



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO**

THOMÉ RODRIGUES DE PONTES BOMFIM

**A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE ATRAVÉS DA AÇÃO
CIVIL PÚBLICA: UMA ANÁLISE DA PRÁTICA JURISPRUDENCIAL EM
ALAGOAS.**

Maceió, Alagoas

2010

THOMÉ RODRIGUES DE PONTES BOMFIM

**A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE ATRAVÉS DA AÇÃO
CIVIL PÚBLICA: UMA ANÁLISE DA PRÁTICA JURISPRUDENCIAL EM
ALAGOAS.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Andreas Joachim Krell

Maceió, Alagoas

2010

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico

Bibliotecária Responsável: Helena Cristina Pimentel do Vale

B695e Bomfim, Thomé Rodrigues de Pontes.
A efetivação do direito fundamental à saúde através da ação civil pública :
uma análise da prática jurisprudencial em Alagoas / Thomé Rodrigues de Pontes
Bomfim. – 2010.
138 f.

Orientador: Andreas Joachim Krell.
Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas.
Faculdade de Direito de Alagoas. Maceió, 2010.

Bibliografia. f. 127-138.

1. Direitos fundamentais. 2. Direito à saúde. 3. Ação pública civil –Efetividade. I. Título.

CDU: 342.7



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO

THOMÉ RODRIGUES DE PONTES BOMFIM

**A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE ATRAVÉS DA AÇÃO
CIVIL PÚBLICA: UMA ANÁLISE DA PRÁTICA JURISPRUDENCIAL EM ALAGOAS**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Público da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

Área de Concentração do Curso:
Fundamentos Constitucionais dos Direitos.

Orientador: Prof. Dr. Andreas Joachim Krell

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa em nível de mestrado e o julgou nos seguintes termos:

Professor Doutor GEORGE SARMENTO LINS JÚNIOR

Julgamento: A - 9.0 Assinatura: 

Professor Doutor ADRUALDO DE LIMA CATÃO

Julgamento: A - 9.0 Assinatura: 

Prof. Dr. DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR

Julgamento: A - 9.0 Assinatura: 

RESUMO

Este trabalho trata das questões relativas ao exercício do direito social à saúde. Embora possua a natureza de direito fundamental garantido no texto constitucional, os cidadãos encontram dificuldade na sua fruição. A prestação material prévia, por parte do Estado, é absolutamente imprescindível para o exercício de tal direito. Quando necessária, sustentamos ser possível a busca de tutela jurisdicional para tal fim. Neste caso, a ação civil pública apresenta-se como um instrumento bastante efetivo para a concretização, por parte do cidadão, do direito à saúde. Por ser uma ação coletiva, seus efeitos se aplicam de forma *erga omnes*.

Palavras-chave: Direito à saúde. Ação civil pública. Efetividade das normas constitucionais.

ABSTRACT

This paper deals with issues relating to the exercise of the social right to health. Although it has the nature of the fundamental right guaranteed in the constitutional text, citizens have difficulty in their enjoyment. The previous material providing, by the State, is absolutely essential to the exercise of this right. When necessary, can uphold the search for legal protection for such purpose. In this case, the public civil action presents like one effective act for the realization, by the citizens, of the right to health. As a collective action, its effects apply *erga omnes*.

Keywords: Right to health. Public civil action. Effectiveness of the constitutional rules.

Não zombe de um filhote fraco ele pode se tornar um assassino voraz.

Antigo provérbio Mongol

Prefiro os que me criticam, porque me corrigem, aos que me elogiam, porque me corrompem.

Santo Agostinho

AGRADECIMENTOS

Poucos sentimentos são tão belos quanto à justiça da gratidão manifestada.

Inicialmente a nosso Senhor Jesus Cristo, a quem cabe toda a honra e glória, bem como a nossa Senhora do Carmo e a São Bento, sem os quais a presente realização, hoje uma realidade, não passaria de um sonho inatingível.

Aos meus pais e irmãos, que não cessam de colocar em meu caminho uma série de oportunidades, das quais a maioria não sou capaz sequer de aproveitar, quanto mais de reconhecer, meus mais sinceros agradecimentos.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Andreas Joachim Krell, a quem deve ser atribuído todos os acertos do presente trabalho, enquanto todas as falhas e imprecisões são de culpa exclusivamente minha.

Ao meu sócio Bruno Batista, por ter segurado sozinho o nosso escritório durante a realização do presente curso de mestrado, sem nunca reclamar, contribuindo e muito para a realização deste sonho.

Aos que se perderam no caminho, meus respeitos pela contribuição ofertada.

Aos amigos Nilzete e Beclaute, pela disponibilização da bibliografia, e das ideias, que em sua grande maioria, foram indebitamente apropriadas por mim na elaboração do presente trabalho.

Aos meus companheiros de copo e de cruz André, Basile, Cecília, Manoel Bernardino e Marcinho, que no melhor estilo “Chuck Norris” não separam uma briga, mas chegam dando uma voadora, amigos de ontem, de hoje e de sempre.

À Eduarda, que ante as inúmeras, infinitas e sucessivas horas de ausência, em vez de “dudar” me recebia sempre com um sorriso reconfortante, tornando fácil o que a vida insistia em fazer difícil.

E a todos aqueles que como eu amam a Constituição e travam, diariamente, a batalha incessante e árdua para que ela não se torne o que Lasalle intitulou de “folha de papel”.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 O DIREITO À SAÚDE E SUA IMPLANTAÇÃO NA SOCIEDADE.....	12
1.1 O direito à saúde como direito humano fundamental.....	12
1.2 A “programaticidade” da implantação das políticas públicas x eficácia plena: notas acerca da sua aplicabilidade imediata.....	22
1.3 A problemática da efetividade do direito à saúde.....	28
2 O CONTROLE JUDICIAL DAS OMISSÕES ADMINISTRATIVAS E A EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE	31
2.1 O controle judicial e a efetividade do direito à saúde em face da omissão administrativa.....	31
2.2 O princípio da separação dos poderes.....	37
2.3 A reserva do possível.....	41
2.4 O mínimo existencial.....	45
2.5 O direito social à saúde como atenuador das desigualdades de fato: a Seletividade na prestação como garantia da isonomia.....	50
3 A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE ATRAVÉS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA	62
3.1 A Constituição e a realização do direito fundamental à saúde.....	62
3.2 O sistema processual brasileiro vigente: incompatibilidades entre seus institutos privatistas e a busca pela efetividade dos “direitos sem dono”	68
3.3 A ação civil pública como instrumento para a efetivação do direito fundamental.à saúde.....	76
3.4 Legitimidade para a propositura.....	87

3.5	A possibilidade de composição voluntária em sede de ação civil pública: o termo de ajustamento de conduta.....	95
3.6	Os efeitos da coisa julgada em sede de ação civil pública.....	99
4	ANÁLISE DA PRÁTICA JURISPRUDENCIAL EM ALAGOAS	107
4.1	As ações civis públicas em trâmite perante a Justiça Comum Estadual.....	108
4.2	As ações civis públicas em trâmite perante a Justiça Comum Federal.....	113
4.3	Análise crítica das decisões.....	118
	CONCLUSÃO.....	123
	REFERÊNCIAS.....	127

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo demonstrar a importância da ação civil pública como um instrumento importante à disposição do cidadão no sentido de buscar a implantação de políticas públicas imprescindíveis ao exercício do direito à saúde, no intuito de garantir uma aplicação mais efetiva das normas referentes a este direito.

Deve-se mesmo exigir judicialmente, se necessário, que os efeitos pretendidos por tais normas sejam concretizados, procurando adequá-las ao atual momento vivido pela hermenêutica constitucional, em que os valores e fins abarcados pelos direitos humanos fundamentais devem condicionar o direito processual à ótica da interpretação conforme a Constituição, bem como à atuação do Poder Público.

Muito embora a questão relativa à efetividade do direito à saúde seja extremamente complexa, exigindo uma grande concentração de esforços na criação de ações afirmativas, o controle judicial aparece como uma importante medida de concretização das políticas públicas já existentes, embora ainda não tenha sido implantada pela Administração Pública.

Insta salientar que não se pretende afirmar que a ação civil pública é o único instrumento processual apto a realizar tal desiderato, contudo apresenta-se como uma ferramenta bastante efetiva para tal fim, embora infelizmente ainda muito pouco utilizada, sem prejuízo das ações individuais que apresentam o mesmo objetivo.

O primeiro capítulo tratará sobre o direito à saúde e sua efetivação na sociedade, demonstrando seu caráter fundamental. Exatamente em virtude deste traço característico não cabe a desculpa cômoda da impossibilidade material ou de programaticidade nas normas referentes à saúde, que autorizariam sua implantação em um futuro muito distante, impedindo a realização do desenvolvimento e da justiça social garantidos pela Constituição.

O segundo capítulo versará sobre a possibilidade de utilização do controle judicial em face da omissão administrativa na efetivação do direito à saúde, demonstrando que referido controle não fere a separação constitucional das funções do poder estatal, já que não compete ao magistrado tomar decisões políticas e sim jurídicas.

Ainda nesse capítulo será sustentado que controle judicial no sentido de corrigir as omissões administrativas deve observar a importante garantia da reserva do possível, sem

perder de vista que o volume de políticas públicas destinadas à efetivação do direito à saúde certamente estará restrito ao somatório de recursos destinados para tal fim. Exatamente por isso não deve o magistrado determinar a realização de mencionada política pública sem que a prestação a que ela se destina esteja incluída no conceito do mínimo existencial, contudo, sem descuidar do fato de que os direitos sociais atuam no sentido de reduzir as desigualdades existentes na sociedade.

O terceiro capítulo demonstrará a ação civil pública como um instrumento bastante hábil para a persecução da tutela jurisdicional, visando à realização de determinada política pública em face da omissão administrativa, mormente em virtude dos legitimados para a sua proposição, bem como da extensão dos efeitos da coisa julgada, obtida através do referido instrumento processual, além da possibilidade de composição voluntária entre as partes litigantes, evidenciando, ainda, a incompatibilidade dos institutos privatistas do CPC vigente na busca pela efetividade dos “direitos sem dono”.

O quarto capítulo apresentará um levantamento acerca das ações civis públicas que pleiteiam prestações materiais estatais indispensáveis ao exercício do direito à saúde, atualmente em trâmite perante a Justiça Comum Estadual e Federal no Estado de Alagoas, realizado entre agosto de 2009 e janeiro de 2010.

Tendo tais premissas por ponto de partida, é imperioso esclarecer, desde logo, não ser o propósito do presente trabalho exaurir o tema, já que as reflexões aqui reunidas não ostentam a ingenuidade de pôr termo definitivo à problemática proposta. Pois a essencialidade da proteção à saúde é tão evidente, e sua promoção tão complexa, que permitem suspeitar da insuficiência de um exame pontual em qualquer de seus aspectos.

Também não se almeja fundar uma nova teoria sobre eficiência¹ e eficácia² dos direitos fundamentais, já que a densidade pertinente à matéria certamente desbordaria e muito dos questionamentos eleitos como norte.

Pretende-se tão somente contribuir de forma bastante singela para o desenvolvimento de novos debates, no sentido de reconhecer a ação civil pública como um instrumento hábil e adequado para buscar o controle judicial de políticas públicas com o fito

¹ Segundo Rachel Sztajn e Décio Zylbersztajn: “Eficiência significa a aptidão para obter o máximo ou o melhor resultado ou rendimento, com a menor perda ou o menor dispêndio de esforços; associa-se à noção de rendimento, de produtividade, de adequação à função”. *In: Direito & Economia*. Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 205.

² A eficácia refere-se à potencialidade para produzir seus efeitos.

de galgar uma prestação mais efetiva do direito fundamental social à saúde, e, consequentemente, uma condição mais digna às pessoas que dele tanto necessitam.

1 O DIREITO À SAÚDE E SUA IMPLANTAÇÃO NA SOCIEDADE

1.1 O direito à saúde como direito humano fundamental

Os direitos sociais surgiram com o advento do Estado Social, com a inserção de uma dimensão social nas declarações de direitos e, principalmente, com a supraestatalidade dos direitos fundamentais, os quais foram erigidos à categoria de norma de imposição obrigatória aos Estados com a proclamação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789.

Insta salientar ser absolutamente imprescindível para o desenvolvimento e conseqüente exercício dos direitos fundamentais o seu caráter supraestatal, uma vez que somente por seu intermédio foi possível a disseminação destes direitos, no sentido de que chegassem ao conhecimento de todas as nações para que estas pudessem reconhecê-los, e, principalmente, resguardá-los em suas respectivas Constituições.

No mesmo sentido, Rogério Nascimento³ assevera que os direitos humanos atuam como uma espécie de vocabulário mundial transcultural orientador do exercício do Poder Político nos países que se pretendam democráticos e são a expressão normativa daquilo que se espera nas relações entre as pessoas reais, dotadas de nome, rosto e biografia, em escala local, e entre os povos, em escala global, independentemente das posições sociais ocupadas⁴.

A obtenção da justiça social exige a promoção efetiva da dignidade da pessoa humana a todo cidadão, o que, por sua vez, também não será possível sem a completa e efetiva fruição dos direitos fundamentais.

Entretanto algumas garantias fundamentais apontam para direções diversas, o que não só é normal como faz parte do próprio sistema, que é dialético, deixando clara a insuficiência do método subsuntivo para solucionar esses “casos difíceis”, cujo traço característico é o conflito entre duas normas-regras objetivamente postas que não admitem ser

³ NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. Concretizando a Utopia: Problemas na Efetivação do Direito a uma Vida Saudável. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 907.

⁴ Não se perca de vista que a funcionalidade dos direitos humanos depende, diretamente, da sua concretização pela via jurídica. A dogmática precisa efetivar os conteúdos traduzidos em elementos estruturais de situações subjetivas de vantagem e elementos objetivos reconhecidos pela ordem jurídica concreta de cada Estado em particular.

contrariadas. Propõe Dworkin⁵ um novo método hermenêutico que reconhece categoricamente aos princípios o *status* de norma jurídica, apresentando como valor supremo a proteção e ampliação da dignidade da pessoa, prezando, conseqüentemente, pela prevalência dos direitos fundamentais, para os quais atribui pesos ou dimensões diferentes, conforme as especificidades do caso concreto, sempre no sentido que melhor privilegie a dignidade humana.

Por constituírem a pedra angular na edificação da dignidade humana, os direitos fundamentais exigem especial proteção do ordenamento jurídico, o que, por sua vez, exigiu um grande esforço doutrinário no sentido de criar uma modalidade eficaz que tenha por escopo a expansão da força normativa dos princípios relacionados aos direitos fundamentais.

A vedação do retrocesso reconhece que para concretização desses direitos é imprescindível a regulamentação de norma infraconstitucional especialmente editada para este fim, consistindo seu objetivo não apenas em garantir a ampliação progressiva dos direitos fundamentais, mas também procurando evitar que normas infraconstitucionais regulamentadoras de direitos fundamentais anteriores sejam revogadas sem que se crie qualquer alternativa que conduza ao objetivo em tela, desconstituindo ou afetando gravemente o grau de concretização já reconhecido a determinado direito fundamental⁶.

No mesmo sentido, Felipe Derbli⁷ preceitua que ao legitimar o legislador na obrigação de editar as leis que concretizem os direitos fundamentais sociais, a Constituição Federal também estabelece que não se pode simplesmente revogar as leis que cuidam desta concretização sem que seja criada alguma regulamentação substitutiva.

Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos⁸ lembram que a vedação do retrocesso importa na invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente.

⁵ DWORKIN, Ronald, *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 48.

⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002, p. 32.

⁷ DERBLI, Felipe. A Aplicabilidade do Princípio da Proibição da Vedação do Retrocesso Social no Direito Brasileiro. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 344.

⁸ BARCELLOS e BARROSO. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 370.

Entretanto, Ingo Sarlet⁹ rechaça toda e qualquer pretensão de se conferir caráter absoluto ao princípio da proibição de retrocesso social, argumentando que se, por um lado, não se pode outorgar ao legislador o poder de dispor livremente sobre os direitos fundamentais sociais, uma vez que se encontram subordinados à supremacia das normas constitucionais, há que se reconhecer, por outro lado, que o Poder Legislativo não pode ser considerado mero órgão executor das decisões constitucionais, sendo necessário preservar-lhe a autonomia no exercício da função legiferante¹⁰.

Resta claro, então, que a fruição plena dos direitos humanos fundamentais depende diretamente da obrigação do Estado em assegurar a seu administrado a efetiva acessibilidade a tais direitos, mediante o emprego de recursos financeiros minimamente necessários para tal fim, no sentido de garantir o seu mais alto nível de realização¹¹.

Canotilho¹² preceitua que a vedação do retrocesso reflete a existência de uma política congruente com os direitos concretos e com as expectativas subjetivamente alicerçadas, ligada à proteção da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, bem como à proteção do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, Eric Hobsbawn¹³ ressalta que determinados conceitos, como, por exemplo, o direito a uma vida digna, somente podem se tornar operacionais numa sociedade construída de forma a torná-los possíveis através de políticas e mudanças institucionais permanentes, sem as quais tais direitos são totalmente inúteis.

No esteio do acima mencionado, Ingo Sarlet¹⁴ enfatiza que a proteção da dignidade da pessoa humana é tão importante, que deve sempre ser garantida, até mesmo

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 101-102.

¹⁰ Ainda que se reconheça certo grau de conformação ao legislador, sua atuação jamais poderá atingir o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, sendo-lhe vedado suprimir de modo desproporcional ou irrazoável o grau de densidade normativa já efetivamente atingido por referidos direitos.

¹¹ Ressalte-se que tal progressividade deve guardar as devidas proporções, tanto em face das liberdades de opção política, quanto da reserva do possível.

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 338-340.

¹³ HOBBSAWN, Eric. *Mundos do Trabalho: novos estudos sobre a história operária*. Tradução Waldea Barcellos e Sandra Bedan. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 435-436.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002, p. 89.

contra novas ameaças e ofensas ainda não expressamente alcançadas pelo âmbito de proteção dos direitos fundamentais já consagrados no Texto Constitucional atual.

Os Direitos Sociais em 1917, pela primeira vez, com a Constituição do México, passaram a integrar os Textos Constitucionais, com o objetivo original de serem reconhecidos e protegidos, galgando, assim, a prerrogativa de garantia constitucional. Contudo, para que estes direitos possam ser exercidos, é imprescindível que a sociedade assuma a responsabilidade para sua viabilização, reconhecendo que a cada direito corresponde uma obrigação.

A efetividade vinculada aos recursos financeiros especificamente destinados para este fim ensejou certo descaso em relação à efetividade dos direitos fundamentais sociais.

Embora dispusessem de força normativa de garantia constitucional, tal prerrogativa não foi óbice para que referidos direitos estivessem sujeitos a um ciclo de baixa normatividade e eficácia duvidosa, devendo seus pressupostos físicos ser criados pelo Estado como agente para que se concretizem¹⁵.

Ora, até então os únicos direitos reconhecidamente fundamentais eram os de primeira dimensão, de postura eminentemente negativa, proporcionando ao cidadão uma garantia de oposição ante a intervenção demasiada por parte do Estado em sua esfera privada.

José Augusto Lindgren Alves¹⁶ ressalta que, até então, a intenção era apenas que os direitos civis e políticos fossem tutelados como verdadeiros direitos, ou seja, passíveis de justiciabilidade, em contraposição a uma propalada eficácia mitigada dos direitos econômicos, sociais e culturais, decorrente da necessidade de interposição legislativa e de organização administrativa dos governos nacionais, além da conformação a restrições de índole financeiro-orçamentária.

Mariana Filchtiner Figueiredo¹⁷ conclui que os direitos civis e políticos são preexistentes ao próprio Estado – exatamente por isto, eram apenas declarados, e não propriamente instituídos pela ordem jurídica estatal; apresentavam-se como direitos contra o Estado, tendo por escopo delimitar um âmbito de proteção do indivíduo em face da ingerência estatal na esfera privada.

¹⁵ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p. 19.

¹⁶ ALVES, José Augusto Lindgren. *Os Direitos Humanos como tema global*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Perspectiva, 2003, p. 104-105.

¹⁷ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: Parâmetros para sua Eficácia e Efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 20.

Desta feita, os direitos de liberdade exigiam uma ação eminentemente negativa, tanto por parte do Estado quanto dos demais indivíduos, os quais deveriam abster-se de qualquer conduta que viesse a violá-los.

Os direitos sociais, ao contrário, não servem apenas de escudo, nem proporcionam somente uma postura de oposição ao aparelho estatal. Vale dizer que além de sua eficácia negativa eles impõem a realização de prestações materiais positivas (administrativas ou legislativas) essenciais ao seu exercício.

Logo, conferem a seus titulares o direito subjetivo de exigir do Estado, caso necessário, a realização de referidas prestações relativas ao bem-estar do indivíduo e da sociedade. Inicia-se aí o problema de sua efetividade¹⁸.

A saúde como direito fundamental encontra-se prevista no artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujo teor expressa o direito de toda pessoa humana à prestação sanitária. A adoção de tal conceito afirma a saúde como um direito fundamental do homem¹⁹, constituindo para o Estado a obrigação da prestação da saúde a seus administrados.

A Constituição Federal brasileira de 1988, em seu art. 6º, reconhece a saúde como um direito social. Partindo desse pressuposto, tal prerrogativa exige do Estado prestações positivas no sentido de garantia/efetividade da saúde.

O mesmo Texto Constitucional, no art. 196, prescreve ser do Estado o dever fundamental de prestação do direito à saúde²⁰.

O direito à saúde, bem como os demais direitos sociais, consoante a sistematização que lhe foi conferida pelo Constituinte de 1988, está situado no Capítulo II do Título II da Carta Magna, junto aos direitos e garantias fundamentais do homem.

¹⁸ Em matéria de efetividade dos direitos sociais o baixo nível de desenvolvimento vivenciado pela população brasileira representa um óbice bem maior que a carência de prestações materiais exigidas pela natureza prestacional destes direitos.

¹⁹ Nesse sentido afirma SANZ, Consuelo Costa. *La Salud como Derecho Humano*. In: BALADO, M., REGUOIRO, J.A.G. (dir) *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*. CIEP, 1996, p. 293: “*El reconocimiento de este derecho es una conquista sociológica-cultural bastante reciente cuyo contenido se há ido delineando en el curso de estos últimos cincuenta años. No solamente los instrumentos adoptados por la comunidad internacional organizada, sino también casi todas Las Constituciones modernas en el mundo reconocen la salud como un Derecho Humano Fundamental. Esto determina el deber de los Estados, tanto de abstenerse de todo acto que pueda poner en peligro la salud de las personas (obligaciones negativas), como de formular y implementar medidas en este campo para reducir daños, riesgos y desventajas que pesan sobre ciertos sectores de su población (obligaciones positivas).*”

²⁰ Cumpre salientar que em relação à sua eficácia o direito à saúde se dirige também aos particulares, de modo que o dever de efetivá-lo não compete exclusivamente ao Estado.

A legislação infraconstitucional – a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90) – assinala expressamente, em seu art. 2º, que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado provê-la de condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

É fácil constatar que o direito à saúde enquanto direito fundamental integra o grupo dos chamados direitos positivos, logo, para que sua efetivação se concretize é imprescindível a realização de prestações materiais prévias por parte do Poder Público²¹.

Segundo Maria Paula Dallari Bucci²², políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, no sentido de realização de objetivos relevantes e politicamente determinados.

No mesmo sentido, Fábio Konder Comparato²³ alega que tais programas se constituem de um complexo ordenado de normas reguladoras e atos administrativos de execução aptos a conjugar meios institucionais, financeiros e pessoais em prol de uma finalidade estabelecida pelo legislador constituinte ou ordinário.

George Sarmento²⁴ ressalta não ser razoável a dicotomia direitos fundamentais positivos e negativos como categorias eficáciais estanques, já que nas Constituições modernas as liberdades fundamentais e os direitos sociais estão em permanente conexão, assim sendo, um mesmo direito fundamental pode subjetivar-se tanto para assegurar a seu titular o poder de inibir a ação estatal na esfera de sua liberdade individual quanto para exigir do Estado prestações positivas como políticas sociais, serviços públicos de boa qualidade etc.

Victor Abramovich e Christian Courtis²⁵ ensinam que tal diferenciação se esvazia à medida que os direitos tachados de negativos exigem uma intensa atividade estatal para sua efetivação, logo, para serem exercidos não podem prescindir do fornecimento prévio de prestações materiais mínimas que viabilizem seu exercício, ainda que se refiram à concepção de “liberdades públicas”. Some-se a isso o fato de que os direitos fundamentais também podem pressupor atos de não ingerência para seu pleno exercício.

²¹ Ressalte-se que a realização dos direitos fundamentais sociais não depende exclusivamente do fornecimento de prestações materiais prévias, mas igualmente da iniciativa pessoal de cada indivíduo na persecução das chances que lhes são disponibilizadas.

²² BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 241.

²³ COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: GRAU, Eros Roberto e CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 248-249.

²⁴ SARMENTO, George. Pontes de Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais. In: *Revista do Mestrado em Direito da UFAL*, n. 1, Maceio: Nossa Livraria, jan./dez. 2005, p. 76.

²⁵ ABRAMOVICH, Victor & COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2ª ed. Madrid: Editoria Trotta, 2004, p. 23-24.

Consoante Peces-Barba Martinez²⁶, todas as dimensões contemplam direitos de liberdade, uma vez que pretendem promover a autonomia e desenvolvimento integral das pessoas, criando as condições para o exercício da liberdade individual, assim, tanto os direitos de liberdade quanto os sociais integram igualmente o conceito geral de direitos humanos.

De acordo com Carlos Weis²⁷ sempre que a dignidade fundamental da pessoa estiver sendo violada, ensejará um direito subjetivo de buscar, inclusive em juízo, a alteração de tal situação de fato, tanto pela abstenção de atos danosos, quanto pela prestação material eventualmente negada, visto que a finalidade de ambos os grupos de direitos, embora diversa, não é oposta, mas sim complementar.

Neste sentido, é fácil concluir que independentemente de se transitar pela seara dos direitos fundamentais positivos ou negativos, a imposição de deveres ao Estado é evidente, seja para criar mecanismos de proteção ao indivíduo, seja com o fito de não agredir a esfera jurídica dos particulares.

Desta feita, em termos estruturais, tanto os direitos à proteção social quanto os direitos de primeira dimensão não podem ser exercidos sem a intervenção do Estado.

Não obstante, a complementaridade dos direitos sociais não impede a autonomia didática de cada dimensão (positiva e negativa), já que a pretensão pode relacionar-se, separada ou conjuntamente, com a obrigação de não fazer ou com a prestação positiva²⁸.

Ora, como ressaltado por Ana Paula de Barcellos²⁹, a eficácia é um atributo associado às normas, podendo ser exigido, judicialmente se necessário, com fundamento em cada uma delas. O natural seria que se pudesse exigir diante do Poder Judiciário exatamente aquele efeito que a norma pretende produzir e que, por qualquer razão, não veio a acontecer espontaneamente. Bastaria, assim, identificar o efeito pretendido pela norma e solicitar ao Judiciário que o produzisse no mundo dos fatos, coativamente.

²⁶ PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Derechos sociales y positivismo jurídico: escritos de filosofía jurídica y política*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1999, p. 201-202.

²⁷ WEIS, Carlos. O pacto internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais *In: Direitos humanos: construção da liberdade e da igualdade*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, Grupo de Trabalhos de Direitos Humanos, 1998, p. 289-317.

²⁸ SARMENTO, George. Pontes de Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais. *In: Revista do Mestrado em Direito da UFAL*, n. 1, Maceio: Nossa Livraria, jan./dez. 2005, p. 77.

²⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002, p. 59.

Vale ressaltar que ao se identificar o efeito pretendido pela norma, a modalidade eficaz a ser utilizada deve ser a simétrica ou positiva. Tal afirmação encontra arrimo na própria coatividade do ordenamento jurídico, destinada à realização de tais efeitos.

Neste mister, Marcos Bernardes de Mello³⁰ esclarece que os ordenamentos jurídicos não conseguem ser plenos, isto é, atender com suas normas objetivamente postas a todas as situações da vida social que tenham um conteúdo jurídico. Por isso, quando se trata da integração das normas jurídicas e sua expressão, é necessário ter-se em vista que há mais normas vigentes em uma comunidade do que aquelas expressamente dispostas nos documentos legislativos escritos que compõem determinado ordenamento jurídico.

Ainda segundo este jurista, tal atividade reveladora de normas surge com a finalidade de integrar as lacunas do ordenamento jurídico e não pode ser considerada uma atuação legislativa. Na verdade, o intérprete, na solução dos casos concretos, tendo como fundamento os princípios que norteiam o sistema jurídico, extrai norma que torna específico referido princípio³¹.

Logo, não há norma nova, mas tão somente a revelação de norma já anteriormente existente, de modo não expresso, implícito no sistema, consistindo as regras em uma tradução pormenorizada destes princípios³².

Assim, o direito de uma comunidade não se restringe às leis e atos normativos objetivamente postos, pois o direito objetivo de uma comunidade deve traduzir os valores que a inspiram.

Desta feita, o ordenamento jurídico da comunidade encontra-se alicerçado em princípios que consubstanciam a valoração de determinados fatos indispensáveis ao seu respectivo convívio social, os quais se mantêm implícitos dentro do sistema e atuam de forma integrativa para o preenchimento das lacunas do ordenamento positivado.

Logo, caso a legislação não seja suficiente para a solução de casos concretos, normas podem ser reveladas a partir dos princípios que norteiam e dão sentido ao sistema jurídico³³.

³⁰MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano de existência*. 12ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 25.

³¹MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano de existência*. 12ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 26.

³² Neste sentido, DWORKIN, Ronald, *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 24.

³³ MELLO, Marcos Bernardes de. Notas sobre o caráter normativo dos princípios e das normas programáticas.

Disso se conclui que a eficácia jurídica associada a uma norma tanto pode derivar de determinação legal expressa, quanto de um trabalho hermenêutico, doutrinário e jurisprudencial. Insta salientar, ainda, que o natural em um Estado Democrático de Direito é que o efeito pretendido pela norma possa ser buscado em face do Judiciário em toda a sua inteireza³⁴.

Canotilho³⁵ assevera que através da garantia da aplicabilidade imediata torna-se claro que são as leis que se movem dentro dos direitos fundamentais e não os direitos fundamentais que se movem dentro das leis.

O reconhecimento de um Estado como sujeito de direito internacional pela comunidade jurídica supraestatal tem como condição *sine qua non* a proteção da dignidade da pessoa humana³⁶. Exatamente por isto o exercício efetivo dos direitos humanos fundamentais prescinde até mesmo do reconhecimento constitucional estatal, já que estes integram uma ordem jurídica não apenas exterior, mas também anterior e superior ao próprio Estado.

Assim, os direitos humanos fundamentais apresentam-se como os verdadeiros fundamentos de validade da ordem jurídica estatal, determinando que os Estados passem a adotar as medidas necessárias para resguardá-los no plano do direito interno, vinculando até o próprio Poder Constituinte Originário, o qual é obrigado a incorporá-los (os direitos fundamentais) à Constituição, cercando-os de garantias necessárias à sua efetividade.

Importante lembrar aqui que esse direito supraestatal corresponde na lição pontiana ao chamado direito das gentes, internacionalmente reconhecido, de base jusnaturalista, não apenas gozando de primazia ante o direito estatal, mas também orientando sua formulação.

Nas palavras do próprio autor: “A submissão dos Estados a regras de direito das gentes significa que desapareceu, juridicamente, a noção de independência absoluta deles: passaram a ser ordens parciais do direito, relativamente independentes³⁷”.

In: *Revista do Mestrado em Direito da UFAL*, n. 3, Maceió: Edufal, jul./dez. 2009, p. 7.

³⁴BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002, p. 83.

³⁵CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Métodos de proteção de direitos, liberdades e garantias. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, p.793-814, 2003, número especial, p.802-803.

³⁶Neste sentido HABERMAS afirma que os direitos humanos constituem o único fundamento de legitimidade política reconhecido pela comunidade internacional. HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação baseada nos direitos humanos. Tradução Gisele Guimarães Cittadino e Celina Bodin de Moraes. *Direito, Estado e Sociedade*. v.9, n.17, p. 190-208. agosto/dezembro, 2000, p 196-198.

³⁷MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*, tomo I, p. 216.

Nesta situação, pode-se afirmar que os Estados simplesmente atuam, nos dizeres de Pontes de Miranda³⁸, como definidores de exceções, pela mediação do legislador constituinte ou ordinário.

Ingo Sarlet³⁹ sustenta de modo mais enfático que a dignidade da pessoa humana, na condição de princípio normativo fundamental, reivindica para si a realização do conteúdo de todos os direitos fundamentais, exigindo e pressupondo o reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões. Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade.

Logo, não há como prosperar a ideia de que os direitos humanos fundamentais constituem espécies completamente distintas e separadas, visto que formam uma categoria única, onde a carência das medidas de efetivação de políticas públicas em relação a um direito, certamente, resvalará na fruição dos demais, sendo, pois, latente, a inter-relação dos direitos de primeira dimensão com os direitos econômicos, sociais e culturais, gozando todos, conseqüentemente, de mesma relevância para a dignidade da pessoa humana, ressalvadas as peculiaridades inerentes a cada espécie.

Consoante Mariana Filchtiner Figueiredo⁴⁰, os direitos humanos compõem uma só categoria em que os direitos civis e políticos atuam conjugadamente aos direitos econômicos, sociais e culturais; assim, a existência real e concreta dos direitos humanos depende do reconhecimento e da proteção integral de todo o conjunto, pressupondo, pois, uma relação de reciprocidade e mútua dependência entre eles.

José Carlos Francisco⁴¹ conclui que o acesso a tratamentos de saúde é prerrogativa inerente à dignidade humana, razão pela qual o Poder Público deve prover os meios necessários que garantam tratamento médico e medicamentos a quem deles necessitar.

Rogério Nascimento⁴² arremata que a saúde é bem coletivo e, ao mesmo tempo, direito fundamental social de acesso às ações e serviços que visem à promoção, proteção e

³⁸ MIRANDA, Pontes de *Comentários à Constituição de 1967*, tomo IV, p. 630.

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *O princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988*. 3ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 84.

⁴⁰ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: Parâmetros para sua Eficácia e Efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p 32-33.

⁴¹ FRANCISCO, José Carlos. Dignidade Humana, Custos Estatais e Acesso à Saúde. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 873.

recuperação da vida. O reconhecimento como bem coletivo e como direito fundamental significa compromisso com a plenitude do direito a uma vida digna.

Ainda segundo o referido autor⁴³, o direito à saúde é um rótulo que exprime um complexo de direitos individuais e transindividuais que podem ser sistematizados da seguinte maneira: direito à promoção⁴⁴, direito à prevenção⁴⁵ e direito à recuperação⁴⁶.

Resta claro, então, a dupla função defensiva e prestacional do direito fundamental à saúde, sendo facultado a seu titular, no caso de eventual lesão ou ameaça a esse direito, exigir judicialmente a garantia plena do exercício do direito em tela.

1.2 A “programaticidade” da implantação das políticas públicas x eficácia plena: notas acerca da sua aplicabilidade imediata

Ainda se encontra certa resistência à ideia de que os direitos fundamentais sociais não seriam suscetíveis de ostentar a condição de direitos subjetivos individuais, rechaçando a ideia da regulação concreta, defendida pelo legislador constitucional que, *ab initio*, enseja o surgimento de pretensões jurídicas oponíveis ao Poder Público.

Como preceituado por Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁷, a Constituição é um corpo de normas qualificado pela posição altaneira, suprema, a fonte de todo Direito. Não é um simples ideário, mas a conversão de anseios e aspirações em regras impositivas, daí por meio da norma jurídica não se pede, não se exorta, não se alvitra; ao contrário, se impõe, se exige. Uma vez que a nota típica do direito é a imposição de condutas, o Texto Constitucional

⁴² NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. Concretizando a Utopia: Problemas na Efetivação do Direito a uma Vida Saudável. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 906.

⁴³ NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. Concretizando a Utopia: Problemas na Efetivação do Direito a uma Vida Saudável. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 907.

⁴⁴ Direito difuso a todos indistintamente a garantia de exigir programas de saúde, ou seja, exigir um conjunto de ações dirigidas à finalidade de propiciar uma vida saudável.

⁴⁵ Direito essencialmente coletivo exercido como regra em face do Executivo, assegura a exigência de prestações afirmativas e negativas.

⁴⁶ Direito essencialmente individual a prestações afirmativas contemplando o direito de exigir meios de diagnóstico e de tratamento para os males que atingem os seus titulares.

⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 11-13.

é, acima de tudo, um conjunto de dispositivos que estabelecem comportamentos obrigatórios tanto para o Estado quanto para seus administrados; é inevitável, pois, concluir-se que há violação à Constituição não apenas quando se fizer o que ela proíbe mas também, quando não se fizer o que ela impõe.

Ainda segundo o retromencionado autor, todas as disposições constantes em uma Constituição, inclusive as programáticas, são normas jurídicas, ou, pelo menos, deve-se partir da presunção de que o sejam, visto que não existe norma constitucional destituída de eficácia, já que seus preceitos outorgam imediatamente, sem necessidade de qualquer regramento ulterior, além do desfrute imediato e positivo de certos benefícios, a possibilidade de exigí-los caso sejam negados. Verifica-se, portanto, que a discepção entre normas de eficácia plena, contida ou limitada, não é instrumento operativo para isolar os distintos teores de consistência da posição jurídica dos cidadãos ante as normas constitucionais⁴⁸.

