura do Direito e da sociedade. As demandas individuais não faziam mais frente a nova realidade da sociedade e para tutelar efetivamente tais direitos a tutela coletiva se demonstrou um forte instrumento¹⁷⁷.

Já as motivações políticas que se destacam são a redução dos custos materiais e econômicos na prestação jurisdicional, a uniformização dos julgamentos, a evitação de decisões democráticas e aumento da credibilidade do Poder Judiciário. Para as relações sociais, a maior previsibilidade e segurança jurídica resultantes do alcance das pretensões constitucionais de uma Justiça mais célere e efetiva se demonstra bastante benéfica¹⁷⁸.

Sobre os direitos tutelados nas ações coletivas, denominam-se direitos coletivos *lato sensu* os direitos entendidos como gênero, sendo espécies destes: os direitos difusos, os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos individuais homogêneos.

Conforme sistematização doutrinária, os direitos essencialmente coletivos são os direitos difusos e coletivos em sentido estrito,

¹⁷⁵ *Idem, ibidem.*

¹⁷⁶ DIDIER, Fredie Júnior; ZANETI, Hermes Júnior, *op. cit.*, p. 34.

¹⁷⁷ *Idem, ibidem.*

¹⁷⁸ *Idem, ibidem.*

enquanto os direitos acidentalmente coletivos referem-se aos individuais homogêneos¹⁷⁹.

Reputam-se direitos difusos aqueles transindividuais, pertencentes a uma coletividade, de natureza indivisível que têm como titulares pessoas indeterminadas, ligadas por uma circunstância de fato, não existindo um vínculo comum de natureza jurídica¹⁸⁰.

Os direitos coletivos *stricto sensu* são aqueles titularizados por pessoas determináveis, que compartilham da mesma relação jurídica indivisível. O fato de serem indivisíveis, como os direitos difusos, cria uma aproximação entre eles, todavia, não há razão para confundi-los. Isto porque distinguem-se pela origem da lesão e pela abrangência do grupo¹⁸¹.

Os direitos individuais homogêneos referem-se aos direitos titularizados por pessoas determináveis, unidas por uma lesão divisível, que possuem a mesma origem. Trata-se de um instrumento processual criado com o objetivo de tutelar coletivamente direitos individuais¹⁸².

Sublinha-se que a possibilidade de tutela coletiva de direitos individuais se demonstra como meio relevante para a universalização do acesso à Justiça, sendo capaz de entregar, muitas vezes, provimento jurisdicional efetivo àqueles que poderiam ficar a margem de qualquer proteção de um direito que lhes é inerente.

Atentando-se para a garantia do direito à saúde, afirma-se que a tutela jurisdicional há de assumir a função de mecanismo de efetiva concretização deste direito, ora resguardando-o, ora solucionando os conflitos de interesses, alcançando o precípua alvo da finalidade mediata do ato decisório, visto como um componente de uma situação de comunicação, entendida como um sistema interativo, sob a ótica da função social da dogmática jurídica¹⁸³.

Nesse viés, a tutela coletiva pode ser considerada um instrumento legal capaz de garantir a efetividade do direito à saúde, observados todos os seus aspectos. A tutela coletiva tem na sua característica de litigação de

¹⁷⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1984, 3ª série, p. 195-197.

¹⁸⁰ DIDIER, Fredie Júnior; ZANETI, Hermes Júnior, *op. cit.*, p. 74.

¹⁸¹ CASTILHO, Ricardo, *op. cit.*, p. 52.

¹⁸² *Idem, ibidem*, p. 54.

¹⁸³ FERRAZ JR, Tércio Sampaio, *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 99-169.

interesse público o objetivo de realização daqueles direitos fundamentais constitucionais tidos como indispensáveis para uma vida digna, observado o princípio da dignidade da pessoa humana.

5.3 Regramento legal

No âmbito legislativo anterior à Lei nº 7.347/85, que regula a ação civil pública, outros diplomas normativos trataram da tutela de interesses de classe.

Identificam-se, então, o antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) Lei nº 4.215/62, que outorgava à OAB o direito de representar a classe dos advogados; em 1965 a Lei nº 4.717 passou a regular a ação popular, caracterizada pela possibilidade de qualquer cidadão ajuizar ação em defesa do patrimônio público; também deve ser destacada a Lei nº 6.938/81, que trata da Política Nacional do meio ambiente.

Também versam sobre a tutela coletiva, na seara infraconstitucional, a Lei nº 7.853/89, que dispõe sobre o apoio a pessoas portadoras de deficiência; a Lei nº 7.913/89, que regula a ação civil pública por danos causados ao meio ambiente; a Lei nº 8.069/90, referente ao Estatuto da Criança e do Adolescente; a Lei nº 9.394/96, que trata das Diretrizes Básicas da Educação; a Lei nº 8.078/90, o denominado Código de Defesa do Consumidor; a Lei nº 8.429/92, que dispõe sobre os atos de improbidade administrativa; e a Lei nº 10.741/03, concernente ao Estatuto do Idoso¹⁸⁴.

Fato é que a Constituição Federal de 1988 veio a coroar, em diversos dispositivos, a tutela de direitos transindividuais, o que tornou evidente a preocupação com o princípio da efetividade da prestação jurisdicional, marcando a mudança do paradigma até então predominante. Encontram-se na Constituição Brasileira dispositivos relativos aos direitos transindividuais, tais como o *caput* do artigo 225, que faz menção ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e o inciso V do artigo 170 referindo-se ao direito à defesa do consumidor.

Ainda consoante à Constituição Federal, no artigo 129, III vislumbra-se a ação civil pública, estendendo-a para a defesa de outros direitos

¹⁸⁴ CASTILHO, Ricardo. *op. cit.*, p. 8-10.

difusos e coletivos; o art. 5º, inciso LXXIII revigorou a ação popular, possibilitando-lhe também a defesa de direitos de ordem difusa; e o inciso LXIX, do mesmo artigo que dispõe a respeito do mandado de segurança individual e o inciso LXX, alíneas a e b, do referido artigo estabelece o mandado de segurança coletivo.

5.4 Legitimidade

De acordo com Cândido Rangel Dinamarco: *Legitimidade ad causam é qualidade para estar em juízo, como demandante ou demandado, em relação a determinado conflito trazido ao exame do juiz*¹⁸⁵.

Verifica-se que nos direitos transindividuais a legitimação ativa deve visar a efetividade da tutela jurisdicional em razão da natureza desses interesses, cujos titulares são, no mais das vezes, de difícil identificação. Assim, na seara transindividual a idéia individualista deve ser superada, devendo a legitimação ser encarada sob a efetividade processual e não sob a do atendimento aos conceitos processuais individualistas predominantes¹⁸⁶.