Gilmar Ferreira Mendes⁴⁹ assinala que a crise da juridicidade dos direitos com cunho social pode ser traduzida como a própria crise do constitucionalismo contemporâneo, constituindo assim um dos mais tormentosos temas do controle de constitucionalidade moderno.

Percebe-se, claramente, que a crise dos direitos fundamentais não diz respeito apenas à sua eficácia e efetividade, resvalando igualmente no reconhecimento da sua própria identidade, sendo evidente a insuficiência dos sistemas de proteção dos direitos fundamentais, imprimindo de forma indelével ao Estado Democrático de Direito uma participação mais efetiva do Poder Judiciário com o fito de exercer seu controle sobre a efetivação de políticas públicas.

Assim, tornou-se premente que fosse reconhecida aos princípios sua carga axiológica diferenciada, introduzindo-os explícita ou implicitamente nos Textos Constitucionais, bem como o reconhecimento, pela ordem jurídica, de sua normatividade, ensejando assim uma reaproximação entre Direito e Ética, consoante lecionado por Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos⁵⁰.

⁴⁸MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 13-14.

⁴⁹MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 184.

⁵⁰BARCELLOS e BARROSO. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 376.

Portanto, a nova interpretação constitucional assenta-se em um modelo de princípios, aplicáveis mediante ponderação, cabendo ao intérprete proceder à interação entre fato e norma, bem como realizar escolhas fundamentadas, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando à solução justa para o caso concreto⁵¹.

Porém, tal método interpretativo não se constitui como regra geral, estando, pois, restrito às hipóteses em que o próprio ordenamento jurídico não tenha sido capaz de oferecer a solução satisfatória, elegendo um valor ou interesse que deva prevalecer.

Ainda segundo Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, as normas constitucionais conquistaram o *status* pleno de norma jurídica, dotadas de imperatividade, estando aptas a tutelar de forma direta e imediata todas as situações que contemplam. Mais do que isso, a Constituição passa ser a lente através da qual se leem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais⁵².

Assim, muito embora seja atribuído o caráter de norma programática aos direitos com cunho social, tal programação não deve, guardadas as devidas proporções, deixar de ser implantada, sob pena de se diluir a juridicidade das Constituições; pois, os direitos sociais e, conseqüentemente, o direito à saúde trazem já definida e regulada pela Constituição a matéria que lhes serve de objeto, que depois será apenas regulamentada na prática mediante atos legislativos de aplicação.

Não são promessas cujo conteúdo há de ser ministrado ou estabelecido *a posteriori* pela autoridade legislativa, uma vez que, desde o primeiro momento, sua eficácia ou aplicabilidade pode manifestar-se de maneira imediata⁵³, ainda que incompleta, ficando assim, por exigências técnicas, condicionadas à emanção de sucessivas normas integrativas.

Logo, mesmo programáticas tais normas são *bastantes em si*, estando aptas a incidir desde o primeiro momento, visto que já dispõem das características inerentes à

⁵¹ BARCELLOS e BARROSO. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 376. No mesmo sentido DWORKIN, Ronald, *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 48 e ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 35.

⁵² BARCELLOS e BARROSO. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, pp.329-330.

⁵³ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p. 42.

incidência⁵⁴: logicidade (ao ser concretizado no mundo dos fatos o seu suporte fático suficiente, a norma incide e o juridiciza), incondicionalidade (ocorrido o suporte fático, dá-se a incidência, independentemente de qualquer interferência de ato humano, salvo quando tal interferência é pressuposto de suficiência do próprio suporte fático) e inesgotabilidade (o incidir uma vez não esgota o poder de incidência da norma jurídica; enquanto vigente a norma jurídica incide sempre e tantas vezes quantas o seu suporte fático se concretizar suficientemente).

Ressalte-se ainda que inserir determinado fato no mundo jurídico implica necessariamente torná-lo obrigatório, consistindo tal obrigatoriedade no dado diferencial das normas do direito em relação aos demais processos de adaptação social.

Nesse mister não se pode olvidar que, independentemente de ser ou não cogente, a norma enquanto não incidir, não será obrigatória, não tendo como ser imposta coercitivamente a quem quer que seja, porém, na hipótese de concretização de seu suporte fático, haverá a incidência, sendo, automaticamente, aplicada, sob pena de ser infringida. Logo, a coercibilidade do sistema atua para impor sua obrigatoriedade através dos instrumentos apropriados postos à disposição dos órgãos competentes responsáveis pela manutenção da respeitabilidade do ordenamento a que a norma pertencer⁵⁵.

A lição de Andreas Krell⁵⁶ preceitua que o §1º do art. 5º da Constituição Federal estabelece que as normas sobre direitos fundamentais são de aplicação imediata (*self-executing*), ou *bastantes em si*, de acordo com a lição Pontiana⁵⁷, deixando claro que tais direitos podem ser imediatamente invocados, ainda que haja falta ou insuficiência da lei.

Neste sentido, Anderson Lobato⁵⁸ afirma que o §1º do art. 5º da Constituição Federal comporta interpretação no sentido da afirmação ou reconhecimento de verdadeiros direitos subjetivos aos cidadãos, estando o poder público obrigado a atuar no sentido de sua plena efetivação, independentemente de regulamentação infraconstitucional, já que os direitos fundamentais são normas constitucionais de eficácia plena.

⁵⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. Notas sobre o caráter normativo dos princípios e das normas programáticas. In: *Revista do Mestrado em Direito da UFAL*, n. 3, Maceió: Edufal, jul./dez. 2009, p. 10.

⁵⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. Notas sobre o caráter normativo dos princípios e das normas programáticas. In: *Revista do Mestrado em Direito da UFAL*, n. 3, Maceió: Edufal, jul./dez. 2009, p. 12.

⁵⁶ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p. 37-38.

⁵⁷ MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1967*, tomo I, p. 126.

⁵⁸ LOBATO, Anderson Cavalcante. Os desafios da proteção jurisdicional dos direitos sociais, econômicos e culturais. *Estudos Jurídicos*, Porto Alegre, v.32, n.86, p.5-24/ set./dez. 1999, p. 15-16.

Portanto, para que seu exercício ocorra, não precisa, necessariamente, que o conteúdo de referidos direitos seja concretizado por uma lei, uma vez que a própria Constituição Federal de 1988 estabelece claramente que um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a dignidade da pessoa humana; assim sendo, reconhece categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua e não o meio da atividade estatal, impondo, pois, aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais, bem como criar as condições materiais para a sua realização, como ressaltado por Ingo Sarlet⁵⁹.

Não se perca de vista que, além das normas pertinentes à hermenêutica tradicional, ao se tratar da aplicação da Carta Magna em um caso concreto, deve-se obedecer a parâmetros indissociáveis da Teoria Constitucional.

Neste sentido, Juarez Freitas⁶⁰ ressalta que o intérprete constitucional deve guardar vínculo com a excelência ou otimização máxima da efetividade do discurso normativo da carta. Sob a égide de tal preceito, eminentemente integrador, resulta que, havendo dúvida sobre se nos encontramos perante uma norma de eficácia plena, contida ou limitada, é de se preferir sempre a exegese conducente à concretização endereçada à plenitude, vendo-se a imperatividade como padrão.

Como se vê, entre várias alternativas deve-se sempre primar por aquela que otimize o discurso constitucional. Conceber uma norma sem efetividade seria uma contradição, pois toda norma nasce, em primeiro plano, para produzir efeitos⁶¹.

Porém não se pode desconsiderar a lição de Gilmar Mendes⁶², a qual estabelece que ao se pretender atribuir aos direitos individuais eficácia superior à das normas meramente programáticas, então devem-se identificar precisamente os contornos e limites de cada direito, isto é, a exata definição do seu âmbito de proteção. Tal assertiva já é suficiente para realçar o

⁵⁹SARLET, Ingo Wolfgang. *O princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988*. 3ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 84-85.

⁶⁰ O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional. In: GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 236.

⁶¹ RODRIGUEZ relata que a interpretação dos direitos humanos fundamentais deve se dar da forma mais ampliativa possível, voltada à máxima eficácia dos preceitos que contém, já que guardam fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, que pressupõe a realização tanto da liberdade quanto da igualdade, não havendo uma sem a outra. RODRIGUEZ, Maria Helena. *Os direitos econômicos, sociais e culturais: uma realidade inadiável*. Proposta: Revista Trimestral de Debate FASE, v.31, n. 92, março/maio 2002, p. 19-20.

⁶²MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p.3.

papel especial conferido ao legislador tanto na concretização de determinados direitos quanto no estabelecimento de eventuais limitações ou restrições.

Assim, a ideia de que o direito à saúde deve ter eficácia imediata ressalta a vinculação direta dos órgãos estatais a esse direito, bem como o dever de guardar-lhes estrita observância, uma vez que como direito fundamental que é, não assegura apenas direitos subjetivos, mas também os princípios objetivos da ordem constitucional e democrática.

Gilmar Mendes⁶³ ainda esclarece que a conformação dos direitos individuais assume relevância, sobretudo no tocante aos chamados direitos com âmbito de proteção estrita ou marcadamente normativos, uma vez que é a normação ordinária que acaba por conferir conteúdo e efetividade à garantia constitucional.

Ressalte-se que o poder de conformação conferido ao legislador deve ser exercido dentro dos limites estabelecidos pela Constituição. E dentro de tais limites várias condutas podem ser consideradas legítimas.

O controle judicial dos atos administrativos, além de garantir a qualidade e a efetividade dos serviços públicos oferecidos à população, também pretende atuar no sentido de combater o excesso de poder em qualquer de suas formas. É necessário ter-se em vista que o poder discricionário do legislador, em face da indisponibilidade do interesse público, não constitui apenas uma mera faculdade de legislar, pois contempla igualmente o dever de legislar.

Assim, como esclarecido por Andreas Krell⁶⁴, resta claro que a omissão legislativa é equiparável, nesse passo, ao excesso de poder legislativo, e, ainda, pode ensejar uma inconstitucionalidade permanente, levando a uma desestabilização política.

O mencionado autor⁶⁵ ensina que o efeito real dos direitos econômicos e sociais depende, em grande parte, da adoção de múltiplas e variadas medidas de caráter promocional em vários campos de ação, principalmente nos planos político e jurídico; e, embora o Poder Judiciário não deva, a princípio, intervir em esfera reservada a outro Poder, estabelecendo juízos de conveniência e oportunidade, está legitimado a intervir, excepcionalmente, na

⁶³CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*, p. 634 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira, *Op. cit.*, p. 16-17.

⁶⁴KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p. 57.

⁶⁵KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p. 20-22.

hipótese de violação evidente e arbitrária pelo legislador da incumbência constitucional de legislar.

1.3 A problemática da efetividade do direito à saúde

A problemática da não efetivação dos direitos sociais, dentre eles o direito à saúde, está no fato de se considerar como praticamente resolvido tudo o que é promulgado como lei, desconsiderando-se quase que completamente as consequências práticas e seus reflexos na sociedade.

Mariana Filchtiner Figueiredo⁶⁶ ressalta que as dificuldades atribuídas à exigibilidade dos direitos sociais não se referem propriamente à eficácia jurídica, mas à menor densidade normativa dos preceitos que a consagram, por vezes carentes de interposição legislativa conformadora e do posterior controle das omissões inconstitucionais.

Andreas Krell⁶⁷ esclarece que a eficácia social reduzida dos direitos fundamentais não se deve à falta de leis ordinárias; a questão maior é a não prestação real dos serviços sociais básicos por parte do Poder Público, pois a grande maioria das normas para o exercício dos direitos sociais já existe. O problema certamente está na formulação, implantação e manutenção das respectivas políticas públicas e na composição dos gastos nos orçamentos da União, dos estados e dos municípios.

Maria Helena Rodriguez⁶⁸ conclui que o problema da efetividade dos direitos sociais reside no fato de, estando o ser humano no cerne do processo de desenvolvimento, e presentes os caracteres social e democrático da ordem constitucional instaurada, devem ser concebidas políticas públicas que não se detenham apenas na mera edição das leis, mas que efetivamente promovam a interação entre Estado e sociedade, com vistas ao fortalecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Impende atentar para o fato de que o elemento nuclear da problemática contemporânea enfrentada pelos direitos fundamentais não mais reside na discussão acerca da programaticidade ou aplicabilidade imediata de tais direitos, mas sim na discussão acerca da

⁶⁶ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: Parâmetros para sua Eficácia e Efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 161.

⁶⁷ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p. 31-32.

⁶⁸ RODRIGUEZ, Maria Helena. *Os direitos econômicos, sociais e culturais: uma realidade inadiável*. Proposta: Revista Trimestral de Debate FASE, v.31, n. 92, março/maio 2002, p. 26-27.

existência de direitos fundamentais sociais, e, ainda, no próprio conceito de direito fundamental⁶⁹.

Por ser parte integrante do sistema social, o Direito deve refletir tanto o embasamento axiológico e as formas de sociabilidade predominantes, quanto o estágio histórico-cultural de um povo. Exatamente por isso não pode ser diferente da sociedade que o originou, canonizando seus interesses e identificando-se, mormente, com o ente social.

É bem verdade que a tese da aplicabilidade imediata não é a solução milagrosa para todos os intrincados embates doutrinários que rondam a hermenêutica dos direitos fundamentais sociais, não obstante configura importante avanço, já que atua como um vetor no sentido de maximizar a efetividade de tais direitos em caso de omissão ou ação insuficiente dos Governos e Parlamentos, fomentando a possibilidade do alcance da mencionada efetividade através do controle exercido pelo Poder Judiciário⁷⁰.

Ressalte-se que a análise dos fatores econômicos em face da discricionariedade quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos Poderes Executivo e Legislativo⁷¹.

Não obstante, por ser um direito humano fundamental positivo, o exercício do direito à saúde é condicionado a toda uma organização prévia de procedimentos e estruturas, justificando-se boa parte do grande número de ações judiciais que buscam referidas prestações materiais, muito mais pelas deficiências do sistema vigente que propriamente pela realização originária do direito à saúde.

Não é sem lastro, portanto, que tem crescido o número dos que se dedicam à discussão da legitimidade da intervenção judicial nesta seara, o que, no seu conjunto e considerando o amplo acesso às redes de informação, tem levado a uma sofisticação do debate e a uma evolução significativa da produção doutrinária e jurisprudencial.

⁶⁹ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 94. O autor chega a afirmar que quem defende a programaticidade dos direitos fundamentais sociais, necessariamente defende a inexistência de tais direitos na CF/88.

⁷⁰ Silva adverte que boa parte dos problemas da efetividade do direito à saúde decorre muito mais de desvios na execução de políticas públicas do que de falhas na elaboração dessas mesmas políticas. SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 598.

⁷¹ Souza Neto aponta que a judicialização das políticas sociais tem significado um incontestável avanço na efetivação da Constituição Federal. Contudo, não se pode descuidar da racionalização desta atividade judiciária no sentido de atuar rumo ao progresso social, porém sem invadir o espaço próprio de deliberação majoritária do Executivo e do Legislativo. SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 546.

Noutro ângulo, verifica-se que a maioria das questões postas em causa na esfera pública segue em aberto, assim como segue quase que desenfreada a busca por critérios seguros, que possam garantir a construção de um processo decisório (também, mas não exclusivamente, na esfera jurisdicional) constitucionalmente adequado, mas, acima de tudo, condizente com a mais legítima expressão da “Justiça”.

Ana Paula de Barcellos⁷² arremata preceituando que a efetivação do direito à saúde se localiza na fronteira tormentosa e pouco nítida entre o campo do Direito e o do processo político majoritário. É bem verdade que a implantação judicial deste direito envolve, necessariamente, considerável diminuição na esfera da decisão política do Poder Público. Não obstante, é igualmente correto que a promulgação de uma Constituição escrita e rígida já traduz um ideal de limitação do processo majoritário, bem como que a supremacia da Lei Fundamental não constitui mero artifício retórico.

Resta claro então que o direito à saúde, por ser imprescindível para a promoção e ampliação da dignidade de pessoa humana, configura direito fundamental da mais alta relevância para um Estado Democrático de Direito.

Exatamente por isso, ainda que a alocação de recursos, bem como as normas regulamentadoras das políticas públicas para seu efetivo exercício estejam à mercê de decisões eminentemente políticas, é legítima a atuação do Poder Judiciário no sentido de verificar se o ditame constitucional foi respeitado, podendo até mesmo, em nome desta dignidade, determinar à Administração a execução de certa política pública já previamente estabelecida por lei e ainda não realizada sem uma justificativa plausível, respeitadas as particularidades de cada situação em concreto. Tal ponto será analisado de forma mais minuciosa no capítulo seguinte.

⁷²BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito às Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 825.

2 DO CONTROLE JUDICIAL COMO GARANTIA DA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE

2.1 O controle judicial e a efetividade do direito à saúde em face da omissão administrativa

Não se pode tratar da justiciabilidade do direito à saúde sem ter em mente que referido direito aponta diretamente para o reconhecimento de posições jurídico-subjetivas em favor de seu titular, tanto em relação à sua pretensão defensiva em relação às pretensões de caráter prestacional.

Trata-se, pois, de mitigar limites e possibilidades, no sentido de buscar o conteúdo exato deste direito, determinando quais as situações concretas em que o direito à saúde, lastreado pela dignidade da pessoa humana, é passível de exigibilidade, seja em face do Estado, seja diante dos demais particulares.

Não existem direitos absolutos e completamente intangíveis, porquanto nenhuma garantia constitucional é tão ampla a ponto de aniquilar outra de igual posição hierárquica, bem como a tensão dialética entre direitos não só é normal como faz parte do próprio sistema.

Para tanto, mister se faz o estabelecimento de posições subjetivas minimamente exigíveis pelo titular do direito à saúde, buscando-se delimitar o conteúdo ou núcleo essencial do referido direito, bem como a definição das prestações materiais prévias indispensáveis a seu exercício, incluídas no conceito de mínimo existencial, delimitando contornos precisos, dentro dos quais o direito à saúde deve ser efetivado sem evasivas pelo Poder Público (ou pelos particulares), respeitando-se as peculiaridades do caso concreto⁷³.

Ana Paula de Barcellos⁷⁴ esclarece que em se tratando da interpretação do direito público em geral, e do constitucional em particular, é preciso ter em mente, além dos elementos puramente jurídicos, dados da realidade, sendo um deles as condições materiais e financeiras da realização da norma, para que o intérprete não venha a se deparar com a famigerada insinceridade normativa.

⁷³ Canotilho também rechaça interpretações rígidas e *a priori*, em relação aos direitos fundamentais, como se o processo de atribuição de significado aos enunciados linguísticos fosse bastante para dele se deduzir a efetividade dos direitos fundamentais, enfatizando que os resultados podem mostrar-se inversos ao pretendidos. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 127.

⁷⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios fundamentais*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 96.

Logo, a consideração de tal fato torna-se imprescindível para a construção da eficácia jurídica das normas constitucionais, sob pena de desmoralização do próprio direito, consubstanciada na certeza da impossibilidade material de exigência em face do Judiciário.

Ainda segundo a retromencionada autora⁷⁵, não se pode olvidar que o propósito do direito é alterar a realidade, cabendo-lhe dispor que seja aquilo que ainda não é. Não haveria sentido nem utilidade em instituir normas jurídicas para descrever a realidade tal qual ela se apresenta. Logo, o argumento da impossibilidade material não pode ser vulgarizado, restringindo-se a aplicação da tese da impossibilidade material, a situações extremas, como é próprio.

Assim, quando da apuração do resultado da interação do conceito de direito fundamental à saúde com as especificidades de cada situação concreta, é essencial ter em vista seu efeito sobre a realidade, ou seja, é necessário verificar se o objetivo constitucional previsto foi efetivamente atingido.

Trata-se, pois, de transpor a fronteira da reflexão filosófica, ingressar na dogmática jurídica e na prática jurisprudencial, e indo mais além, produzir efeitos positivos sobre a realidade, como assinalado por Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos⁷⁶.

Ainda nessa seara, Ana Paula de Barcellos⁷⁷ associa o núcleo essencial dos direitos fundamentais com a cláusula da reserva do possível, ressaltando a prioridade da implantação do mínimo existencial nos gastos públicos, sem esquecer que a finalidade do Estado em obter recursos é exatamente gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, em observância aos objetivos fundamentais da Constituição.

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção aos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos

⁷⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios fundamentais*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 97.

⁷⁶ BARCELLOS Ana Paula de e BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 337.

⁷⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios fundamentais*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 245-246.

fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.⁷⁸

Neste sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso⁷⁹, admitindo o controle judicial, conceitua as políticas públicas como condutas comissivas ou omissivas da Administração Pública, em sentido largo, voltado à consecução de programa ou meta previstos em norma constitucional ou legal, sujeitando-se ao controle jurisdicional amplo e exauriente, especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados.

Desta feita se torna imperativa uma maior participação do Poder Judiciário na efetivação de políticas sociais e no controle da qualidade das prestações dos serviços públicos relativos ao direito à saúde, exigindo uma função eminentemente política dos juízes e tribunais, apesar de não ser este o seu papel principal, passando estes a determinar ao Poder Público que estabeleça condições sociais na comunidade, ultrapassando de vez as já anacrônicas regras tradicionais do formalismo jurídico e ingressando em uma atividade judicial de realização prática dos direitos sociais⁸⁰.

Neste contexto, a busca constante pela tutela judicial das mais diversas demandas, notadamente no que diz respeito à efetividade do direito à saúde, vem exigindo uma ação cada vez mais arrojada por parte dos aplicadores do Direito, em especial do Estado-Juiz, que frequentemente é provocado a manifestar-se sobre questões cada vez mais intrincadas, como, por exemplo, a alocação de recursos públicos, o controle das ações (comissivas e omissivas) da Administração Pública na esfera dos direitos fundamentais sociais e, até mesmo, a garantia da proteção de direitos fundamentais sociais na esfera das relações entre particulares.

Some-se a isso que a efetividade dos direitos fundamentais, em especial o direito à saúde, está intimamente relacionada à implantação de políticas públicas, pelo Poder Executivo, uma vez que é por meio delas que a Administração Pública cumpre o seu dever de

⁷⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios fundamentais*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 245-24.

⁷⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Ação Civil Pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis (coord). *Ação Civil Pública/ Lei 7.347 – 15 anos*. São Paulo: RT, 2001, p. 730-731.

⁸⁰ ABRAMOVICH, Victor & COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2ª ed. Madrid: Editoria Trotta, 2004, pp. 117 -118.

proporcionar condições materiais mínimas que visem a garantir a dignidade dos seus administrados.

É certo que os direitos fundamentais sociais apresentam grande complexidade/multiplicidade de meios possíveis que conduzem a uma escolha pelos Governos ou Paramentos; ainda assim, tal fato não se insurge como óbice constitucional, ou mesmo dogmático, que impeça, em casos de omissão, a correção do Judiciário em sede de controle constitucional.

Contudo, tal controle, além de respeitar os limites da capacidade financeira do Estado, não deve interferir na margem discricionária de conformação política conferida aos titulares do poder democraticamente legitimados⁸¹, analisando apenas a relevância do ato administrativo praticado para com o interesse público.

Logo, em matéria de efetividade de direito fundamental à saúde, é perfeitamente aplicável a teoria externa das restrições, a qual estabelece que os conceitos de direito e restrição constituem duas categorias distintas; desta feita, referido direito fundamental social se apresenta como princípio jusfundamental *prima facie*, tornando-se um direito definitivo caso não seja necessária sua restrição, quando cotejado com outros direitos/garantias fundamentais, ou mesmo em face da verdadeira escassez de recursos destinados para tal fim.

Tal consideração enfatiza que os direitos fundamentais sociais exigem ponderação com outros direitos fundamentais. Desta feita, o indivíduo somente alcançará um direito definitivo se os demais direitos fundamentais que colidem com o seu próprio não tiverem peso suficientemente relevante para restringi-lo.

Neste sentido, Mariana Filchtiner Figueiredo⁸² ressalta que a dignidade enquanto valor intrínseco da pessoa humana em si mesma é insubstituível, e por isso goza de certa prevalência entre as garantias constitucionais, o que não quer dizer, entretanto, que o princípio da dignidade da pessoa humana não possa ser realizado em diferentes graus.

⁸¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 64.

⁸² FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: Parâmetros para sua Eficácia e Efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p 58-59.

A presunção, todavia, privilegiará a solução que melhor atenda à dignidade humana, pois, se a função *princeps* do julgador é fazer justiça, uma decisão que negue a dignidade humana é imoral e juridicamente insustentável⁸³.

A realização da dignidade da pessoa humana exige do Poder Público uma atuação bastante efetiva, capaz de garantir o exercício pleno dos direitos fundamentais, até mesmo, modificando a realidade social, já que a Constituição não pode nem deve ser encarada como mero reflexo dos anseios sociais, destituída de efetividade.

Assim, caso a legislação não conceda, de forma injustificada, um direito expresso ao indivíduo de receber uma prestação material relativa ao direito à saúde a que faz jus, ou esta não for realizada por parte do Estado, o cidadão pode recorrer às vias judiciais para que o Poder Judiciário se manifeste decidindo a questão, no sentido de promover as condições que possibilitem o pleno desenvolvimento da pessoa humana.

Este ativismo judicial em relação aos direitos sociais se deve a variados fatores, tais como: a aprovação da Constituição de 1988 e ao subsequente movimento de afirmação da normatividade constitucional; as sucessivas crises que atingem o Legislativo e o Executivo; a superação do positivismo jurídico no âmbito da metodologia constitucional. Como se percebe, a discussão acerca do controle judicial das políticas públicas não está adstrito à interpretação do direito constitucional, abrangendo, ainda, a organização moral e a análise do funcionamento concreto das instituições pertinentes⁸⁴.

Encerrando definitivamente a crescente controvérsia jurídica acerca da possibilidade de decisões judiciais determinarem ao Poder Público o fornecimento de medicamentos e tratamentos, o pleno do STF indeferiu recentemente nove recursos⁸⁵ interpostos pelo Poder Público contra decisões judiciais que determinaram ao Sistema Único de Saúde o fornecimento de remédios de alto custo ou tratamentos não oferecidos pelo sistema a pacientes de doenças graves que recorreram à Justiça. Com esse resultado, as pessoas envolvidas ganharam o direito de receber os medicamentos ou tratamentos pleiteados pela via judicial.

⁸³ SILVEIRA NETO, Antônio. Limites da tutela antecipada em face dos direitos humanos. *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*. v.29, n.3, p.35-54, maio 2002, p.42.

⁸⁴ NETO, Cláudio Pereira de Souza. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 516.

⁸⁵ Suspensões de Tutela (STA) 175, 211 e 278; Suspensões de Segurança 3.724, 2.944, 2.361, 3.345 e 3.355; e Suspensão de Liminar (SL) 47.

Na relatoria dos nove recursos indeferidos, o ministro Gilmar Mendes afirmou que no âmbito do Supremo é constante a tentativa do Poder Público de suspender decisões judiciais que determinam a execução de medidas cautelares que condenam a Fazenda Pública ao fornecimento das mais variadas prestações de saúde, tais como: fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses, criação de vagas de UTIs e de leitos hospitalares, contratação de servidores da Saúde, realização de cirurgias e exames, custeio de tratamento fora do domicílio ou no exterior, entre outros.

Ainda segundo o relator, restou clara a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil, isso porque na maioria dos casos a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à produção do direito à saúde, mas sim em face de uma necessária intervenção judicial que obrigue ao real cumprimento de políticas já previamente estabelecidas.

Apesar de julgar favoravelmente aos pacientes que precisam de medicamentos e tratamentos de alto custo, o ministro Gilmar Mendes foi cauteloso, alertando para o fato de que cada caso seja avaliado sob critérios de necessidade. Ainda segundo ele, obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação ou prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. Logo, é imperiosa a revisão periódica tanto dos protocolos existentes quanto da elaboração de novos protocolos, já que são perfeitamente questionáveis, o que permite sua contestação judicial.

Os demais votos acompanharam o entendimento do relator. Ressalte-se que o ministro Ricardo Lewandowski entendeu que os recorrentes não demonstraram a potencialidade danosa à saúde, à economia e à ordem pública do fornecimento dos medicamentos ou tratamentos referentes às nove ações.

Já o ministro Celso de Mello julgou que a Justiça precisa agir quando o poder público deixa de formular políticas públicas ou deixa de adimpli-las, especialmente quando emanam da Constituição. Segundo ele o direito à saúde representa um pressuposto de quase todos os demais direitos, sendo, pois, essencial à preservação do estado de bem-estar físico e psíquico da população, que é titular deste direito público subjetivo de estatura constitucional.

Resta claro então que a elevação do nível da realização do direito à saúde estará, necessariamente, condicionada ao volume de recursos suscetíveis de ser destinados para esse efeito; não obstante, tal questão aparenta ser muito mais política e de organização

administrativa que propriamente jurídica, devendo a realização de políticas públicas por parte do Estado ser compelida e corrigida por parte dos tribunais.

Nesta situação, tais sentenças assumem um importante papel no sentido de atender às reivindicações da sociedade, tornando-se cada vez mais necessário o controle do Poder Judiciário ante a omissão administrativa, com o fito de desenvolver um controle que discipline não apenas a efetivação das políticas sociais, mas que também diga respeito à concretização destas e, ainda, que fiscalize a qualidade dos serviços públicos efetivamente prestados, exigindo-se, assim, que o magistrado venha a se tornar cada vez mais uma expressão originária do Poder Estatal.

2.2 O princípio da separação dos poderes.

Proposto por Montesquieu⁸⁶ no século XVIII, o princípio da separação dos poderes é responsável pela partilha das funções do poder estatal, até então concentrados nas mãos de uma única pessoa ou grupo, com o escopo original de viabilizar um sistema recíproco de controle dos atos praticados pelo Estado, primando pela supremacia da lei.

Contudo, referido princípio vem sendo utilizado como pretexto para impedir a interferência e o controle judicial no tocante à omissão administrativa, contribuindo assim para a não efetividade do direito à saúde⁸⁷, uma vez que, como direito humano fundamental positivo que é, pressupõe, necessariamente, uma prestação material positiva prévia por parte do Estado para que possa ser efetivamente exercido.

Vale lembrar que a teoria proposta por Montesquieu não deve ser interpretada apenas no sentido de evitar o exercício arbitrário e absolutista do poder concentrado nas mãos de uma só pessoa, mas também pressupõe uma relação de cooperação, equilíbrio e interdependência dos Poderes.

⁸⁶ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondant, baron de La Brède et de. *O espírito das leis*. Tradução Fernando Henrique Cardoso. Brasília: Universidade de Brasília, 1982, p. 12.

⁸⁷ Andreas Krell assinala que o apego exagerado de grande parte dos juízes brasileiros à teoria da separação dos poderes é resultado de uma atitude conservadora da doutrina constitucional, a qual necessita, urgentemente, de uma atualização acerca dos velhos dogmas do constitucionalismo clássico. KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p. 91.

Essa noção de descentralização da titularidade da autonomia política através da emanção de leis e decisões próprias por órgãos diferentes de um mesmo Estado Constitucional enseja o surgimento de mais de um plano de órgãos independentes dotados de poder de decisão.

Muito embora o Administrador Público aja sob a égide da legalidade ao exercer o poder discricionário que lhe foi conferido, e ainda que as prestações materiais indispensáveis para a efetivação do direito à saúde estejam necessariamente condicionadas aos recursos a elas destinados, não se pode olvidar a indisponibilidade do interesse público, que segundo Jorge Reis Novais⁸⁸ transmuda o dever estatal em obrigação de defesa do direito social, concretizando e reduzindo a limites mínimos a margem de conformação legislativa, sob pena de incorrer o Estado em inconstitucionalidade por omissão.

Assim sendo, não cabe ao administrador, ao se deparar com o referido interesse, optar se atua ou não⁸⁹, ou ainda justificar sua omissão valendo-se da insuficiência de recursos destinados a tal fim, camuflando as distorções das prioridades na aplicação dos recursos, tornando o argumento da impossibilidade material a desculpa cômoda que impede o desenvolvimento social e atravanca a fruição de muitos direitos sociais, dentre eles o direito à saúde.

Ana de Fátima Santos⁹⁰ ressalta ser cada vez mais evidente que o vetusto princípio da separação dos poderes, idealizado por Montesquieu no século XVIII, está produzindo, com sua grande força simbólica, um efeito paralisante às reivindicações de cunho social, necessitando, imediatamente, ser submetido a uma nova leitura, no sentido de continuar servindo ao seu escopo original, vale dizer, de garantir direitos fundamentais contra o arbítrio e, hoje também, a omissão estatal.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁹¹ relata que a tradicional fórmula doutrinária da tripartição de funções jamais apresentou qualquer pureza biunívoca na distribuição das atividades funcionais entre os correspondentes poderes orgânicos; e, vem perdendo, aos poucos, o seu sentido antigo enquanto técnica aplicativa do Poder Estatal, para afirmar-se, e

⁸⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 390-394.

⁸⁹ Novais ensina que a Lei Maior prescreveu ao Estado tarefas constitucionais concretas e definidas, e não vagas linhas de ação. NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004, p.80-84.

⁹⁰ SANTOS, Ana de Fátima Queiroz de Siqueira. *Ação civil pública: Função, deformação, e caminhos para uma Jurisdição de Resultados*. Recife: UFPE, 1999, p. 126.

⁹¹ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 96.

cada vez com mais força, como fórmula de distribuição, limitação e, sobretudo, controle de qualquer manifestação dotada de poder sobre a sociedade, ainda que não estatal.

Na mesma linha, perde a nitidez a tríplice clivagem, que durante algum tempo se pretendeu marmórea e irretocável, entre os poderes orgânicos do Estado, permitindo-se a instituição, no constitucionalismo contemporâneo, de novos órgãos independentes, o que não apenas enriquece a estrutura estatal ao dotá-la de novos centros de poder especializados e autônomos, como, o que é ainda mais importante, multiplica e aperfeiçoa os seus recíprocos controles e acrescenta novos controles sociais pela cidadania⁹².

Andreas Krell⁹³ afirma que o Estado Social moderno requer uma reformulação funcional dos poderes no sentido de uma distribuição que garanta um sistema eficaz de “freios e contrapesos”, para que “a separação de poderes não se interponha como véu ideológico que dissimule e inverta a natureza eminentemente política do direito”. À medida que as leis deixam de ser vistas como programas “condicionais” e assumem a forma de programas “finalísticos”, o esquema clássico de divisão dos poderes perde sua atualidade.

Nesta seara, saliente-se ainda a lição de Fredys Orlando Sorto⁹⁴, para quem Montesquieu admite que a monarquia subsista mesmo que o rei concentre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, contudo, exclui categoricamente do monarca o poder de julgar; concentrar o poder judiciário significaria transformar o monarca em déspota. Que pretende o autor com essa exclusão do poder de julgar? Pretende simplesmente retirar do monarca (Executivo) o poder de julgar a nobreza.

Assim sendo, a consequência de um Judiciário inerte é uma sociedade marcada pela desigualdade e pela estratificação social, a qual enseja, além da ruína dos poderes intermediários, a instauração de um governo sem honra, sem virtude política, corrupto e, principalmente, despótico, uma vez que o poder não limita o poder⁹⁵. Ora, o próprio Montesquieu concebeu que tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercer esses três poderes⁹⁶.

⁹² NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 96.

⁹³ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p. 90.

⁹⁴ SORTO, Fredys Orlando. Montesquieu: o espírito geral das leis e o mito da separação dos poderes, *Verba Juris: Anuário da Pós-Graduação em Direito*. – Ano1, n. 1, João Pessoa: Editora Universitária (UFPB), jan./dez. 2004, p. 86.

⁹⁵ Idem, p. 84.

⁹⁶ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondant, baron de La Brède et de. *O espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso. Brasília: Universidade de Brasília, 1982, p.187.

Insta salientar não se pretender conferir ao Judiciário a prerrogativa da implantação das políticas públicas. A formulação bem como a implantação de tais políticas devem permanecer, originariamente, a cargo de quem realmente seja constitucionalmente competente para exercer tais funções, vale dizer, os Governos e Parlamentos.

Não obstante a exegese contemporânea, de um modo geral, tende a restringir cada vez mais o campo de atos políticos imunes ao controle jurisdicional, restando apenas os atos puramente discricionários ou exclusivamente políticos, como, por exemplo, a escolha de um nome para a ocupação de um cargo comissionado⁹⁷.

Assim, praticamente todo ato administrativo, em sentido amplo, é, de alguma forma, vinculado, seja porque seu agente está munido de um *munus* público, seja pela própria natureza de tais atos de gestão, ou mesmo pela precípua indisponibilidade do interesse público; contudo, a sindicabilidade judicial das políticas públicas não pode ser feita de modo absoluto ou incondicionado, sob pena de comprometer o equilíbrio/harmonia entre os poderes constituídos.

Na mesma direção aponta Luíza Cristina Fonseca Frischeisen⁹⁸, ao concluir que o controle judicial dos atos políticos não atua apenas no sentido de corrigir os atos comissivos da administração que porventura desrespeitem os direitos constitucionais do cidadão, mas também, atua na correção dos atos omissivos, vale dizer, na implantação efetiva de políticas públicas visando à efetividade da ordem social prevista no Texto Constitucional de 1988.

Fredie Didier e Hermes Zaneti⁹⁹ frisam não ser permitido ao Judiciário a criação ou sindicabilidade de meras diretrizes em políticas públicas, deixadas à conveniência e oportunidade do Executivo e do Legislativo, entretanto, em se tratando de um direito assegurado na Constituição ou em uma lei infraconstitucional que regulamente o campo de escolha do administrador, este está de tal forma reduzido que a sindicabilidade pelo Judiciário é decorrência natural do dever de assegurar a efetividade aos direitos fundamentais.

⁹⁷ Neste sentido, Silva Filho afirma que os chamados atos políticos não são imunes ao contraste judicial, na medida em que é afeta à competência do Poder Judiciário verificar, quando da prática de tais atos, se foram respeitadas não apenas a finalidade, mas igualmente a forma e a competência constitucionalmente estabelecidas, o que jamais pode ser tachado de intervencionismo judicial na seara política, uma vez que ao Judiciário compete decidir “juridicamente” a questão política posta. SILVA FILHO, Derly Barreto e. Controle jurisdicional dos atos políticos do Poder Executivo, *Revista Trimestral de Direito Público*, n.8, 1994, p. 133-134.

⁹⁸ FRISCHEISEN, Luíza Cristina Fonseca. Atuação do Ministério Público na implantação de políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal. *Jornal da Ajufesp – Associação dos Juízes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul*, set. 1998, p. 11.

⁹⁹ DIDIER Jr, Fredie e ZANETI Jr, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. v.4, 3ª ed, Salvador: Juspodivm, 2008, p. 125.

A intervenção do Poder Judiciário, mesmo não sendo esta sua responsabilidade principal, mormente quando imponha alocação de recursos públicos, embora possível, deve manter o caráter excepcional de que se reveste, apenas sendo admitida no sentido de determinar a fiel execução das prestações materiais positivas imprescindíveis à fruição do direito fundamental à saúde, as quais, diga-se de passagem, no caso do direito à saúde já se encontram devidamente estabelecidas no Texto Constitucional ou na legislação ordinária vigentes.

2.3 A reserva do possível

Como sustentado por Stephen Holmes e Cass Sunstein¹⁰⁰, todos os direitos demandam custos para ser assegurados e efetivados; independentemente de serem *welfare rights* ou *property rights*, ambos acarretam custos ao erário¹⁰¹.

Ingo Sarlet¹⁰² enfatiza que a fruição dos clássicos direitos de liberdade depende em grande medida de uma postura ativa dos poderes públicos, não se restringindo os direitos a prestações apenas aos direitos sociais, concluindo que os direitos a prestações são o gênero, enquanto os direitos sociais constituem a espécie.

Assim, os direitos fundamentais de liberdade e os direitos fundamentais sociais não ostentam posições antagônicas; ao contrário, se complementam, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, o Estado deverá dispensar obrigações de garantia e respeito, e, ao mesmo tempo, obrigações de promoção dos direitos humanos fundamentais.

Este, na verdade, é o problema dos direitos fundamentais: concretizar adequadas condições de vida para as pessoas dentro de um quadro social e jurídico que nem tenda para a jusfundamentalização da vida social, nem deixe carente de força normativa os preceitos constitucionais, já que tais direitos dão origem a uma série de posições jurídicas diversas,

¹⁰⁰ HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999, pp. 131-132.

¹⁰¹ No mesmo sentido, Vicente Barreto recorda que não podemos nos esquecer do alto custo do aparelho estatal administrativo-judicial necessário para garantir os direitos civis e políticos. BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 121.

¹⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v. 25, n. 55, p. 29-74, 2002.

outorgando ao seu titular pretensões de defesa, proteção e promoção perante o Estado e os particulares, bem como os destinatários direitos das normas jusfundamentais¹⁰³.

Logo, tanto os direitos fundamentais positivos quanto os negativos pressupõem por parte do Estado toda uma estrutura de prestações prévias, sendo seu exercício e fruição diretamente subordinados a estas condições materiais de existência¹⁰⁴.

O direito fundamental à saúde demanda recursos financeiros para a sua execução. Infelizmente tais recursos são limitados, ao passo que as necessidades relativas a este direito não; exatamente por isso tais recursos exigem previsão em lei orçamentária, no sentido de melhor garantir uma distribuição mais equânime para a satisfação de todas as necessidades públicas.

Assim, a reserva do possível constitui uma garantia importante, atuando no sentido de impedir o reconhecimento de direitos fundamentais definitivos¹⁰⁵, não podendo os tribunais impor suas próprias soluções sem levar em conta os custos orçamentários¹⁰⁶.

A efetivação dos direitos, portanto, é dependente do contexto que os engloba, quer porque as circunstâncias fáticas que orientam sua interpretação e aplicação se alteram com os avanços e os recuos do conhecimento, que por estarem enraizados num dos terrenos mais movediços da política, vale dizer, o processo orçamentário anual, cuja decisão se dá por meio de compromissos *ad hoc*¹⁰⁷.

Como lembra Jorge Reis Novais¹⁰⁸, a reserva do possível também atua como um agente catalisador dos direitos fundamentais, porém, quando impõe ao Estado o dever de realização de um determinado direito fundamental, leva em consideração os recursos disponíveis para tal fim, promovendo, na medida do possível, a efetivação das prestações

¹⁰³ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: Parâmetros para sua Eficácia e Efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 42.

¹⁰⁴ A escassez dos recursos financeiros é a prova mais inequívoca de que todos os direitos fundamentais possuem uma dimensão econômica comum, atrelada aos custos exigidos para que sejam concretizados.

¹⁰⁵ Diante da escassez de recursos financeiros não há que se falar em direitos absolutos, mas em direitos possíveis.

¹⁰⁶ Holmes e Sunstein anotam que *Nothing that costs Money can be an absolute. [...] Rights are relative, not absolute claims*. HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999. pp. 97-98.

¹⁰⁷ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: Parâmetros para sua Eficácia e Efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 135.

¹⁰⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 64.

materiais imprescindíveis a tais direitos com o fito de preservar os níveis de realização já atingidos¹⁰⁹.

Logo, a reserva do possível se apresenta como um limite imanente no sentido de fazer respeitar as decisões tomadas pelo Legislativo em matéria orçamentária, ao ponderar a solução para o dilema otimização progressiva dos direitos humanos fundamentais *versus* escassez dos recursos disponíveis, resguardando, assim, tanto o princípio democrático da separação dos poderes quanto a insindicabilidade judicial das opções legislativas¹¹⁰.

Não obstante o princípio da competência orçamentária, como os demais princípios, não é absoluto¹¹¹, sendo, pois, suscetível de restrição em face dos direitos fundamentais sociais, conforme o caso concreto.

Muito embora se cogite a possibilidade da justicialização dos direitos fundamentais sociais em face dos ditames constitucionais, não se pode olvidar que o administrador público detém certo espaço discricionário de atuação na efetividades das políticas públicas referentes à saúde.

A questão se torna ainda mais complexa porque não existe apenas um único meio eficaz de prestação de atividades materiais relacionadas ao exercício do direito fundamental à saúde, mas toda uma gama de meios possíveis de estabelecimento de tal política pública, uns mais eficazes e de custo menor que outros.

Isso conduz, necessariamente, a uma mitigação dos valores/interesses envolvidos através da proporcionalidade, adequação e necessidade, os quais, conforme as peculiaridades do caso concreto, podem sacramentar a existência de apenas um meio adequado e necessário, portanto exigível¹¹².

É bem provável que neste mister nos deparemos com meios igualmente eficazes que atinjam os princípios colidentes em semelhante medida, havendo, pois, de se optar pelo meio mais efetivo e menos custoso, não obstante, havendo mais de um meio adequado e

¹⁰⁹ Em relação ao direito à saúde o Estado tem o dever constante de avançar, tanto quanto possível, à plena realização do direito em foco.

¹¹⁰ Andrade observa que não cabe ao Judiciário intervir em esfera reservada ao legislador ordinário, o qual exerce sua delegação constitucional, sob pena de se levar a um Estado Judicial. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, p.67.

¹¹¹ Neste sentido, ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 495.

¹¹² Não se perca de vista que a viabilização do direito fundamental à saúde não é o único dever do Estado para com o administrado. Exatamente por isso deve a Administração Pública maximizar a utilização de todo e qualquer recurso público no sentido de realizar a maior quantidade de serviços públicos possíveis com os recursos disponíveis.

necessário, e, ainda, com a mesma intensidade de assistência, cabe ao administrador público ou ao legislador a escolha. Entretanto, ainda assim, o ato administrativo poderia ser submetido ao controle de constitucionalidade, seja difuso ou concentrado¹¹³.

Portanto, em tais hipóteses deve-se sempre proceder a uma mitigação de critérios que em apontem quais situações o direito fundamental à saúde apresenta um peso maior que os demais direitos/interesses colidentes.

Neste sentido, Gustavo Amaral¹¹⁴ constata sempre existir uma necessidade de motivação de controle dos critérios de escolha do ato administrativo, tratar-se-ia de uma prestação de contas à sociedade, de por que o interesse público determinou que fosse atendida primeiro uma determinada situação e não a outra, bem como a justiça do caso concreto deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar, sob pena de quebrar-se a isonomia.

Na seara de alocações de recursos públicos para a efetivação do direito à saúde, o papel principal deve ser representado pelo Executivo e pelo Legislativo, porém sempre em atendimento ao estabelecido pelo interesse público.

Não obstante, cabe ao Judiciário a análise das razões motivadoras das escolhas feitas, em face da pluralidade das opções existentes, analisando se o ato praticado foi aquele que, mediante especificidades de cada caso, melhor atenderia ao interesse público, garantindo assim uma melhor compatibilização entre recursos financeiros disponíveis e efetivação do direito à saúde, tanto na esfera individual quanto na coletiva, bem como uma realização mais adequada do direito à saúde.

Exatamente por isso o supracitado autor arremata que quanto maior o grau de essencialidade de uma prestação, mais excepcional deverá ser a razão para ela não ser atendida, vale dizer, o grau de essencialidade está ligado ao mínimo existencial e à dignidade da pessoa humana¹¹⁵.

Logo, quando da apreciação da exigibilidade de determinada prestação material, não apenas no que tange ao direito à saúde, mas em relação a qualquer outro direito

¹¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 129.

¹¹⁴ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 37

¹¹⁵ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, P. 37.

fundamental, é essencial levar em consideração a escassez de recursos para o custeio das prestações demandadas, as quais exigem do julgador, no momento de decidir acerca da prestação posta em julgamento, o respeito aos princípios da isonomia e da eficiência, já que além de a saúde não constituir a única necessidade pública exigente da alocação de recursos públicos por parte do Estado, o demandante certamente não será o único indivíduo a necessitar de tal tratamento¹¹⁶.

Paulo Cogo Leivas¹¹⁷ salienta que recursos escassos exigem a observância de um tratamento igualitário¹¹⁸, do contrário, direitos fundamentais sociais de outras pessoas poderiam ser violados. Por isto, nestes casos, recomenda a utilização de ações judiciais coletivas, em especial a ação civil pública, para que seja garantida a universalidade da decisão, bem como para que se evite a priorização dos demandantes judiciais individuais.

2.4 O mínimo existencial

A característica mais marcante de um Estado Social consiste na intervenção da comunidade estatal no sentido de assegurar condições mínimas para uma existência humana digna aos que dela necessitarem¹¹⁹.

Jorge Reis Novais¹²⁰ anota que em relação aos direitos sociais o desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana fundamenta juízos de inconstitucionalidade, uma vez que aquele respalda o reconhecimento de um direito fundamental ao mínimo existencial, impondo o fornecimento de prestações materiais básicas por parte do Estado, com o fito de evitar que as pessoas sejam obrigadas a viver em uma situação de penúria extrema.

Levando-se em consideração as particularidades de cada caso em concreto, é preciso definir um conceito de mínimo existencial, tendo por ponto de partida a necessidade

¹¹⁶ Cumpre ressaltar que nem todas as prestações são suscetíveis de ser incluídas no conceito de direito fundamental à saúde, por exemplo, tratamentos alternativos ou sem nenhuma comprovação científica podem ser excluídos do conceito.

¹¹⁷ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 106.

¹¹⁸ Não se perca de vista que o tratamento igualitário a que alude o autor leva em consideração as peculiaridades de cada caso em particular, exigindo, pois, um tratamento desigual quando há razão suficiente para tanto.

¹¹⁹ Além da prestação material propriamente dita, também integra a competência estatal a responsabilidade de organizar instituições e procedimentos aptos a viabilizar a proteção concreta dos direitos sociais.

¹²⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 64.

do indivíduo, bem como discutir a possibilidade da gradação de níveis de importância dos direitos fundamentais sociais com base em padrões de necessidades e suas satisfações.

Mariana Filchtiner Figueiredo¹²¹ afirma que os alemães teriam identificado duas dimensões distintas do mínimo existencial: de um lado o direito de não ser privado do que se considera essencial à conservação de uma existência minimamente digna e de outro o direito de exigir do Estado as prestações materiais concretas que traduzam este mínimo.

Conforme preceitua Añón Roig¹²², os critérios relevantes para a identificação das necessidades básicas são: sofrimento ou dano, inevitabilidade e ausência de uma situação alternativa, ou impossibilidade de uma situação futura substituinte, de acordo com uma previsão a mais realista possível.

Ricardo Lobo Torres¹²³ assevera tratar-se o mínimo existencial de um direito às condições mínimas de existência humana digna não suscetível de restrição por parte do Estado e que ainda exige deste mesmo Estado a responsabilidade de organizar instituições e procedimentos aptos a viabilizar a proteção concreta dos direitos sociais a prestações estatais positivas.

Nas palavras de Rodolfo Arango e Julieta Lamaitre¹²⁴: [...] *en tema de salud há hecho efectiva la aplicación directa de La Constitución para proteger as personas en casos urgentes cuando la ley o el reglamento de las seguridad social en salud no le otorgaban los beneficios de que necesitaban para evitar un perjuicio grave a su integridad física o incluso poner en peligro su vida*¹²⁵.

Neste sentido, Mariana Filchtiner Figueiredo¹²⁶ conceitua as atividades mínimas a serem prestadas pelo Estado em sede de direito à saúde como cuidados primários, tais como: educação sanitária, assistência nutricional, saneamento básico, assistência materno-infantil, as imunizações, a assistência curativa para os problemas comuns, onde estaria incluído o fornecimento de medicamentos essenciais aos tratamentos médicos.

¹²¹ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: Parâmetros para sua Eficácia e Efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 194.

ROIG, María José Añón. *Necesidades y Derechos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 287.

¹²³ TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 262-263.

¹²⁴ ARANGO, Rodolfo e LAMAITRE, Julieta. *Jurisprudencia constitucional sobre el mínimo vital*. Bogotá: Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Centro de Investigaciones Soci-Jurídicas, 2002, p. 37.

¹²⁵ Tal posicionamento reforça a ideia de que cuidados vitais e de urgência estariam abrangidos no núcleo essencial do direito fundamental ao mínimo existencial.

¹²⁶ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: Parâmetros para sua Eficácia e Efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 208.

Em relação aos padrões de satisfação das necessidades básicas, Len Doyal e Ian Gough¹²⁷ afirmam ser imprescindível a busca por um nível cada vez mais elevado de saúde e autonomia, ou seja, galgar, dentro do possível, variando conforme tempo e espaço, o maior nível de satisfação das necessidades básicas dos indivíduos¹²⁸.

O mínimo existencial seria então a última fronteira, e, pois, intransponível, em matéria de redução aceitável do conjunto de posições jurídico-subjetivas decorrentes de um determinado direito humano fundamental, quando cotejado com os demais princípios, bens e valores colidentes, garantindo que as condições mínimas a uma vida com dignidade, liberdade, autonomia e igualdade serão preservadas, sob pena de negação do respectivo direito pleiteado, dos demais direitos fundamentais, bem como da própria dignidade da pessoa que o titule¹²⁹.

Ana Paula de Barcellos¹³⁰ ressalta que, na verdade, a maior ou menor eficácia das disposições constitucionais que tratam do tema deve estar relacionada às prestações de saúde disponíveis, e não às condições melhores ou piores da saúde das pessoas, mesmo porque muitas vezes não há qualquer controle sobre o resultado final que uma determinada prestação de saúde produzirá no paciente.

Para Robert Alexy¹³¹ a ideia do mínimo existencial deve ser encarada como suscetível de se adequar, ainda enquanto pretensão posta em juízo, às condições financeiras que podem ser suportadas por cada comunidade.

Logo, o julgador deve analisar, caso a caso, se as respectivas necessidades de cada um podem ser enquadradas no conceito de mínimo existencial, respaldando a aplicação de um critério qualitativo no estabelecimento de prestações mínimas, respeitando a variação dos montantes concretamente deferidos, já que diante de uma única positivação de direitos podem

¹²⁷DOYAL, Len & GOUGH, Ian. *A Theori of Human Need*. New York: The Guilford Press, 1991, p. 69-75.

¹²⁸ Os autores reconhecem que em países do Terceiro Mundo um nível ótimo ainda não é realista, embora deva sempre ser buscado, mesmo que em longo prazo.

¹²⁹ Registre-se que o reconhecimento de um direito subjetivo a prestações materiais não é restringido apenas às hipóteses de iminente risco à vida humana; tendo por esteio a dignidade da pessoa humana, admite-se o reconhecimento da existência de um direito subjetivo fundamental *prima facie*.

¹³⁰BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito às Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 804.

¹³¹ ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 414.

ser deduzidos conteúdos diversos, e mesmo antagônicos, conforme a teoria de justiça adotada pelo intérprete.

Rodolfo Arango e Julieta Lamaitre¹³² ainda ressaltam tratar-se de evitar ou corrigir uma situação de necessidade, em que a liberdade e a igualdade reais dos indivíduos se encontram ou anuladas ou gravemente afetadas, não sendo possível falar em igualdade sem igualdade material mínima, de liberdade sem o acesso aos recursos básicos indispensáveis, e, principalmente, de vida, senão de vida condigna.

Desta feita, em se tratando da realidade social brasileira, em que a judicialização do direito ao mínimo existencial é indissociável da alocação de um imenso volume de recursos financeiros, a cautela do julgador é imprescindível na análise das especificidades do caso concreto, não sendo, pois, suscetível de ser considerado um direito fundamental definitivo.

Uma vez que apenas as prestações sociais resguardadas pelo âmbito do direito ao mínimo existencial seriam abrangidas pela fundamentalidade constitucional, e, pois, dotadas não somente de aplicabilidade imediata, mas também de exigibilidade judicial, restam as demais prestações a exclusão da respectiva garantia constitucional ainda que revestidas do nobre *status* dos direitos sociais.

O mínimo existencial, embora varie conforme as especificidades do caso *in concreto*, sempre conduz a uma gama de prestações materiais capazes de garantir os pressupostos a uma existência humanamente digna, e não apenas um mínimo à sobrevivência do indivíduo.

O direito ao mínimo existencial se apresenta como o direito à satisfação das necessidades básicas, vale dizer, direitos a objetos, atividades e relações que garantem a dignidade humana, impedindo a ocorrência de dano grave ou sofrimento, por exemplo, em razão da deficiência de saúde ou impossibilidade de exercício da autonomia¹³³.

Ingo Sarlet¹³⁴ equipara vida digna à vida saudável, demonstrando uma premente e indissociável relação entre qualidade de vida e dignidade da pessoa humana, visto que é

¹³² ARANGO, Rodolfo e LAMAITRE, Julieta. *Jurisprudencia constitucional sobre el mínimo vital*. Bogotá: Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Centro de Investigaciones Soci-Jurídicas, 2002, p. 50-51.

¹³³ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 135.

¹³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 5.

inadmissível a concepção de que o indivíduo que sobrevive em condições insalubres ou inadequadas vive com dignidade.

Daniela Milanez¹³⁵ assevera que a garantia ao reconhecimento de um núcleo central em sede de direito à saúde deve ser encarada como um nível mínimo de saúde essencial, que deve ser fornecido pelo Estado a seus administrados, devendo aqueles, na medida do possível, objetivar a constante persecução por um fornecimento mais completo, sendo-lhe terminantemente defeso fornecer aquém do assegurado por este limite mínimo.

Para Ana Paula de Barcellos¹³⁶ a carência do mínimo existencial inviabiliza a utilização pelo homem das liberdades que a ordem jurídica lhe assegura.

Tal entendimento reforça a ideia do direito a saúde como direito fundamental e, pois, subjetivo, sendo assim passível de justiciabilidade, mormente no que tange à efetivação de políticas públicas indispensáveis a seu exercício, ao menos naquilo que englobe o conteúdo do direito à saúde na dimensão da dignidade da pessoa humana.

Porém, não deve o Judiciário ultrapassar os limites do conteúdo mínimo ou essencial do direito fundamental em questão, que varia conforme as peculiaridades do caso concreto, sob pena de ferir o princípio da separação dos poderes, por tratar-se de invasão injustificada do espaço próprio reservado à competência legislativa

Por fim, cumpre ressaltar que em relação às prestações materiais prévias ao exercício de um direito fundamental em que estejam excluídas as hipóteses de tutela de urgência ao conteúdo essencial ou ao mínimo de dignidade humana, não será possível, ao menos em princípio, o reconhecimento da proteção originária ao direito fundamental respectivo.

Neste sentido, arremata Cláudio Pereira Souza Neto¹³⁷ que o Judiciário é legítimo para concretizar não as “condições mínimas”, mas as “condições necessárias” para que cada um possua igual possibilidade de realizar um projeto razoável de vida, através de sua autonomia privada, bem como participar do processo de formação da vontade coletiva.

¹³⁵MILANEZ, Daniela. O direito à saúde: uma análise comparativa da intervenção judicial. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 237, p. 197-221, jul./set. 2004, p. 202-203.

¹³⁶BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002, p. 28-29.

¹³⁷SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 537.

2.5 O direito social à saúde como atenuador das desigualdades de fato: a seletividade na prestação como garantia da isonomia

A Constituição Federal de 1988 inaugurou um Estado Social e democrático de Direito, vocacionado para a progressiva consecução de um projeto de igualdade material ao menos relativa. Mais do que isso, atribui ao Estado a primazia do papel principal na realização da justiça social, incumbindo-o da promoção dos direitos sociais e da formulação de políticas públicas voltadas para a paulatina redução das desigualdades¹³⁸.

Os direitos sociais desempenham um relevante papel na promoção da dignidade da pessoa humana, visto que boa parte da população apenas terá acesso aos demais direitos fundamentais mediante prestações materiais prévias fornecidas pelo Estado, com o fito de garantir a liberdade efetiva pela igualdade material¹³⁹.

Por isso apresentam-se como direitos sociais do cidadão uma vez que, por não possuírem situação financeira suficiente para assegurar uma vida digna, algumas pessoas não são capazes de satisfazer suas próprias necessidades.

Angel Sanches de La Torre¹⁴⁰ preceitua que da mesma forma que não há valores na sociedade sem que se estabeleçam condutas necessárias, não pode haver imposições normativas sem avaliação concreta do que seja justo ou injusto, exatamente por isso toda sociedade juridicamente organizada deve proceder à confirmação de uma consciência de solidariedade que estabeleça regras necessárias à sobrevivência do grupo.

Não se perca de mira que o valor ínsito dos direitos sociais é a incessante busca pela igualdade material, agindo aqueles, pois, como verdadeiros vetores que procuram atenuar as desigualdades de fato existentes na sociedade, assegurando igualdade de oportunidade de acesso para iguais necessidades e, conseqüentemente, igualdade de resultados.

Logo, os direitos sociais não podem ser encarados como direitos que promovem a igualdade baseados em regras de julgamento que implicariam um tratamento uniforme a

¹³⁸ DERBLI, Felipe. A Aplicabilidade do Princípio da Proibição da Vedação do Retrocesso Social no Direito Brasileiro. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 343.

¹³⁹ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: Parâmetros para sua Eficácia e Efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p 64.

¹⁴⁰ SANCHES DE LA TORRE, Angel. *Curso de sociologia del Derecho*. Madri, Revista Derecho Privado, 1965, p . 213.

todos, indistintamente; ao contrário, são direitos das preferências e das desigualdades, vale dizer, direitos discriminatórios com propósitos compensatórios¹⁴¹.

Neste sentido, José Augusto Lindgren Alves¹⁴² esclarece que as circunstâncias convergiram para o uso do poder estatal enquanto instrumento de equilíbrio das situações de disparidade, pela garantia de *standards* de vida mínimos, melhores oportunidades a grupos sociais preteridos e, ainda, compensação das diferenças de poder entre particulares; daí por que normalmente o que se destaca nos direitos sociais é a igualdade numa vertente.

Fátima Vieira Henriques¹⁴³ assinala que o art. 196 da CF/88 determina que o acesso às ações e serviços destinados à prevenção, promoção e recuperação da saúde há de ser universal, assim, a partir do novo regime constitucional, qualquer pessoa pode ser beneficiada com ações e serviços públicos de saúde, independentemente do prévio pagamento de contribuições. Contudo, Ingo Sarlet¹⁴⁴ alega que o que a Constituição assegura é que todos tenham, a princípio, as mesmas condições de lançar mão do sistema público de saúde, mas não que qualquer pessoa, em qualquer circunstância, tenha um direito subjetivo definitivo a qualquer prestação oferecida pelo Estado ou mesmo a qualquer prestação que envolva a proteção de sua saúde.

Ainda segundo Fátima Vieira Henriques¹⁴⁵, o teor do inciso I do parágrafo único do art. 194 da CF/88 reforça o argumento contrário à gratuidade necessária, visto que, ao tratar da Previdência Social, o constituinte previu ser um de seus objetivos a cobertura e o atendimento universais. Ora, se o ideal de universalidade realmente acarretasse, de forma obrigatória, a gratuidade do serviço público ofertado, não poderia ser aplicado à Previdência Social, já que esta é constituída sob a forma de um regime contributivo, vale dizer, reconhecidamente dependente do pagamento de contraprestações pecuniárias.

¹⁴¹ FARIA, José Eduardo. O judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 105.

¹⁴² ALVES, José Augusto Lindgren. *Os Direitos Humanos como tema global*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Perspectiva, 2003, p. 47-56.

¹⁴³ HENRIQUES, Fátima Vieira. Direitos Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 829-830.

¹⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 346-347.

¹⁴⁵ HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 830.

Michael Walzer¹⁴⁶ assinala que quando a comunidade se compromete a prover algum bem necessário, deve fornecê-lo a todos que dele precisam, indistintamente, levando em consideração as respectivas necessidades.

John Stuart Mill¹⁴⁷ ressalta que se o Estado provê obrigatoriamente o sustento de um criminoso pobre enquanto ele cumpre sua pena, não fazer o mesmo por uma pessoa pobre que não tenha transgredido a lei é dar um prêmio ao crime.

Santiago Ariza¹⁴⁸ recorda que os direitos civis e políticos definem as regras do jogo, ao passo que os direitos sociais intervêm para mudar o resultado do jogo.

Assim, em face da disparidade de condições financeiras entre os administrados, a universalidade dos direitos fundamentais¹⁴⁹ constitui um importante objetivo a ser alcançado, mormente por aqueles que se encontram em situação de pobreza.

Germano Schwartz¹⁵⁰ destaca decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal que decidiu que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República no art. 196. Não obstante convirja no mesmo sentido, o referido autor assevera ser imprescindível a existência de dois pressupostos ao deferimento da tutela prestacional em sede de direito à saúde.

Inicialmente, a prestação postulada deve integrar o conceito do mínimo existencial, assim obrigando o Estado a intervir no sentido de assegurar condições mínimas de existência sempre que a preservação da vida e o respeito à dignidade da pessoa humana estiverem ameaçados; enquanto o segundo pressuposto atentaria para a exigência de que a pessoa interessada faça prova de que não possui meios próprios para obter a prestação à saúde sem que ponha em risco sua própria subsistência, bem como a de sua família¹⁵¹.

¹⁴⁶ WALZER, Michael. *Esferas da Justiça. Uma defesa do pluralismo e da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 100.

¹⁴⁷ Livre tradução do inglês: *since the state must necessarily provide subsistence for the criminal poor while undergoing punishment, not to do the same for the poor who have not offended is to give a premium on crime*. MILL, John Stuart. *A lógica das ciências morais*. São Paulo: Iluminuras, 1999, p. 129.

¹⁴⁸ ARIZA, Santiago Sastre. Hacia una teoría exigente de los derechos sociales. *Revista de Estudios Políticos*. Madrid, n.112, p.253-270, abr./jun.2001, p. 267-268.

¹⁴⁹ A universalidade destes direitos não significa que devam ser assegurados de igual forma a todas as pessoas, uma vez que se apresentam como direitos dos cidadãos desiguais, devendo referida universalidade ser atingida como objetivo de chegada àqueles que se encontrem numa situação de atual inferioridade.

¹⁵⁰ Recurso Extraordinário 271.286/RS, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo STF nº 210, de 22/11/2000, p. 3 *apud* SCHWARTZ, Germano André Doerderlein. *Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 74.

¹⁵¹ SCHWARTZ, Germano André Doerderlein. *Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 74.

Portanto, não há como se sustentar uma isonomia com equiparação, em que as mais variadas necessidades recebam prestações materiais idênticas, pois será diante do caso concreto, do tipo de desigualdade, que se tentará buscar a igualdade, podendo esta ser atingida nos mais variados graus, porquanto a igualdade como diferenciação é o traço característico e indelével dos direitos sociais¹⁵².

Desta feita, a igualdade meramente jurídica passa a ser substituída por uma igualdade fática, na qual se permite um tratamento discriminatório em nome da superação das desvantagens, no sentido de assegurar igualdade de oportunidade a todas as pessoas, garantindo-se não o mesmo tratamento, mas um tratamento como igual, pois se todos os indivíduos têm a mesma dignidade devem ser tratados como iguais.

Logo, os direitos sociais não se dirigem a quem não necessita de auxílio, ao contrário, devem estar circunscritos aos indivíduos que necessitem de ajuda, e, na medida da respectiva necessidade, estabelecendo discriminações positivas¹⁵³ no sentido de garantir o mínimo indispensável à existência como direito de todos, a ser prestado pelo Estado.

Stephen Holmes e Cass Sunstein¹⁵⁴ sustentam que as prestações materiais de auxílio devem ser conferidas somente aos necessitados e na medida de suas carências, pressupondo, assim, a garantia de igualdade de oportunidades que capacitem os indivíduos a superar as desigualdades sociais, econômicas e culturais que os separam, com o fito de que estes se empenhem no desenvolvimento de si próprios, para, quando vencida a respectiva desigualdade, possam manter-se por conta própria, tornando possível, pois, a canalização de recursos públicos no intuito de estimular e subsidiar os esforços privados.

Neste sentido, Ricardo Lobo Torres¹⁵⁵ assevera que através da igualdade de oportunidades garantem-se as condições mínimas para o florescimento da igualdade social, que pode se compaginar até com uma certa desigualdade final, provocada pelo esforço de cada um.

¹⁵² Alexy confirma a fundamentalidade material dos direitos do homem por dizerem respeito à tutela de interesses e carências, cuja agressão atinge profundamente o núcleo essencial da autonomia. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 397.

¹⁵³ As discriminações positivas são aquelas que guardam perfeita compatibilidade com o princípio constitucional da isonomia, exatamente por isso não atentam contra o conteúdo do referido princípio.

¹⁵⁴ HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999, pp. 213-214.

¹⁵⁵ TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 37.

Na verdade, a problemática consiste na delimitação das diferentes e possíveis dimensões que podem ser reconhecidas ao direito fundamental à saúde enquanto parte integrante da dignidade da pessoa humana; infelizmente, referida delimitação é diretamente submetida a recursos financeiros limitados, sendo a ideia central do direito à saúde assegurar a melhor qualidade de vida na medida do possível.

Por se apresentarem como mandados de otimização, os princípios estabelecem que algo seja realizado, na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, ordenando a persecução de interesses da comunidade, não jazendo em si próprios mandados definitivos, mas tão somente um ponto de partida com um conteúdo *prima facie*¹⁵⁶.

Desta feita, a colisão entre princípios jurídicos é solucionada mediante a atribuição de uma dimensão de peso ou importância a cada um deles conforme o caso concreto¹⁵⁷, recorrendo-se à ponderação com o fito de definir qual dos interesses, abstratamente do mesmo nível, possui maior relevância para o caso concreto, não existindo entre princípios precedência absoluta.

As normas regras, diante do seu alto grau de determinação, não apresentam suscetibilidade de convivência com comportamentos que as contrariem, logo, a solução da antinomia entre elas elegerá apenas uma como válida, e, pois, com prevalência absoluta sobre as demais.

Já as normas princípios, por desenvolverem função norteadora da decisão em um determinado caso específico, que varia conforme o tempo e o espaço, dificilmente apresentarão solução absoluta, uma vez que são capazes de sobreviver mesmo em face da restrição de seu conteúdo – exatamente por isso podem ser cumpridos em diferentes graus.

Robert Alexy¹⁵⁸ reitera que tanto princípios quanto regras gozam do *status* de norma jurídica, embora afirme que a diferença entre eles é qualitativa e não apenas de grau, consistindo sua diferença central em que enquanto os princípios ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades existentes, as regras simplesmente devem ser cumpridas, sem espaço para gradações.

¹⁵⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 387.

¹⁵⁷ DWORKIN, Ronald, *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 77.

¹⁵⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 86-87.

Nesta seara, cabe ao juiz um papel importantíssimo para a realização dos direitos fundamentais, vale dizer, estabelecer o âmbito de aplicabilidade do princípio jusfundamental, entretanto, apenas para o caso *sub judice*, nada obstando que em outra situação, sob outras condições, mesmo semelhantes, o balanceamento entre princípios aponte para solução diversa.

Assim, como proposto por Ana Ávila¹⁵⁹, a interpretação de uma norma constitucional exige um processo complexo, sendo composto por: análise do conteúdo semântico do texto, reconhecimento de que a norma não se identifica com o texto, e a delimitação do âmbito normativo, com atenção aos elementos relacionados com o problema a ser decidido.

Logo, é impossível a verdadeira compreensão do texto da norma constitucional fora do respectivo contexto, sendo o texto da norma apenas o primeiro elemento no processo hermenêutico. Também não se deve descuidar dos conceitos de âmbito de proteção e âmbito de garantia efetivo.

Consoante lição de Canotilho¹⁶⁰, em matéria de restrição aos direitos fundamentais, a teoria interna pressupõe que os direitos e seus respectivos limites são imanentes a qualquer posição jurídica, portanto o direito já nasce com limites, consistindo o âmbito de proteção no âmbito de garantia do direito; enquanto a teoria externa, ao contrário, pressupõe que direitos e restrições ocupam dimensões distintas, sendo as restrições externamente impostas, e, pois, fazendo com que o âmbito de proteção seja sempre mais extenso que o âmbito de garantia efetivo.

Ainda segundo o constitucionalista português¹⁶¹, no que concerne ao conceito de conteúdo essencial dos direitos fundamentais existem duas linhas teóricas principais: a teoria objetiva e a teoria subjetiva. A primeira defende que a proteção outorgada pelo núcleo ou conteúdo essencial é concernente à norma objetiva de direito fundamental, e não a eventual direito ou posição subjetiva individual que dela possa surgir; já a teoria subjetiva, ao

¹⁵⁹ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. Razoabilidade, proteção do direito fundamental à saúde e antecipação de tutela contra a Fazenda Pública: uma análise problemática sobre o efeito vinculante e o controle concreto da constitucionalidade no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v.2, n.7, p.33-48, out./dez. 2004, p. 44-45.

¹⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p.198-199.

¹⁶¹ CANOTILHO, *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p.459.

contrário, pretende que a proteção do núcleo ou conteúdo essencial dirija-se à salvaguarda da dimensão subjetiva do direito fundamental em tela.

O grande embate consiste na delimitação do que vem a ser âmbito de proteção e âmbito de garantia efetivo, já que o próprio exercício do direito à saúde é indissociável da intervenção restritiva¹⁶².

Assim, é bem possível, e até mesmo provável, que um direito fundamental a *prima facie* considerado tenha de ceder ante a proteção de outros bens constitucionalmente protegidos, não sendo admissível, antes de ser cotejado com os demais princípios/interesses/valores colidentes, que seja encarado como um direito definitivo.

Nesta seara urge determinar qual conteúdo de dignidade se encontra no direito fundamental em foco, bem como se ela está ou não sendo violada, já que a dignidade da pessoa humana, quando integrante do conteúdo dos direitos fundamentais, inclui-se, automaticamente, em seu respectivo núcleo essencial.

Embora intimamente ligadas, não se devem confundir as noções de conteúdo essencial dos direitos humanos fundamentais com a dignidade da pessoa humana. Esta última possui conteúdo próprio, e, portanto, apenas intangível na hipótese de uma possível ponderação, proibindo qualquer conduta que importe em coisificação do ser humano, tratando-o como meio e não como fim em si próprio.

Logo, a garantia de proteção ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais reporta-se à concepção de um limite último de interpretação¹⁶³ que atue como parâmetro que defina a medida exata da extensão do conteúdo dos mencionados direitos, delimitando-lhes, internamente, o âmbito de garantia efetivo.

Independentemente da teoria interna ou externa, objetiva ou subjetiva, ou ainda, da relativização delas, a violação de um direito é algo muito diferente de sua restrição. Os direitos fundamentais apenas podem ser restringidos mediante normas constitucionais ou normas infraconstitucionais com fundamento imediato na Constituição¹⁶⁴.

¹⁶² O núcleo essencial se configura como um conteúdo mínimo do direito, visto que a atuação conformadora do legislador é geralmente necessária, e, conforme o caso, imprescindível ao exercício dos direitos humanos fundamentais.

¹⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. *O princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 63.

¹⁶⁴ Ressalte-se que a conformação legislativa é imprescindível à atividade de otimização dos direitos, diante do choque entre máxima efetividade possível e proteção aos interesses colidentes.