No sistema jurídico nacional optou-se por legitimar concorrentemente diversas entidades públicas e privadas. Estão legitimados para tutela os interesses metaindividuais de qualquer natureza: o Ministério Público; as pessoas jurídicas de direito público da administração direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios); as pessoas jurídicas de direito público ou privado da administração indireta (autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista); associações civis constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses postulados em juízo; por fim, entidades da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinadas à defesa dos interesses metaindividuais. Também o partido político com representação no Congresso Nacional é legitimado ativo no processo coletivo, podendo ajuizar em certas hipóteses o mandado de segurança coletivo. Ainda, deve ser dito que o cidadão tem legitimidade para propor ação popular¹⁸⁷.

¹⁸⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 306.

¹⁸⁶ CASTILHO, Ricardo, *op. cit.*, p. 74-75.

¹⁸⁷ *Idem, ibidem*, p. 75-76.

Este rol é retirado do artigo 5º da Lei nº. 7.347/85 e pelo artigo 82 da Lei nº. 8.078/90, pois ambos diplomas legais se integram quanto à indicação dos legitimados ativos, complementado e reforçado pelos artigos 1º e 3º da Lei nº. 7.913/89, artigos 29 da Lei nº. 8.884/94 e artigo 210 da Lei nº. 8.069/90. Além destes, a Constituição Brasileira em seu artigo 8º, inciso III, permite os sindicatos atuarem no pólo ativo e o artigo 232 as comunidades indígenas¹⁸⁸.

Para Hugo Nigro Mazzilli, as agências reguladoras também podem ajuizar ações civis públicas ou coletivas, já que são autarquias em regime especial¹⁸⁹.

Pode-se dizer então que no direito brasileiro três são as técnicas de legitimação mais utilizadas nas ações coletivas:

- 1) Legitimação do particular (qualquer cidadão, por exemplo, na ação popular, Lei 4.717/1965); 2) legitimação de pessoas jurídicas de direito privado (sindicatos, associações, partidos políticos, por exemplo, mandado de segurança coletivo, art. 5, LXX, da CF/88); 3) legitimação de órgãos do Poder Público (MP, por exemplo, a ação civil pública, Lei 7.347/1985)¹⁹⁰.

No que tange a legitimação, cumpre transcrever a ementa do julgado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, relativo a legitimidade ativa do ministério público:

Ementa- Administrativo Processual Civil. Ação Civil Pública. Legitimidade Ativa do Ministério Público na defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos. Arts. 127 e 129, III e IX da CF. Vocação constitucional do Ministério Público na defesa dos direitos fundamentais. Direito à saúde. Dignidade da pessoa humana. Relevância pública. Expressão para a coletividade. Utilização dos institutos e mecanismo das normas que compõem o microsistema de tutela coletiva. Efetiva e adequada proteção. Recurso provido.

1. "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" (art. 127 da CF).
2. "São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros

¹⁸⁸ *Idem, ibidem*, p. 75.

¹⁸⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 269.

¹⁹⁰ DIDIER, Fredie Júnior; ZANETTI, Hermes Júnior, *op. cit.*, p. 199.

interesses difusos e coletivos; IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas" (art. 129 da CF).

3. É imprescindível considerar a natureza indisponível do interesse ou direito individual homogêneo – aqueles que contenham relevância pública, isto é, de expressão para a coletividade – para estar a legitimação extraordinária do Ministério Público, tendo em vista a sua vocação constitucional para a defesa dos direitos fundamentais.

4. O direito à saúde, como elemento essencial à dignidade da pessoa humana, insere-se no rol daqueles direitos cuja tutela pelo Ministério Público interessa à sociedade, ainda que em favor de pessoa determinada.

5. Os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio,

possibilitaram o surgimento do denominado Microsistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso, no qual se comunicam outras normas, como o Estatuto do Idoso e o da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que visam tutelar direitos dessa natureza, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados com o escopo de "propiciar sua adequada e efetiva tutela" (art. 83 do CDC).

6. Recurso especial provido para determinar o prosseguimento da ação civil pública.

(Recurso Especial nº 695.396 – RS -2004/0146850-1- Relator :Min. Arnaldo Esteves Lima/ Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul/ Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Julgado: 12/04/2011)

Desta forma, vê-se que na busca da concretização dos direitos tutelados pelas ações coletivas a legitimação liga-se à natureza desses interesses, visando, sempre, a efetividade da tutela jurisdicional.

5.5 Competência

Entende-se por competência o resultado de critérios para distribuir entre diversos órgãos as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição, sendo certo que a competência é o poder de exercer a jurisdição nos limites estabelecidos por lei. É a medida da jurisdição, o âmbito em que o juiz pode exercê-la¹⁹¹.

¹⁹¹ *Idem, ibidem*, p. 131.

O artigo 2º da Lei nº. 7.347/85 prevê que será competente para a ação civil pública o foro do local do dano, possuindo o juízo competência funcional para processar e julgar a causa. Saliencia-se que essa regra foi seguida para outras ações coletivas, tais como: Lei nº. 8.069/90, artigo 209; Lei nº. 8.078/90, artigo 93; Lei nº.10.741/03, artigo 80. Regulamentando a ação popular, a Lei nº. 4.717/65, artigo 5º, cuida somente da competência em razão do juízo, porém, entende-se que também a essa tutela coletiva aplica-se a regra de competência territorial absoluta do foro do local do dano. Destaca-se que se a ação civil pública se encaixar em qualquer das hipóteses de competência da justiça federal previstas no artigo 109 da Constituição Federal, que estabelece a competência do juiz federal, a regra do §3º não é aplicável¹⁹².

Tendo em vista o microsistema da tutela coletiva, no qual o Código de Defesa do Consumidor representa o elemento harmonizador, a questão que envolve situações em que o dano é nacional ou regional deve ser analisada à luz do diploma consumerista. O artigo 93 desse diploma legal, ao regular essa situação, permite que haja duas linhas de interpretação quanto às hipóteses de dano nacional. Na primeira interpretação, defende-se a existência de foros concorrentes, ou seja, capital dos Estados-membros e do Distrito Federal; já noutra interpretação, tem-se que a competência seria exclusiva do foro do Distrito Federal, que baseia-se no exercício de defesa e acesso à Justiça por parte do réu¹⁹³.

Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior entendem que:

A questão da Justiça competente deve ser resolvida à luz da Constituição Federal: se a causa encaixar-se em uma das hipóteses do art. 109 da CF/88, a competência será da Justiça Federal, sempre, como destacado no art. 93, I, do CDC, e consolidado pela jurisprudência do STF e pelo cancelamento do enunciado n. 183 da súmula do STJ, consoante já examinado; caso contrário, será da Justiça Estadual. Quanto ao juízo, a competência será definida de acordo com as leis de organização judiciária. Se houver vara especializada do consumidor, a competência será deste juízo se tratando de relação de consumo; caso contrário, possivelmente será de competência de alguma das varas cíveis¹⁹⁴.