Tais restrições corresponderiam aos chamados limites imanentes¹⁶⁵, que restringem tanto o objeto do bem jurídico oriundo da interpretação dos preceitos constitucionais (sentido material), quanto o conteúdo concernente àquelas situações ou modos de exercício, a princípio, não alcançados pela Constituição (sentido jurídico), atuando sempre quando a interpretação acerca de determinado direito fundamental não encontre abrigo na Constituição ou dela já tiver sido excluída.

O resultado obtido através da ponderação, à luz da razoabilidade e da proporcionalidade, garante que a tutela buscada venha a permitir a subsistência, na medida do possível, tanto do conteúdo essencial dos direitos fundamentais quanto dos princípios essenciais da ordem constitucional, respeitadas as peculiaridades do caso concreto, evitando o sacrifício total de um em relação aos outros, não havendo espaço para extremismos em relação à restrição dos direitos humanos fundamentais.

Assim, a restrição a um direito fundamental apenas será justificada se e enquanto não afete mais do que o necessário a salvaguarda de outro. Neste sentido Robert Alexy¹⁶⁶ preceitua que a adequação e a necessidade decorreriam dos princípios enquanto mandados de otimização das possibilidades fáticas; já a proporcionalidade em sentido estrito resultaria da relativização a respeito das possibilidades jurídicas.

Gustavo Amaral¹⁶⁷ preceitua que o atendimento ao legítimo interesse de todos não depende apenas dos elevados propósitos dos membros do Legislativo e do Executivo, e sim de uma combinação de diversos fatores que, no seu conjunto, jamais serão plenamente controláveis, havendo, portanto, necessidade de um crivo especial em que o dever-ser há de se aproximar do poder-ser.

No mesmo sentido, Mariana Filchtiner Figueiredo¹⁶⁸ esclarece que muito embora haja regramento constitucional prescrevendo a vinculação de parte das receitas públicas ao investimento em medidas para efetivá-lo, a inexorável escassez dos recursos impõe a necessidade de opções alocativas, no âmbito das quais se realizará o direito à saúde, dentro do que seja possível, fática e juridicamente.

¹⁶⁵ Podem aparecer de forma expressa no próprio Texto Constitucional, no preceito de direito fundamental, em outros dispositivos, ou ainda podem ser oriundos da interpretação conforme a Constituição.

¹⁶⁶ ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 111.

¹⁶⁷ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 199-200.

¹⁶⁸ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: Parâmetros para sua Eficácia e Efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p 147.

Recorde-se que o direito à saúde, embora fundamental, não constitui a única obrigação do Estado para com seus administrados; existem outras demandas igualmente afetas à competência estatal também oriundas da concretização de outros direitos fundamentais. Assim sendo, torna-se inevitável a atribuição de diferentes graus conforme a premência ditada pelo interesse público em relação aos interesses colidentes, somando-se a isto o fato de o dever da satisfação das necessidades públicas ser coletivamente prestado.

Então, um direito individualmente considerado não pode, *ab initio*, em termos abstratos, ser preferido aos direitos de outros cidadãos igualmente tutelados, independentemente de se tratar de prestação relativa ao direito à saúde ou de políticas públicas diversas igualmente essenciais, sob pena de se promover o assassínio de todos os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito consagrados pelo mesmo Texto Constitucional.

A escassez dos recursos financeiros destinados à efetivação do direito fundamental à saúde torna imprescindível uma análise minuciosa quanto à adoção das políticas públicas na área da saúde, não se conseguindo, pois, esquivar-se da discussão, mesmo superficial, da possibilidade de cobrança das referidas prestações.

Desta feita, deve-se primar por uma posição mais cautelosa, que não abarque a garantia irrestrita das possíveis dimensões de todos os direitos ao mesmo tempo, com o fito de perquirir parâmetros que conduzam à integralidade das prestações em saúde, entretanto, que não desemboque em tratamentos inseguros ou bastante dispendiosos, sem que a realidade exigisse tal medida.

Ora, se os direitos sociais atendem à concepção de igualdade como diferenciação e universalidade no ponto de chegada, o acesso aos serviços de saúde poderia ser passível de cobrança de quem possuísse situação financeira razoável, na justa medida destas condições econômicas, atuando como dimensão da reserva do possível, apresentando-se como uma possível alternativa ante a escassez dos recursos financeiros, aparentando ser bastante razoável em face das desigualdades sociais abarcadas pela realidade brasileira.

Cláudio Pereira Souza Neto¹⁶⁹ preceitua que se os recursos são escassos, deve-se priorizar a garantia do direito fundamental à saúde para os menos providos de recursos; caso o indivíduo seja capaz de arcar com os custos da prestação com recursos próprios, não pode

¹⁶⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 539.

exigi-la do Estado perante o Judiciário. Assim, o critério da possibilidade de universalização englobaria apenas os hipossuficientes, figurando apenas como um objetivo a ser eventualmente alcançado pelas políticas sociais¹⁷⁰. Contudo, tal hipossuficiência deve ser aferida em cada caso *in concreto*¹⁷¹.

Fátima Vieira Henriques¹⁷² lembra que a instituição e aplicação de critérios limitadores à assistência estatal à saúde são inevitáveis, uma vez que, enquanto os recursos disponíveis são finitos, inesgotáveis são os interesses sociais a atender, a questão central está na escolha das balizas corretas, capazes de propiciar a eficiência dos gastos públicos sem resvalar no utilitarismo puro e simples. Para tanto deve ser verificado: 1) se o indivíduo efetivamente necessita daquilo que pleiteia, tanto sob o aspecto financeiro quanto sob o aspecto médico; 2) se o eventual deferimento da pretensão instituiria tratamento diferenciado injustificado; e 3) se a prestação pleiteada desconsidera o estágio atual da saúde no país.

No mesmo sentido, Mitchell Polinsky¹⁷³ preceitua que a ineficiência acarreta desperdícios à sociedade, por isto, é imprescindível maximizar sua utilização social.

Rachel Sztajn e Décio Zylbersztajn¹⁷⁴ esclarecem que eficiência significa a aptidão para obter o máximo ou o melhor resultado ou rendimento, com a menor perda ou menor dispêndio de esforços, ou seja, é a busca pelo ótimo, evitando-se o desperdício na utilização de recursos.

Richard Posner¹⁷⁵ assevera que é necessário que os recursos utilizados para custeio das necessidades sociais sejam gastos de forma a atender a um maior número de beneficiários possível, já que qualquer serviço público que deva ser prestado pelo Estado implicará um preço que será suportado pelo contribuinte, exigindo, pois, uma operacionalização que conduza à melhor promoção e implantação de direitos sociais.

¹⁷⁰ No mesmo sentido, PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Derechos sociales y positivismo jurídico: escritos de filosofía jurídica y política*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1999, p. 64-65.

¹⁷¹ Ressalte-se que a hipossuficiência não está diretamente ligada à condição de pobreza, pois, caso o jurisdicionado, embora não seja pobre, não disponha de recursos para arcar com as prestações sociais sem tornar inviável o atendimento de outras necessidades básicas, restará configurada a hipossuficiência.

¹⁷² HENRIQUES, Fátima Vieira. Direitos Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 858.

POLINSKY, Mitchell. *Introducción al análisis económico del derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1985, p. 79.

¹⁷⁴ SZTAJN, Rachel e ZYLBERSZTAJN, Décio. *Direito & Economia*. Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 83.

¹⁷⁵ POSNER, Richard. *Economics analysis of law*. New York: Little, Brown and Co., 1973, p. 73.

Luciano Timm¹⁷⁶ ressalta que as necessidades humanas a satisfazer são ilimitadas, já os recursos orçamentários são escassos. Exatamente por isso o emprego destes deve ser feito de modo eficiente, dentro das orientações das melhores práticas administrativas e econômicas, a fim de poder atingir o maior número de necessidades pessoais com o mesmo recurso, dotando-o de maior eficiência.

Rogério Nascimento¹⁷⁷ adverte que qualquer medida redistributiva exige restrições à liberdade e acaba, necessariamente, por traçar limites ante a interesses particulares que se revelem inconvenientes para a maioria, gerando um choque inevitável de valores, já que diferentes posições na sociedade geram diferentes interpretações sobre quem é o sujeito ao qual se atribui o direito de usufruir de parcela de bens gerados, bem como sobre o que é necessidade, e, até mesmo, sobre a extensão do que se entende por saúde. Na verdade, os diferentes critérios de aferição da justiça distributiva de saúde não se excluem, ao contrário, se complementam, permitindo modular e contextualizar as diferentes formas de atender à demanda por acesso à saúde. Equidade de acesso para iguais necessidades na promoção, na prevenção e na utilização de serviços de recuperação.

Impende ressaltar que direito fundamental à saúde não significa tratamento livremente escolhido. Desta feita, não se encontram sob a égide de referida garantia constitucional tratamentos sem indicação médica específica ou que não obedeçam às padrões técnicos estabelecidos, nem muito menos pretender o indivíduo que sua escolha pessoal prevaleça sobre a opção menos custosa e igualmente eficaz. Pode o magistrado indeferir total ou parcialmente o tratamento em favor da prevalência de outros direitos, bens, valores ou princípios após o juízo de ponderação.

Ora, se através da fruição dos direitos humanos fundamentais se alcança a dignidade da pessoa humana, cabendo ao Estado a obrigação de resguardá-la e promovê-la, inclusive protegendo a pessoa de atos que atinjam sua própria dignidade, também é parte integrante da competência estatal a proteção do doente contra si próprio, podendo, conforme o caso, ter vetados tratamentos sem eficácia comprovada, experimentais, ou mesmo medicamentos não aprovados pelos órgãos de vigilância sanitária.

¹⁷⁶ TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti. (Orgs.). *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 52.

¹⁷⁷ NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. Concretizando a Utopia: Problemas na Efetivação do Direito a uma Vida Saudável. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 907.

Não há como se alcançar a dignidade da pessoa humana sem a efetiva fruição do direito fundamental à saúde, contudo, para que mencionado exercício se dê, é imprescindível que o Poder Público disponibilize as prestações materiais prévias imprescindíveis ao exercício do direito fundamental em tela.

Assim, em face da omissão administrativa em relação a certa política pública que já possui previsão legal, é perfeitamente possível, guardadas as especificidades de cada situação em concreto, a intervenção do Poder Judiciário no sentido de determinar à Administração Pública que efetue mencionada política garantindo a saúde à população brasileira.

Cumprе ressaltar que embora se trate de resguardar a dignidade da pessoa humana, o magistrado ao realizar o mencionado controle deve guardar certa cautela, observando inicialmente que não lhe compete efetuar decisões políticas, já que estas questões são constitucionalmente conferidas ao Executivo e ao Legislativo. Também não pode esquecer que o grau de realização do direito à saúde está diretamente vinculado ao volume de recursos destinado para tal fim, que, diga-se de passagem, são escassos, exatamente por isso é preciso que referida prestação se enquadre no conceito de mínimo existencial.

Ainda impende frisar que embora se sustente a seletividade na prestação referente ao direito social à saúde como atenuador das desigualdades de fato, não há como negar que como garantia da isonomia, uma vez tomada a decisão, ela deverá valer para todos indistintamente, disponham ou não de certa situação financeira.

Logo, quando do cotejo de valores/interesses não há como admitir que o direito fundamental de um único indivíduo acarrete, por exemplo, o fechamento de um posto de saúde, prejudicando assim o direito de toda uma coletividade.

Neste sentido, Luciano Timm¹⁷⁸ lembra que infelizmente não há como negar o fato de que nem todas as necessidades sociais serão supridas e que nem todas as injustiças serão resolvidas pelo ordenamento jurídico e pelos tribunais.

¹⁷⁸ TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti. (Orgs.). *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 52.

3 A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE ATRAVÉS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

3.1 A Constituição e a realização do direito fundamental à saúde

O Constitucionalismo contemporâneo, e o brasileiro em particular, já consolidou alguns conceitos teóricos que, gradativamente, vão se incorporando à prática jurídica. Três deles são de grande relevância para o tema em debate e podem ser enunciados da seguinte forma:

As disposições constitucionais, independentemente de sua natureza de regra ou princípio, são dotadas de normatividade, isto é, são normas jurídicas. Como tais, pretendem produzir efeitos no mundo dos fatos e desfrutam da imperatividade própria do Direito. Mais que isso, gozam da prerrogativa da superioridade hierárquica no sistema jurídico;

Os direitos fundamentais têm um *status* diferenciado no âmbito do sistema constitucional, espalhando-se por todo o ordenamento jurídico, tendo por núcleo o homem e sua dignidade. Isto implica que tanto o Estado como o Direito existem para proteger e promover a dignidade da pessoa humana, dignidade esta que apenas será alcançada através da fruição dos direitos fundamentais;

Os poderes públicos estão submetidos à Constituição como decorrência direta da noção de Estado de Direito, por força da qual o exercício do poder político encontra limites em normas jurídicas.

Das premissas supramencionadas, infere-se que o controle jurídico das políticas públicas dirigidas aos direitos fundamentais decorre da própria previsão e, consequentes da, preservação das normas constitucionais.

Não obstante, pairam diversas críticas acerca da ingerência do Poder Judiciário no controle das políticas públicas, sob o argumento de que referido tema se acha reservado à deliberação política majoritária, através do controle político-social dos grupos de oposição e da população em geral, e que sua atuação no espaço próprio do pluralismo político produziria um grave desequilíbrio em prejuízo da democracia.

Cláudio Pereira Souza Neto¹⁷⁹ assinala que esse “ativismo judicial” em relação aos direitos sociais se deve a variados fatores, dentre eles, o movimento de afirmação da normatividade constitucional, as sucessivas crises que atingem o Legislativo e o Executivo, e

¹⁷⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 516.

a superação do positivismo no âmbito da metodologia constitucional. Como se observa, o problema não se circunscreve apenas à interpretação do Direito Constitucional; abrange, ainda, a argumentação moral/prática, além da análise do funcionamento concreto das instituições pertinentes, vale dizer, não se trata apenas de interpretação do Direito, mas de decisão política.

Não há dúvida de que definir o somatório dos recursos financeiros a ser utilizado, com que finalidade, em que e como, quando da prestação do serviço público são decisões próprias da esfera de deliberação democrática, e não do magistrado.

Ora, a própria Constituição reconhece tal assertiva ao dispor o regramento pertinente ao Executivo e ao Legislativo no que diz respeito à elaboração do orçamento público, bem como sua execução e controle.

Certamente, a invasão de tais prerrogativas pelo Poder Judiciário poderia produzir um desequilíbrio permanente, que atravancaria o funcionamento regular e o desenvolvimento da democracia no Brasil.

Ressalte-se, entretanto, que em condições de pobreza extrema, tais quais as existentes em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, como o Brasil, a ausência de níveis básicos de educação e informação influi diretamente na autonomia do indivíduo para avaliar, refletir e participar conscientemente do processo democrático.

Igualmente, na ausência de controle social, a gestão das políticas no ambiente das deliberações majoritárias tende a ser marcada pela corrupção, pela ineficiência e pelo clientelismo,¹⁸⁰ o que promove a malversação da *res* pública em detrimento dos direitos mínimos assegurados pela Constituição.

Outra crítica que se faz ao controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário reside na ausência de legitimidade, visto que somente o Poder Legislativo e o Poder Executivo, escolhidos através do sufrágio universal, seriam legitimados para gerenciar as políticas públicas. Entretanto, este argumento é absolutamente rechaçado pelo princípio da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário nos casos de lesão ou ameaça a direito, consagrado no art. 5º, inciso XXXV, da Carta Magna brasileira.

Invoca-se, ainda, como óbice à atuação judicial, na implantação e fiscalização das políticas públicas, o princípio da separação dos poderes consignado no art. 2º da Constituição da República de 1988. Também não resiste tal argumento, uma vez que nosso ordenamento

¹⁸⁰ Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, 2001, p.240: “Clientelismo: prática eleitoreira de certos políticos que consiste em privilegiar uma clientela (“conjunto de indivíduos dependentes”) em troca de votos, ou de favores entre quem detém o poder e quem vota”.

jurídico prevê um sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) que permite o controle de um Poder sobre o outro, como forma de garantir um equilíbrio entre eles.

Desta forma, o Poder Executivo, além de estar sujeito a controles internos, por meio da autotutela, sendo-lhe facultada a revisão de seus próprios atos, revogando-os ou anulando-os, também é suscetível a controles externos, os quais se dão por órgãos alheios ao Poder Executivo, vale dizer, pelo Legislativo, que compreende o controle parlamentar direto e o controle exercido pelo Tribunal de Contas (órgão auxiliar do Legislativo nesta matéria), além do controle exercido pelo Judiciário.

Sendo o controle externo jurisdicional o tema proposto para o presente trabalho, vamos nos deter apenas nele. No Brasil vigora o sistema de jurisdição única, em que cabe ao Poder Judiciário decidir, definitivamente, toda e qualquer contenda sobre a adequada aplicação do direito a um caso concreto, independentemente de quem sejam os litigantes ou mesmo da índole da relação jurídica controvertida.

Portanto, cabe ao Judiciário fiscalizar as condutas ilegítimas da Administração Pública, compelindo-a àquelas que seriam obrigatórias e condenando-a a indenizar os lesados, quando for o caso, com espeque no art. 5º, XXXV, da Constituição brasileira, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito.”

Argumenta-se, ainda, contra a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas, para torná-la eficaz e eficiente, a ausência de recursos financeiros, os limites para vinculação do orçamento público ao atendimento de prestações públicas de saúde, invocando-se a chamada reserva do possível.

Decerto que a própria Constituição estabelece percentuais mínimos de recursos que devem ser investidos em educação e saúde pelos entes federativos (CF, arts. 198, parágrafo segundo, 212 e ADCT art. 77, parágrafo quarto¹⁸¹), além de vincular as receitas das contribuições sociais ao custeio da seguridade social.

¹⁸¹ CF/88: “Art. 198, §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. (...)”. Art. 212. “A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino”. Art. 77. “Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde serão equivalentes: [...] § 4º Na ausência da lei complementar a

É cediço, no entanto, que tais percentuais não são suficientes para acudir uma demanda cada vez maior por serviços públicos relativos ao direito à saúde. A insuficiência dos recursos que o SUS põe à disposição da sociedade traduz-se, entre outros, na alta taxa de mortalidade infantil, no retorno de patologias que há muito já haviam sido consideradas extintas no País, tais como a tuberculose, a poliomielite, sem falar na atual epidemia da dengue.

Logo, é possível a intervenção do Poder Judiciário, quando provocado, para exigir do Executivo a efetivação das ações políticas necessárias, inclusive com imposição de obrigações de prestação de contas ou exibição de documentos, sem prejuízo de outras sanções.

Partindo da premissa de que o Judiciário é legítimo para imiscuir-se nos atos administrativos, porém respeitando a discricionariedade que lhes é inerente, a realidade fática demonstra que a oportunidade e conveniência do Poder Executivo, conhecidas como méritos do ato administrativo, também devem observância aos princípios e normas que emanam da Constituição, sendo por ela limitados, e submetidos ao crivo do Poder Judiciário, independentemente de se tratar de atos vinculados ou discricionários.

A referência às espécies de atos administrativos vinculados e discricionários consiste na concessão legal de certa liberdade de escolha pela Administração em relação a determinados atos por ela praticados quanto ao conteúdo, destinatário, conveniência, oportunidade e modo de realização.

Todavia, a delimitação da liberdade de decisão do administrador encontra limites na própria norma e pode estar inserida tanto no seu fato-tipo, através de texto com conceitos indeterminados: tais quais, *interesse público*, *conduta ilibada*, *notório saber jurídico*, quanto no mandamento em si, caracterizado quase sempre pelas expressões o administrador *poderá...*, *deverá...*, que são termos com densidades diversas: o primeiro faculta, enquanto o último impõe.

Donde se depreende que a discricionariedade do administrador não está isenta de controle pelo Judiciário, sem prejuízo da avaliação dos elementos que compõem os atos administrativos.

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”.

E, como bem discorre Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁸², dentre as medidas judiciais intentáveis para correção da conduta administrativa, afora as comuns, como, por exemplo, as de defesa ou reintegração de posse ou as ações ordinárias de indenização e as cautelares em geral, existem algumas específicas para enfrentar atos ou omissões de “autoridade pública”: os chamados remédios constitucionais, garantidores dos direitos subjetivos explícitos e implícitos na Carta Magna.

Dentre os vários instrumentos previstos no texto constitucional para controle dos atos da Administração através da jurisdição¹⁸³, encontra-se o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data*, o mandado de injunção, a ação popular a ação de inconstitucionalidade e a ação civil pública.

O Mandado de Segurança, previsto no mesmo art. 5º, LXIX e LXX, da Constituição, respectivamente, consagrador das modalidades individual e coletivo, e regulado pela Lei 12.016/09, é cabível para a proteção de direito líquido e certo não amparável por *habeas data* ou *habeas corpus*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições.

O Mandado de Injunção – art. 5º, LXXI, CF/88 –, é medida hábil para que o postulante obtenha, em um caso específico concreto (e estritamente para ele), mediante suprimento judicial, a disciplina necessária indispensável ao exercício dos direitos de liberdades constitucionais ou de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, frustrados pela ausência de norma regulamentadora, cuja falta esteja a inviabilizar-lhe o exercício.

A Ação Popular, inserida no inciso LXXIII do art. 5º da Constituição Federal, é o instrumento deferido a qualquer cidadão para anular atos lesivos ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, ou à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, sendo regulada pela Lei 4.717/65¹⁸⁴.

¹⁸² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19ª ed. Editora Malheiros : São Paulo, 2005, p. 883.

¹⁸³ A jurisdição é uma das funções exercidas pelo Estado, o qual, segundo a clássica teoria da separação de poderes, possui ainda as funções administrativa e legislativa. A nota característica do exercício da função jurisdicional é o fato de ser monopólio do Estado, afastando com isso qualquer atividade não estatal tendente a aplicar as normas jurídicas e a fazer valer em situação conflituosa.

¹⁸⁴ Insta salientar que uma característica marcante dos direitos coletivos é a sua prestação *in natura*, mediante a realização de deveres de fazer ou não fazer, interessando muito mais à coletividade o respectivo bem a que se teria direito caso tivesse sido cumprido o dever jurídico inadimplido, que propriamente a obtenção de tutela ressarcitória. Desta feita, não deveria soar estranha a utilização da ação civil pública para a obtenção da tutela

A Ação Direta de Inconstitucionalidade encontra-se prevista nos arts. 102, I, “a” e 103 da Constituição Federal, regulada pela Lei 9.868/99, e visa ao reconhecimento judicial de inconstitucionalidades por ação ou omissão do Poder Público.

Enquanto a ação civil pública, com previsão constitucional no art. 129, III da Carta da República, é um instrumento utilizável, **cautelamente**, para evitar danos ao meio ambiente, estético, histórico, turístico ou paisagístico, **além de outros interesses difusos** da sociedade¹⁸⁵, ou como meio ressarcir o erário, no caso de existência de dano. Encontra-se regulamentada pela Lei 7.347, de 24.7.1985, sendo reconhecida como instrumento típico de proteção jurisdicional tanto dos interesses coletivos, quanto de bens e valores caros à coletividade, mas que até então não eram tratados com a adequação judicial que o tema exige¹⁸⁶.

Marcelo Abelha Rodrigues¹⁸⁷ assevera que a ação civil pública representa para a coletividade uma das mais potentes armas cíveis previstas pelo ordenamento jurídico brasileiro, configurando-se, ainda, como remédio adequado à tutela de direitos de uma coletividade raramente assistida pelo Estado, assumindo o importante papel de remédio para a efetivação das reivindicações sociais, que consagra o resgate e a esperança de uma justiça mais digna e mais próxima dos anseios da população brasileira¹⁸⁸.

É bem verdade que as intrincadas questões relativas ao efetivo exercício do direito fundamental à saúde não permitem soluções apriorísticas, exigindo um grande esforço não apenas dos Poderes constituídos, mas também de toda a sociedade, pois se trata de um problema de alta complexidade cuja solução pressupõe ações afirmativas, políticas públicas, planejamento, serviços públicos de boa qualidade, estrutura física, estoque de medicamentos, efetivo suficiente de profissionais da área, entre outros.

específica ou o resultado prático equivalente, sendo esta uma grande vantagem em relação à ação popular quando se tratar de políticas públicas na área da saúde.

¹⁸⁵ Mazzilli assinala que tal ditame legal sacramenta a inexistência de taxatividade de objeto para a defesa judicial de interesses transindividuais. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 118.

¹⁸⁶ Neste sentido, Rodrigues assevera não haver nenhum absurdo na utilização da ação civil pública para designar ou qualificar a demanda que tutela direitos coletivos *lato sensu*, em face da relevância social da tutela pretendida. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação Civil Pública*. In: DIDIER, Fredie (Org.). *Ações Constitucionais*. 3ª ed. rev. ampl. e atual., Salvador: Juspodivm, 2008, p. 337.

¹⁸⁷ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação Civil Pública*. In: DIDIER, Fredie (Org.). *Ações Constitucionais*. 3ª ed. rev. ampl. e atual., Salvador: Juspodivm, 2008, p. 329.

¹⁸⁸ Não se perca de vista que a atuação dos Poderes Constituídos apenas será legítima quando norteada pelo interesse público. Nesta perspectiva, tanto os direitos coletivos *lato sensu* quanto os direitos individuais indisponíveis são caracterizados como interesses de ordem social e pública; assim sendo, é imperativo que a ação civil pública seja encarada como um processo de interesse público.

Ainda que o controle judicial não seja a solução milagrosa para os problemas relativos à fruição do direito à saúde, apresenta-se como uma ferramenta importante capaz de garantir à população necessitada, em certa medida, o acesso a este importante direito.

Como se demonstrará a seguir dentre os instrumentos jurídicos postos à disposição dos administrados surge a ação civil pública como um meio bastante efetivo para a realização de tal desiderato, já que, a ação coletiva, permite a extensão dos efeitos da coisa julgada às pessoas que se encontrem em uma mesma situação de fato, ainda que não tenham participado da constituição do título executivo, sendo, pois, privilegiadas pela imutabilidade da sentença ensejando considerável economia e celeridade processual.

3.2 O sistema processual brasileiro vigente: incompatibilidades entre seus institutos privatistas e a busca pela efetividade dos “direitos sem dono”

A realização dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988 trouxe mudanças substanciais no processo civil brasileiro, como, por exemplo, o julgamento preliminar de mérito, a súmula impeditiva de recurso, a súmula de jurisprudência dominante, bem como regulamentações de repercussão geral, entre outras tantas inovações¹⁸⁹.

Antonio Aguiar Bastos¹⁹⁰ assinala que tais transformações têm feito com que decisões proferidas em processos individuais deixem de atingir somente as partes que neles atuam, influenciando no julgamento de outros tantos conflitos semelhantes ao caso concreto que é resolvido em um determinado processo.

Antonio do Passo Cabral¹⁹¹ ressalta que a intenção foi procurar métodos de decisão em bloco que partissem de um caso concreto entre contendores individuais, tratando-se da instauração de uma espécie de incidente coletivo dentro de um processo individual, entretanto, preservando, dentro da multiplicidade genérica, a identidade e a especificidade do

¹⁸⁹ Não se perca de vista que a nova feição do processo civil brasileiro se evidencia por tazer maior agilidade aos julgados, no sentido de estabelecer um mecanismo que possibilite uma forma mais célere de julgamento de causas repetitivas, como por exemplo, o julgamento preliminar de mérito, onde se a matéria for exclusivamente de direito, e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida a sentença, reproduzindo-se o teor da decisão anteriormente prolatada.

¹⁹⁰ BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. O Devido Processo Legal nas Causas Repetitivas. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta e DIDIER JR, Fredie (Coords.). *Tutela Jurisdicional Coletiva*. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 50.

¹⁹¹ CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*. Ano 32, n.147. São Paulo: RT, maio/2007, p. 128.

particular, sendo cada membro do grupo tratado como uma parte, ao invés de uma não parte substituída, na tentativa de estabelecer algo análogo a uma *class action*, porém sem classe.

Diante de tal contexto, impende frisar a flagrante inadequação dos princípios regentes do processo individual junto às lides coletivas, pressupondo uma nova leitura dos institutos processuais clássicos, uma vez que a simples transposição dos institutos privatistas, sem as devidas alterações e temperamentos inerentes à própria natureza das demandas coletivas, resta absolutamente incapaz para a defesa dos interesses difusos, coletivos ou mesmo individuais homogêneos¹⁹².

Neste ponto específico, Ada Pellegrini Grinover¹⁹³ observa que o objeto dos processos é inquestionavelmente diverso, consistindo, nas ações coletivas, na reparação ao bem indivisivelmente considerado, ou na obrigação de fazer ou não fazer, enquanto as ações individuais tendem ao ressarcimento pessoal. Com efeito, a concepção do CPC foi inspirada pelas ideias liberalistas dos diplomas europeus, consoante a própria exposição de motivos do referido texto legal, fundados na autonomia absoluta da vontade.

Ora, é cediço que a adoção de uma política estatal não intervencionista significa a construção de pilares teóricos absolutamente opostos aos sustentados pelo Estado Absolutista, inculcando no Direito Processual pátrio a ideia de uma postura neutra e distante do juiz, atuando exclusivamente quando provocado na forma e modos legais, imaginando estar sendo imparcial e mantendo uma falsa isonomia entre os litigantes por privilegiar a proteção do indivíduo egoisticamente considerado¹⁹⁴.

A promulgação da Constituição Federal de 1988, em virtude da dignidade da pessoa humana e da realização dos direitos fundamentais, impõe a concretização do Estado Social, obrigando os Poderes Constituídos a assumir uma postura mais atuante em prol da coletividade, atentando-se, posteriormente, para o fato de que o maior responsável pelas

¹⁹² A mudança de paradigma do Estado Liberal para o *Welfare State*, bem como a nova hermenêutica constitucional, e a realização dos direitos fundamentais, impõem uma nova postura ao processo civil, obrigando tanto a ele quanto ao hermeneuta a quedarem-se hábeis às demandas trazidas pelos novos tempos.

¹⁹³ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 830.

¹⁹⁴ Até então é cristalina a divisão estanque que estabelecia ser público tudo que não fosse privado, logo, não havia como prosperar a mínima efetividade por parte dos direitos sociais, pois qualquer modalidade de organização seria tida como afronta à isonomia, estando o interesse público restrito à garantia da liberdade individual.

demandas em massa acabaria sendo o próprio Estado, em razão da ineficiência na prestação dos serviços públicos a seus administrados¹⁹⁵.

Não se pode olvidar que em se tratando de direitos coletivos os institutos processuais marcados pelo liberalismo precisam ser submetidos a uma nova ótica¹⁹⁶, posto que sua natureza transindividual, não admite que sejam interpretados à luz dos rigores formalistas que imperam nos processos individuais, com a finalidade de alcançar uma efetividade social através da tutela jurisdicional¹⁹⁷.

Tal mudança evidencia a insuficiência e a limitação quando da aplicação dos antigos dogmas da hermenêutica privatista à tutela de direitos titularizados por toda uma coletividade, mormente quando apenas um legitimado move a ação em benefício de um todo coletivo, devendo-se ter em conta não a estrutura subjetiva do processo, mas sim a matéria litigiosa nele discutida¹⁹⁸.

Assim, conforme José Carlos Barbosa Moreira¹⁹⁹, na realidade processual brasileira a peculiaridade mais marcante nas ações coletivas é a existência de uma permissão para que, embora interessando a uma série de sujeitos distintos, identificáveis ou não, possa ser ajuizada e conduzida por iniciativa de uma única pessoa, porquanto a matéria litigiosa veiculada nas ações coletivas refere-se, geralmente, a novos direitos e a novas formas de lesão oriundas de uma natureza comum, levando a transposição de uma estrutura atômica para uma estrutura molecular do litígio.

¹⁹⁵ Por representar uma grande ameaça à manutenção do *status quo* estatal a lei da ação civil pública vem sofrendo uma série de restrições políticas, normalmente antecedidas por medidas provisórias, através das quais o administrador público legisla para si mesmo.

¹⁹⁶ Neste sentido, o Ministro do STF Sepúlveda Pertence, em voto reproduzido na RTJ 142/446, assinala que, progressivamente, vem sendo posto em xeque o dogma do direito processual clássico, corolário das inspirações individualistas da ideologia liberal, qual seja o da necessária coincidência entre a legitimação para agir e a titularidade da pretensão material deduzida em juízo.

¹⁹⁷ Impende frisar que a grande resistência para a utilização da ação civil pública em sede de implantação de políticas públicas na área da saúde deve-se ainda à ideia retrógrada do legislador liberal em querer instituir códigos hermeticamente fechados, numa tentativa desesperada de manter a ação individual como a via obrigatória de toda demanda, restando claro o traço privatista do sistema processual.

¹⁹⁸ Não se trata de rechaçar ou mesmo de inutilizar os esquemas individualistas do garantismo processual. Ao contrário, sustenta-se tão somente que os institutos processuais se amoldem às novas demandas, e que seja reconhecida na ação civil pública uma forma eficaz de combater a inadimplência estatal em ofertar as prestações materiais prévias imprescindíveis ao exercício do direito fundamental à saúde, sendo tal argumento justificado pela própria perspectiva do processo no seu mister teleológico de realização da paz social atrelada à justiça. Assim, no caso de eventual lacuna, e dispondo o CPC de forma contrária aos princípios fundamentais da tutela coletiva, deverá o julgador densificar os princípios para a efetividade destes direitos, e nunca o contrário.

¹⁹⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na constituição federal de 1988. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1991, nº 61, p. 187.

Logo, ainda que se trate de interesses patrimoniais individuais, ao assumir proporções coletivas eles adquirem uma conotação social, tornando-se indisponíveis processualmente, não obstante o lesado possa individualmente dispor de sua parcela, porém os legitimados jamais poderão deles abrir mão, uma vez que não são os detentores da titularidade de tais direitos²⁰⁰.

No mesmo sentido, Cândido Rangel Dinamarco²⁰¹ preceitua que o direito tende à universalização em todas as áreas, devendo o Estado interferir na regulação das relações entre os indivíduos, valorizando a preocupação social e, em decorrência, abandonando as soluções marcadamente privatistas herdadas do Direito Romano.

A seu turno, Sérgio Cruz Arenhart e Luiz Guilherme Marinoni²⁰² observam que não se podem aplicar indiscriminadamente as regras processo individual na tutela coletiva, não havendo razão para tratar da legitimidade para a tutela dos direitos metaindividuais a partir de seu correspondente no processo civil individual. Na verdade quando se pensa em direito alheio raciocina-se a partir de uma visão individualista, que não norteia a atuação da tutela coletiva, devendo a noção de direitos transindividuais romper com a ideia de que o direito ou é próprio ou é alheio. Ora, se o direito é titularizado pela comunidade ou pela coletividade, não é possível falar em direito alheio, não sendo mais satisfatória, por simples consequência lógica, a clássica dicotomia que classifica a legitimidade em ordinária e extraordinária.

O Texto Constitucional não deixa dúvidas acerca da garantia do acesso à justiça²⁰³, independentemente de se estar tratando de direitos individuais ou coletivos, logo, não privilegia apenas o direito individual, ou mesmo uma ação para cada direito, abarcando, além dos direitos coletivos, toda uma gama de ações cabíveis que visem assegurar sua tutela de forma adequada e efetiva²⁰⁴.

²⁰⁰ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002, p. 324.

²⁰¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros 2004, p. 51.

²⁰² ARENHART, Sérgio Cruz e MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 758.

²⁰³ Ressalte-se que referido dispositivo constitucional garante proteção jurisdicional contra lesão ou ameaça a direito, não trazendo à baila qualquer restrição qualitativa. Exatamente por isso não só é inadmissível, como inconstitucional, o fato de os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos restarem excluídos do manto protetor assegurado pela prerrogativa da inafastabilidade da jurisdição.

²⁰⁴ Tal afirmação é evidenciada e confirmada pelos arts. 83 da Lei 8.078/90 e 82 da Lei 10.741/2003, ao permitirem a extensão subjetiva da coisa julgada em exclusivo benefício das pretensões individuais.

Portanto, uma mesma situação de direito material é suscetível de ensejar diversas tutelas possíveis²⁰⁵, não cabendo apenas uma ação única, muito pelo contrário, traduz antes a potencialidade de diversas eficácias voltadas à tutela jurisdicional.

Daí Fredie Didier e Hermes Zaneti²⁰⁶ assinalam ser possível, a partir do mesmo fato ou da mesma lesão ao direito abstratamente considerado, o cabimento de uma ação civil pública para a tutela de um direito difuso, coletivo *stricto sensu* ou individual homogêneo, pleiteando, conforme o caso, a condenação genérica, uma tutela específica para retornar as coisas ao estado anterior (mandamental ou executiva), ou ainda, o dano moral decorrente da lesão aos interesses da coletividade. As demandas coletivas devem ser encaradas exatamente sob este prisma: o titular do direito não é uma pessoa individualmente considerada, mas sim toda uma coletividade.

Desta feita, anota Rodolfo de Camargo Mancuso²⁰⁷ que o tradicional critério dos *tria eadem* (mesmas partes, mesmo pedido e mesma causa de pedir) vem se mostrando cada vez mais inoperante em face das ações intersubjetivas, as quais apresentam coincidência entre as partes processual e substancial, em que a legitimação e o interesse devem ser aferidos por critérios outros, tais como: a relevância social do interesse objetivado, a idoneidade do representante ideológico e a chamada pertinência temática, que consiste na correlação lógica e necessária entre o objeto litigioso e a finalidade institucional do portador judicial.

Exatamente por isso é imprescindível visualizar a questão sob uma perspectiva que privilegie os pormenores exigidos por referidas demandas, tais como: uma postura mais atuante do magistrado que valorize o princípio inquisitivo²⁰⁸; uma maior intervenção do Estado-Juiz para igualar as partes e permitir o devido processo legal²⁰⁹; a supremacia das

²⁰⁵ Neste sentido, Antonio Gidi entende que um mesmo fato lesivo é capaz de ensejar pretensões difusas, coletivas, individuais homogêneas e, mesmo, individuais puras, ainda que nem todas sejam baseadas no mesmo ramo do direito material, portanto, o critério identificador do direito coletivo não é a matéria, o tema ou o assunto abstratamente considerados, mas o direito subjetivo específico que foi violado. GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 20-21.

²⁰⁶ DIDIER Jr, Fredie e ZANETI Jr, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. v.4, 3ª ed, Salvador: Juspodivm, 2008, p. 30.

²⁰⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. 11ª ed. São Paulo: RT, 2009, p.346-347.

²⁰⁸ Este princípio estabelece que diante de direitos indisponíveis da sociedade, uma vez proposta a demanda, o juiz atuará normalmente, bastando a provocação inicial, já que, nos processos coletivos, neutralidade pode ser sinônimo de parcialidade.

²⁰⁹ Neste ponto o conceito de contraditório exerce papel crucial na realização dos direitos coletivos, devendo ser compreendido como um corolário de influência das partes em relação ao julgador, rompendo a vetusta ideia de restringi-lo a mera oportunidade de manifestação nos autos.

técnicas de efetividade em detrimento das técnicas de segurança²¹⁰; o desapego à forma rígida dos atos processuais²¹¹; a revisitação do mito e o dogma da coisa julgada material em prol das soluções justas; a valorização do juízo de verossimilhança²¹² e o agrupamento das tutelas processuais em um só processo (cognição, execução e cautelar)²¹³. Ora, não resta dúvida acerca da instrumentalidade do processo. Assim sendo, este não representa o fim, mas o meio para a realização do direito, não tendo sentido a valorização de interpretações rígidas que excluam da apreciação do Judiciário o direito afirmado pelo autor, quando na verdade sua única finalidade consiste na viabilização de uma ordem jurídica justa²¹⁴.

Gregório Assagra de Almeida²¹⁵ lembra que o Poder Judiciário deve ser maleável no que tange aos requisitos de admissibilidade processual, no sentido de enfrentar o mérito do processo coletivo legitimando a sua função social, devendo, urgentemente, “demolir a prisão formalista alicerçada pela filosofia liberal individualista” já devidamente superada e completamente incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Kazuo Watanabe²¹⁶ preceitua que, infelizmente, um erro muito praticado na práxis forense vem sendo a constante e inadmissível fragmentação de um conflito coletivo em múltiplas ações pseudoindividuais²¹⁷, quando na verdade a propositura de apenas uma ação coletiva seria bem mais apropriada, tendo em vista a natureza unitária e incindível da relação

²¹⁰ Num Estado que se pretenda democrático, a ação é tida não como um fim em si própria, mas como meio de se alcançar a efetivação dos direitos de forma justa. Exatamente por isso sua finalidade precípua é a jurisdição, potencializando seus resultados no sentido de tornar a tutela imediata e eficaz.

²¹¹ Não se perca de mira que em sede de processo coletivo sempre deve ser levado em consideração o fato de que o direito tutelado é titularizado por uma coletividade, configurando o legitimado ativo apenas como um impulsionador escolhido de forma abstrata pelo legislador, daí se justificar a atenuação do rigor formalista em nome da economia processual.

²¹² Diante da urgência ínsita e a si inerentes, os processos coletivos admitem o juízo de probabilidades, visto que é impossível a conciliação entre o longo tempo de uma tutela exauriente e a necessidade por uma solução rápida e efetiva. Em que pesem os riscos oriundos de uma provável tutela, maior e ainda mais insuportável seria o prejuízo de toda uma coletividade, oriundo da não concessão da tutela imediata.

²¹³ Ressalte-se que esta nova visão acerca dos aspectos processuais se deu em virtude das dimensões qualitativas e quantitativas dos direitos sociais. Exatamente por isto nos processos coletivos se encontrará em larga escala as modificações mencionadas.

²¹⁴ Impende frisar que para assegurar tanto o acesso formal quanto o material a este novo tipo de tutela jurisdicional, é imprescindível que o devido processo legal assuma uma vocação coletiva, abandonando a dogmática em prol da efetividade da prestação da justiça.

²¹⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 572.

²¹⁶ WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2006, n.139, p. 29-35.

²¹⁷ Tais ações são assim classificadas porque os efeitos da tutela jurídica obtidos aparentam ser de natureza individual, quando na realidade são inerentemente extensíveis para toda a comunidade.

jurídica substancial em se tratando de natureza unitária e incindível da relação jurídica substancial²¹⁸.

Contudo, Luiz Paulo Araújo Filho²¹⁹ observa que uma ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos não significa a simples soma das ações individuais, ao revés, a ação coletiva é caracterizada por interesses individuais homogêneos, concentrando-se a pretensão do legitimado no acolhimento de uma tese jurídica geral, passível de ser aproveitada por muitas pessoas, o que é completamente diferente da apresentação de inúmeras pretensões singularizadas, especialmente verificadas em relação a cada um dos respectivos titulares do direito.

Fredie Didier e Hermes Zaneti²²⁰ apontam que o sistema jurídico vem sendo submetido a constantes alterações com o fito de minimizar a possibilidade de decisões divergentes acerca da mesma questão de direito, envolvendo pessoas que se encontrem em uma mesma *situação de fato-tipo*, tais como: a criação da súmula vinculante (art. 103-A da CF/88, introduzido pela EC nº 45 de 2004), o julgamento imediato para causas repetitivas (art. 285-A do CPC, introduzido pela Lei 11.277 de 2006), bem como a eficácia extraprocessual concedida às decisões relativas ao controle de constitucionalidade difuso exercido pelo STF.

Com efeito, o direito fundamental do acesso à justiça não deve estar dissociado da universalidade da jurisdição, procurando alcançar um número cada vez maior de pessoas em situações jurídicas conflituosas, com o fito de assegurar a solução justa para tais demandas, e a conseqüente harmonização social através da valorização de um tratamento coletivo e da proibição da fragmentação dos litígios, caso nos deparemos com fatos ou ações individuais que apresentem características comuns suficientes para autorizar a tutela coletiva²²¹.

²¹⁸ Embora discordando da vedação de processos individuais pela flagrante e evidente limitação ao direito fundamental de acesso à justiça, não há como negar que a gravidade da questão exige a racionalização das decisões judiciais, contudo, a cautela do julgador ante as peculiaridades de cada situação em concreto é absolutamente imprescindível, parecendo ser a suspensão dos processos individuais até o julgamento definitivo da demanda coletiva a solução mais plausível.

²¹⁹ ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 114.

²²⁰ DIDIER Jr, Fredie e ZANETI Jr, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. v.4, 3ª ed, Salvador: Juspodivm, 2008, p. 104.

²²¹ Luiz Guilherme Marinoni sustenta que a técnica processual adequada ao direito material em concreto constitui um direito fundamental. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 269-270.

Gregório Assagra de Almeida²²² preceitua que o princípio da não taxatividade da ação coletiva autoriza qualquer tipo de direito coletivo em sentido amplo a buscar guarida nas ações coletivas.

Neste sentido, Galeno Vellinho Lacerda²²³ ressalta a sabedoria do Código de Processo Civil Português ao tratar, no art. 265-A, do princípio da adequação formal, estabelecendo que, caso a tramitação processual prevista em lei não se ajuste às especificidades da causa, está autorizado o juiz, oficiosamente, ouvidas as partes, a determinar a prática dos atos que melhor se ajustem ao fim colimado pelo feito, bem como as necessárias adaptações.

Cândido Rangel Dinamarco²²⁴ sustenta que a moderna ciência do Direito afastou o irracional dogma segundo o qual o juiz que expressa seu pensamento sobre a causa, durante o processo, estaria prejulgando, e, pois, afastando-se do cumprimento do dever de imparcialidade, restando claro que o juiz mudo tem algo de Pilatos, que por temor ou vaidade, afasta-se do compromisso de fazer justiça.

Assim, urge que a interpretação tanto das regras quanto dos princípios do processo civil seja feita à luz da Constituição, de forma a assegurar a efetividade do direito material, garantia esta que apenas poderá ser alcançada através de instrumentos processuais aptos e capazes, restando completamente inadmissíveis decisões meramente processuais que releguem a efetividade dos direitos coletivos em nome da técnica processual.

Pois, como já observado por Eduardo Cambi²²⁵, a função social do processo civil reside na garantia da igualdade substancial, e exatamente por isso não deve atuar no sentido de beneficiar o litigante mais hábil, mais culto, mais rico, mais forte, mas para dar razão à parte cujo direito seja superior, logo, enclausurar o processo no formalismo dogmático significa negar a justiça substancial propalada pelo Estado do Bem-Estar Social, contemplada na Constituição Federal de 1988; assim, para que a dogmática processual não seja convertida em mera abstração vazia, deve servir de método para que o Direito concretize a justiça,

²²² ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 575.

²²³ LACERDA, Galeno Vellinho. O código como sistema legal de adequação do processo. In: *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul – Comemorativa do Cinquentenário 1926-1976*. Porto Alegre: s.ed, 1976, p. 161-170.

²²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros 2004, p. 224-225.

²²⁵ CAMBI, Eduardo. Função Social do Processo Civil. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta e DIDIER JR, Fredie (Coords.). *Tutela Jurisdicional Coletiva*. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 167-169.

evitando a escravidão da multidão dos economicamente mais fracos pela minoria dos detentores do capital e dos meios de produção.

Muito embora não seja a pretensão do presente trabalho sustentar que a ação civil pública constitui o único meio para a efetivação do direito fundamental à saúde, não se pode negar que ela constitui uma ferramenta muito importante neste sentido, já que possibilita tanto economia quanto celeridade processual, uma vez que se trata de ação coletiva. Exatamente por isto deve ser tratada como tal, exigindo respeito às suas respectivas peculiaridades e princípios próprios, restando clara a ineficiência dos institutos privatistas quando aplicados à ação civil pública como meio de obtenção da tutela judicial com o fito de pleitear a efetividade dos “direitos sem dono”.

3.3 A ação civil pública como instrumento para a efetivação do direito fundamental à saúde

A grande vantagem da ação civil pública consiste na ressonância de um direito sobre um objeto indivisível, onde a titularidade pertence a uma classe de pessoas consideradas em seu conjunto, logo, todos os legitimados mesmo os que não participaram do processo de declaração formador do título executivo, estarão aptos a promover a execução coletiva, privilegiando tanto a vedação do retrocesso²²⁶, quanto uma maior agilidade na efetivação do direito fundamental à saúde de quem se encontre sob a mesma causa de pedir, além da economia processual, sendo, pois, privilegiados pela imutabilidade da sentença com o advento da coisa julgada²²⁷.

No mesmo sentido, Souza Neto²²⁸ preceitua que como regra geral, as demandas por prestações sociais devem ser veiculadas através de ações coletivas, facultando-se o acesso direto aos litigantes individuais, excepcionalmente, apenas nas hipóteses de dano irreversível

²²⁶ Derbli preceitua que não pode haver supressão, pela ação do legislador, da regulamentação legal de direitos fundamentais sociais sem que haja, ao menos, o estabelecimento de disciplina substitutiva ou compensatória, ou mesmo através da proibição de redução arbitrária do nível de concretização legislativa de tal categoria de direitos fundamentais. DERBLI, Felipe. A Aplicabilidade do Princípio da Proibição da Vedação do Retrocesso Social no Direito Brasileiro. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 344.

²²⁷ Insta salientar a grande relevância das decisões que concedem uma tutela provisória em sede de ação civil pública, já que, por serem dotadas de efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*, incidem sobre toda uma coletividade, promovendo, através do exercício do direito fundamental à saúde, a dignidade da pessoa humana.

²²⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 544.

e de inobservância de direitos conferidos pelo legislador e pelo administrador, em lei ou programa já instituído.

Lívio Oliveira Ramalho²²⁹, conclui, com propriedade, que a utilização de argumentos distintos concernentes aos mesmos fatos não é capaz, por si, de originar novel causa de pedir, apenas conferindo-lhes entretom particular, insuficiente a alterar-lhes a substância. Contudo, José Henrique Mouta Araújo²³⁰ observa que no sistema coletivo de extensão dos efeitos da coisa julgada a improcedência do pedido coletivo (com ou sem instrução probatória exaustiva) não atinge a vítima e seus sucessores, que poderão mover demandas individuais visando buscar a responsabilização pelos danos causados, porém, caso haja procedência do pedido coletivo, basta apenas a liquidação e execução dos danos individualizados²³¹.

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes²³² sistematiza quatro grandes vantagens principais da utilização da ação civil pública como instrumento efetivo para a tutela de direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos: a) a ampliação do acesso à Justiça, de modo que os interesses da coletividade não fiquem relegados ao esquecimento, ou ainda, que causas de valor individual menos significantes, mas que reunidas representam vultosas quantias, possam ser apreciadas pelo Judiciário; b) a representação, de fato, da economia judicial e processual, diminuindo significativamente o número de demandas ajuizadas, oriundas de fatos comuns, com o fito de evitar o acúmulo de processos, demora na tramitação e perda na qualidade da prestação jurisdicional, possibilitando a tão sonhada resolução dos conflitos multitudinários em uma única demanda e em um único processo; c) a disponibilização de maior segurança jurídica no sentido de se evitar a prolação de decisões contraditórias em processos individuais, resguardando, assim, o princípio constitucional da igualdade; d) um instrumento efetivo para o equilíbrio das partes no processo, atenuando as desigualdades e combatendo as injustiças praticadas no Brasil.

²²⁹ RAMALHO, Lívio Oliveira. “Sobre a configuração de litispendência entre ações coletivas de idênticos fundamentos ajuizadas em esferas distintas de competência”. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta e DIDIER JR, Fredie (Coords.). *Tutela Jurisdicional Coletiva*. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 323.

²³⁰ ARAÚJO, José Henrique Mouta. O Cumprimento das decisões proferidas na ação civil pública ambiental após a Lei nº 11.232/05. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta e DIDIER JR, Fredie (Coords.). *Tutela Jurisdicional Coletiva*. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 167-169.

²³¹ Em sede de aproveitamento da coisa julgada coletiva para a execução individual, em que pese a novidade advinda da Lei 11.232/05, impende frisar que permanece a autonomia do processo de execução, e, ainda que possa aproveitar os efeitos da coisa julgada coletiva, mantém a necessidade de provocação judicial.

²³² MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta e DIDIER JR, Fredie (Coords.). *Tutela Jurisdicional Coletiva*. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 118-119.

Ainda neste mister Marcelo Abelha Rodrigues²³³ assinala que em se tratando de situações de urgência específica, como geralmente ocorre em situações relativas ao direito fundamental à saúde, a ação civil pública sobrepõe-se às demais por dispor das seguintes técnicas processuais: a) a tutela antecipada que pode ser concedida de ofício pelo juiz no curso do processo, ainda que não tenha sido expressamente requerida, desde que exista fundamento relevante e perigo de prejuízo irreparável ou de difícil reparação²³⁴; b) a tutela cautelar pode ser concedida de forma autônoma ou incidental; c) a tutela cautelar satisfativa; d) a fungibilidade livre (tanto formal quanto material) de duas vias, entre a tutela antecipada e a cautelar, já que os requisitos de uma e outra são os mesmos, diferenciando-se apenas no resultado imediato (satisfativo ou assecuratório); e) o requisito negativo para a concessão da tutela de urgência (irreversibilidade do provimento antecipado) não se aplica em qualquer caso²³⁵, já que a irreversibilidade para a coletividade é sempre mais insuportável; f) a eficácia imediata de todo provimento (interlocutório ou não) proferido na ação civil pública, visto que todos os recursos são desprovidos de efeito suspensivo.

Rodolfo de Camargo Mancuso²³⁶ faz referência a um caso trazido por Galeno Lacerda, no qual uma pessoa ao pagar a conta em um hotel verificou que havia sido cancelada uma determinada importância. Ao indagar o motivo, explicaram-lhe que o hotel fora condenado numa *class action* proposta por um hóspede só, através da qual foi reconhecida a ilegalidade de uma taxa cobrada pelo hotel, apresentando uma economia fantástica em relação ao ponto de vista processual, e a decisão proferida em uma única ação espalhou sua eficácia por toda uma coletividade.

Tal exemplo não constitui um caso isolado, de ocorrência eventual; ao contrário, vem se tornando cada vez mais comum o surgimento de situações que ensejam demandas, cujas ações se identificam por um núcleo comum, logo, não há razão para que fatos como este venham a ser deduzidos e aferidos em reiteradas ações individuais, abarrotando e

²³³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação Civil Pública. In: DIDIER, Fredie (Org.). *Ações Constitucionais*. 3ª ed. rev. ampl. e atual., Salvador: Juspodivm, 2008, p. 337.

²³⁴ Como não é possível prever o momento em que será necessária a tutela com urgência específica, esta pode ser concedida em qualquer tempo do processo, seja por decisão interlocutória, ou como um capítulo na sentença ou no acórdão. Assim, o art. 273 do CPC será aplicado de forma subsidiária à ação civil pública apenas para beneficiar a tutela coletiva, e nunca para prejudicá-la; exatamente por isso, somente serão aplicáveis o inciso II e os parágrafos sexto e sétimo, excluindo-se tanto o parágrafo segundo quanto as exigências do *caput*, do mencionado artigo.

²³⁵ A exceção a esta regra ocorre com a suspensão de segurança, que poderá ser requerida pelo Poder Público para sustar a eficácia da tutela coletiva urgente.

²³⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. 11ª ed. São Paulo: RT, 2009, p.184-185.

comprometendo, desnecessariamente, o sistema judiciário pátrio, quando, na verdade, poderia ser utilizado um meio que além de ser muito mais ágil, resguardaria a segurança jurídica, uma vez que garante a uniformidade dos julgados para as situações análogas.

Ainda que a ação tenha sido proposta por uma única pessoa, voltada, por exemplo, para a defesa de seu direito à saúde, não há como negar que a decisão prolatada refletirá em toda a coletividade, uma vez que demandará solução uniforme na medida em que é absolutamente inconcebível que os efeitos oriundos desta sentença pairam única e exclusivamente sobre o autor, não sendo extensíveis a várias outras pessoas que se encontrem em situação idêntica, ou mesmo similar, respeitadas as especificidades de cada situação em concreto.

Antonio Adonias Aguiar Bastos²³⁷ relata que a ampliação do acesso à justiça, fomentada pela Constituição de 1988, abriu o Poder Judiciário a um número cada vez maior de pessoas, gerando um significativo impulso à crise numérica dos recursos ao STF. Como muitos desses pleitos são de pretensões homogêneas (casos de massa: planos econômicos, questões previdenciárias etc.), as causas repetitivas e os recursos ao Supremo se multiplicaram. A solução apresentada consistiria nas *group actions*, uma vez que representariam um avanço significativo em relação às demandas estritamente individuais, cujo paradigma tem se mostrado insuficiente e ineficaz para solucionar conflitos em bloco decorrentes da massificação das relações sociais, jurídicas e econômicas.

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes²³⁸ conclui que atualmente se exige do Judiciário a solução de problemas cada vez mais intrincados, sendo conferido aos direitos coletivos o papel de resolver conflitos internos da sociedade, por vezes relacionados com políticas públicas, relevantes questões econômicas e, em certos casos, com alta complexidade científica, requerendo do magistrado uma formação cultural e multidisciplinar que faça frente, em tempo condizente, à expectativa da sociedade contemporânea e com à especificidade relacionada ao volume de decisões a serem proferidas²³⁹.

²³⁷ BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. O Devido Processo Legal nas Causas Repetitivas. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta e DIDIER JR, Fredie (Coords.). *Tutela Jurisdicional Coletiva*. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 52-53.

²³⁸ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta e DIDIER JR, Fredie (Coords.). *Tutela Jurisdicional Coletiva*. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 94-95.

²³⁹ Exatamente por isso, não podem os processos coletivos permanecer perdidos e misturados a outras centenas ou milhares de processos individuais, gozando, na prática, de idêntico valor e devendo ser-lhes atribuídos os mesmo recursos humanos e materiais.

A importância do processo coletivo como meio de resolução dos conflitos repetitivos está na sua atuação como instrumento reivindicatório dos anseios da coletividade, permitindo que um grupo, classe ou categoria, possa ter assegurado seu direito fundamental de acesso à Justiça de modo mais célere e menos dispendioso. Isso leva a uma redução bastante significativa no número de processos e garante a isonomia em relação a todas as pessoas envolvidas, além de preservar o equilíbrio entre as partes da referida relação processual, no sentido de democratizar o acesso à Justiça.

Neste sentido, Luís Roberto Barroso²⁴⁰ observa que a ação civil pública foi um salto dado pelo direito brasileiro na direção da contemporaneidade, equiparando-se às formulações mais avançadas dos diferentes sistemas jurídicos, trazendo a Lei 7.347/85 solução razoável para pelo menos três intrincadas complexidades processuais: a legitimação ativa, o tipo de tutela a ser proporcionada e os efeitos da decisão e da coisa julgada.

Não se pode olvidar que um dos aspectos mais importantes do processo coletivo consiste na sua característica democrática que permite o aumento do campo de incidência da coisa julgada, além de possibilitar a opção de suspensão do processo individual, garantindo sua continuação caso o processo coletivo não atinja a tutela jurídica pretendida²⁴¹, restando intocável a possibilidade de opção por parte do indivíduo em relação à participação nos resultados da demanda coletiva.

Sob esse aspecto impende frisar que o art. 104 do CPC estabelece não haver litispendência entre ações individuais e coletivas, haja vista não se tratar do mesmo direito posto em causa, uma vez que nas primeiras ações se perquire a tutela de direito individual, ao passo que nas outras se pleiteia o direito coletivo *lato sensu*, estando os legitimados para sua proposição já previamente estabelecidos, não sendo facultada à pessoa lesada, *per se*, a iniciativa da ação coletiva.

Ressalte-se, porém, que o direito fundamental de acesso à Justiça não pode ser suprimido/restringido aos meios próprios disponíveis aos titulares do direito individual, ainda que se esteja diante de um direito individual homogêneo, logo, também não haverá

²⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. A proteção do meio ambiente na Constituição brasileira. *Revista Forense*. n. 317, p. 176-177.

²⁴¹ O processo coletivo, ao contrário do individual encontra-se indelevelmente marcado pela indisponibilidade do interesse público.

litispendência no caso do ajuizamento de ação individual²⁴², como também a impetração posterior de demanda individual não afasta do autor a possibilidade de ter resvalados em seu direito os efeitos da sentença coletiva, caso seja inequivocamente informado do ajuizamento da demanda coletiva, sendo-lhe facultado optar ou não acerca do prosseguimento de seu processo individual.

Em se tratando de ajuizamento de ação coletiva ulterior, os autores das ações individuais deverão requerer as respectivas suspensões no prazo de trinta dias, contados da ciência nos autos da impetração coletiva²⁴³, sob pena de restar excluídos dos efeitos da coisa julgada nas ações coletivas, conforme dispõe o *caput* do art. 104 do CPC.

Fredie Didier e Hermes Zaneti²⁴⁴ estabelecem que o efeito da conexão/continência entre ação coletiva e ação individual não deve ser a reunião dos processos, o que tumultuaria e muito a condução do procedimento, ao tempo que propõem a suspensão do procedimento da ação individual à espera do julgamento da causa coletiva, até mesmo *ex officio*, pelo tribunal.

Já em se tratando de economia processual não se pode deixar de mencionar a conclusão de Rui Portanova²⁴⁵ de que os processualistas devem primar pela persecução de uma justiça barata, rápida e, principalmente, justa. No mesmo sentido Aluisio Gonçalves de Castro Mendes²⁴⁶ salienta que o direito processual moderno, no esteio da Constituição Federal de 1988, vem apontando na direção do acesso à Justiça, da ampliação da legitimidade e da instrumentalidade do processo.

Sob este aspecto o processo coletivo consegue abarcar, além da redução dos respectivos custos processuais, o julgamento uniforme para um grande número de litígios, conferindo maior agilidade à prestação jurisdicional. Ressalte-se que não se trata apenas de solucionar celeremente as demandas, mas de ofertar uma resposta efetiva que alcance a

²⁴² No mesmo sentido, Gidi assevera que os direitos individuais homogêneos são indispensáveis para o grupo de vítimas. GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 207-208.

²⁴³ Gidi preceitua que o pedido de suspensão do processo individual poderá ser requerido até a sentença; após esta, apenas será possível o pedido de suspensão caso haja interposição de recurso que impeça o trânsito em julgado da ação. GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 199.

²⁴⁴ DIDIER Jr, Fredie e ZANETI Jr, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. v.4, 3ª ed, Salvador: Juspodivm, 2008, p. 189.

²⁴⁵ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 24.

²⁴⁶ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta e DIDIER JR, Fredie (Coords.). *Tutela Jurisdicional Coletiva*. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 105.

pacificação social através da Justiça com o menor gravame possível, democratizando o acesso à Justiça.

A tutela executiva em sede de ação civil pública apresenta quatro postulados que reforçam a ideia de ser ela instrumento adequado para a persecução das políticas públicas imprescindíveis ao exercício do direito à saúde. Inicialmente, o privilégio à tutela específica, mais consentânea à prestação de direitos coletivos; posteriormente a urgência *in re ipsa* na tutela coletiva, que permite a resolução de conflitos de massa; some-se a isso que o resultado da execução pode ser fruído pelos titulares que não participaram da declaração do título executivo, e, por fim, toda execução será imediata, já que os recursos na ação civil pública são desprovidos de efeito suspensivo²⁴⁷.

A execução específica (fazer, não fazer ou entrega de coisa) segue o regime executivo previsto nos arts. 461 e 461-A do CPC, dispondo o juiz de liberdade para manusear as técnicas de sub-rogação e coerção, isoladas ou em conjunto, quando a situação assim o exigir. Já no caso de ressarcimento de quantia, o regime será o do parágrafo 3º do art. 273 do CPC; contudo, em ambos os casos apenas será permitida a impugnação dos atos executivos através de agravo de instrumento, que de regra não possui efeito suspensivo.

Ressalte-se que o art. 15 da Lei 7.347/85 estabelece que decorridos 60 (sessenta) dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, sem que a associação autora lhe promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, facultada igual iniciativa aos demais legitimados. Caso haja duas execuções, ter-se-á duplicidade de demandas executivas visando à satisfação de um mesmo direito declarado, devendo a mais nova ser extinta utilizando-se o critério da prevenção.

Impende frisar que a correlação entre sentença e causa de pedir, em sede de ação civil pública, em virtude de sempre se deparar com um interesse metaindividual, deve ser vista sob uma óptica diferenciada, no sentido de fazer prevalecer a efetiva e específica tutela do interesse metaindividual judicializado, ao invés da simples acolhida do pedido como estritamente formulado na inicial²⁴⁸.

²⁴⁷ DIDIER Jr, Fredie e ZANETI Jr, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. v.4, 3ª ed, Salvador: Juspodivm, 2008, p. 189.

²⁴⁸ Neste sentido, Fontes afirma que algumas obrigações determinadas pelo juiz na sentença não necessitam de previsão normativa explícita, já que derivam de peculiaridades da noção de responsabilidade inerente a esta matéria, representando uma maneira prática de reparar o dano. Assim, a lei confere ao juiz considerável margem de liberdade na escolha das medidas de reparação. FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *A ação civil pública e o*

Marcelo Abelha Rodrigues²⁴⁹ preceitua que embora criada originariamente para a responsabilização pelos danos causados ao meio ambiente e ao consumidor, a ação civil pública atingiu um espectro de abrangência tanto material quanto processual bastante alargado, não se prestando apenas a resolver crises de inadimplemento (fazer ou não fazer, entregar coisa e pagar quantia), mas também como instrumento adequado à resolução de crises jurídicas que reclamem um provimento declaratório e constitutivo, podendo ser proposta para a tutela de qualquer direito difuso, coletivo ou individual homogêneo, uma vez que o art. 461 do CPC, por intermédio da tutela inibitória²⁵⁰, permite a prevenção contra os riscos (impondo um comportamento positivo ou negativo) e não simplesmente contra o dano, inexoravelmente imprescindível em matéria de direitos supraindividuais²⁵¹.

Rodolfo de Camargo Mancuso²⁵² enfatiza ser absolutamente imprescindível que o objeto da ação civil pública²⁵³ esteja aberto a novos e relevantes interesses difusos ou coletivos, não restando dúvidas que os valores e interesses metaindividuais elencados no art. 1º da Lei 7.347/85 apresentam uma tendência ampliativa a seu respeito, como se nota na crescente judicialização das políticas públicas, que supera as antigas barreiras dos atos discricionários ou de natureza política.

A seu turno, Hamilton Alonso Junior²⁵⁴ observa que a democracia participativa e a tendência crescente de controle social do poder encontram na ação civil pública a fórmula processual capaz de trazer para dentro do processo a discussão até então inusitada acerca do “melhor” para a sociedade. Por isso a tão conhecida e utilizada argumentação de inexistência de recursos ou falta de previsão orçamentária deverá, obrigatoriamente, ser trazida aos autos e confrontada na instrução com outras provas, e, no caso de ela ser justificada, o prazo de

princípio da separação dos poderes: estudo analítico de suas possibilidades e limites. In: MILARÉ, Édson (coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005, p. 475.

²⁴⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação Civil Pública*. In: DIDIER, Fredie (Org.). *Ações Constitucionais*. 3ª ed. rev. ampl. e atual., Salvador: Juspodivm, 2008, p. 357.

²⁵⁰ A tutela inibitória, além de ser satisfativa, perquire a obtenção de providência judicial que impeça a prática de ato ilícito e, conseqüentemente, a ocorrência de um dano.

²⁵¹ Nesta seara, o autor justifica sua preferência pela ação civil pública em virtude das vantagens oferecidas ao titular do direito material, que são: tutela específica (preventiva ou repressiva), reparação específica e reparação genérica.

²⁵² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. 11ª ed. São Paulo: RT, 2009, p.49.

²⁵³ Ressalte-se que ainda que indelevelmente marcada com o traço do interesse público, não é aqui que reside, propriamente, o objeto da ação civil pública, sendo este encontrado nos interesses metaindividuais concernentes a sujeitos indeterminados, e, pois, de dimensão coletiva.

²⁵⁴ ALONSO JUNIOR, Hamilton. A ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação de direitos fundamentais. In: MILARÉ, Édson (coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005, p. 217.

cumprimento da obrigação deverá ser ampliado. No curso da ação civil pública, acordos poderão ser celebrados com cronograma a ser incluído nas futuras peças orçamentárias²⁵⁵.

No mesmo sentido, Gilmar Ferreira Mendes²⁵⁶ ressalta que no atual contexto, para que não se chegue a um resultado que subverta todo o sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, tem-se de admitir a completa idoneidade da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade, seja porque ela acabaria por instaurar um controle direto e abstrato no plano da jurisdição de primeiro grau, seja porque a decisão haveria de ter, necessariamente, eficácia transcendente das partes formais.

Márcio Flávio Mafra Leal²⁵⁷, em abordagem consonante, conclui que a ação civil pública destaca-se como um mecanismo de lançamento de questões e conflitos ao Judiciário, com tamanha dimensão política apenas comparável às decisões de inconstitucionalidade de lei, com o agravante de que se trata de um conflito concreto que afeta toda uma comunidade ou minoria, que ao se referir a outros interesses difusos e coletivos, produz a dessubstancialização²⁵⁸ do direito na óptica pós-moderna.

Desta feita, mesmo em face da principal característica do direito fundamental social à saúde, qual seja a não titularidade por um único indivíduo, independentemente de se tratar de direito individual homogêneo ou simples, é indubitável que se está diante de um direito indisponível²⁵⁹. Por esta razão, o meio processual mais adequado para a sua proteção seria uma ação coletiva²⁶⁰, visto que seus efeitos são suscetíveis de resvalar sobre todas as pessoas que se encontram na mesma situação fática, pois a indivisibilidade do bem faz com

²⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória Individual e Coletiva*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 193.

²⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. “Ação civil pública e controle de constitucionalidade”. In: MILARÉ, Édson (coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005, p. 202.

²⁵⁷ LEAL, Márcio Flávio Mafra. “Ação civil pública e a ideologia do Poder Judiciário: o caso do Distrito Federal”. *Revista do MP do Rio Grande do Sul*. n.35, 1995, p. 182.

²⁵⁸ Tal fenômeno demonstra de forma bastante evidente que o acesso à Justiça também deve ser assegurado aos direitos sem um titular específico, desde que socialmente relevantes e pertinentes a um segmento suficientemente identificável e carente de tutela. Assim, estes grupos, por vezes até marginalizados, passam a ter suas demandas incorporadas e apreciadas, institucionalmente, via ação civil pública, sendo suscetível de pleitear um sem-número de injunções, inclusive dispendo de cominações, no sentido de realização da obrigação de fazer ou não fazer, reclamada pelos grupos sociais.

²⁵⁹ Neste sentido, já se pronunciou o STJ: “A ação civil pública, em sua essência, versa interesses individuais homogêneos e não pode ser caracterizada como uma ação gravitante em torno de direitos disponíveis. O simples fato de o interesse ser supraindividual, por si só já o torna indisponível, o que basta para legitimar o Ministério Público para a propositura dessas ações”. Resp 637.332/RR, Rel. Min. LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24.11.2004, DJ 13.12.2004, p. 242.

²⁶⁰ Neste sentido, Grinover afirma que a coisa julgada é *erga omnes* para atingir aqueles que ainda não sabem pertencer à situação tutelada. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A coisa julgada perante a Constituição, a Lei de Ação Civil Pública, O Estatuto da Criança e Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor*. *Livro de estudos jurídicos*. n.5. p. 412.

que todos os seus titulares se encontrem em posição idêntica em relação ao objeto do interesse²⁶¹.

Mormente em um país em desenvolvimento e com um povo tão necessitado quanto o Brasil, que clama por transformações sociais, pelo respeito aos valores constitucionais e, principalmente, pela efetivação do catálogo de direitos fundamentais assegurados pela Magna Carta.

Impende frisar que a justiciabilidade, por meio da ação civil pública, refere-se tão somente ao controle da política pública, e não à sua escolha, sendo mencionada opção afeta à discricionariedade administrativa, não cabendo ao Judiciário exercer tal mister, apenas determinando a execução de uma política pública que já existe, sob pena de ofensa ao dispositivo constitucional que estabelece a separação das funções do poder estatal. Contudo, todo e qualquer ato administrativo deve respeitar os ditames constitucionais e, principalmente, a dignidade da pessoa humana, que, diga-se de passagem, ostentam posição muito superior às ocupadas pelas vontades políticas.

Não obstante, em que pese a garantia constitucional da proteção aos direitos mínimos dos cidadãos, os quais constituem cláusulas pétreas e, pois, inafastáveis, independentemente da ideologia política que esteja ocupando o poder, não se pode perder de vista que o interesse público é titularizado por toda uma coletividade e não pela pessoa do gestor público.

Logo, é inadmissível que matérias outras, por vezes supérfluas, recebam atenção quase que soberana dos governantes, restando injustificável a irrefutabilidade conferida ao princípio da representatividade, uma vez que nossa Constituição atual não comporta direitos absolutos, nem mesmo os fundamentais²⁶², que, vez ou outra, são passíveis de restrição quanto cotejados entre si.

Neste mister, vários interesses em jogo poderiam ser ponderados com a participação de diversos entes políticos e sociais especializados, como se daria por meio do

²⁶¹ Percebe-se claramente que a urgência do processo coletivo justifica-se pelo fato de que a lesão ou a ameaça gerariam efeitos em uma dimensão coletiva, e, pois, de reparação muito mais complicada. Logo, situações que não demonstrem urgência no plano individual, podem demonstrá-la no plano coletivo, em virtude da dimensão atingida pelo interesse, pressupondo urgência na solução.

²⁶² Neste sentido, Américo Bedê afirma que a discricionariedade não corresponde a um cheque em branco, devendo respeito à Constituição, cabendo ao magistrado garantir tal observância. FREIRE JR, Américo Bedê. *O controle judicial das políticas públicas*. São Paulo: RT, 2005, p. 61.

instituto do *amicus curiae*, ou seja, terceiros interessados na lide poderiam participar do feito, trazendo dados, cálculos, argumentos.

Considerando que as ações coletivas, a exemplo do mandado de segurança coletivo, estão restritas à matéria e à legitimação, resta-nos a ação civil pública para tutelar os direitos à saúde, de forma mais eficiente e eficaz, quando a Administração não os presta adequadamente, em virtude da larga abrangência de seu objeto, por intermédio do parágrafo único do art. 81 da Lei 8.078/90.

Américo Bedê²⁶³ adverte que em países como o Brasil, onde a sociedade civil não atingiu um nível de maturidade que permita uma escolha imparcial e desvinculada dos interesses econômicos, não há como se afirmar a discricionariedade absoluta da administração na implantação de políticas públicas.

Diante deste quadro, Marcelo Abelha Rodrigues²⁶⁴ confirma a ação civil pública como um importante instrumento responsável pelo controle da correta garantia dos direitos fundamentais previstos na Constituição, com o fito de que não sejam deixados de lado enquanto o administrador aplica o orçamento público em questões menores.

Na mesma direção, João Batista de Almeida²⁶⁵ assegura que inexistem motivos relevantes para não se admitir a utilização da ação civil pública quando o pedido verse sobre a implementação de políticas públicas. Caso contrário, o administrador teria “carta branca” para descumprir normas constitucionais e dispositivos legais, inclusive orçamentários, não tendo como ser compelido, por via judicial, ao respectivo cumprimento.