¹⁹² *Idem, ibidem*, p. 138.

¹⁹³ *Idem, ibidem*, p. 140.

¹⁹⁴ *Idem, ibidem*, p. 143.

Válido não olvidar a inconstitucionalidade dos artigos 16 da Lei n. 7.347/85 e 2-A da Lei n. 9.494/97, que visam restringir a eficácia subjetiva da coisa julgada em ação coletiva, impondo limitação territorial, restringindo-a ao âmbito da jurisdição do órgão prolator da decisão. A inconstitucionalidade está calcada nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade¹⁹⁵.

As objeções em relação aos dispositivos acima mencionados se dão no fato de que ocorre prejuízo à economia processual e fomento ao conflito lógico e prático de julgados.

Haja vista, a ofensa aos princípios da igualdade e do acesso à jurisdição, criando diferenças e dificultando a proteção dos direitos coletivos em juízo; fere a indivisibilidade conferida por lei aos direitos coletivos *lato sensu* no curso da demanda coletiva; acaba por confundir competência, que é um critério legislativo para repartição da jurisdição, com a imperatividade decorrente do comando jurisdicional; por fim, existe a ineficácia da própria regra de competência em si, já que o legislador estabeleceu expressamente no artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor, aplicável a todo o sistema das ações coletivas, que a competência para julgamento de ilícito de âmbito regional ou nacional é do juízo da capital dos Estados ou no Distrito Federal, portanto, no termos desta Lei, ampliou a “jurisdição do órgão prolator”¹⁹⁶.

Ainda nesta questão, é lícito dizer que o legislador infraconstitucional não poderia autorizar uma prática que feriria o princípio da igualdade, já que pessoas na mesma situação poderiam obter provimento jurisdicional diferente. A lógica das ações coletivas se encontra exatamente na tutela única de uma pluralidade de direitos semelhantes. Desta maneira, exigir o fracionamento da questão coletiva fere o bom senso e o princípio da igualdade, haja vista a possibilidade de decisões contraditórias. A individualidade do objeto é peculiaridade da tutela coletiva, não sendo possível, tampouco justo, o seu fracionamento para alcançar parte dos interessados, quando estes estiverem espalhados também fora do respectivo foro judicial¹⁹⁷.

¹⁹⁵ *Idem, ibidem*, p. 144.

¹⁹⁶ LEONEL, Ricardo Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 259.

¹⁹⁷ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2002, p. 265.

5.6 Antecipação da tutela

Hodiernamente, não é difícil notar que em razão de diversos fatores, tais como acúmulo de processos, falta de estrutura do sistema judiciário e também resultante dos próprios trâmites processuais, o tempo que se leva para obtenção do provimento jurisdicional final é bastante longo.

No âmbito de certos pedidos levados à apreciação do Poder Judiciário, um tempo exacerbado para proferir uma decisão judicial pode causar danos considerados irreversíveis.

Com o objetivo de atribuir efetividade à tutela jurisdicional, o sistema processual consagrou as medidas de urgência, a fim de combater a morosidade da justiça.

Sob esta perspectiva Luiz Antônio Nunes:

(...) surgiram, então as tutelas de urgência, quais sejam, as antecipações parciais ou totais dos efeitos do provimento final e as liminares, entregando uma prestação jurisdicional provisória, mas efetiva no plano dos fatos¹⁹⁸.

Apenas para constar a diferenciação, afirma-se que a tutela antecipada não se confunde com a tutela cautelar, embora assemelhem-se na medida em que conserva as características da provisoriedade e da revogabilidade¹⁹⁹.

Ocorre que se diferenciam pelo fato de que na tutela antecipada o caráter instrumental e acessório não lhe é peculiar, como na ação cautelar, em que estão presentes os requisitos da existência de um dano potencial (*periculum in mora*) e a plausibilidade do direito substancial (*fumus boni juris*). A tutela antecipada é instrumento eficaz para a pronta proteção de direitos, liga-se à imediata satisfação do autor²⁰⁰.

Especificamente acerca da tutela antecipada a lição de João Batista Lopes:

¹⁹⁸ NUNES, Luiz Antônio. *Cognição judicial nas tutelas de urgência*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 40.

¹⁹⁹ LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 41.

²⁰⁰ SILVA, Júlio César Ballerini, *op. cit.*, p. 526-529.

A tutela antecipada surgiu para privilegiar o polo ativo da ação com o escopo declarado de dividir o ônus da demora processual. Não sendo razoável nem justo obrigar quem ostente condição de provável titular do direito as delongas que poderão frustrar o gozo desse direito ou esvaziar seu conteúdo, surge a tutela antecipada para permitir o adiantamento dos efeitos práticos para a imediata satisfação do autor²⁰¹.

Na antecipação de tutela o requisito necessário é o da prova inequívoca de verossimilhança acrescida do *periculum in mora* ou do abuso no exercício do direito de defesa (ou manifesto propósito protelatório do réu), lembrando-se ainda do perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. Vê-se que os requisitos são ainda mais rígidos do que os presentes na tutela cautelar²⁰².

A questão da irreversibilidade precisa ser confrontada, eis que não absoluta, o que tem grande importância na proteção do direito à saúde, ainda que em face da Fazenda Pública, já que em se tratando de direitos fundamentais, quando estes forem conflitantes com os direitos patrimoniais, deverão prevalecer aqueles, conforme a sua relevância e de acordo com o princípio da proporcionalidade²⁰³.

Salienta-se ainda que:

O direito à saúde, como correlato do direito à vida, em face de sua peculiar natureza, deve ser resguardado, não se prestando a alegação de possível risco de irreversibilidade dos efeitos do provimento para impedir a antecipação da tutela nesses casos, justificando-se, pois, a aplicação do princípio da proporcionalidade²⁰⁴.

Mesmo quando o pedido de antecipação da tutela se der em face da Fazenda Pública, que possui tratamento constitucionalmente assegurado para as execuções em que esta for devedora, os jurisdicionados têm o direito à vida e à saúde também assegurados pela Constituição, de modo que, no confronto entre as garantias, frente à relevância dos interesses postos em conflito, qual seja, o numerário do erário público contra a vida e a integridade física, deve prevalecer o

²⁰¹ LOPES, João Batista, *op. cit.*, p. 42.

²⁰² SILVA, Júlio César Ballerini, *op. cit.*, p. 540-541.

²⁰³ *Idem, ibidem*, p. 543.