Assim, desmorona o retrógrado conceito eminentemente privatista de que a ação civil pública não teria sido criada para controlar, ou mesmo buscar a implantação de políticas públicas em face da omissão do administrador²⁶⁶.

Contudo, impende frisar que apesar de constituir importante e imprescindível meio de garantia da efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição, resta

²⁶³ FREIRE JR, Américo Bedê. *O controle judicial das políticas públicas*. São Paulo: RT, 2005, p. 98.

²⁶⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação Civil Pública*. In: DIDIER, Fredie (Org.). *Ações Constitucionais*. 3ª ed. rev. ampl. e atual., Salvador: Juspodivm, 2008, p. 363.

²⁶⁵ ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*, São Paulo: RT, 2001, p. 73.

²⁶⁶ É ululante que o direito fundamental à saúde exige uma proteção bem mais efetiva de posições jurídicas até então não existentes, desde que o sistema processual se amolde aos desafios trazidos pelos novos tempos, que não mais se traduzem na simplória fórmula: credor x devedor, já que após a promulgação da CF/88 houve a transposição de uma racionalidade liberal baseada quase que exclusivamente em relações bilaterais para a área dos direitos sociais.

inadmissível a utilização da ação civil pública com o fito de se “administrar no lugar do governante”.

Rodolfo de Camargo Mancuso²⁶⁷ reconhece que ainda que seja verdade que a ação civil pública tenha índole predominantemente cominatória e seja vocacionada a comandos de fazer ou se abster, ao passo que a efetividade real da prestação jurisdicional no campo das políticas públicas muita vez demandará um provimento de cunho mandamental, tal dificuldade poderá ser facilmente contornada, com engenho e arte por parte do substituto processual. Assim, em vez de pleitear que o Judiciário determine a administração de tal ou qual sistema de despoluição de um rio, poder-se-ia formular a pretensão no sentido de que o município seja condenado a abster-se de ali despejar esgoto não tratado.

Márcio Flávio Mafra Leal²⁶⁸ conclui que a ação civil pública representa a tentativa de efetivação de promessas de um Estado de bem-estar, remetendo à instância judiciária questões antes deixadas somente às conveniências políticas dos órgãos do Executivo e do Legislativo, isto é, pretende-se conferir um caráter cogente a essas promessas constitucionais de maior igualdade material e justiça social.

3.4 Legitimidade para a propositura

A legitimidade para a propositura da ação civil pública constitui tema importantíssimo para a tutela dos interesses de repercussão coletiva, tanto que sua proposição não é conferida ao indivíduo, mas sim a um dos entes previstos no rol do art. 5º da Lei 7.347/85, com o fito de garantir às partes envolvidas uma igualdade real. Tendo em vista os possíveis oponentes ocuparem a posição de réu no caso em tela, a escolha pelo rol dos legitimados é feita em função do contraditório e do procedimento, independentemente da titularidade do direito material, uma vez que os entes mencionados estariam em melhores condições de proteger o direito coletivo.

²⁶⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. 11ª ed. São Paulo: RT, 2009, p.47.

²⁶⁸ LEAL, Márcio Flávio Mafra. “Ação civil pública e a ideologia do Poder Judiciário: o caso do Distrito Federal”. *Revista do MP do Rio Grande do Sul*. n.35, 1995, p. 193.

Neste passo, diante da legitimidade ativa da ação civil pública ser oriunda de determinação legal, o próprio legislador encarregou-se da solução para o caso do legitimado não representar adequadamente o interesse da coletividade, criando a regra da “coisa julgada eventual”, em que, dependendo do direito tutelado, apenas faz coisa julgada material para beneficiar os indivíduos se for procedente (direitos individuais homogêneos), ou ainda, não faz coisa julgada material se a demanda coletiva (ou difusa) não for julgada por falta de provas²⁶⁹.

Não se pode olvidar que a Constituição brasileira atribuiu ao Ministério Público²⁷⁰ a importante prerrogativa de alavancar o sistema de freios e contrapesos em defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e individuais disponíveis (art. 127, *caput*), além da função institucional para a tutela de pretensões de massa, sob a rubrica de interesses difusos e coletivos (art. 129, III), por intermédio de dois instrumentos nascidos com a Lei 7.345/85: o inquérito civil e a ação civil pública²⁷¹.

Neste ponto específico cumpre salientar que o Ministério Público é o responsável pela impetração da maioria das ações civis públicas atualmente em trâmite no país, fortalecendo a democracia e oferecendo alento aos administrados, uma vez que é dotado de uma série de prerrogativas na busca da tutela jurisdicional do direito fundamental à saúde, tais como: procedimento investigatório, requisição gratuita de perícias, convocação de testemunhas, além da possibilidade de composição com a Administração Pública mediante os termos de ajustamento de conduta.

Um ponto bastante controverso diz respeito à necessidade de intervenção obrigatória do Ministério Público, na função de *custos legis*, em ações civis públicas por ele próprio propostas. Nelson Nery Júnior e Rosa Nery defendem que caso a ação seja proposta

²⁶⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação Civil Pública. In: DIDIER, Fredie (Org.). *Ações Constitucionais*. 3ª ed. rev. ampl. e atual., Salvador: Juspodivm, 2008, p. 365.

²⁷⁰ Questão nada fácil de ser solucionada é a de saber qual dos diversos Ministérios Públicos seria legitimado a demandar, bem como perante qual Justiça referida ação civil pública tramitaria. Na prática, o que ocorre é um acordo de cavalheiros, onde cada qual cuida das causas da justiça de sua respectiva alçada. Daí a afirmar que existe uma correlação de competência necessária entre suas atribuições e os diversos ramos do Poder Judiciário vai uma distância muito grande, a qual não ousamos percorrer, visto que o titular da ação é sempre o MP como instituição, e não seus órgãos fragmentados.

²⁷¹ Neste sentido, já se pronunciou o STJ: “O tema objeto do presente recurso já foi enfrentado pela colenda Primeira Turma deste Tribunal e o entendimento esposado é de que o Ministério Público tem legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada (art. 127, CF/88)”. Resp 688.052/RS, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 03.08.2006, DJ 17.08.2006, p. 340.

pelo Ministério Público, sua intervenção como fiscal da lei estaria dispensada²⁷². Em que pese a opinião dos eminentes doutrinadores, acreditamos ser mais acertada a teoria de Antônio da Costa Machado²⁷³, que sustenta tratar-se de funções absolutamente distintas, e, exatamente por isso, devem ser exercidas por órgãos distintos do Ministério Público, restando clara a impossibilidade de atuação imparcial na fiscalização de si próprio.

Todavia, a legitimidade para propor ação civil pública não é exclusiva do Ministério Público. Conforme o art. 5º da Lei 7.347/85, também estão legitimados a intentá-la os entes políticos com personalidade jurídica de direito público interno – União, Estados e Municípios – além de autarquias, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que: I - esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil; II – inclua em suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Édis Milaré²⁷⁴ anota que até bem pouco tempo, quando se falava em ação civil pública, em verdade, estava-se a referir o problema da legitimação, e não o direito substancial discutido em juízo. Agora, porém, após o advento da Lei 7.347/85, um novo posicionamento se impõe sobre a questão, uma vez que o art. 5º do referido diploma legal conferiu legitimidade para a ação civil pública de tutela de alguns interesses difusos, não apenas ao Ministério Público, mas também às entidades estatais, autárquicas e paraestatais.

Curiosamente, o referido dispositivo não incluiu entre os legitimados a propor ação civil pública, o Distrito Federal, o que não afasta a possibilidade de este ser parte na condição de litisconsorte de qualquer das partes, com força no §2º do art. 5º da Lei nº 7.347/85²⁷⁵. Ressalte-se que a Lei 11.448, de 15 de janeiro de 2007, alterou o art. 5º da Lei da Ação Civil Pública para aumentar o rol dos legitimados a sua interposição, ali incluindo a Defensoria Pública.

²⁷² NERY Jr, Nelson e NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 1.428.

²⁷³ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 573.

²⁷⁴ MILARÉ, Édis. O Ministério Público e a ação ambiental. *Cadernos Informativos*, Curadoria do Meio Ambiente, São Paulo, APMP 1988, p. 33.

²⁷⁵ §2º. Fica Facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitarem-se como litisconsortes de qualquer das partes.

Neste mister, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes²⁷⁶ salienta a atuação da Defensoria Pública na esfera coletiva, no âmbito do patrocínio judicial, agora não mais apenas para suprir a capacidade postulatória de associações, mas também de indivíduos, no sentido de ajuizar demandas pertinentes a interesses difusos, coletivos e individuais, homogêneos. Neste aspecto, a ampliação da legitimidade do indivíduo para as ações coletivas certamente repercutirá na esfera da assistência judiciária, uma vez que, em determinadas ocasiões, a assunção de processos individuais poderia se apresentar temerária ou arriscada, fazendo com que seja imprescindível a propositura da demanda por uma via coletiva. Assim, afasta-se o que poderia ser um entrave legal e social tanto para o acesso à Justiça quanto para a resolução coletiva e, pois, mais efetiva do conflito de massa.

A legislação da ação civil pública abriu um canal para a população agrupada ter acesso ao Judiciário, no intuito de garantir o exercício de direitos difusos, especialmente no que concerne à tutela coletiva dos “necessitados”, em sentido amplo. Opera-se assim uma mutação na jurisdição, que transmuda seu tradicional *modus operandi*, de singela subsunção do fato à norma de regência, para entrar em ponderações outras, de cunho sociológico, cultural, político e econômico²⁷⁷.

A legislação infraconstitucional da espécie deu os contornos à legitimação das pessoas a que se refere o art. 5º da Lei 7.437/85, para promover a defesa dos mais variados direitos metaindividuais por meio de ações coletivas, de que são exemplos os diplomas editados à tutela do meio ambiente (Lei nº 6.938/81, art. 14, §1º), à tutela do consumidor (Lei 8.078/90, art. 82), da probidade administrativa (Lei 8.429/92, art. 17); do patrimônio público e da moralidade administrativa (Lei 8.625/93, art. 25, IV, “b”); dos direitos da criança e do adolescente (Lei 8.069/90, art.210); dos deficientes físicos (Lei 7.853/89, arts. 3º e 7º); do mercado financeiro (Lei 6024/74, art. 46); da ordem econômica (8.884/94, art. 88); e do patrimônio genético (Lei 8.974/95, art. 13, § 6º) entre outras²⁷⁸.

Assim, criou-se um engenhoso sistema de complementaridade entre a parte processual do CDC e a lei da ação civil pública, tanto que Nelson Nery Júnior e Rosa Nery²⁷⁹

²⁷⁶ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta e DIDIER JR, Fredie (Coords.). *Tutela Jurisdicional Coletiva*. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 106.

²⁷⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos e Coletivo*. RT, vol. 747, p.68.

²⁷⁸ Uma rápida análise nos diplomas editados após a CF/88 já demonstra inúmeros processos coletivos através de normas esparsas no sistema.

²⁷⁹ NERY Jr, Nelson e NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 8ª ed., São Paulo: RT, 2004, p. 1.783.

asseveram não haver mais limitação quanto ao tipo de ação que as entidades enumeradas no art. 5º da Lei 7.347/85 e no art. 82 do CDC estejam legitimadas a propor, com o fito de defender, em juízo, os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Porém, não se pode descurar da pertinente observação de Rodolfo de Camargo Mancuso²⁸⁰ que adverte que o largo espectro pode engendrar o risco de ser conferida extensão exagerada ao objeto da ação civil pública. Se de um lado o interesse objetivado sempre estará condicionado à sua dimensão coletiva, de outro é lícito supor que sempre deve preexistir a relevância do interesse público para a sociedade civil, podendo derivar da conveniência do trato processual coletivo, mormente ante a restrição à formação do litisconsórcio ativo facultativo multitudinário²⁸¹.

Ainda segundo o referido autor, as diferenças conceituais entre os interesses difusos, coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos acabam fomentando uma grande discussão acerca do interesse de agir na ação civil pública. Embora o direito de ação seja abstrato, ele não deixa de ser instrumental e de veicular direitos e interesses substanciais, como, por exemplo, o interesse de agir, em uma ação civil pública motivada por interesse individual homogêneo²⁸² (cobrança indevida de mensalidade escolar), pode ser reconhecido a partir da constatação de sua relevante repercussão na sociedade civil, dado o expressivo número de pessoas envolvidas e a inviabilidade do traço processual por meio de litisconsórcio ativo facultativo multitudinário²⁸³.

Neste particular, Ada Pellegrini Grinover²⁸⁴ lembra que a prevalência das questões comuns sobre as individuais, que é condição de admissibilidade no sistema das *class actions for damages* norte-americanas, também o é no ordenamento brasileiro, que só possibilita a tutela coletiva dos direitos individuais quando estes forem homogêneos; caso os direitos individuais sejam heterogêneos, o pedido de tutela coletiva será juridicamente impossível. Embora tenha havido relevante progresso e evolução por parte das ações coletivas em nosso

²⁸⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. 11ª ed. São Paulo: RT, 2009, p.43.

²⁸¹ O litisconsórcio multitudinário caracteriza-se quando houver um número excessivo de litigantes num dos polos da relação processual capaz de afetar a celeridade processual ou dificultar o direito de defesa.

²⁸² Um fato extremamente relevante que dá suporte ao interesse de agir nas ações coletivas em prol dos direitos individuais homogêneos é a aferição, ante os casos concretos, da superioridade da tutela coletiva em face da individual, uma vez que o manejo do conflito através da via processual coletiva possibilitará melhores resultados, inclusive sob o critério do custo-benefício, do que se alcançaria com a infestação de ações individuais.

²⁸³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. 11ª ed. São Paulo: RT, 2009, p.63.

²⁸⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. “Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: requisitos de admissibilidade”. In: *O Processo: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005, p. 236-247.

sistema positivo, a atitude do governo demonstra flagrante dissenso com tal avanço, uma vez que este vem se utilizando de Medidas Provisórias com o fito de restringir a eficácia da ação civil pública, limitando não apenas o acesso à Justiça, mas também o papel do Judiciário. O Legislativo, complacente ou desatento, não tem sabido resistir aos ataques, secundando a ação do Governo. A solução apenas há de vir dos tribunais, cabendo aos advogados e ao Ministério Público a eles recorrer, alimentando-os com a interpretação adequada das novas normas, e, pois, resistir bravamente às ofensivas do “autoritarismo” contra as ações coletivas²⁸⁵.

Ora, os interesses plurindividuais não se exaurem num rol taxativo. Não se compreendem numa latitude estreita, normatizados tão somente em leis específicas, pois a Lei 7.437/85, secundando a Carta Federal (art. 129, III), expressamente alargou o campo de interesses transindividuais que, igualmente, estão aptos a merecer tutela por parte das ações coletivas (art. 1º, IV, da Lei 7.347/85)²⁸⁶.

Daí ter o legislador empregado a expressão “outros interesses difusos e coletivos”, ou assemelhada, nos textos legais da espécie, inclusive no art. 25, IV, “a”, da Lei 8.625/93 (Lei Orgânica do Ministério Público), indicando um conceito jurídico intencionalmente vago para colher as mutações históricas dos fatos e valores²⁸⁷.

Indeterminado, também, revela-se o termo *interesses superindividuais*, quer o essencial e ontologicamente coletivos (difusos e coletivos), quer os acidentalmente coletivos (individuais homogêneos – art. 81, III, Lei 8.078/90). Os interesses difusos, por apresentarem um maior grau de coletivização, se espraiam pela coletividade, sendo caracterizados por basicamente três elementos: a) a indeterminação dos sujeitos; b) a indivisibilidade do objeto; e c) a intensa litigiosidade.

Fala-se em *indeterminação dos sujeitos* porque tal categoria de interesses plurissubjetivos se reporta a situações de fato, tendo em vista que inexistente vínculo jurídico que agregue os sujeitos afetados por esses interesses, pelos quais eles estão aglutinados ocasionalmente, em virtude de certas contingências, como o fato de habitarem certa região ou de consumirem certo produto, ou por pertencerem a certa etnia ou minoria social²⁸⁸.

²⁸⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação civil pública refém do autoritarismo. In: *O Processo: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005, p. 32.

²⁸⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 7ª ed. Saraiva, p.100-101.

²⁸⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Regras de experiências e conceitos juridicamente indeterminados*. *Temas de Direito Processual*, 2ED. Saraiva, 1988, 2ª série, p.65.

²⁸⁸ MANCUSO, Rodolfo de camargo. O município enquanto co-legitimado para a tutela dos *interesses difusos*. *Revista de Processo*, vol. 48, p.49.

Nessa espécie, *a indivisibilidade do objeto* significa que os interesses são insuscetíveis de repartição ou de atribuição a pessoas ou grupos, como o ar que respiramos, a preservação da Mata Atlântica ou a conservação de uma estrada. Já *a intensa litigiosidade* revela a ocorrência de conflitos entre situações de massa, quando se contrapõem interesses igualmente tutelados, a exemplo do exercício do direito de manifestação através da interdição de estradas pelos integrantes dos movimentos dos “sem-terra”, em detrimento do direito de locomoção dos motoristas.

Nos interesses transindividuais coletivos, por sua vez, os sujeitos, estando ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (art. 81, III, Lei 8.079/90), já comportam certa visualização ao interior de certos segmentos da sociedade civil, ou seja, em grupos, categorias ou classes, na dicção legal²⁸⁹.

Os interesses individuais homogêneos, conquanto sejam direitos individuais que decorrem de uma origem comum, recebem tratamento processual coletivo pelo modo uniformizado como se exteriorizam²⁹⁰. Embora revelem, num primeiro momento, tratar-se de direitos subjetivos disponíveis, constituem valores jurídicos comunitários privilegiados, de transcendente importância social. Seu significado é maior do que a simples soma das posições individuais, exprimindo casos em que a soma é algo mais do que simplesmente um conjunto das parcelas, exatamente porque o fenômeno assume, no contexto social, um impacto de massa²⁹¹.

Leve-se em conta, ainda, que mesmo disponível, o interesse individual homogêneo comporta defesa nas ações coletivas, mas desde que tenha suficiente abrangência ou repercussão social²⁹². Nesse sentido, já se manifestou o Conselho Superior do Ministério Público de Alagoas e de São Paulo, ao editarem respectivamente as Súmulas nº 7²⁹³ e nº 2²⁹⁴.

²⁸⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O município enquanto co-legitimado para a tutela dos *interesses difusos*. *Revista de Processo*, vol.8, p.70.

²⁹⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O município enquanto co-legitimado para a tutela dos *interesses difusos*. *Revista de Processo*, vol.8, p.70.

²⁹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ações coletivas na Constituição Federal de 1988*. RePro 61/188.

²⁹² MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. Saraiva, 6ª ed, p.51.

²⁹³ O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, como: a) os que digam respeito à saúde ou à segurança das pessoas ou ao acesso das crianças adolescentes à educação; b) aqueles em que haja extraordinária dispersão dos lesados; c) quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico.”

²⁹⁴ “Em caso de propaganda enganosa, o dano não é somente daqueles que, induzidos a erro, adquiriram o produto, mas também difuso, porque abrange todos os que tiveram acesso à publicidade.”

Além de exigir expressão social para proteção desses direitos²⁹⁵, a doutrina contribui para lhes imprimir uma coloração de patrimônio social, cuja definição se extrai da Carta Magna, como o conjunto de bens jurídicos, concebidos em face dos valores adotados pelo texto constitucional²⁹⁶.

Com o fito de afirmar o caráter social de tais interesses, a jurisprudência pátria vem reconhecendo a alguns direitos plurindividuais a suscetibilidade de serem defensáveis por ações coletivas, relacionadas, por exemplo, à segurança do trabalhador, ou na cobrança indevida de mensalidades escolares.

Neste sentido, José Augusto Delgado²⁹⁷ preceitua que os conceitos interativos de direito material e processual voltam-se para a instrumentalidade, para a adequação da Teoria Geral do Direito à realidade moderna, e, conseqüentemente para sua proteção pelo Poder Judiciário, exprimindo, pois, um caráter explicitamente ampliativo da tutela dos direitos com vistas a possibilitar a efetividade da prestação jurisdicional.

Por fim, não se pode descurar da observação bastante pertinente de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes²⁹⁸, a qual preceitua que a falta de representação adequada não deve levar o processo, necessariamente, à extinção sem o julgamento do mérito, como ocorreria normalmente, diante de uma falta da condição da ação. Em se tratando de inexistência do requisito da representatividade adequada, assim como de desistência infundada ou abandono da causa por pessoa física, entidade sindical ou associação legitimada, o juiz deverá intimar o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados adequados para o caso, para que assumam, querendo, a titularidade da ação coletiva.

A legitimidade para a propositura da ação civil pública constitui tema importante para a efetivação do direito fundamental à saúde através deste instrumento processual.

Não se perca de vista que o traço característico dos direitos sociais é a igualdade material como ponto de chegada, com o fito de amenizar as desigualdades de fato existentes na sociedade.

²⁹⁵ Assim, é essencial que se demonstre uma extensão do dano a várias pessoas, ainda que em respectivos direitos individuais, porém, por serem de origem comum, são considerados direitos individuais homogêneos.

²⁹⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Ação Civil Pública, Ação Popular. A Defesa dos Interesses Difusos e Coletivos. Posição do Ministério Público*. Revista Trimestral de Direito Público, nº 16, p.24.

²⁹⁷ DELGADO, José Augusto. Interesses difusos e coletivos: evolução conceitual. Doutrina e jurisprudência do STF. *Revista de Processo*, ano 25, n.98, p. 61-81, abril/junho de 2000, p. 80.

²⁹⁸ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta e DIDIER JR, Fredie (Coords.). *Tutela Jurisdicional Coletiva*. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 108.

Assim, a ação civil pública não é proposta por seu titular, mas sim por um dos entes previstos no rol do art. 5º da Lei 7.347/1985, já que estes estariam em melhores condições de resguardar referido direito coletivo, garantindo às partes envolvidas uma igualdade real diante do Estado politicamente organizado, abrindo um espaço para que a população agrupada, especialmente os mais “necessitados”, em sentido amplo, possam ter garantido o exercício a seu direito fundamental à saúde.

3.5 A possibilidade de composição voluntária em sede de ação civil pública: o termo de ajustamento de conduta

Marcelo Abelha Rodrigues²⁹⁹ lembra que em sede de direitos difusos e coletivos o dano deve, na medida do possível, ser evitado, devendo concentrar-se todos os esforços na busca pela efetividade de uma tutela preventiva³⁰⁰. Caso esta se mostre impossível, buscar-se-á um ressarcimento específico, sendo a tutela reparatória relegada à última hipótese no caso do inadimplemento³⁰¹.

Jean Carlos Dias³⁰² assevera que a ação civil pública se apresenta como ambiente privilegiado para veicular a implantação de políticas públicas na área da saúde, em virtude da agregação de que dispõe, tendendo a equalizar todos os demandantes em um mesmo patamar de regulação, e numa perspectiva mais ampla, os meios de dissuasão são infinitamente mais eficientes que as técnicas de compensação das vítimas, isto devido a sua aptidão de impedir a ocorrência do dano, uma vez que neste tipo de demanda a compensação raramente tem o efeito real de reversão ao *status* anterior à lesão, em que as indenizações obtidas são realmente inadequadas para efetivamente reparar os danos causados.

Sem dúvida, a instrumentalidade da ação civil pública como meio de obtenção de medidas protetivas e concretizadoras do direito à saúde sobrepõe-se às demais ações garantidoras de direitos, previstas na Constituição Federal, pelo fato de que o Ministério

²⁹⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação Civil Pública. In: DIDIER, Fredie (Org.). *Ações Constitucionais*. 3. ed. rev. ampl. e atual., Salvador: Juspodivm, 2008, p. 401.

³⁰⁰ Exatamente por isto, ainda que se esteja diante de direitos indisponíveis a conciliação em sede de ações ação civil pública deve sempre ser privilegiada.

³⁰¹ Cumpre salientar que mesmo em face de eventual resistência quanto à presença do interesse público, em relação às partes, ou à natureza dos bens, o elevado número de pessoas e as características da lesão sempre indicam a constância do interesse público primário nos processos coletivos.

³⁰² DIAS, Jean Carlos. Os meios de dissuasão nas tutelas coletivas inibitórias. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta e DIDIER JR, Fredie (Coords.). *Tutela Jurisdicional Coletiva*. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 262-263.

Público poderá tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais³⁰³, para a efetiva implantação de determinada política pública, mediante fixação de prazos e eventuais adequações orçamentárias³⁰⁴.

Eduardo Cambi³⁰⁵ pondera que os métodos para a solução pacífica das controvérsias precisam ser incentivados, porque além de remediar o problema da litigiosidade contida que sobrecarrega a máquina judiciária, tornando-a morosa, solucionam o litígio de forma a preservar os vínculos de coexistência entre os litigantes, de modo a melhor restabelecer o convívio social.

Já, Kazuo Watanabe³⁰⁶ registra que infelizmente, em sede de conciliação, parece vigorar ainda certa resistência devido à mentalidade forjada nas academias e fortalecida na práxis forense, que privilegia a solução adjudicada autoritariamente pelo juiz através da sentença. Assim, prevalece ainda a retrógrada ideia de que a função de conciliar representa uma atividade menos nobre, residindo na função de sentenciar a atribuição mais importante do juiz.

Não obstante, é possível que as partes litigantes busquem um entendimento nas demandas coletivas, não devendo a indisponibilidade do objeto servir de óbice ao acordo judicial. Quando recomendado pelo interesse público, ou mesmo pela natureza do interesse metaindividual objetivado na ação, deve-se pôr um fim ao processo com julgamento do mérito. A transação deve ser sempre fomentada, uma vez que atende a tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer.

Propiciando o mesmo resultado de forma mais célere e com menor gravame possível, uma vez que possibilita a obtenção de praticamente todo o objeto do pedido, sob a

³⁰³ O compromisso de ajustamento de conduta, embora se encontre indelevelmente marcado com a nítida finalidade conciliatória, não consiste em uma forma de postergação que relega a satisfação do direito individual ofendido a um segundo plano, mas tão somente traça parâmetros de regulamentação acerca do modo sob o qual irá se proceder à respectiva reparação.

³⁰⁴ Tais prerrogativas também haviam sido estendidas aos demais legitimados para interpor a ação civil pública com a inclusão dos parágrafos 5º e 6º na Lei 7.347/85, pelo art. 113 do Código de Defesa do Consumidor. Porém, como adverte Theotônio Negrão, *Código de Processo Civil e Legislação em Vigor*. 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 998- 999, ao vetar o art. 92, § único, do CDC, o Presidente da República também vetou expressamente os §§ 5º e 6º (v. DOU 12.9.90, supl, p.11). Provavelmente, como esse veto foi feito “incidenter tantum”, no meio das considerações relativas ao art. 92, § único, não se prestou atenção ao fato de que aí também se vetavam os §§ 5º e 6º da Lei 7.347. Assim, por engano, a publicação oficial do CDC os deu como sancionados, quando, em realidade, foram vetados.

³⁰⁵ CAMBI, Eduardo. Função Social do Processo Civil. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta e DIDIER JR, Fredie (Coords.). *Tutela Jurisdicional Coletiva*. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 171.

³⁰⁶ WATANABE, Kazuo. A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta. In: MORAES, Maurício Zanoide de e YARSHELL, Flávio Luiz. (orgs.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo, DPJ, 2005, p. 686.

forma de autocomposição da lide, não se deve perder de vista que a obrigação assumida deve ser cumprida nos termos e no prazo razoavelmente estabelecidos, sob pena das sanções cabíveis³⁰⁷.

Hugo Nigro Mazzilli³⁰⁸ preceitua que se a própria lei admite que se tome extrajudicialmente do causador do dano o compromisso de ajustar sua conduta às exigências da lei, sob cominações, com maior razão nada impedirá que sobrevenha a transação judicial nas mesmas hipóteses, caso a empresa acionada em ação civil pública, espontaneamente, assuma em juízo uma obrigação de fazer ou não fazer, em troca da extinção do processo de conhecimento. Nessa hipótese, desaparecerá o interesse de agir com a homologação da transação, a qual se encontrará revestida da prerrogativa de título executivo judicial.

Sobre o assunto, Geisa de Assis Rodrigues³⁰⁹ assevera que a conciliação judicial constitui uma etapa obrigatória do procedimento e tem as mesmas limitações que o compromisso de ajuste de conduta, sendo cabível falar em ajuste de conduta judicial e extrajudicial. Quando se trata de questão posta em juízo, não haveria a mínima possibilidade de transigência sobre o objeto do direito, sendo apenas admissível a definição de prazos, condições, lugar e forma de cumprimento.

Assim, como frisado por Fernando Grella Vieira³¹⁰ em razão da natureza indisponível dos interesses difusos ou coletivos, e mesmo da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, a liberdade de estipulação fica restrita ao modo, tempo, lugar e condições de cumprimento das obrigações pelo autor do dano, devendo o ajustamento às exigências legais traduzir integral satisfação da ofensa, tal como seria objeto do pedido na ação civil pública.

Ricardo de Barros Leonel³¹¹ lembra que no compromisso de ajustamento não há concessão alguma por parte do ente público legitimado, apenas mera submissão do responsável no sentido de efetivar a reparação da lesão em respeito aos interesses supraindividuais. Deste modo, o compromisso de ajustamento, firmado como forma de

³⁰⁷ Ressalte-se que o compromisso firmado com o IBAMA ou com o MP constitui título executivo, nos termos do parágrafo 6º do art. 5º da Lei 7.347/85, consoante decisão do STJ, REsp 213.947/MG, Proc. 1999/0041500-0, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 21.02.2000, p.132.

³⁰⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 345.

³⁰⁹ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 234.

³¹⁰ VIERA, Fernando Grella. A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta. In: MILARÉ, Édson (coord.). *Ação civil pública – Lei 7.347/85 – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 248-249.

³¹¹ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002, p. 323.

conciliação, amoldar-se-ia melhor à espécie denominada submissão e não à transação, como usualmente é tratada, em virtude da impossibilidade de renúncia, total ou parcial, dos legitimados quanto ao direito material.

Consoante José dos Santos Carvalho Filho³¹², o compromisso reconhece uma situação de ilegalidade oriunda da vulneração de interesse difuso ou coletivo, e por este motivo, não há alternativa senão a de restaurar totalmente a legalidade, fazendo cessar por inteiro a conduta ofensiva.

Neste mister, Paulo Affonso Leme Machado³¹³ adverte que mesmo diante de um acordo que preveja um prolongamento no prazo de execução de obras, não fica impossibilitada a propositura da ação civil pública pelo Ministério Público. Aliás, a concessão de prazos dessarazoados por organismos públicos poderá também ensejar a sua participação como litisconsorte passivo na ação, ao lado da pessoa física ou jurídica, privada ou pública, predadora, poluidora ou ofensora do patrimônio cultural.

A seu turno, Rodolfo de Camargo Mancuso³¹⁴ assinala que no âmbito da ação civil pública sempre deve prevalecer o interesse na efetiva tutela dos valores maiores da sociedade civil a que este instrumento processual está vocacionado. Por isso, o objetivo colimado pode vir a ser alcançado pela via da negociação com economia de tempo e de custos, não havendo motivo plausível para se negar legitimidade à solução consensual.

Questão relevante diz respeito à possibilidade de não haver unanimidade nos polos ativo e/ou passivo à realização do acordo, propondo as seguintes soluções: a) se quem discorda é um assistente simples, a transação não será impedida, já que ele não exercita posição jurídica própria, e sim, de mera adesão ao assistido (intervenção *ad coadjuvandum*: arts. 50 e 53, CPC); b) se quem estiver se opondo for um assistente litisconsorcial, a eficácia da transação será retirada, uma vez que, quem se opõe é também titular da relação jurídica, restando abrangido pelos efeitos da coisa julgada (CPC, art. 54); c) se quem resiste à transação for um dos litisconsortes, aplica-se a solução do subitem anterior, ainda que em face do princípio genérico da liberdade de atuação dos litisconsortes³¹⁵.

³¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 187.

³¹³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 25.

³¹⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. 11. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 255.

³¹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. 11. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 271.

Ressalte-se que, caso a voz dissonante seja a do MP, ainda que atuando na função de *custos legis*, a transação não poderá ser efetivada, uma vez que a oposição *Parquet* vem sempre fundada em razões de interesse público.

Mormente a prerrogativa de ajustamento de conduta conferida e utilizada pelo Ministério Público, conforme demonstrado pela realidade, em especial no Estado de Alagoas, vem apresentando um expressivo número de descumprimento dos referidos Termos de Ajustamento de Conduta, por parte do Poder Público. Este fato deixa esbarrar a pretensão das ações civis públicas nos mesmos entraves que os demais instrumentos hábeis a cobrar uma atuação positiva em relação ao direito à saúde, vale dizer, no argumento de necessidade de licitação prévia para a obtenção de fármacos, a indisponibilidade de fundos etc.

Para combater, especificamente, estes entraves, o Poder Judiciário já tem promovido, conforme o caso, o bloqueio de verbas públicas, pois a imediata prestação se faz necessária, sob o risco de se tornar inócua e não haver outro meio de se garantir a sobrevivência do titular do direito pleiteado, por cuidar da tutela do direito à vida, um interesse que se sobrepõe ao princípio de indisponibilidade dos bens públicos e a sua impenhorabilidade.

Resta claro então que a conciliação deve ser buscada sempre, independentemente da fase processual em que se encontra, uma vez que se a lide for resolvida de forma amigável, além de se ter a satisfação imediata dos litigantes, já se teria um processo a menos, o que certamente privilegia a celeridade e a economia processuais.

Não obstante não se perca de mira que apenas podem ser objeto de negociação por parte do Poder Público a forma e o prazo (razoável) de prestação da política pública, e, caso não seja respeitado, já configura título hábil que viabiliza a execução judicial da mencionada política pública.

3.6 Os efeitos da coisa julgada em sede de ação civil pública

Outro ponto que demonstra a adequação da ação civil pública para fazer a Administração cumprir as promessas da realização da função social do Estado, consiste no efeito da decisão, a qual faz coisa julgada *erga omnes*, ou seja, intentada a ação civil pública

por determinado legitimado, todos os demais se colocam sob os efeitos da sentença, quer esta dê pela procedência do pedido, quer pela improcedência.

Isso não quer dizer que a eficácia geral da coisa julgada iniba a propositura de outras ações em defesa de interesses individuais, mesmo que assentadas nos fatos que ensejaram a propositura da ação civil pública. Nestes termos, Paulo Roberto de Oliveira Lima³¹⁶ explica que a eficácia *erga omnes* da coisa julgada nas ações civis públicas implica a supressão do requisito da identidade das partes, por ocasião de sua alegação, mas não dispensa os da identidade de pedido e identidade de causa de pedir.

Ressalte-se que a coisa julgada oriunda da ação civil pública pode e deve ser aproveitada nas lides individuais que com ela apresentarem identidade na causa de pedir, vale dizer, sempre que uma mesma situação de fato ensejar a tutela de interesses tanto difusos/coletivos, quanto individuais, consoante o parágrafo 3º do art.103 do CPC³¹⁷. Trata-se da *coisa julgada secundum eventum litis*, em que os efeitos atribuídos à sentença coletiva podem ser extensíveis às várias ações individuais, caso seja um mesmo fato jurídico que ensejou, ou pelo menos contribuiu, para a produção do dano essencialmente coletivo ou individual³¹⁸.

Assim, transitada em julgado por decisão de mérito a lide coletiva e não tendo sido o caso de *coisa julgada secundum evento probationes*³¹⁹ (difusos e coletivos), nenhum legitimado poderá propor novamente a mesma demanda coletiva, o que em nada prejudicará a busca pela tutela dos direitos individuais decorrentes do mesmo fato causador da violação da norma material difusa e coletiva³²⁰.

Porém, a decisão nas ações coletivas, de uma forma ou de outra, ainda que denegatória do mérito, sempre influencia as ações individuais, entretanto, apenas os casos

³¹⁶ LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Contribuição à teoria da coisa julgada*. RT. São Paulo : 1997, p. 75.

³¹⁷ Impende frisar que quando houver desistência da ação apenas se está abrindo mão do direito processual de ação e não do direito que se afirma ter, permanecendo intacto o interesse primário, de modo que a sentença que extinguir o processo em que houve desistência da ação terá julgado o mérito, e, portanto, não sendo protegida pela autoridade da coisa julgada material, sendo factível propor novamente a mesma demanda.

³¹⁸ Cumpre salientar que o efeito *in utilibus, per se* não é capaz de legitimar o cidadão a intervir nas demandas coletivas ou difusas, sob o argumento de, caso procedente a demanda, vir a ser agraciado com o referido efeito.

³¹⁹ Insta salientar que a coisa julgada *secundum eventum probationis* só se forma com o esgotamento das provas, vale dizer, se a demanda for julgada procedente ou improcedente com suficiência de provas; não sendo atingido o grau de certeza, a decisão não formará coisa julgada.

³²⁰ Ressalte-se que quando houver desistência da ação apenas se está abrindo mão do direito processual de ação e não do direito que se afirma ter, permanecendo intacto o interesse primário, de modo que a sentença que extinguir o processo em que houve desistência da ação terá julgado o mérito, e, portanto, não sendo protegida pela autoridade da coisa julgada material, sendo factível propor novamente a mesma demanda.

realmente excepcionais apresentam probabilidade de êxito, uma vez que a amplitude natural dos efeitos da sentença coletiva acaba por influenciar a convicção jurisdicional.