²⁰⁴ *Idem, ibidem*, p. 545.

sobreprincípio vida, juntamente com seus direitos correlatos, como o direito à saúde²⁰⁵.

No que tange ao resguardo da saúde, a demora na prestação do provimento jurisdicional é ainda mais deletéria, sendo então essencial a busca pela efetividade, utilizando-se dos instrumentos processuais capazes de entregá-la. Sobre o tema, a obtenção da efetividade processual por meio da antecipação de tutela merece ser destacada, em razão do combate à morosidade e também da efetividade a ser entregue aos preceitos constitucionais²⁰⁶.

À guisa do que foi exposto, cumpre destacar que será necessário analisar os direitos em questão, para que, então, a partir dos princípios do ordenamento jurídico seja aplicada a melhor decisão.

Neste sentido, transcreve-se com a devida *venia* ementa de julgado de caso análogo concedendo a antecipação do provimento jurisdicional, por considerar o direito à saúde como garantia constitucional, confira-se:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Liminar - Concessão - Destinação do lixo no Município de forma adequada - Descumprimento que implica em crime de desobediência e pagamento de multa - Alegada interferência do Judiciário na Administração - Inocorrência - Demonstração da situação de perigo - Direito à saúde e ao saneamento configurados como garantia constitucional - Presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* - Recurso não provido. (Relator: Gonzaga Franceschini - Agravo de Instrumento nº 204.059-1 - Jaú - 19.04.94)

Observar-se-á sempre a instrução do pedido com os documentos básicos essenciais à propositura da ação, de acordo com o artigo 283 do Código Processual Civil, além dos requisitos da petição inicial previstos no artigo 282, do mesmo diploma legal.

No caso da tutela ao direito à saúde, óbvio que quando conflitante com os direitos patrimoniais, ao jurisdicionado deve ser entregue decisão judicial que garanta efetivamente a saúde, ainda que o mínimo existencial.

Assim, a antecipação da tutela, especialmente na proteção dos direitos relacionados à saúde, serve de instrumento legal relevante é

²⁰⁵ *Idem, ibidem*, p. 551.

²⁰⁶ *Idem, ibidem*, p. 540-545.

hábil para que o provimento jurisdicional seja entregue com observância aos critérios de justiça, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana.

5.7 Outros princípios relativos à tutela jurisdicional coletiva

Inicialmente, urge considerar os princípios como diretrizes, vetores de uma ciência.

Portanto, enquanto dotado de princípios, o direito é uma ciência.

Denominam-se princípios gerais do direito aqueles aplicáveis a todos os ramos do direito positivo, direcionando certas áreas do ordenamento jurídico. O direito processual é informado por princípios e estes orientam a atividade do juiz quando na direção do processo²⁰⁷.

Os princípios se dividem em informativos e fundamentais. Os informativos independem de demonstração, estão alicerçados em critérios técnicos e lógicos. São eles: lógico; jurídico; político; e econômico. O critério lógico liga-se à estrutura do processo, respeitando sempre suas fases. O princípio jurídico, por sua vez, diz respeito às regras preestabelecidas pelo ordenamento jurídico. Quanto ao princípio político, tem-se que o processo deve aderir às regras de ordem política. Em relação ao econômico, deve-se buscar o máximo do processo, mas com o mínimo de tempo, respeitando-se as regras e garantias fundamentais do processo civil²⁰⁸.

Princípios fundamentais são aqueles:

Sobre os quais o sistema jurídico pode fazer a opção, considerando aspectos políticos e ideológicos. Por essa razão, admitem que em contrário se oponham outros, de conteúdo diverso, dependendo do alvedrio do sistema que os está adotando²⁰⁹.

Nelson Nery Júnior leciona que o Direito Processual Civil rege-se por normas existentes na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional. Afirma-se também que o direito processual possui um sistema

²⁰⁷ GOMES, Sérgio Alves, *op. cit.*, p. 68.

²⁰⁸ NERY JÚNIOR, Nelson, *op. cit.*, p. 30.

²⁰⁹ *Idem, ibidem.*

uniforme, o que viabiliza a aplicação para a solução das ameaças e lesões a direito. No entanto, não é incomum afirmar didaticamente que existe um Direito Constitucional Processual para demonstrar o conjunto de regras de processo que se localiza na Constituição Federal, gerando o Direito Processual Constitucional, que seria a reunião dos princípios que regulam a jurisdição constitucional ²¹⁰.

O juiz, na direção do processo, deve observar os princípios processuais, pois através destes são indicados os meios e as formas de agir processualmente para a realização da finalidade processual. Os princípios fundamentais do Estado adaptam os princípios processuais para que os objetivos instituídos pelo próprio Estado sejam alcançados ²¹¹.

O julgador deve se atentar ao fato de que os princípios informativos e fundamentais do processo têm por objetivo qualificar o processo como um instrumento da justiça, que anseia alcançar a paz e justiça social.

Em relação à tutela coletiva, a existência de uma tipologia dos princípios tem por fim sublinhar as linhas políticas de interpretação e aplicação dos institutos do processo coletivo. Dizem-se princípios gerais porque devem prevalecer em todas as espécies de processos coletivos ²¹².

Com efeito, a própria idéia de direitos coletivos surgiu para garantir o acesso à justiça em situações que antes não encontravam guarida no Judiciário. Importante não olvidar as três ondas evolutivas destacadas por Mauro Cappelletti quanto ao acesso à justiça, sendo que, embora as três sejam relevantes, as duas últimas são as mais próximas e pertinentes ao processo coletivo ²¹³.

Destarte, com maestria Mauro Cappelletti expõe que o acesso à justiça evoluiu em ondas, sendo que a primeira refere-se à assistência judiciária aos pobres; enquanto que a segunda onda possibilitou a representação dos direitos difusos; a terceira onda, por sua vez, consiste no enfoque amplo do princípio que eleva a necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio, ou seja, prever técnicas processuais e meios de tutelas aptos a atender de modo específico os direitos protegidos ²¹⁴.

²¹⁰ *Idem, ibidem.*

²¹¹ GOMES, Sérgio Alves, *op. cit.*, p. 69-70.

²¹² DIDIER, Fredie Júnior; ZANETI, Hermes Júnior, *op. cit.*, p. 109.

²¹³ *Idem, ibidem*, p. 110.

²¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 71.

Oportuno citar aqui a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 2º da Lei Federal nº. 9.494/1997, que limita o acesso à justiça das associações civis para a proteção de direitos coletivos, impondo que nas ações coletivas propostas em face da União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá ser instruída obrigatoriamente com a ata de assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada, ainda, da relação nominal dos seus associados e indicação de seus interesses. Isso porque criou exigência completamente inadequada ao direito coletivo, também um embaraço ao acesso à justiça de direitos coletivos de repercussão nacional e cuja outra parte seja um ente público, lesando claramente o inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal, além de ferir o princípio da isonomia, criando benefício para os entes públicos, sem qualquer razoabilidade²¹⁵.

Ligam-se ao princípio do acesso à justiça o da máxima efetividade ou do acesso eficaz à justiça e o da duração razoável do processo. Desta forma assimila-se que a justiça só será efetiva quando garantido seu acesso em tempo hábil para o seu devido aproveitamento²¹⁶.

Também, por essa ótica, o princípio da universalidade da jurisdição e da primazia da tutela adequada, relaciona-se diretamente com o princípio do acesso à justiça, objetivando atingir um número cada vez maior de pessoas e de situações jurídicas conflituosas.

Daí deve ser atribuída primazia para o tratamento no âmbito coletivo, coibindo-se a fragmentação de litígios.

Eis, que a tutela coletiva precisa ser implementada, por melhorar o acesso efetivo ao Poder Judiciário ou por ser mais concreta na efetivação dos direitos e deveres fundamentais coletivos, sempre que se mostrar adequada à solução do conflito.²¹⁷

O princípio da universalização da jurisdição na seara do processo individual tem alcance mais restrito, limitando-se à utilização da técnica processual com o escopo de que todos os conflitos de interesses levados à apreciação do Poder Judiciário tenham resposta jurisdicional e que seja, inclusive, adequada.

²¹⁵ DIDIER, Fredie Júnior; ZANETI, Hermes Júnior, *op. cit.*, p. 112-113.

²¹⁶ *Idem, ibidem*, p. 114.

²¹⁷ *Idem, ibidem*.

Mas, no âmbito do processo coletivo, este princípio assume outra dimensão, pois é por intermédio da tutela coletiva que as massas têm a oportunidade de submeter aos tribunais as causas que, pelo processo individual, não tinham sequer como chegar à Justiça. O tratamento coletivo de direitos comunitários é que abre caminho à universalidade da jurisdição²¹⁸.

No que tange ao princípio da participação, importante citar a lição de Ada Pellegrini Grinover:

O princípio participativo é ínsito em qualquer processo, que tem nele seu objetivo político. Mas, enquanto no processo civil individual a participação se resolve na garantia constitucional do contraditório (participação no processo), no processo coletivo a participação se faz também pelo processo²¹⁹.

A distribuição dos poderes, faculdade e deveres, das partes e do juiz, assim como o dever de colaboração e cooperação destes em um processo destinado a alcançar valores constitucionais, histórica e socialmente aferidos, caracterizam o modelo de participação no âmbito da proposta de formalismo-valorativo e são compatíveis em absoluto com o objetivo dos processos coletivos²²⁰.

Tomado como indispensável, o princípio do contraditório não se sujeita aos corolários imediatos do contraditório dos processos individuais, já que nestes são estabelecidos rígidos limites subjetivos que impedem a vinculação dos sujeitos que não participaram do processo como partes²²¹.

Nos processos coletivos a legitimação por substituição processual e extensão subjetiva da coisa julgada *secundum eventum litis* permitem que se afirme a inexistência de ofensa ao princípio do contraditório²²².

Já o princípio do ativismo judicial diz respeito à atuação mais ativa do juiz nos processos coletivos, em razão de forte interesse público primário presente nas causas coletivas, salientando o papel social do magistrado.

²¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito Processual Coletivo. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *Tutela coletiva: 20 anos da Lei da ação civil pública e do fundo de defesa de direitos difusos. 15 anos de Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 304.

²¹⁹ *Idem, ibidem*.

²²⁰ DIDIER, Fredie Júnior; ZANETI, Hermes Júnior, *op. cit.*, p. 116-117.

²²¹ *Idem, ibidem*, p. 117.

²²² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 220.

Trata-se de uma faceta saudável do princípio inquisitivo, Cândido Rangel Dinamarco afirma que:

Não há oposição, contraste ou conflito entre a disponibilidade da tutela jurisdicional, que repudia a instauração de processos de ofício pelo juiz; e o princípio inquisitivo, responsável pela efetividade do próprio poder jurisdicional estatal a ser exercido sempre que provocado”²²³.

Exemplo do ativismo judicial é o julgamento do *fluid recovery*, em que o magistrado deverá definir o valor da indenização residual, em razão da lesão aos direitos individuais homogêneos (artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor)²²⁴.

Sobre o significado do princípio da economia processual, Rui Portanova: *os processualistas perseguem o ideal de uma justiça barata, rápida e justa*²²⁵.

A questão não se trata apenas de solucionar o conflito, mas de solucionar de forma efetiva, a fim de alcançar a consequente pacificação social com justiça. E, o processo coletivo atinge, a um só tempo, as metas de redução do custo econômico, em materiais e pessoas, assim como o de julgamentos uniformes para um grande número de situações conflituosas, atendendo com mais facilidade os propósitos determinados pelo princípio²²⁶.

A seu turno, o princípio da instrumentalidade substancial das formas e do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo, far-se-á necessário dizer que se precisa reexaminar o juízo de admissibilidade do processo, para que o magistrado possa, mesmo diante da falta de um pressuposto processual de validade, prosseguir e julgar o mérito, aplicando o sistema das invalidades processuais do Código de Processo Civil, notadamente o artigo 249, § 2º deste diploma legal. No campo da tutela coletiva, a lição tem aplicação ainda mais premente²²⁷.

²²³ *Idem, ibidem*, p. 233.

²²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código de Defesa do Consumidor anotado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 898.

²²⁵ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 24.

²²⁶ DIDIER, Fredie Júnior; ZANETI, Hermes Júnior, *op. cit.*, p. 119.

²²⁷ *Idem, ibidem*.

Para o princípio em comento útil se faz a lição de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira ao afirmar que processo não é mera técnica, e sim técnica imbuída de valores:

Seu poder ordenador não é oco, vazio ou cego, pois não há formalismo por formalismo. Só é lícito pensar o conceito na medida em que se presta para a organização de um processo justo e servir para alcançar as finalidades últimas do processo em tempo razoável e, principalmente, colaborar para a justiça material da decisão²²⁸.

Tem-se então que o processo não é fim em si mesmo, está voltado para o alcance da justiça material e de pacificação social, devendo seus institutos, na atual fase da história do desenvolvimento jurídico nacional, se adaptar às máximas estabelecidas pela Constituição Federal²²⁹.

Na aplicação deste princípio, também se observa que além de não ser o mais relevante, muitas vezes, o nome da ação, a ilegitimidade ativa no processo coletivo deve implicar sucessão processual, retirando-se a parte ilegítima e ingressando uma legítima, em vez da extinção processual sem exame do mérito²³⁰.