Fredie Didier e Hermes Zaneti³²¹ esclarecem que a extensão subjetiva do julgado em ações coletivas ocorrerá em direta relação com a amplitude do direito posto em causa: se difuso, a extensão será *erga omnes*, atingindo a massa indeterminada de titulares do referido direito; se coletivo, *stricto sensu*, a extensão será *ultra partes*, e atingirá a todos os membros da categoria, classe ou grupo, perfeitamente identificáveis (embora não necessariamente identificados), em razão da ocorrência de relação jurídica base entre si ou com a contraparte anterior à lesão; e, se individuais homogêneos, a extensão será *erga omnes*, atingindo a todos os que comprovarem a origem comum da lesão ao direito debatido em juízo.

Antonio Gidi³²² lembra que a coisa julgada nas ações coletivas do direito brasileiro não é *secundum eventum litis*, pois se assim fosse, ela apenas se formaria nos casos de procedência do pedido. Não é exatamente isso que acontece; na verdade, a coisa julgada sempre se formará, independentemente de o resultado da demanda ser procedente ou não. O que difere com o evento da lide não é a formação ou não da coisa julgada, mas o rol de pessoas por ela atingidas. Logo, o que é *secundum eventum litis* não é a formação da coisa julgada, e sim sua extensão *erga omnes* ou *ultra partes* à esfera jurídica individual de terceiros prejudicados pela conduta considerada ilícita na ação coletiva³²³.

Questão interessante ocorre quando demandas nominalmente diferentes (ação popular e ação civil pública, por exemplo), de procedimentos diversos, objetivarem tutela para direitos idênticos. Ainda que se trate de litispendência, sendo-lhe opostas as devidas exceções, não será aplicada a extinção do processo, mas sim a reunião das ações, visto que em matéria de direitos supraindividuais a regra é a de se permitir ao máximo o acesso à Justiça³²⁴.

³²¹ DIDIER Jr, Fredie e ZANETI Jr, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. v.4, 3ª ed., Salvador: Juspodivm, 2008, p. 374.

³²² GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 73-74.

³²³ Note-se que tal extensão subjetiva apenas se dará na hipótese de procedência do pedido, caso em que os substituídos são beneficiados, ou seja, se o pedido for improcedente não se dará a extensão subjetiva dos efeitos da sentença coletiva, não obstante terão de arcar com a imutabilidade da sentença *pro et contra*, sendo defesa a reproposição da demanda coletiva com os mesmos elementos da anteriormente julgada.

³²⁴ Neste sentido, já se pronunciou o STJ: “Considera-se existente, porém, conflito positivo de competência ante a possibilidade de decisões antagônicas nos casos em que há processos correndo em separado, envolvendo as mesmas partes e tratando da mesma causa. É o que ocorre, freqüentemente, com a propositura de ações populares e ações civis públicas relacionadas a idênticos direitos transindividuais, fenômeno que é resolvido pela reunião das ações, visto que em matéria de direitos supraindividuais, a regra é a de se permitir ao máximo o acesso à justiça”. CC 39.590/RJ, Rel. Min. CASTRO MEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27.08.2003, DJ 15.09.2003, p. 229.

Rodolfo de Camargo Mancuso³²⁵ relata, ainda sob a rubrica do interesse de agir, que não se pode descurar que o valor jurídico tutelado na ação civil pública é o erário, ou seja, o aspecto pecuniário do patrimônio público. Justamente por isso ele pode ser veiculado tanto pela ação popular quanto pela ação civil pública, e, tendo presente que nesta última a legitimação ativa é do tipo concorrente-disjuntivo, não se pode descartar eventual concorrência entre estes dois instrumentos processuais nesta matéria.

Daí se conclui que deve ser levada em consideração a substância e não o nome dado à ação coletiva³²⁶, sendo este irrelevante para fins de sua admissibilidade em juízo³²⁷, restando claro que o traço público caracterizador deste tipo de ação civil não mais concerne à sua legitimação ativa, mas sim ao seu objeto, o qual, diga-se de passagem, abrange um largo espectro de interesses e valores de evidente e inegável relevância social, permitindo o acesso à Justiça de certos conflitos metaindividuais, que até então pairavam numa espécie de “limbo jurídico”.³²⁸

Fredie Didier e Hermes Zaneti³²⁹ preceituam que o supedâneo legal para se utilizar de uma ação civil pública para a tutela de um direito coletivo/difuso segue, necessariamente, o caminho exegético: buscar, inicialmente, a solução legal dentro do diploma específico, que é a Lei 7.347/85. Não sendo localizada a solução, ou ainda, sendo ela insatisfatória, deve-se buscar a solução no título III da Lei 8.078/90 (CDC)³³⁰. Caso o problema ainda persista, deve-se buscar nos demais diplomas que versem sobre o processo coletivo a *ratio* para resolver a questão³³¹.

³²⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. 11. ed. São Paulo: RT, 2009, p.65.

³²⁶ Cretella Júnior revela que nas priscas eras das *legis actiones*, exigia-se absoluto rigor no emprego da verba certa, tanto que cita um caso relatado pelo jurisconsulto Gaio no qual em um determinado processo um dos litigantes foi prejudicado única e exclusivamente em virtude do emprego do vernáculo *vites* (videira), ao invés de *arbores*, como ordenava a lei, muito embora se tratasse, na verdade, de uma videira; desta feita, é inadmissível que no atual estágio da ciência jurídica a correta nomenclatura dos institutos, ainda que relevante, seja interpretada sob a ótica de um formalismo extremamente exacerbado. CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Romano*. São Paulo: RT, 1963, p.267.

³²⁷ Neste sentido, WATANABE, Kazuo et al. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 742-747.

³²⁸ Ressalte-se que integravam os interesses metaindividuais, *ab initio*, apenas os difusos e coletivos em sentido estrito, aos quais, em virtude dos arts. 81, 83 e 117 da Lei 8.078/90, posteriormente se agregaram os interesses individuais homogêneos.

³²⁹ DIDIER Jr, Fredie e ZANETI Jr, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. v.4, 3ª ed., Salvador: Juspodivm, 2008, p. 55.

³³⁰ Anote-se que enquanto não for aprovado o Código Brasileiro de Processos Coletivos, o supracitado diploma legal atuará, de forma subsidiária, como regra geral aplicada às espécies, devendo, como tal, respeitar as especificidades dos casos em concreto.

³³¹ Verifica-se de forma bastante evidente uma redução significativa na atuação do CPC como norma geral subsidiária, exercendo efeitos bastante reduzidos sobre o processo coletivo, não passando de mero diploma

Percebe-se claramente que, em termos legislativos, o advento do CDC modificou substancialmente o regramento dos processos coletivos, passando a ter aplicabilidade imediata em conjunto com a lei da ação civil pública para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos³³².

Ressalte-se que a competência territorial em matéria de ações coletivas sempre será absoluta e fixada pela prevenção, não obstante seja suscetível de modificação caso outro foro igualmente competente demonstre ser mais adequado no sentido de melhor atender aos interesses das partes ou da Justiça em geral. Contudo, ainda que em sede de direitos supraindividuais a regra seja a de se permitir ao máximo o acesso à Justiça, não se pode deixar de ressaltar a possível multiplicidade de ações coletivas ou individuais que versem sobre o mesmo objeto.

Neste ponto específico, a solução estará a cargo dos institutos processuais da conexão, continência, prevenção e litispendência – mecanismos estes que, na hipótese de se verificar a sobreposição de ações de responsabilidade de âmbito nacional, ou mesmo regional, podem e devem ser utilizados pelo demandado, que, diga-se de passagem, será o mesmo em todas estas ações.

Com efeito, Enrico Tullio Liebman³³³, na década de 40 do séc. XX, já constatava que nos últimos tempos, importantes correntes da doutrina esforçaram-se por alargar o âmbito de extensão da coisa julgada, prevendo uma tendência socializadora e anti individualista assumida pelo Direito moderno.

Posteriormente, Antonio Gidi³³⁴ reconhece que o regime da coisa julgada nas ações coletivas, independentemente de se tratar de direitos difusos, coletivos, ou mesmo individuais homogêneos, precisa ser delineado de tal maneira que satisfaça os princípios de celeridade e economia processuais, porém, sem afrontar a garantia constitucional da ampla

residual, logo, não mais se apresenta adequado para disciplinar tais demandas, haja vista seus institutos serem eminentemente individuais. Com a chegada do Código Brasileiro de Processos Coletivos tal questão restará resolvida, já que caberá a ele o mister de harmonizar os processos coletivos, dentro das perspectivas e objetivos constitucionais, contudo até lá o procedimento padrão para as causas coletivas dar-se-á pela integração da Lei da ação civil pública com o CDC.

³³² Neste sentido, já se pronunciou o STJ: “A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microssistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se”. Resp 510.150/MA, Rel. Min. LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17.02.2004, DJ 29.03.2004, p. 173.

³³³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4. ed. Notas Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.13.

³³⁴ GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 14.

defesa, e desde que não ponha em risco os direitos de terceiros, o que não será possível com a sistemática ortodoxamente dada ao instituto pelo direito processual comum.

Como se vê, não é novo o clamor da doutrina por um sistema de coisa julgada adequado às ações civis públicas, mormente em relação à reparação a título individual, já que, a título coletivo, a solução encontrada foi a de um comando cominatório em ordem a se alcançar a prestação específica do objeto colimado.

Logo, é evidente que a ação civil pública intenta o acesso a Justiça de um largo espectro de interesses metaindividuais, exatamente por isso não admite a mitigação da eficácia da coisa julgada por si obtida, senão tratar-se-ia de uma evidente e inócua tentativa de “tapar o sol com a peneira”, que em vez de pacificar o conflito apenas iria procrastiná-lo, e até mesmo acirrá-lo, ante a previsão de prolação de comandos judiciais diversos e, por vezes, naturalmente já contraditórios.

Não se pode deixar de anotar o descontentamento da maioria dos estudiosos do Direito ante a alteração no art. 16 da Lei 7.347/85, trazida pela Lei 9.494/97, a qual limita a coisa julgada da sentença proferida aos limites territoriais do órgão prolator. Tal resistência deve-se ao fato de que o legislador objetivou restringir os efeitos da ação civil pública à área territorial da competência do juiz que a prolatou, acabando de vez com a possibilidade de decisões com abrangência regional, e, principalmente, nacional. Desta feita, usou o governo seu poder de império para alterar a legislação da maneira que melhor lhe conviesse, desnaturando a principal marca da ação coletiva, vale dizer, a coisa julgada³³⁵.

No mesmo sentido, José Marcelo Menezes Vigliar³³⁶ considera que, se o interesse é necessariamente indivisível e da modalidade difuso, será impossível limitar os efeitos da coisa julgada a um determinado território, pois, nesta seara, é muito comum o dano assumir proporções tais que ultrapassem os limites de uma única comarca.

Por seu turno, Francisco Antonio de Oliveira³³⁷ viu na mencionada alteração um “retrocesso inominável”, visto que se intentou dar à ação civil pública tratamento análogo às ações individuais, sendo evidente que os interesses transindividuais não poderão ter seus efeitos circunscritos à base territorial, sob pena de sacramentar sua total neutralização.

³³⁵ ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. São Paulo: RT, 2001, p. 167.

³³⁶ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 112-113.

³³⁷ OLIVEIRA, Francisco Antonio de. Da ação civil pública: instrumento de cidadania – inconstitucionalidade da Lei 9.494, de 10.09.1997. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Instituto Toledo de Ensino*, n. 20, mar./jun. 1997, p. 182.

Nesta seara, Sérgio Cruz Arenhart e Luiz Guilherme Marinoni³³⁸ asseveram que pensar em uma qualidade de um efeito que só existe em uma determinada porção do território seria o mesmo que dizer que uma fruta só é vermelha em certo lugar do país. Ora, ou a fruta é vermelha ou não é, independentemente da localidade em que se encontre, da mesma forma que só se pode pensar em uma sentença imutável ante a jurisdição nacional, e nunca em face de uma parcela, individualmente considerada, desta jurisdição.

Corroborando a posição ora sustentada, Luiz Paulo Araújo Filho³³⁹ ressalta que por ser una e indivisível a jurisdição, a decisão proferida por um órgão do Poder Judiciário é eficaz em todo o território nacional, ainda que proferida por órgão incompetente, e, mesmo inválida, produzirá efeitos em todo o país enquanto não declarada sua nulidade ou enquanto não se der sua rescisão³⁴⁰.

Nelson Nery Júnior e Rosa Nery³⁴¹ lembram que não é relevante indagar qual justiça proferiu a sentença para que se dê o efeito extensivo da coisa julgada, uma vez que o cerne da questão não se encontra na jurisdição ou competência, mas nos limites subjetivos à coisa julgada. Porém, não se podem perder de vista as especificidades de uma ação coletiva, que não comportam a mesma solução dada pelo processo civil ortodoxo às lides intersubjetivas.

Hugo Nigro Mazzilli³⁴² afirma que o legislador federal não soube distinguir competência de coisa julgada: a imutabilidade dos efeitos *erga omnes* de uma sentença, segundo ele, não tem nada a ver com a competência do juiz que a proferiu, e esta, após transitar em julgado, tornar-se-á imutável entre as partes, ou conforme o caso, imutável para toda a coletividade, como, por exemplo, nas ações civis públicas julgadas procedentes.

³³⁸ ARENHART, Sérgio Cruz e MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 785.

³³⁹ ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 164.

³⁴⁰ Não se perca de vista que a expansão territorial do julgado coletivo não se determina pela competência do órgão judicial prolator da decisão, mas, sim, pela razão direta da dimensão do objeto litigioso, repercutindo, conforme o caso, nos planos local, regional ou nacional, mormente por configurar o autor substituto processual de todos os interessados, não fazendo sentido algum limitar os efeitos da decisão judicial apenas aos domiciliados no estrito âmbito da competência territorial do juiz.

³⁴¹ NERY Jr, Nelson e NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 8 ed., São Paulo: RT, 2004, p. 1.443.

³⁴² MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 237.

Neste mister, Rodolfo de Camargo Mancuso³⁴³ verifica que o critério utilizado deveria ter sido outro, atentando-se para a projeção do interesse metaindividual judicializado, confluindo para que a resposta judiciária, em sede de ação coletiva, desde que promanada de juiz competente, deva ter eficácia até onde se irradie o interesse objetivado. Deste modo, a se estender a todos os sujeitos concernentes, percebe-se, claramente, o caráter unitário deste tipo de interesse, que exatamente por isso exige uniformidade do pronunciamento judicial.

O presente estágio evolutivo da jurisdição coletiva em nosso país leva a entender que o comando judicial daí derivado precisa atuar de modo uniforme e unitário por toda a extensão e compreensão do interesse metaindividual objetivado na ação. Se assim não fosse, este diferenciado regime processual não se justificaria, nem seria eficaz, e o citado interesse acabaria privado de tutela judicial em sua dimensão coletiva³⁴⁴.

Resta assim reconvertido e pulverizado em multifárias demandas individuais, atomizando e desfigurando o conflito coletivo, já que a coisa julgada não se apresenta como uma realidade autônoma, mas apenas ganha concreção à medida que se agrega, dotada de imutabilidade/indiscutibilidade, aos efeitos de uma decisão de mérito. Indaga, pois, qual a sua projeção espacial, por onde se estende e quais os sujeitos que lhe são concernentes. Portanto, não tem sentido lógico indagar, inicialmente, sobre a coisa julgada, para posteriormente aferir sua aplicabilidade ao objeto litigioso, bem como a seus sujeitos³⁴⁵.

No mesmo sentido, Gilmar Ferreira Mendes³⁴⁶ conclui que a ação civil pública muito se aproxima de um processo sem partes, ou de um processo objetivo, no qual a parte autora atua não na defesa de situações subjetivas, mas sim com o escopo de garantir a tutela do interesse público. Exatamente por isso, foi que o legislador, ao disciplinar a eficácia da decisão proferida na ação civil, viu-se compelido a estabelecer que a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*.

Assim, como visto ante a possibilidade de extensão dos efeitos da coisa julgada aos demais indivíduos que não tomaram parte na formação do título executivo, mas que apresentam, além da identidade das partes, a identidade do pedido e da causa de pedir,

³⁴³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. 11. ed. São Paulo: RT, 2009, p.323.

³⁴⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. 11. ed. São Paulo: RT, 2009, p.325.

³⁴⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. 11^a. ed. São Paulo: RT, 2009, p.334.

³⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Ação civil pública e controle de constitucionalidade*. In: MILARÉ, Édson (coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005, p. 202.

consiste a ação Civil pública numa ferramenta bastante eficaz na persecução da tutela jurisdicional que propicie a política pública prévia imprescindível ao exercício do respectivo direito fundamental à saúde.

4 ANÁLISE DA PRÁTICA JURISPRUDENCIAL NO ESTADO DE ALAGOAS

A jurisprudência nacional já apresenta entendimento absolutamente sedimentado quando se trata de controle judicial para a implantação de políticas públicas relativas ao exercício do direito fundamental à saúde³⁴⁷, tanto em relação aos Tribunais Regionais Estaduais e Federais de Justiça³⁴⁸, quanto ao Superior Tribunal de Justiça³⁴⁹, e também ao próprio Supremo Tribunal Federal³⁵⁰.

Nestes termos, como exemplos práticos, as seguintes decisões determinam que o ente estatal, uma vez inoperante ante as necessidades médicas da população, arque com os custos referentes a: tratamento médico a pessoas carentes STF, RE 271.286/RS; exames de ressonância magnética – TJRS, AI 70005170121; exames de eletroencefalograma; fornecimento de aparelhos auditivos – TJRS, AC 70002532877; implante de próteses – TJRS, AC 70002508679; tratamento psicológico ou psiquiátrico – STJ, MC 2440/RS; internação em UTI neonatal em hospital particular – TJMA, AC 24192002 e TJES, MS 100990006817; transporte e tratamento médico em outra localidade – TJMG, AC 000262332-0/00; transplante em medula óssea – TRF da 4ª Região, AG 45090/PR e implantação de aparelho desfibrilador ventricular – TRF da 4ª Região, MAS 199804010717940/RS.

³⁴⁷ Caso mencionado serviço público não esteja à disposição da população, os Tribunais vêm condenando a administração pública a custear o tratamento necessário.

³⁴⁸ Neste sentido, já se pronunciou o TRF da 4ª Região: “A Constituição Federal de 1988 estabeleceu, no art. 196, que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. Garantido o atendimento cirúrgico pelo SUS porquanto comprovada a urgência e relevância”. AI 2005.04.01.049086-1, Rel. Des. EDGARD ANTÔNIO LIPPMANN JÚNIOR, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14.03.2006, DJ 18.10.2006, p. 165.

³⁴⁹ Neste sentido, já se pronunciou o STJ: “Tem natureza de interesse indisponível a tutela jurisdicional do direito à vida e à saúde de que tratam os arts. 5º, caput e 196 da Constituição”. Resp 871.215/RS, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17.10.2006, DJ 07.11.2006, p. 280.

³⁵⁰ Neste sentido, já se pronunciou o STF: “É dever do Estado assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito à saúde, que é fundamental e está consagrado na Constituição da República nos artigos 6º e 196. Diante da negativa/omissão do Estado em prestar atendimentos à população carente, que não possui meios para a compra de medicamentos necessários à sua sobrevivência, a jurisprudência vem se fortalecendo no sentido de emitir preceito pelos quais os necessitados podem alcançar o benefício almejado”. AG 238.328/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 20.04.1999, DJ 11/05/99, p. 239.

Na análise de casos concretos, no primeiro grau de jurisdição da Justiça Federal e Estadual de Alagoas, sem prejuízo das ações cominatórias a que se refere o Código de Processo Civil, como instrumento hábil para a tutela das obrigações de fazer, a ação civil pública tem sido muito pouco utilizada, embora com acerto, para impor ao ente estatal a obrigação de fornecer condições de tratamento médico à população, quando tal necessidade configura direito coletivo/difuso, ou mesmo um direito individual homogêneo.

Tais são direitos traduzidos, concretamente, nas necessidades da coletividade, a exemplo dos portadores de doenças renais, dos idosos, dos portadores de hemofilia, bem como para promover tratamentos médicos específicos, à criança portadora de nanismo, até mesmo com imposição de pena pecuniária e bloqueio de verbas públicas³⁵¹.

Por fim cumpre salientar que tal levantamento se deu entre agosto de 2009 e janeiro de 2010.

4.1 As ações civis públicas em trâmite perante a Justiça Comum Estadual

Apenas onze ações civis públicas pleiteadoras do direito fundamental à saúde tramitam perante as Varas da Fazenda Estadual em Alagoas.

Ação civil pública nº 75452-8/07, de autoria da Defensoria Pública, figurando como réu o Estado de Alagoas: uma paciente que se encontra na enfermaria do Hospital de Doenças Tropicais, em consequência de um choque anafilático em 27.03.2007, por lhe ter sido ministrado benzetacil, está em estado vegetativo, e precisa de cuidados neurológicos e de fisioterapia integrais, já que esta última ajuda a normalizar a respiração, além de um respirador, em virtude das sucessivas paradas respiratórias que vem sofrendo.

No pedido foi pleiteado que, caso a paciente venha a precisar de UTI e não exista vaga que o Estado de Alagoas seja compelido a custear o tratamento necessário, inclusive colchão especial, cama com grades, neurologista e fisioterapeuta integrais em hospital

³⁵¹ Neste sentido, já se pronunciou o STJ: “A decisão que determina o fornecimento de medicamento não está sujeita ao mérito administrativo, ou seja, conveniência e oportunidade de execução de gastos públicos, mas de verdadeira observância da legalidade. O bloqueio da conta bancária da Fazenda Pública possui características semelhantes ao seqüestro e encontra respaldo no art.461, § 5º, do CPC, pois trata-se não de norma taxativa, mas exemplificativa, autorizando o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, a determinar as medidas assecuratórias para o cumprimento da tutela específica”. Resp 245.696/PR, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 13.02.2007, DJ 28.02.2007, p. 222.

particular, além da multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por hora de descumprimento da obrigação de fazer, bem como a prisão do agente público responsável, caso a multa diária não surta o efeito pretendido.

Foi concedida a tutela antecipada, nos termos do pedido.

Na contestação o Estado de Alagoas alega que a responsabilidade é exclusiva do município de Maceió, uma vez que este detém a gestão plena de assistência à saúde, art. 30, VII, da CF/88 e NOAS-SUS 01/2002, arts. 18 e 48.

Logo, a parte afeta à competência do Estado de Alagoas restringir-se-ia apenas ao fornecimento dos medicamentos constantes do programa de medicamentos excepcionais, devidamente regulamentado pela portaria GM/MS nº 2.577/MG de 17.10.2006 e SAS/MS 921/2002, solicitando, assim, a inclusão do município de Maceió como litisconsorte passivo necessário.

O Ministério Público optou pela procedência do pedido.

Ação civil pública nº 52960/08, de autoria do Ministério Público, figurando como réu o Estado de Alagoas: uma paciente portadora da doença *diabetes melitus tipo I* necessita de doses periódicas de insulina lantus. Ao procurar a Farmácia de Remédios Excepcionais (FARMEX), mantida pela Secretaria de Estadual de Saúde, fora informada que referido medicamento não é parte integrante da lista da portaria GM/MS nº 2.577/MG de 17.10.2006 e SAS/MS 921/2002, e, exatamente por isso tal medicamento estava impossibilitado de ser disponibilizado pela FARMEX.

No pedido foram pleiteadas 20 ampolas mensais do referido medicamento, bem como uma multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por hora de descumprimento.

Foi concedida a tutela antecipada, nos termos do pedido.

Ação civil pública nº 22630/06, de autoria do Ministério Público, figurando como réu o Estado de Alagoas: quatro pacientes gestantes e portadoras do vírus HIV necessitam do medicamento *Hiperprolactinemia*, para inibir a produção do leite, já que não podem amamentar, e outra paciente necessita, pelo mesmo motivo, da substância *Cabergolina*, já que a substância *Pardodel* não lhe causa nenhum efeito terapêutico.

Ao procurarem a Farmácia de Remédios Excepcionais (FARMEX), mantida pela Secretaria de Estadual de Saúde, foram informadas de que referidos medicamentos não

integram a lista da portaria GM/MS nº 2.577/MG de 17.10.2006 e SAS/MS 921/2002, e, exatamente, por isso estavam impossibilitados de ser disponibilizados, pela FARMEX.

No pedido foi pleiteada a quantidade mensal suficiente para todas as pacientes dos referidos medicamentos, bem como uma multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por hora de descumprimento.

Foi concedida a tutela antecipada nos exatos termos do pedido.

Após três meses, os medicamentos não foram disponibilizados e o Ministério Público solicitou o bloqueio das contas do Estado, para comprar os medicamentos, bem como a responsabilização do coordenador do projeto de assistência farmacêutica da Secretaria de Estadual de Saúde.

Ação civil pública nº 971/10, de autoria do Ministério Público, figurando como réu o Estado de Alagoas: um paciente portador de Neoplasia Maligna (câncer) de medula óssea necessita, mensalmente, de duas caixas de Gabapentina 300mg e uma caixa de Baclofem10mg. Ao procurar a Farmácia de Remédios Excepcionais (FARMEX), mantida pela Secretaria de Estadual de Saúde, fora informado de que os referidos medicamentos não integram a lista da portaria GM/MS nº 2.577/MG de 17.10.2006 e SAS/MS 921/2002, e, exatamente por isso estavam impossibilitados de disponibilização pela FARMEX.

Foi concedida a tutela antecipada, garantindo o fornecimento dos medicamentos, bem como multa de R\$500,00 (quinhentos reais) por hora de descumprimento, **independentemente de qualquer formalidade burocrática protelatória.**

Ação civil pública nº 26831-9/09, de autoria do Ministério Público, figurando como réu o Estado de Alagoas: paciente portadora de retinopatia diabética proliferativa OE necessita do medicamento Lucentis, substância ativa Ramibizumabe, ou Avastin, substância ativa Bevalizumabe. Ao procurar a Farmácia de Remédios Excepcionais (FARMEX), mantida pela Secretaria de Estadual de Saúde, fora informada de que os referidos medicamentos não integram a lista da portaria GM/MS nº 2.577/MG de 17.10.2006 e SAS/MS 921/2002, e, exatamente por isso estavam impossibilitados de disponibilização pela FARMEX.

Tutela antecipada concedida.

Ação civil pública nº 36240-4/09, de autoria do Ministério Público, figurando como réu o Estado de Alagoas: uma paciente portadora de câncer no pulmão e doença pulmonar crônica em estágio avançado necessita, a título contínuo, do medicamento Spiriva

18mg, máquina de oxigênio em seu domicílio e cateter nasal a 2L/min, por cerca de oito horas diárias.

Ao procurar a Farmácia de Remédios Excepcionais (FARMEX), mantida pela Secretaria de Estadual de Saúde, fora informada de que o referido medicamento não integra a lista da portaria GM/MS nº 2.577/MG de 17.10.2006 e SAS/MS 921/2002, e, exatamente por isso estava impossibilitados de disponibilização pela FARMEX.

Quanto à máquina de oxigênio, existia uma em cada unidade de saúde mantida pelo governo do Estado, porém, após sucessivos retornos, nunca conseguia referido tratamento, pois as máquinas estavam todas com defeito.

A tutela antecipada foi concedida, além de multa R\$ 500,00 (quinhentos reais) por hora de descumprimento.

Ação civil pública nº 976-0/10, de autoria da Defensoria Pública, figurando como réu o Estado de Alagoas: paciente portadora de câncer de cólon em estágio IV necessita do medicamento Avastin 100mg, a cada 15 dias, durante o prazo mínimo de um ano. Ao procurar a Farmácia de Remédios Excepcionais (FARMEX), mantida pela Secretaria de Estadual de Saúde, fora informada de que o referido medicamento não integra a lista da portaria GM/MS nº 2.577/MG de 17.10.2006 e SAS/MS 921/2002, e, exatamente por isso estavam impossibilitado de disponibilização pela FARMEX.

A tutela antecipada foi concedida, para em 72 horas ser providenciados pelo Estado de Alagoas três frascos do referido medicamento a cada quinze dias, sob pena de multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) por dia de descumprimento.

Ação civil pública nº 36239-0/10, de autoria da Defensoria Pública, figurando como réu o Estado de Alagoas: paciente portadora de câncer de mama necessita de treze frascos do medicamento Trastuzumab, substância ativa Herceptin 440mg, durante doze meses.

Ao procurar a Farmácia de Remédios Excepcionais (FARMEX), mantida pela Secretaria de Estadual de Saúde, fora informada de que o referido medicamento não integra a lista da portaria GM/MS nº 2.577/MG de 17.10.2006 e SAS/MS 921/2002, e, exatamente por isso estava impossibilitado de disponibilização pela FARMEX.

A tutela antecipada fora concedida.

Ação civil pública nº 43644/10, de autoria do Ministério Público, figurando como réu o Estado de Alagoas: paciente portadora de artrose, mormente no joelho esquerdo, necessita de cinco ampolas do medicamento Formathron, substância ativa Hialuronato de Sódio.

Ao procurar a Farmácia de Remédios Excepcionais (FARMEX), mantida pela Secretaria de Estadual de Saúde, fora informada de que referido medicamento não é parte integrante da lista da portaria GM/MS nº 2.577/MG de 17.10.2006 e SAS/MS 921/2002, e, exatamente por isso tal medicamento estava impossibilitado de ser disponibilizado pela FARMEX.

Tutela antecipada concedida.

Ação civil pública nº 38045-3/09, de autoria da Defensoria Pública, figurando como réu o Estado de Alagoas: paciente portador de Linfoma não Hodgkin folicular necessita de 600mg da droga Mabthera a cada vinte e um dias, durante oito ciclos, totalizando, pois, oito frascos de Mabthera 500mg e oito frascos de Mabthera 100mg. Ao procurar a Farmácia de Remédios Excepcionais (FARMEX), mantida pela Secretaria de Estadual de Saúde, fora informado de que referidos medicamentos não integram a lista da portaria GM/MS nº 2.577/MG de 17.10.2006 e SAS/MS 921/2002, e, exatamente por isso estavam impossibilitados de ser disponibilizados pela FARMEX.

A tutela antecipada foi concedida.

Ação civil pública nº 37186-1/09, de autoria da Defensoria Pública, figurando como réu o Estado de Alagoas: paciente portadora de Anemia Mieloide Crônica, efetuou transplante de medula óssea e necessita 500mg da droga Mabthera.

Ao procurar a Farmácia de Remédios Excepcionais (FARMEX), mantida pela Secretaria de Estadual de Saúde, fora informada de que referido medicamento não é parte integrante da lista da portaria GM/MS nº 2.577/MG de 17.10.2006 e SAS/MS 921/2002, e, exatamente por isso tal medicamento estava impossibilitado de ser disponibilizado pela FARMEX.

A tutela antecipada foi concedida.

4.2 As ações civis públicas em trâmite perante a Justiça Comum Federal

Nas Varas da Justiça Comum Federal em Alagoas, tramitam atualmente apenas seis ações civis públicas pleiteadoras do direito fundamental à saúde.

Ação civil pública nº 5857-9/09, de autoria do Ministério Público Federal, figurando como réus a União, o Estado de Alagoas e o município de Maceió: paciente portadora de refluxo gastroesofágico e intolerância a lactose necessita de leite especial.

Ao procurar a Farmácia de Remédios Excepcionais (FARMEX), mantida pela Secretaria de Estadual de Saúde, fora informada de que nenhum tipo especial de leite consta na lista da portaria GM/MS nº 2.577/MG de 17.10.2006 e SAS/MS 921/2002, e, exatamente por isso estava impossibilitado de ser disponibilizado pela FARMEX.

No pedido foi pleiteada a condenação solidária dos réus em onze latas mensais do leite especial Alfaré³⁵² até que a criança complete 5 anos de idade, a publicação da sentença definitiva nos jornais de maior circulação de âmbito estadual em três dias alternados, sendo um domingo, sem a identificação do paciente, bem como multa diária por descumprimento da obrigação de fazer em valor a ser arbitrado pelo juízo.

A tutela antecipada foi concedida, devendo os três réus, de forma solidária, fornecer o leite, sob pena de multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Passados trinta dias sem que a liminar fosse cumprida, o Ministério Público Federal solicitou o bloqueio de R\$ 1.837,00 (mil oitocentos e trinta e sete reais) das contas bancárias dos réus.

O requerimento foi acolhido, determinando o juízo que a decisão fosse cumprida em quarenta e oito horas, sob pena de multa de R\$ 300,00 (trezentos reais) diários para os responsáveis pessoais; caso ainda persista o descumprimento, que seja efetuado mencionado bloqueio para que os pais ou mesmo o próprio Ministério Público Federal adquiram as onze latas do leite especial Alfaré. A União agravou da decisão, mas o TRF da Quinta Região manteve a decisão do juízo *a quo*.

Ação civil pública nº 5331-6/08, de autoria do Ministério Público Federal, figurando como réus a União, o Estado de Alagoas, o município de Maceió e a Santa Casa de Misericórdia de Maceió: um paciente realizaria cirurgia para a retirada de tumor mediastino,

³⁵² Em pesquisa feita pela mãe da menor, ficou constatado que a referida marca era a mais barata, exatamente por isso foi pleiteada pelo autor em seu pedido.

inclusive já tendo sido realizados todos os exames pré-operatórios, quando então os médicos do SUS entraram em greve.

No pedido foi pleiteada a condenação solidária dos réus, no sentido de custear de forma integral e efetiva todos os gastos com cirurgia e tratamento, inclusive fornecendo medicamentos, no prazo de 24 horas, sob pena de multa diária por descumprimento da obrigação de fazer em valor a ser arbitrado pelo juízo, além da publicação da sentença definitiva nos jornais de maior circulação de âmbito estadual em três dias alternados, sendo um domingo, sem a identificação do paciente.

Ainda foi pleiteada a condenação dos réus, de forma solidária em definitivo, à obrigação de fazer, consistente na realização, com a celeridade adequada, de todos os procedimentos cirúrgicos constantes de relações, listas, tabelas e procedimentos do SUS, em favor dos cidadãos que deles necessitarem no Estado de Alagoas, bem como de seu integral e efetivo tratamento, inclusive o fornecimento de medicamentos em regime de gratuidade, estabelecendo-se também multa diária por descumprimento da obrigação de fazer em valor a ser arbitrado pelo juízo.

Liminar concedida em todos os seus termos, devendo as providências necessárias ser adotadas no prazo de setenta e duas horas, com multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia de descumprimento.

Ação civil pública nº 6086-8/09, de autoria do Ministério Público Federal, figurando como réus a União, o Estado de Alagoas e o município de Maceió: paciente portador de trombose venosa profunda fêmuro-poplítea, trombose no pulmão e insuficiência cardíaca congestiva. Insta salientar que consta nos autos declaração da Secretaria de Estado da Fazenda atestando que os procedimentos requisitados pelo paciente integram a tabela de serviços médicos do Sistema Único de Saúde e que são realizados em dez unidades de atendimento no Estado de Alagoas. Apesar disso o paciente não conseguiu realizar os mencionados exames.

No pedido foi pleiteada a condenação solidária dos réus, no sentido de custear de forma integral e efetiva todos os gastos com a realização de exames de ultrassonografia Doppler colorido, venoso e profundo, e de tomografia computadorizada do tórax com contraste não iônico, além da publicação da sentença definitiva nos jornais de maior circulação de âmbito estadual em três dias alternados, sendo um domingo, sem a identificação

do paciente, e multa diária por descumprimento da obrigação de fazer em valor a ser arbitrado pelo juízo.

O Juízo salienta que a ação civil pública constitui instrumento adequado para a defesa de direito individual indisponível, mesmo quando visar à tutela de pessoa individualmente considerada, tendo como legitimado extraordinário o Ministério Público Federal (art. 127 da CF/88).

Tutela concedida, devendo a obrigação de fazer ser cumprida de forma solidária em dez dias, salvo impossibilidade fática devidamente comprovada, porém ainda sem o arbitramento de multa em caso de descumprimento.

Ação civil pública 6283-0/09, de autoria do Ministério Público Federal, figurando como réus a União, o Estado de Alagoas e o município de Maceió: paciente de 70 anos, portadora do mal de Parkinson, necessita dos medicamentos Prolopa 200/50mg (Levodopa 200mg + Benzerazida 50mg) e Sifrol 1mg (Pramipexol 1mg). Ao procurar a Farmácia de Remédios Excepcionais (FARMEX), mantida pela Secretaria de Estadual de Saúde, fora informada de que embora referidos medicamentos sejam integrantes da lista da portaria GM/MS nº 2.577/MG de 17.10.2006 e SAS/MS 921/2002, estavam impossibilitados de ser disponibilizados pela FARMEX, pois estavam em falta.

No pedido foi pleiteada a condenação solidária dos réus, no sentido de custear de forma integral e efetiva todos os gastos com o fornecimento dos medicamentos em quantidade suficiente para o tratamento da doença, sob pena de fixação de multa diária.

Tutela totalmente concedida, condenando os réus a adotar as providências necessárias não medindo esforços no sentido de evitar delongas ao cumprimento da decisão.

Ação civil pública 5982-8/06, de autoria do Ministério Público Federal e do Ministério Público Estadual, figurando como réus a União, o Estado de Alagoas e os municípios de Maceió Arapiraca, Santana do Ipanema, União dos Palmares, São Miguel dos Campos, Coruripe, Palmeira dos Índios, Pão de Açúcar e Penedo, em virtude da notória precariedade quantitativa e qualitativa do serviço básico de saúde pública prestado pelos réus, no que respeita ao atendimento à gestante e ao recém-nascido.