Sob essa visão é válido entender que o processo tem como objetivo primordial entregar às partes um provimento jurisdicional capaz de gerar efetividade e garantia. Muitas vezes, para tanto, demonstra-se indispensável a utilização dos instrumentos processuais de maneira a adaptá-los à realidade que os envolve concretamente e aos direitos que buscam ser tutelados através do processo.

Através do princípio da ampla divulgação da demanda e da informação aos órgãos competentes é possível perceber outra peculiaridade da tutela coletiva, qual seja a sua característica democrática.

Retira-se essa peculiaridade tanto da ampla divulgação, originada na *fair notice* do direito norte-americano e possibilita a opção pela ação coletiva, o que aumenta o espectro da coisa julgada, quanto na possibilidade de suspender o processo individual já iniciado, conforme artigo 104 do Código de

²²⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n.º. 137, ago/2006, p. 7-31.

²²⁹ *Idem, ibidem*.

²³⁰ DIDIER, Fredie Júnior; ZANETI, Hermes Júnior, *op. cit.*, p. 122.

Defesa do Consumidor, para garantir ao titular da demanda individual sua continuação, no caso de improcedência do pedido no processo coletivo²³¹.

O princípio da extensão subjetiva da coisa julgada *secundum eventum litis* e o princípio do transporte *in utilibus* relacionam-se com a ideologia do processo coletivo brasileiro.

A determinação de que nos processos coletivos não ficarão prejudicados os titulares de direitos individuais, somente beneficiados, resulta destes princípios. Quando se verificar a procedência do pedido na demanda coletiva, o titular do direito individual poderá utilizar-se da sentença no seu processo individual, desde que comprovada a identidade fática de situações, o que se denomina transporte *in utilibus*²³².

Até porque no âmbito da tutela coletiva se pressupõe que haverá, além do forte ativismo judicial em matéria probatória, um maior empenho do legitimado ativo atuando como substituto processual, identificando, assim, maior amplitude da cognição²³³.

Já o princípio da indisponibilidade da demanda coletiva cognitiva e o princípio da continuidade, diversamente do que ocorre no processo individual, ao processo coletivo é inerente a idéia de indisponibilidade do interesse público.

Registra-se, portanto, que esta indisponibilidade não é integral, já que precisa observar a conveniência e oportunidade, por isso temperada.

Assim, é claro que esta obrigatoriedade está voltada para o Ministério Público que possui o dever funcional de, presentes os pressupostos e a lesão ou ameaça ao direito coletivo, propor a demanda. Também há obrigatoriedade de intervenção como fiscal da lei quando não aquele não for parte e a obrigação de continuidade da ação coletiva em caso de desistência infundada ou abandono, assumindo a titularidade ativa. Obviamente que deverão sempre ser feito um juízo de oportunidade e conveniência²³⁴.

Ainda saliente-se, que o princípio da obrigatoriedade da demanda coletiva executiva, por sua vez, não comporta exceções.

²³¹ *Idem, ibidem*, p. 122-123.

²³² *Idem, ibidem*, p. 124.

²³³ *Idem, ibidem*.

²³⁴ *Idem, ibidem*, p. 124-125.

No caso em que, ajuizada ação coletiva e julgada procedente é dever do Estado efetivar este direito coletivo *lato sensu*, cabendo ao Ministério Público essa efetivação sob pena das sanções previstas na legislação²³⁵.

Destarte, a de se consignar que o princípio da subsidiariedade, do microssistema estabelecido no Código de Defesa do Consumidor ou da aplicação residual do Código de Processo Civil direciona à aplicação do processo coletivo deverá ser consentânea àquilo que determina a lei consumerista em seu Título III e a Lei da Ação Civil Pública.

Tal assertiva justifica-se no fato de que o Código de Defesa do Consumidor institui uma mudança legislativa no artigo 21 da LACP, criando um microssistema autorreferencial para a tutela coletiva no direito brasileiro. Aliás, destaca-se que não só as leis acima citadas, mas também, se necessário uma leitura intercomunicante de vários diplomas que tratem do processo coletivo²³⁶.

Já o Código de Processo Civil tem função meramente residual, ou seja, quando houver omissão específica a determinada norma. Somente será aplicado o Código de Processo Civil em ações coletivas se a norma específica para o caso concreto for omissa e verificada ausência de dispositivos nos demais diplomas legais que constituem o microssistema coletivo. Isso se dá em razão da diferença principiológica do diploma especial com a norma geral, pois a essência do processo coletivo muito se distancia da postura individual da Lei Processual Civil²³⁷.

Por esse diapasão, colaciona-se julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça que também refere-se ao direito à saúde do consumidor:

Ementa: Direito do Consumidor. Processual Civil. Recurso Especial. Ação civil pública. Direito básico do consumidor à informação adequada. Proteção à saúde. Legitimidade *ad causam* de associação civil. Direitos difusos. Desnecessidade de autorização específica dos associados. Ausência de Interesse da União.

2.º E 47 do CPC. Não prequestionamento. Acórdão Recorrido suficientemente fundamentado. Cerveja Kronenbier. Utilização da expressão “sem álcool”. No rótulo do produto. Impossibilidade. Bebida que apresenta teor alcoólico inferior a

²³⁵ *Idem, ibidem*, p. 125.

²³⁶ *Idem, ibidem*, p. 125-126.

²³⁷ MAZZEI, Rodrigo. *A ação popular e o microssistema da tutela coletiva*. In: Luiz Manoel Gomes Júnior; Ronaldo Fenelon Santos Filho (coords.) *Ação popular-aspectos relevantes e controvertidos*. São Paulo: RCS, 2006, p. 411-412.

0,5% por volume. Irrelevância, in casu, da existência de norma regulamentar que dispense a menção do teor alcoólico na embalagem do produto. Arts.6.º e 9.º do Código de Defesa do Consumidor.

1. A motivação contrária ao interesse da parte ou mesmo omissa em relação a pontos considerados irrelevantes pelo *decisum* não se traduz em insuficiência de fundamentação do julgado, sendo descabido, na hipótese, falar em ofensa aos arts. 165, 458, II e III, e 515, do CPC.

2. São legitimados para sua propositura, além do Ministério Público, detentor da função institucional de fazê-lo no resguardo de interesses difusos e coletivos (CF/88, art. 129, III), a União, os Estados, os Municípios, as Autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as associações civis.

3. Não se exige das associações civis que atuam em defesa aos interesses do consumidor, como sói ser a ora recorrida, autorização expressa de seus associados para o ajuizamento de ação civil que tenha por objeto a tutela a direitos difusos dos consumidores, mesmo porque, sendo referidos direitos metaindividuais, de natureza indivisível, e especialmente, comuns a toda uma categoria de pessoas não determináveis que se encontram unidas em razão de uma situação de fato, impossível seria a individualização de cada potencial interessado.