No curso da apuração, conforme a petição inicial, constatou-se que a ineficiência do aludido serviço se estendia por todo o território alagoano, sendo todos os réus integrantes do Plano Diretor Regionalizado de Saúde do Estado de Alagoas - PDR, tendo sido apontada

como a principal causa do alarmante déficit na prestação do referido serviço público elementar de saúde, a superlotação provocada pela deficiência estrutural (tanto a escassez de leitos e equipamentos, quanto o quadro funcional reduzido), destacando-se, ainda, o óbito de 87 recém-nascidos no ano de 2005, em apenas 60 dias.

Em sede de antecipação de tutela, pugnam por provimento que obrigue os réus a adotar as seguintes providências:

1. Disponibilizar, no prazo de noventa dias, leitos de UTI (Unidade de Terapia Intensiva) Neonatal para todos os recém-nascidos do Estado que deles necessitem, através da instalação e credenciamento pelo SUS de mais vinte e um leitos de UTI Neonatal nos nove municípios-polo de saúde de Alagoas, totalizando sessenta leitos de UTI Neonatal para todo o Estado (PDR, p. 30 e 39).

2. Disponibilizar, no prazo de noventa dias, leitos de UCI (Unidade de Cuidados Intermediários) Neonatal para todos os recém-nascidos do Estado que deles necessitem, através da instalação e credenciamento pelo SUS de mais cento e seis leitos de UCI Neonatal nos nove municípios-polo de saúde de Alagoas, totalizando cento e oitenta leitos de UTI Neonatal para todo o Estado (PDR, p. 30 e 39).

3. Disponibilizar, no prazo de cento e oitenta dias, leitos de UTI (Unidade de Terapia Intensiva) Pediátrica para todas as crianças e adolescentes do Estado que deles necessitem, através da instalação e credenciamento pelo SUS de leitos de UTI Pediátrica nos nove municípios-polo de saúde de Alagoas (PDR, p. 30 e 39).

4. Garantir toda a estrutura adequada ao funcionamento dos leitos acima referidos (consoante as portarias MS/GM 1.101 de 12.6.2002, MS/GM 3.477 de 20.8.1998 e MS/GM 1.091 de 25.8.1999), e toda a medicação necessária à sobrevivência do neonato e da parturiente, inclusive o surfactante.

5. Garantir o transporte adequado de tais pacientes, caso necessário, para os hospitais de referência e contrarreferência, assegurada a vaga nestas unidades.

6. Que o Estado de Alagoas leve a efeito as medidas necessárias no sentido de garantir, no prazo de sessenta dias, a permanência de pelo menos um profissional de saúde, capaz de iniciar, de forma adequada, a reanimação neonatal em todas as salas de parto dos 102 municípios, inclusive com insumos e equipamentos mínimos para tal assistência, segundo a resolução 305/2002 do Conselho Regional de Medicina de Alagoas.

7. Garantir, no prazo de cento e oitenta dias, a capacitação de toda a equipe de saúde (médicos, enfermeiros e técnicos de enfermagem) na assistência integral e humanizada da gestante e do recém-nascido, de acordo com a portaria do Ministério da Saúde nº 569, de 01.6.2000.

8. Que a União leve a efeito as medidas necessárias no sentido de reestruturar, no prazo de noventa dias, os leitos de terapia intensiva neonatal e de cuidados intermediários já existentes no Hospital da Universidade Federal de Alagoas, conforme pré-projeto cadastrado no Ministério da Saúde sob nº 24464.1090001/05-002.

9. Que o Estado de Alagoas leve a efeito as medidas necessárias no sentido de reestruturar, no prazo de noventa dias, os leitos de terapia intensiva neonatal e de cuidados intermediários já existentes na Maternidade Escola Santa Mônica, da Universidade Estadual de Ciências da Saúde, conforme projeto cadastrado na Secretaria Executiva de Saúde sob nº 21657-05, já aprovado pelo Ministério da Saúde.

10. Que o Estado de Alagoas promova, de imediato, as medidas necessárias ao cadastramento e credenciamento no Sistema Único de Saúde dos dez leitos de UTI já em funcionamento no Hospital Regional Nossa Senhora do Bom Conselho, no município de Arapiraca, bem como dos oito leitos de UCI instalados e equipados no hospital Ib Gatto, no município de Rio Largo, uma vez que estes já se encontram em atividade, além de integrarem o cômputo dos leitos atualmente existentes.

Ainda foi pleiteada pelos autores a decretação da prisão dos responsáveis, bem como a cominação de multa diária no valor de dez mil reais, a cada um dos réus, para o caso de descumprimento da decisão, além do encaminhamento de relatórios, a cada trinta dias, com o fito de acompanhamento pelo Ministério Público Estadual e Federal acerca do tempo e da forma na efetivação das providências pleiteadas, as quais devem ser adimplidas no prazo máximo de quinze dias.

A tutela foi integralmente concedida nos termos da inicial, vindo posteriormente a sentença a confirmar na íntegra a decisão concessiva de todos os pedidos antecipatórios, julgando totalmente procedente a pretensão autoral, devendo os réus proceder em estrita observância ao que preceitua a Portaria MS/GSM 1.101, de 12 de junho de 2002, bem como ao estabelecido no Plano Diretor de Regionalização das Ações de Saúde em Alagoas – PDR, aprovado pela Comissão Tripartite do Ministério da Saúde em 2002 (Portaria GH 776, de 17 de abril de 2002) e demais legislações correlatas.

4.3 Análise crítica das decisões

Como acima mencionado, apenas onze ações civis públicas relativas ao direito fundamental à saúde tramitam atualmente na Justiça Comum Estadual.

Impende frisar que dez delas pleiteiam o custeio de medicamentos por parte do ente estatal. Note-se também que em nenhuma delas se contestou o fato de que o Ministério Público ou mesmo a Defensoria Pública não teriam legitimidade ativa para propor a respectiva ação civil pública, ainda que se tratasse de direito individualmente considerável, porém indisponível³⁵³.

Nas onze ações propostas, apenas o Estado de Alagoas figurou como réu. É bem verdade que a maioria pleiteia o custeio de medicamentos excepcionais, e que dita obrigação corresponderia ao Estado-membro, competindo ao Estado de Alagoas o fornecimento de remédios constantes do programa de medicamentos excepcionais, devidamente regulamentado pela portaria GM/MS nº 2.577/MG de 17.10.2006 e SAS/MS 921/2002.

Entretanto, a Constituição Federal, em seu art. 196, estabelece que saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Assim sendo, cabe a todos os entes estatais, de forma conjunta, assegurar o exercício do direito fundamental à saúde a toda a população.

Dita regra constitucional vem acabar definitivamente com a tentativa de qualquer ente público de se eximir de sua respectiva responsabilidade quanto às prestações materiais prévias imprescindíveis ao exercício do direito fundamental em tela.

Desta feita, o Estado de Alagoas poderia ter chamado ao processo tanto a União quanto o município, uma vez que todos são solidariamente responsáveis quando se trata de implantação de políticas públicas, o que, diga-se de passagem, ocorreu em uma única ação civil pública, das onze que tramitam atualmente perante a Justiça Comum Estadual de Alagoas.

³⁵³ Neste sentido, já se pronunciou inquestionavelmente o STJ: “A Jurisprudência mais recente das Turmas de Direito Público do STJ tem entendido que o Ministério Público tem legitimidade ativa ad causam para propor ação civil pública com o objetivo de proteger interesse individual”. Resp 695.665/RS, Rel. Min. ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23.14.2008, DJ 12.05.2008, p. 261.

Didier e Zaneti³⁵⁴ ressaltam a ausência de regra proibitiva de denunciação da lide em causas coletivas; assim, compete ao magistrado, respeitadas as particularidades de cada caso concreto, verificar, após minuciosa ponderação de valores, se ela é ou não conveniente para a economia e a celeridade processuais, já que, em sede de ação civil pública, inexistente regra especial acerca da admissibilidade da denunciação da lide³⁵⁵.

Reforça o argumento de ser a ação civil pública hábil para a implantação de políticas públicas, o fato de que todas as ações neste trabalho analisadas obtiveram provimento liminar de antecipação de tutela, bem como o parecer favorável, nos termos da inicial, pelo Ministério Público, além da confirmação, em todos os seus termos na sentença de mérito, de duas delas, o que provavelmente se repetirá em todas as outras, visto que ainda não obtiveram o provimento definitivo em relação ao direito pleiteado.

Desta feita, em vez de dez ações civis públicas e da grande quantidade de ações cominatórias tramitando atualmente perante a Justiça Comum Estadual de Alagoas, versando sobre o custeio de medicamentos que deveriam, mas não foram fornecidos pelo Estado, teríamos apenas uma única ação civil pública.

Já que todos os legitimados cuja restrição ao respectivo direito fundamental à saúde se enquadrem na tutela obtida por uma ação civil pública, mesmo os que não participaram do processo de declaração formador do título executivo³⁵⁶ estão aptos a promover a execução coletiva, o que ensejaria não apenas uma formidável economia processual, mas também resguardaria a credibilidade do Judiciário, visto que evitaria decisões contraditórias acerca da mesma matéria, ampliando de forma bem mais célere e significativa a promoção da dignidade da pessoa humana, já que esta não pode ser atingida sem o pleno exercício de todos os direitos humanos fundamentais.

Facultou-se o pronunciamento dos réus antes da concessão de antecipação das tutelas executivas, em obediência ao preceito normativo contido no art. 2º da Lei 8.437/92, o qual estabelece que no mandado de segurança coletivo e na ação civil pública a liminar será

³⁵⁴ DIDIER Jr, Fredie e ZANETI Jr, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. v.4, 3ª ed, Salvador: Juspodivm, 2008, p. 272.

³⁵⁵ Anote-se que referida visão apresenta aspectos práticos bastante relevantes, já que, por exemplo, seria factível ao município, uma vez demandado em ação civil pública, no sentido de implantar prestações materiais prévias indispensáveis ao exercício do direito fundamental à saúde, exercer sua pretensão regressiva em face do Estado ou da União, caso não tenham repassado as respectivas verbas.

³⁵⁶ Ressalte-se que a extensão subjetiva da decisão obtida através da ação civil pública *erga omnes* ou *ultra partes* apenas se dará quando procedente a decisão da demanda coletiva.

concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.

É cediço que na ação civil pública, a liminar, quando cabível, somente pode ser concedida após a oitiva do representante da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 horas, nos exatos termos indicados no art. 2º da Lei 8.437/1992.

Tal dispositivo, contudo, só deverá ser aplicado quando a defesa de direitos coletivos em sentido amplo (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos) acarrete significativa repercussão econômica aos entes estatais, devendo estes ser ouvidos antes da decretação de medida liminar. Como, no caso em tela, tratou-se de direito indisponível de pessoa individualizada, a aludida exigência de oitiva prévia poderia ter sido dispensada, mormente ao nos depararmos com casos de extraordinária urgência.

Ademais, se a mesma pretensão de antecipação de tutela fosse requerida nas vias ordinárias, seria dispensada a oitiva prévia dos entes públicos.

Ressalte-se ainda que os arts. 461 e 461-A do CPC deram novos contornos à forma de determinar providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento quando se tratar de obrigação de fazer, permitindo ao juiz uma maior liberdade no sentido de manusear as técnicas de sub-rogação e coerção, isoladas ou em conjunto, quando a situação assim o exigir.

Até mesmo impondo multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, caso seja suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito, podendo ainda, de ofício, ser modificado o valor ou a periodicidade da multa, caso esta tenha se tornado insuficiente ou excessiva.

Anote-se que nas dezessete ações civis públicas ora analisadas tal prerrogativa foi amplamente utilizada, sendo arbitradas multas por dia e até hora de descumprimento; a responsabilização pessoal (através de multas ou pedido de prisão) do coordenador do projeto de assistência farmacêutica da Secretaria de Estadual de Saúde ou de qualquer outro agente público competente; e, também, o bloqueio judicial das contas do Estado de Alagoas, tudo no sentido de garantir a efetividade das decisões proferidas.

Os pleitos acima referidos foram concedidos pelos Magistrados competentes, seguindo a interpretação do Supremo Tribunal Federal acerca dos arts. 127 e 129 da Constituição Federal de 1988, no sentido de que a Carta Federal outorgou ao Ministério

Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições prescritas em lei, desde que compatíveis com sua finalidade institucional (CF, arts. 127 e 129).³⁵⁷

Partindo destas sumárias colocações se estabelece a identidade dos interesses metaindividuais com o direito subjetivo à saúde, em nosso ordenamento jurídico, sendo, pois, passível de ser tutelado via ação civil pública, por ser esta via processual também adequada para a defesa de direitos individuais indisponíveis indissociáveis do direito à vida.

Como bem concluído por Mancuso³⁵⁸, o processo de conscientização da coletividade pelo exercício da cidadania é ao mesmo tempo lento e gradual, de sorte que impende dar tempo ao tempo, até que os cidadãos, isoladamente ou em grupo, estejam imbuídos de que podem e mesmo devem participar da gestão da coisa pública também mediante a judicialização dos conflitos metaindividuais, mormente pelo manejo da ação civil pública.

Some-se a isso o fato de que os operadores do direito de hoje estudaram no passado e fizeram suas lições de processo civil a partir de normas e soluções pugnadas, de modo geral, para os conflitos e processos individuais.

Não se pode olvidar que em relação ao mérito da causa as questões relativas ao exercício do direito fundamental à saúde não envolvem um conflito simples, uma mera contraposição do direito à vida e à saúde; trata-se, na verdade, de causa extremamente complexa, tanto do ponto de vista jurídico, que exige análise constitucional e infraconstitucional, quanto do ponto de vista ético-moral, submetendo o Estado Juiz a um dilema entre a vida de uma só pessoa, vítima de uma doença grave, e o impacto na gestão política de saúde em um Estado onde nem sequer se assegura o básico à população.

Ora, cada vez mais o Judiciário vem se deparando com mitigações altamente complexas, visto que o direito à vida e à saúde de uns colide diretamente com os demais direitos fundamentais que também precisam ser efetivados por intermédio das políticas públicas, e, dentre eles, também o direito à vida e à saúde de outros cidadãos, igualmente resguardados e assegurados pelo mesmo Texto Constitucional. Logo, este mister não admite solução juridicamente fácil ou moralmente simples.

³⁵⁷ RE 248.869/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 12.3.204, p.773).

³⁵⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. 11ª. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 133.

Em que pese a evolução do Direito brasileiro no sentido de reconhecer como afeta à competência do Poder Judiciário o controle das políticas públicas, não se pode olvidar que a interferência judicial nesta seara deve ser feita com a mais elevada cautela, de modo a não possibilitar uma invasão demasiada nas esferas reservadas aos demais poderes.

É essencial preservar o delicado equilíbrio entre os interesses contrapostos, situando-os num plano racional, procurando estabelecer critérios que delimitem o exercício da jurisdição, identificando de forma extremamente objetiva quando e até onde é legítima a intervenção judicial em prol da efetivação de todos os direitos fundamentais.

Dentre eles podemos citar: a existência de um diagnóstico da doença e da prescrição médica; o grau de ameaça à saúde e à qualidade de vida do paciente; a eficácia do tratamento; a inexistência de tratamentos alternativos eficazes e mais econômicos e a urgência na obtenção do tratamento.

5 CONCLUSÃO

A pesquisa versa sobre a implantação de políticas públicas, através da ação civil pública, com relação ao direito à saúde, que, enquanto garantia constitucional, é passível de exigibilidade judicial originária.

Longe de pretender impor alguma decisão definitiva e apriorística para a proteção do referido direito, intentou-se demonstrar os fundamentos para concluir que, não obstante subsistam previsões, inclusive a nível constitucional, do direito à saúde, cada vez mais se colocam intrincadas questões à efetividade deste direito fundamental social, cuja resolução cabe ao Estado.

Considerando o contexto brasileiro, como país em desenvolvimento, não havendo prestação de um mínimo dos direitos sociais fundamentais, faz-se legítima a intervenção do Poder Judiciário, desde e nos termos em que for provocado, para impor medidas coativas com a finalidade de tornar concretas tais pretensões; especialmente, quando a administração alegar a impossibilidade de prestação das políticas públicas em face da reserva do possível, ou da estrita legalidade a que estão atrelados os atos administrativos.

Ainda que o direito administrativo paute-se pela estrita legalidade, que em caso de prestação à saúde, em virtude do Sistema Único de Saúde implantado, obedece a uma hierarquia verticalizada com competências definidas entre os entes da federação, bem como à taxatividade dos protocolos do Ministério da Saúde, não se pode desprezar o fato de que também a Administração Pública se encontra habilitada a proceder a uma ponderação de valores, mitigando os limites desta restrição, uma vez que, se caracteriza tal direito como um direito fundamental, indissociável do direito à vida e da dignidade da pessoa humana.

O direito à saúde, espécie de direito social, de aplicabilidade imediata, à luz do § 1º, art. 5º da Constituição Brasileira, é regulado pelo art. 196 da referida Carta e exige, para sua efetividade, a adoção de políticas que estão diretamente condicionadas a circunstâncias econômicas, as quais não podem constituir empecilho insolúvel para limitar-lhes a própria capacidade de realização prática.

O reconhecimento do direito à saúde como um direito fundamental titula o indivíduo em diferentes posições subjetivas, conformadas às distintas dimensões que funcionalmente pode assumir.

Como direito de defesa, por exemplo, o direito à saúde veda ingerências na saúde da pessoa, quer sejam praticadas pelo Estado, quer decorram de atos de particulares, e neste sentido é plenamente tutelável pelo Judiciário.

Como direito à prestação, o direito à saúde desdobra-se nas dimensões protetiva e prestacional *stricto sensu*.

No primeiro caso, demanda a organização de instituições, procedimentos e políticas públicas voltadas à respectiva realização, individual e coletiva, tais como a edição de normas penais punindo condutas contrárias à saúde humana, a regulamentação das atividades e órgãos do Sistema Único de Saúde – SUS, a execução de políticas de vigilância sanitária, bem como a consecução de tantas outras medidas voltadas à proteção à saúde.

Em sentido prestacional estrito, o direito à saúde estabelece o fornecimento de prestações materiais por parte do Estado, como remédios, tratamentos médicos, vacinas, internação hospitalar etc.

Em termos protetivos, a tutela do direito à saúde dificilmente resulta em pretensões originárias passíveis de exigibilidade judicial, pois a atividade legiferante conformadora e regulamentadora é objeto de instrumentos de controle de omissões inconstitucionais, como, por exemplo, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, cuja eficácia foi muito reduzida pela práxis do Supremo Tribunal Federal.

Quanto às prestações materiais decorrentes do direito à saúde, observa-se uma clara tendência, na doutrina e na jurisprudência pátrias, de reconhecer pretensões plenamente exigíveis em juízo, em especial quando a prestação requerida venha acrescida da urgência de proteção da vida humana. Sob este aspecto, pode-se asseverar a existência de uma presunção em favor do reconhecimento de posições subjetivas, suscetíveis de ser tuteladas judicialmente com arrimo exclusivo nas normas constitucionais, notadamente nas hipóteses em que reste demonstrada a urgência da tutela postulada.

Neste sentido, o “ativismo” judicial tem se intensificado, no Brasil, para proteger o direito à saúde, voltado para a população mais carente, em virtude da má distribuição de renda. Não obstante sua implantação não configure responsabilidade dos juízes, por ser uma atribuição política, a omissão ou má prestação pela administração pública permite a intervenção do Poder Judiciário na seara administrativa, sem que isto venha a configurar uma invasão de competência, à luz do princípio da separação dos poderes.

Insta salientar que não se trata de sustentar o argumento de que cabe ao Judiciário a efetiva realização material das políticas públicas, apenas se afirma a impossibilidade de negação, por parte da Administração Pública aos cidadãos do direito subjetivo de acessar a instância jurisdicional com o escopo de demonstrar a desarrazoada inefetividade jusfundamental da instância executiva, compelindo-a ao adimplemento de sua missão constitucional.

Logo, é translúcido e inquestionável que muito embora seja legítimo ao administrador, quando permitido por lei, efetuar as escolhas pertinentes à prestação dos serviços públicos, exercendo a discricionariedade constitucionalmente a si conferida, não se pode olvidar que tais escolhas devem ser feitas sempre levando-se em conta o interesse público, que é titularizado pela coletividade, jamais podendo ser este confundido com os interesses particulares do gestor público.

Assim, muito acima das políticas escolhidas pela administração, paira soberana a Constituição Federal e seus direitos fundamentais, direitos estes cujo conteúdo mínimo deve ser colocado acima de qualquer vontade política que se choque com esta previsão constitucional³⁵⁹.

No que se refere ao fornecimento de fármacos ou à prestação de tratamento em saúde, a elaboração de protocolos terapêuticos não é o suficiente para cumprir com o princípio da universalidade de atendimento, e a criação de mecanismos de controle das prestações oferecidas pelo Estado, por meio da ação popular ou do mandado de segurança, não basta para concretizar as necessidades inadiáveis dos que buscam a tutela judicial, neste sentido.

Todavia, dos instrumentos constitucionais postos à disposição do jurisdicionado, o mandado de segurança, que já foi largamente utilizado para tais fins, se mostra inoperante para obter assistência material à saúde, pela ausência de liquidez e certeza do direito pleiteado e, especialmente, pela ausência de ilegalidade ou abuso de poder da autoridade responsável pela implantação das políticas públicas em seu âmbito de atuação.

Ademais, o fato em comento se reveste da nota de indisponibilidade (CF 127), circunstância que, a desdúvida, confere ao Ministério Público a incumbência da defesa destes direitos através da ação civil pública, restando tal afirmação absolutamente incontestada, já que

³⁵⁹ Neste sentido, já se pronunciou o STJ: “Não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afetar a garantia pétrea”. Resp 577.836/SC, Rel. Min. LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21.10.2004, DJ 28.02.2005, p. 200.

se visa à tutela de direitos coletivos, difusos ou mesmo individuais homogêneos, lesionados pela omissão do Estado em prestar um serviço público que lhe é afeto por imperativo constitucional.

Desta forma, pela ampliação do objeto da ação civil pública, em consonância com a nova hermenêutica constitucional, onde há prevalência dos direitos fundamentais, com base na dignidade da pessoa humana, resta possível a cobrança de prestações materiais relativas à saúde, através deste instrumento processual, para que o Poder Judiciário garanta a salvaguarda do mínimo existencial ou mínimo vital a toda uma coletividade, ou mesmo a um só indivíduo, por tratar-se de direito indisponível.

É preciso, pois, urgentemente, recuperar a credibilidade e a autoridade da jurisdição, já que nenhum Estado que se pretenda democrático de direito pode prescindir de um Judiciário apto a fazer valer os direitos e deveres contidos tanto na Constituição quanto nas leis infraconstitucionais.

Conclui-se, então, que dentre os diversos instrumentos que podem ser utilizados para a obtenção da tutela judicial, relativamente aos direitos à saúde, pela abrangência de seu objeto e pelos efeitos que produz, é a ação civil pública via adequada para se buscar tais prestações, enquanto não se consumam os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, idealizados pelo Constituinte de 1988, abrigados no art. 3º da Carta Magna brasileira.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004.

ADEODATO, João Maurício. Modernidade e Direito. **Revista da Esmape**. Recife, v. 2, n. 6, p. 256, 1997.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

_____. Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. In: CARBONELL, Miguel (Org). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos controvertidos da ação civil pública**. São Paulo: RT, 2001.

ALONSO JUNIOR, Hamilton. A ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação de direitos fundamentais. In: MILARÉ, Édson (Coord.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: RT, 2005.

ALVES, José Augusto Lindgren. **Os Direitos humanos como tema global**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Perspectiva, 2003.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ANDRADE, Fernando Gomes. **Direitos sociais e concretização judicial: limites e possibilidades**. Recife: Nossa Livraria, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

ARANGO, Rodolfo; LAMAITRE, Julieta. **Jurisprudencia constitucional sobre el mínimo vital**. Bogotá: Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas, 2002.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. O Cumprimento das decisões proferidas na ação civil pública ambiental após a Lei nº 11.232/05. In: _____; DIDIER JR, Fredie (Coord.). **Tutela jurisdicional coletiva**. Salvador: JUSPODIVM, 2009.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo. **Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ARENHART, Sérgio Cruz ; MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do processo de conhecimento**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

ARIZA, Santiago Sastre. Hacia una teoría exigente de los derechos sociales. **Revista de Estudios Políticos**. Madrid, n. 112, p. 253-270, abr./jun. 2001.

ARNAUD, André-Jean; DULCE, Maria José Fariñas. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos**. Tradução: Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. Razoabilidade, proteção do direito fundamental à saúde e antecipação de tutela contra a Fazenda Pública: uma análise problemática sobre o efeito vinculante e o controle concreto da constitucionalidade no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, v. 2, n. 7, p. 33-48, out./dez. 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro como instrumento da tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. **Temas de Direito Processual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. (Série, 3 : RePro 28/19).

_____. Ações coletivas na constituição federal de 1988. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, n. 61, 1991.

_____. **Regras de experiências e conceitos juridicamente indeterminados**: temas de direito processual. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

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. O começo da história. a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

_____. O direito às prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle jurisdicional de políticas públicas**: parâmetros objetivos e tutela coletiva. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. A proteção do meio ambiente na Constituição brasileira. **Revista Forense**. [S.n: S.], n. 317.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1999.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. O Devido processo legal nas causas repetitivas. In: In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; DIDIER JR, Fredie (Coord.). **Tutela jurisdicional coletiva**. Salvador: JUSPODIVM, 2009.

BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Campus, 1992.

BOMFIM, Thiago Rodrigues de Pontes. Os princípios constitucionais e o condicionamento da interpretação da Constituição. **Revista do Mestrado em Direito da UFAL**, Maceió: Nossa Livraria, n. 2, jan.jun. 2006.

_____. **Os princípios constitucionais e sua força normativa: análise da prática jurisprudencial**. Salvador: JUSPODIVM, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, a. 32, n.1 47. Maio 2007.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **“Custos dos direitos” e reforma do Estado**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2008.

CAMBI, Eduardo. Função social do processo civil. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; DIDIER JR, Fredie (Coord.). **Tutela jurisdicional coletiva**. Salvador: JUSPODIVM, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004.

_____. Métodos de proteção de direitos, liberdades e garantias. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, p.793-814, 2003. Número especial.

CAPPELLETTI, Mauro , **Juízes Irresponsáveis?** Tradução e revisão: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1989.

CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o direito**. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel Editores, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

CASANOVA, J.A. Gonzales. **Teoría del estado y derecho constitucional**. 3. reimpr. España: Vicens-Vives, 1989.

COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da. **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

CORDEIRO, Paulo Machado. **A responsabilidade social dos juízes e a aplicação dos direitos fundamentais**: perspectivas para um sistema de responsabilidade social do juiz a partir da instrumentalização da defesa dos direitos fundamentais. Salvador: JUSPODIVM, 2007.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito romano**. São Paulo: RT, 1963.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. ampl. e atual.. Salvador: JUSPODIVM, 2008.

DELGADO, José Augusto. Interesses difusos e coletivos: evolução conceitual: doutrina e jurisprudência do STF. **Revista de Processo**, a. 25, n. 98, p. 61-81, abr./jun. de 2000.

DERBLI, Felipe. A aplicabilidade do princípio da proibição da vedação do retrocesso social no direito brasileiro. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DIAS, Jean Carlos. Os meios de dissuasão nas tutelas coletivas inibitórias. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; DIDIER JR, Fredie (Coord.). **Tutela jurisdicional coletiva**. Salvador: JUSPODIVM, 2009.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de direito processual civil**. 3. ed. Salvador: JUSPODIVM, 2008. v.4.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros 2004.

DIMOULIS, Dimitri ; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. tiragem. São Paulo: RT, 2008.

DOYAL, Len; GOUGH, Ian. **A theory of human need**. New York: Guilford, 1991.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. Tradução: Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução. Nelson Boeira. São Paulo: M. Fontes, 2002.

FARIA, José Eduardo. O judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.

FERRAJOLI, Luigi. Passado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Ação civil pública, ação popular: a defesa dos interesses difusos e coletivos: posição do Ministério Público. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 16, p. 24. 2006.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. A ação civil pública e o princípio da separação dos poderes: estudo analítico de suas possibilidades e limites. In: MILARÉ, Édson (Coord.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: RT, 2005.

FRANCISCO, José Carlos. Dignidade humana, custos estatais e acesso à saúde. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FREIRE JR, Américo Bedê. **O controle judicial das políticas públicas**. São Paulo: RT, 2005.

FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001.

FRISCHEISEN, Luíza Cristina Fonseca. Atuação do Ministério Público na implantação de políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal. **Jornal da Associação dos Juizes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul**, set. 1998.

GIALDINO, Rolando E. El derecho al disfrute del más alto nivel possible de salud. **Investigaciones**, Buenos Aires, n. 3, p. 493-537, 2001.

GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela de direitos coletivos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada**. São Paulo: RT, 2007.

_____. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação civil pública refém do autoritarismo. In: **O processo: estudos e pareceres**. São Paulo: Perfil, 2005.

_____. A coisa julgada perante a Constituição, a lei de ação civil pública, o Estatuto da Criança e Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor. In: Tubenchlak, James. (Org.). Livro de estudos jurídicos – n.5. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1992, v.1, p.409-417.

_____; et al. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: RT, 2007.

GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Tradução: Cláudio Molz, introdução à edição brasileira Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação baseada nos direitos humanos. Tradução: Gisele Guimarães Cittadino; Celina Bodin de Moraes. **Direito, Estado e Sociedade**. v. 9, n. 17, p. 190-208. ago./dez., 2000.

HENRIQUES, Fátima Vieira. Direitos prestacional à saúde e atuação jurisdicional. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos Sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton, 1999.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HOBSBAWN, Eric. **Mundos do trabalho**: novos estudos sobre a história operária. Tradução: Waldea Barcellos; Sandra Bedan. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

LACERDA, Galeno Vellinho. O código como sistema legal de adequação do processo. **Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, 1976. Edição comemorativa do cinquentenário 1926-1976.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. Ação civil pública e a ideologia do poder judiciário: o caso do Distrito Federal. **Revista do MP do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n.35, 1995.

LEDUR, José Felipe. **Direitos fundamentais sociais**: efetivação no âmbito da democracia participativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. São Paulo: RT, 2003.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: RT, 2002.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LÉVY-BRUHL, Henri. **Sociologia do direito**. Tradução: Antônio de Pádua Danesi. 2. ed. São Paulo: Martin Fontes, 1997.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Contribuição à teoria da coisa julgada**. São Paulo: RT, 1997.

_____. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília (DF): Senado Federal, n. 144, out./dez., 1999

LOBATO, Anderson Cavalcante. Os desafios da proteção jurisdicional dos direitos sociais, econômicos e culturais. **Estudos Jurídicos**, Porto Alegre, v. 32, n. 86, p. 5-24/ set./dez. 1999.

LUHMANN, Niklas. **O paradoxo dos direitos humanos e três formas de seu desdobramento**. Tradução: Ricardo Henrique Arruda de Paula, Paulo Antônio de Menezes Albuquerque. Fortaleza: Thêmis, 2000.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis (Coord.). **Ação civil pública: Lei 7.347 – 15 anos**. São Paulo: RT, 2001.

_____. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar**. 11. ed. São Paulo: RT, 2009.

_____. O município enquanto co-legitimado para a tutela dos interesses difusos. **Revista de Processo**, v. 8, p. 48, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória individual e coletiva**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004.

_____. **Teoria geral do processo**. São Paulo: RT, 2006.

MAZZEI, Rodrigo e Nolasco, Rita Dias (Coord.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Marcos Bernardes de. Notas sobre o caráter normativo dos princípios e das normas programáticas. In: **Revista do Mestrado em Direito da UFAL**, Maceió: Edufal, n. 3, jul./dez. 2009.

_____. **Teoria do fato jurídico: plano de existência**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Tutela jurisdicional coletiva**. Salvador: Juspodivm, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. Ação civil pública e controle de constitucionalidade. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: RT, 2005.

_____. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MILANEZ, Daniela. O direito à saúde: uma análise comparativa da intervenção judicial. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 237, p. 197-221, jul./set. 2004.

MILARÉ, Édís. **O Ministério Público e a ação ambiental**. Curadoria do meio ambiente, São Paulo: APMP 1988, p. 33. Cadernos Informativos.

MILL, John Stuart. **A lógica das ciências morais**. São Paulo: Iluminuras, 1999.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. 2. ed. São Paulo: RT, 1970. t.1.

_____. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: RT, 1967. t.4.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondant, baron de La Brède et de. **O espírito das leis**. Tradução: Fernando Henrique Cardoso. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.

MORAIS, José Luis Bolzan de. O direito da saúde! In: SCHWARTZ, Germano André Doerderlein (Org.). **A saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo: UPF, 2003.

NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. Concretizando a utopia: problemas na efetivação do direito a uma vida saudável. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NERY Jr, Nelson e NERY, Rosa. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 8. ed, São Paulo: RT, 2004.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra, [S.l.] 2004.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. Da ação civil pública: instrumento de cidadania: inconstitucionalidade da Lei 9.494, de 10.09.1997. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Instituto Toledo de Ensino**, n. 20, mar./jun. 1997.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. **Derechos sociales y positivismo jurídico: escritos de filosofia jurídica y política**. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad, Dykinson, 1999.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

POSNER, Richard. **A failure of capitalism: the crisis of '08 and the descent into depression**. Massachusetts: Harvard University, 2009.

_____. **Economics analysis of law**. New York: Little, Brown, 1973.

_____. Teorias da regulação econômica. Tradução Mariana Mota Prado. In: MATTOS, Paulo (coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004.

RAMALHO, Lívio Oliveira. Sobre a configuração de litispendência entre ações coletivas de idênticos fundamentos ajuizadas em esferas distintas de competência. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; DIDIER JR, Fredie (Coord.). **Tutela jurisdicional coletiva**. Salvador: Juspodivm, 2009.

ROCHA, Dário. Considerações digressivas e nem sempre ortodoxas de como e porque ser e não ser alternativo. **Revista da OAB- Seccional de Pernambuco**. Recife, n. 24, 1997.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação civil pública. In: DIDIER, Fredie (Org.). **Ações Constitucionais**. 3. ed. rev. ampl. e atual., Salvador: JUSPODIVM, 2008.

RODRIGUEZ, Maria Helena. Os direitos econômicos, sociais e culturais: uma realidade inadiável. **Revista Trimestral de Debate FASE**, v.31, n. 92, mar./maio 2002.

ROIG, María José Añón. **Necesidades y derechos**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

ROSA, Felipe Augusto de Miranda. **Sociologia do direito: o fenômeno jurídico como fato social**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

ROYO, Javier Pérez. **Curso de derecho constitucional**. 5. ed. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, 1998.

SABBAG, César de Moraes. **Orçamento e desenvolvimento**. Campinas: Millennium, 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANCHES DE LA TORRE, Angel. Curso de sociologia del derecho. Madri, **Revista Derecho Privado**, 1965.

SANTOS, Ana de Fátima Queiroz de Siqueira. **Ação civil pública: função, deformação, e caminhos para uma jurisdição de resultados**. Recife: UFPE, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

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

_____. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.

_____. A saúde na Constituição Federal de 1988: direito e dever fundamental. In: LINDNER, Liandro; PIMENTEL, Maria Cristina (Org.). **AIDS, direito e justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____; TIMM, Luciano Benetti. (Orgs.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. (Org.). **Jurisdição e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004/2005. v. 1, t.2 (Anuário da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul).

_____. **O princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 25, n. 55, p. 29-74, 2002.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 251-314.

SARMENTO, George. **Improbidade administrativa**. Porto Alegre: Síntese, 2002.

SARMENTO, George. Pontes de Miranda e a teoria dos direitos fundamentais. **Revista do Mestrado em Direito da UFAL**, Maceió: Nossa Livraria, n. 1, jan./dez. 2005.

SCHWARTZ, Germano André Doerderlein. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCLIAR, Moacir. **Do mágico ao social**: a trajetória da saúde pública. Porto Alegre: L&PM Editores, 1987.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, Sandoval Alves da. **Direitos sociais**: leis orçamentárias como instrumento de implementação. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA FILHO, Derly Barreto e. Controle jurisdicional dos atos políticos do Poder Executivo, **Revista Trimestral de Direito Público**, n.8, 1994.

SILVEIRA NETO, Antônio. Limites da tutela antecipada em face dos direitos humanos. **Revista Nacional de Direito e Jurisprudência**. v. 29, n. 3, p.35-54, maio 2002.

SORTO, Fredys Orlando. Montesquieu: o espírito geral das leis e o mito da separação dos poderes. **Verba Juris: Anuário da Pós-Graduação em Direito**, João Pessoa: Editora da UFPB, a. 1, n. 1, jan./dez. 2004.

SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. **Sociologia do direito**: uma visão substantiva. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Décio. **Direito & economia**. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TREVES, Renato. **Sociologia do direito: origens, pesquisas e problemas**. Tradução: Marcelo Branchini. Barueri: Manole, 2004.

VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais no Brasil**. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIERA, Fernando Grella. A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta. In: MILARÉ, Édson (Coord.). **Ação civil pública: Lei 7.347/85 – 15 anos**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Ação civil pública**. São Paulo: Atlas, 1999.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins fontes, 2007.

WALZER, Michael. **Esferas da justiça**. uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WATANABE, Kazuo. A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta. In: MORAES, Maurício Zanoide de; YARSHELL, Flávio Luiz. (Org.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo, DPJ, 2005.

_____. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. **Revista de Processo**. N.139, São Paulo: RT, 2006.

WEIS, Carlos. O pacto internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais In: _____. **Direitos humanos: construção da liberdade e da igualdade**. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalhos de Direitos Humanos, 1998.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.