4. À luz dos enunciados sumulares n.ºs 282/STF e 356/STF, é inadmissível o recurso especial que demande a apreciação de matéria sobre a qual não tenha se pronunciado a Corte de origem.

5. Inexistindo nos autos elementos que conduzam à necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário da União com a recorrente, já que a demanda diz respeito exclusivamente às informações contidas no rótulo de uma das marcas de cerveja desta, não há falar, *in casu*, em competência da Justiça Federal.

6. A comercialização de cerveja com teor alcoólico, ainda que inferior a 0,5% em cada volume, com informação ao consumidor, no rótulo do produto, de que se trata de bebida sem álcool, a par de inverídica, vulnera o disposto nos arts. 6.º e 9.º do CDC, ante o risco à saúde de pessoas impedidas ao consumo.

7. O fato de ser atribuição do Ministério da Agricultura a padronização, a classificação, o registro, a inspeção, a produção e a fiscalização de bebidas, não autoriza a empresa fabricante de, na eventual omissão deste, acerca de todas as exigências que se revelem protetivas dos interesses do consumidor, malferir o direito básico deste à informação adequada e clara acerca de seus produtos.

8. A dispensa da indicação no rótulo do produto do conteúdo alcóolico, prevista no já revogado art. 66, III, "a", do Decreto n.º 2.314/97, não autorizava a empresa fabricante a fazer constar neste mesmo rótulo a não veraz informação de que o consumidor estaria diante de cerveja "sem álcool", mesmo porque referida norma, por seu caráter regulamentar, não

poderia infirmar os preceitos insculpidos no Código de Defesa do Consumidor.

9. O reexame do conjunto fático-probatório carreado aos autos é atividade vedada a esta Corte superior, na via especial, nos expressos termos do enunciado sumular n.º 07 do STJ.

10. Recurso especial a que se nega provimento.

(Recurso Especial nº 1.181.066 - RS -2010/0031557-0. Relator: Min. Vasco Della Giustina Recorrente: Companhia de Bebidas das Américas- AMBEV. Recorrido: Associação Brasileira de Defesa da saúde do consumidor-SAUDECOM. Julgado em: 15.03.2011).

Segundo o princípio da não-taxatividade ou da atipicidade da ação coletiva não pode ser negado o acesso à justiça aos direitos coletivos novos, porque o rol constante do artigo 1º da Lei de Ação Civil Pública é expressamente aberto.

Além disso, quaisquer formas de tutela serão permitidas para a efetividade destes direitos, de acordo com o previsto no artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor.

Eventuais limitações levadas a efeito pela jurisprudência e pela legislação infraconstitucional seriam inconstitucionais, já que ferem também disposição expressas do texto constitucional (artigos 5º, XXXV e 129, III) ²³⁸.

O princípio da adequada representação e do controle judicial da legitimação nos processos coletivos, último em comento está intimamente relacionado aos princípios da segurança jurídica e da efetividade da tutela coletiva.

Com efeito, nas situações de tutela coletiva, estabeleceu-se uma legitimação concorrente, de modo a possibilitar eventual formação entre os legitimados de um litisconsórcio facultativo, consoante as disposições contidas no artigo 46 e seguintes, do Código de Processo Civil.

Ademais, há de se considerar a figura do curador especial que exerce um *munus publicum*, visto a previsão legal de sua intervenção nas ações de natureza coletiva.

Destarte, urge salientar que se busca fazer com que a classe ou o grupo ou a categoria esteja bem representada nas demandas coletivas, por um legitimado ativo ou passivo que efetivamente exerça o direito coletivo em sua plenitude, guiando o processo com boa técnica e probidade.

²³⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 575.

Por essa ótica, de representação e legitimação processual que se anseia as propostas de Código Processual Coletivo²³⁹.

Assim, no âmbito dessa proposta coletiva, o direito fundamental social à saúde, poderá ser tutelado de maneira mais adequada e eficaz.

²³⁹ DIDIER, Fredie Júnior; ZANETI, Hermes Júnior, *op. cit.*, p. 128.

CONCLUSÃO

A exposição do tema tem como escopo primordial fornecer ao leitor informações acerca da tutela jurisdicional coletiva do direito social como novo paradigma ao papel atribuído ao Estado, com ênfase ao direito social da saúde.

Clarividente que nem sempre o direito à saúde foi protegido constitucionalmente da forma como deveria, observando-se uma gradativa evolução histórica, para que, de forma definitiva, fosse elevado como direito social fundamental na Constituição Federal Brasileira de 1988.

Sendo certo que os direitos fundamentais são aqueles positivados pelo ordenamento jurídico de forma especial, existentes na Constituição Federal com tutela reforçada, merece destaque a tutela destes direitos para que seja alcançada a sua efetividade, tendo em vista que são direitos do cidadão em face do Estado.

Nessa linha de raciocínio tem-se que os direitos fundamentais cumprem a função de prestação social que se traduz no direito do particular de obter do Estado saúde, educação, segurança social, dentre outros direitos.

Os direitos sociais encontram-se no artigo 6º, da Constituição Federal e dizem respeito à educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.

Não se deve olvidar que tratam-se de direitos que visam melhorar as condições de existência, através de prestações positivas do Estado, que haverá de assegurar a formação de serviços essenciais referentes à saúde, educação, ensino, habitação e outros, para a sua imediata e efetiva concretização.

Concernente a estes direitos, a princípio, a sua proteção brada por uma intervenção ativa do Estado Democrático de Direito, tonando-se indispensável maior organização e funcionabilidade dos serviços públicos essenciais.

Possível afirmar que, em regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos são de eficácia e aplicabilidade imediata, como determina a própria Constituição Federal. Por isso,

aos jurisdicionados deve ser garantido os direitos fundamentais, encontrando-se à disposição daqueles os instrumentos processuais capazes de alcançar a efetividade desses direitos.

A característica da fundamentalidade do direito à saúde justifica-se na relação direta que esta tem com o a vida e com o princípio da dignidade da pessoa humana. Sob esta perspectiva, faz-se mister dizer que, na falta de garantia e efetividade do direito à saúde, há lesão clara ao princípio da dignidade da pessoa humana e da própria vida.

É nesse viés que a tutela jurisdicional há de assumir a função de mecanismo de efetiva concretização do direito social à saúde, ora resguardando-os, ora solucionando os conflitos de interesses, alcançando o precípuo alvo da finalidade mediata do ato decisório, visto como um componente de uma situação de comunicação, entendida como um sistema interativo, sob a ótica da função social da dogmática jurídica.

Indispensável então se revela a atuação do Poder Judiciário como guardião da sociedade, ligado intrinsecamente ao seu papel social, político e jurídico de pacificador social, dos problemas na efetivação e concretização do direito social à saúde focado no novo paradigma do Estado Democrático de Direito como realizador e garantidor de políticas públicas voltadas à cidadania.

Nesse diapasão, indiscutível o fato de que os operadores (magistrados, membros do Ministério Público e advogados) do Direito moderno haverão de se esforçarem em alcançar a efetiva tutela jurisdicional do direito fundamental social à saúde, procurando diligenciar e interagir os sistemas e microssistemas envolvidos.

A tutela coletiva dos direitos analisados resulta de um processo histórico de crescente efetivação do acesso à Justiça e, sublinha-se que, esse acesso significa não só a efetivação da tutela jurisdicional individual, mas também a efetivação da tutela jurisdicional coletiva. E, esta tutela é imprescindível para a conquista de um acesso efetivo a uma ordem jurídica justa.

Garantir a efetiva tutela jurisdicional do direito social à saúde é sinônimo de permitir aos indivíduos o desenvolvimento de suas capacidades e, conseqüentemente, que alcancem condições dignas para viver.

Como cediço a partir da educação e das boas condições de saúde e moradia o cidadão encontra maiores chances de realizar suas

habilidades pessoais colaborando para o seu desenvolvimento familiar e também para o desenvolvimento social e econômico do País.

Além disso, o descumprimento da aplicação do mínimo de 12% exigido das receitas poderá ocasionar a intervenção federal nos Estados Membros e no Distrito Federal, nos termos do artigo 34, VII, e, da Carta Republicana, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000.

Na seara municipal, eventual descumprimento pode ocorrer a intervenção estadual nos Municípios se não for aplicado o mínimo de 15% de suas arrecadações tributárias, nos termos do artigo 35, III, e, da Magna Carta, com a redação dada pela Emenda Constitucional acima mencionada.

Diante daquilo que fora dissertado neste trabalho, conclui-se, então, que concernente ao direito fundamental à saúde, há que se destacar a necessidade e competência da tutela coletiva para atribuir eficácia à prestação jurisdicional, a fim de concretizá-lo, realizando, assim, também os valores inerentes ao direito à própria vida dos indivíduos e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- APPIO, Eduardo. *Teoria geral do Estado e da Constituição*. Curitiba: Juruá, 2005.
- ARAÚJO, Luiz Alberto. *Curso de direito constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BALERA, Wagner. *A seguridade social na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009, p. 11-12. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 26/mai/ 2011.
- _____. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso em: 05/set./2011.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. *Manual de iniciação ao direito- direito constitucional*. São Paulo: Pioneira, 1999.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- BESTER, Gisela Maria. *Cadernos de direito constitucional-parte I: teoria constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil por danos a consumidores*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOTELHO, Marcos César. *O fornecimento de medicamentos pelo Estado: considerações à luz do Klaus Günther*. Revista da AGU. Ano VIII nº 20. P. 286-304. Brasília-DF, abr./jun.2009.

BRASIL. Código Civil. *Vade Mecum*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Código de Processo Civil. *Vade Mecum*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. *Vade Mecum*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional didático*. 8ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CASTILHO, Ricardo. *Acesso à justiça- tutela coletiva de direitos pelo Ministério Público: uma nova visão*. São Paulo: Atlas, 2006.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Princípios gerais de direito público*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JR, Vidal Serrano. *Direito sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010.

DIDIER, Fredie Júnior; ZANETI, Hermes Júnior. *Curso de direito processual civil- processo coletivo*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

- _____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- _____. *Instituições de direito processual civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DINIZ, Rivanildo Pereira. *Teoria constitucional*. Poços de Caldas, MG: Sulminas, 2003.
- SCOREL, Sarah. Saúde: uma questão nacional. In: TEIXEIRA, S.F. (Org.) *Reforma sanitária: em busca de uma teoria*. São Paulo: Cortez, Rio de Janeiro: ABRASCO, 1989.
- FARIA, José Eduardo (organizador). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- FERRARESI, Eurico. *Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo- instrumentos processuais coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- _____. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- FLEURY, Sônia. *Equidade e reforma sanitária*. Revista Saúde em Debate, nº 43, junho de 1994.
- GARCIA, M. Mas quais são os direitos fundamentais?, p. 1202 In: *Revista de direito constitucional e internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 10-abril-junho 2002- nº 39.
- GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon (coords.) *Ação popular-aspectos relevantes e controvertidos*. São Paulo: RCS, 2006.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código de defesa do consumidor anotado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- _____. Direito processual coletivo. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *Tutela coletiva: 20 anos da lei da ação civil pública e do fundo de defesa de direitos difusos. 15 anos de código de defesa do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006.
- _____. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Sobre princípios constitucionais gerais: isonomia e proporcionalidade*. In RT nº 719.
- KRELL, Andréas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- LEONEL, Ricardo Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- LIMA JÚNIOR, Jaime Benvenuto. *Os direitos humanos, econômicos, sociais e culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *Tutela coletiva: 20 anos da Lei da ação civil pública e do fundo de defesa de direitos difusos. 15 anos de Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MAZZEI, Rodrigo. A ação popular e o microsistema da tutela coletiva. In: GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon (coords.) *Ação popular- aspectos relevantes e controvertidos*. São Paulo: RCS, 2006.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- _____. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE, Secretaria Executiva. *SUS, princípios e conquistas*. Brasília, DF: 2000. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sus_principios.pdf, p. 30. Acesso em 26 de maio de 2011.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ações coletivas na Constituição Federal de 1988*. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1991, nº 61.
- _____. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1984, 3ª série.
- NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

- NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Método, 2011.
- NUNES, Elpídio Donizetti. *Curso didático de direito processual civil*. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- NUNES, Luiz Antônio. *Cognição judicial nas tutelas de urgência*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. A ação coletiva de responsabilidade civil e seu alcance. In: BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil por danos a consumidores*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- _____. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º. 137, ago/2006.
- OMS, Organização Mundial da Saúde. *Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946*. USP. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organização-Mundial-da-Saúde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> Acesso em: 20/05/2011.
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- REMÉDIO, José Antonio. *Mandado de segurança individual e coletivo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SALAZAR, Andrea Lazzarini. GROU, Karina Bozola. *A defesa da saúde em juízo. Teoria e prática*. São Paulo: Verbatim, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.
- _____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde - efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- SILVA, Júlio César Ballerini. *Direito à saúde: aspectos práticos e doutrinários no direito público e no direito privado*. Leme, SP: Habermann, 2009.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O Juiz: seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- TORRES, Ricardo Lobo. *O direito e o mínimo existencial*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.
- WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e problemas emergentes da práxis forense. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 17, nº 67, julho - setembro 1992.