

**ZILLÁ OLIVA ROMA**

**TUTELA JURISDICIONAL E DIREITO À SAÚDE: análise crítica**

Dissertação de mestrado

Orientador: Professor Associado Dr. Rodolfo de Camargo Mancuso

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo - SP**

**2016**

**ZILLÁ OLIVA ROMA**

**TUTELA JURISDICIONAL E DIREITO À SAÚDE: análise crítica**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Departamento de Direito Processual

Orientador: Professor Associado Dr. Rodolfo de Camargo Mancuso

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo - SP**

**2016**

*Primeiro, e tão somente, a Deus.*

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus pela saúde física, mental e espiritual que me concedera e pelas inúmeras experiências e infortúnios que, definitivamente, incrementaram e definiram toda a determinação e a perseverança.

Ao meu querido orientador, Professor Rodolfo de Camargo Mancuso, tanto pela oportunidade que me proporcionou, quanto pela presteza e paciência demonstradas no andamento do trabalho, cuja concretização jamais teria sido possível sem sua colaboração.

A meu pai (*in memoriam*), por ter me ensinado que a sinceridade vale mais que tudo.

A meus pais em conjunto, que me ensinaram a não temer nenhum obstáculo.

E todos àqueles que, de algum modo, me incentivaram intelectual, profissional e emocionalmente.

Enfim, agradeço a todos que, de alguma forma, contribuíram à elaboração deste trabalho.

“Aos seus olhos, o magistrado nunca parece introduzir-se nos negócios públicos a não ser por acaso; mas esse mesmo acaso repete-se todos os dias.”

Al xis de Tocqueville

ROMA, Zillá Oliva. **TUTELA JURISDICIONAL E DIREITO À SAÚDE:** análise crítica. 2016. 268 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

## **RESUMO**

O presente estudo consistirá numa análise crítica da tutela jurisdicional do direito à saúde. Abordar-se-ão o acesso à Justiça e o fenômeno da judicialização da política, porquanto consistem no pano de fundo da judicialização do direito à saúde. Após, examinar-se-á a tutela jurisdicional via ação individual visando ao fornecimento de medicamentos por parte do Estado, modelo processual no qual este tipo de pedido é deduzido em maior frequência. Por fim, averiguar-se-á em que termos o processo coletivo se apresenta como instrumento hábil a provocar o controle de políticas públicas, visando à concretização de direitos fundamentais sociais. Tudo isso para que se proponha um novo modelo de processo judicial, a ser instaurado por meio do ajuizamento de ação civil pública, buscando-se implementar ou corrigir políticas públicas de saúde, especificamente relacionadas ao fornecimento de medicamentos. Em suma, por meio deste trabalho, pretende-se demonstrar que o modelo tradicional de adjudicação judicial não se mostra adequado para dirimir conflitos envolvendo interesses metaindividuais, especialmente os difusos, carecendo a técnica processual vigente de adaptações, sempre em consonância com o direito material ventilado na demanda. É nisso que consistirá o presente trabalho.

**Palavras-chave:** Acesso à Justiça. Judicialização da política. Direito à saúde. Interesses difusos. Adequação processual.

ROMA, Zillá Oliva. **JUDICIAL PROTECTION AND THE RIGHT TO HEALTH: critical analysis.** 2016. 268 p. *Dissertation (Master) - Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2016.*

## **ABSTRACT**

*The present study consists on a critical analysis of the judicial protection of the right to health. The access to Justice and the phenomenom of jurisdictionalization of politics will be approached, because they are the background of the judicialization of the right to health. After, the judicial protection on individual actions, aiming at the supply of medications from the State, will be analised, which is the procedural model where this type of order is deducted in court at greater frequency. Lastly, it will be ascertained under what conditions the collective process is presented as an effective instrument to bring about control of public policies, aiming at the realization of fundamental social rights. All this so that we can propose a new model of judicial process, instaured by public civil action aiming the implementation or the correction of public health policy, especially related to the supply of medicine. In short, through this work, it is intended to demonstrate that the tradicional model of judicial award is not adequate to settle conflicts involving metaindividual interests, especially the diffuse ones, so that the current processual technique necessitates adaptations, always in line with the substantial right ventilated in the demand. That is what this work consists in.*

**Key-words:** *Access to Justice. Judicialization of politics. Right to health. Diffuse interests. Processual adequation.*

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC – Apelação Cível

ACP – Ação Civil Pública

ADC – Ação Direta de Constitucionalidade

AgRg – Agravo Regimental

AI – Agravo de Instrumento

AP – Ação Popular (Lei Federal nº 4.717/1965)

art. - artigo

CDC – Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/1990)

CEBES – Centro Brasileiro de Estudos de Saúde

CF – Constituição Federal

CNS - Conselho Nacional de Saúde

CODES - Coordenação de Demandas Estratégicas do Sistema Único de Saúde

COMARE – Comissão Técnica e Multidisciplinar de Atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais

CONASEM – Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde

CONASS – Conselho Nacional de Secretários de Saúde

CONITEC – Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias ao SUS

CPC - Código de Processo Civil (Lei Federal nº 5.869/1973)

CSMP – Conselho Superior do Ministério Público

Des. – Desembargador(a)

EC - Emenda Constitucional

FDA - *Food and Drug Administration*

FDD – Fundo de Direitos Difusos

FID – Fundo de Interesses Difusos

inc. – inciso

INPS – Instituto Nacional de Previdência Social

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social

LACP – Lei da Ação Civil Pública (Lei Federal nº 7.347/1985)

LAP – Lei da Ação Popular (Lei Federal nº 4.717/1965)

LIA – Lei de Improbidade Administrativa



LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro  
MS – Mandado de Segurança  
NCPC – Novo Código de Processo Civil (Lei Federal nº 13.105/2015)  
OMS – Organização Mundial da Saúde  
ONG – Organização Não Governamental  
PCDT – Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas  
Portaria GM – Portaria editada pelo Gabinete do Ministro  
RE – Recurso Extraordinário  
Rel. – Relator(a)  
RENAME – Relação Nacional dos Medicamentos Essenciais  
RENASES – Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde  
REsp – Recurso Especial  
RMS – Recurso em Mandado de Segurança  
SL – Suspensão de Liminar  
SS – Suspensão de Segurança  
STA – Suspensão de Tutela Antecipada  
STF – Supremo Tribunal Federal  
STJ – Superior Tribunal de Justiça  
SUS – Sistema Único de Saúde

## SUMÁRIO

<b>APRESENTAÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO 1 – A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL.....</b>	<b>13</b>
<b>1.1 Acesso à Justiça e conflitos multiplexos .....</b>	<b>13</b>
<b>1.2 O direito fundamental à saúde: esboço histórico e estrutura normativa .....</b>	<b>24</b>
<b>1.3 As políticas públicas de saúde .....</b>	<b>35</b>
<b>1.4 Judicialização do direito à saúde .....</b>	<b>43</b>
<b>1.4.1 O fenômeno da <i>farmacialização</i> do Judiciário .....</b>	<b>47</b>
<b>1.4.2 Eventuais faixas de insindicabilidade judicial: limites à intervenção.....</b>	<b>52</b>
<b>1.4.3 O papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais sociais, especificamente do direito à saúde .....</b>	<b>77</b>
<b>1.5 Conclusões parciais .....</b>	<b>82</b>
<b>CAPÍTULO 2 – DO DIREITO À SAÚDE EM SEDE DE DEMANDA INDIVIDUAL...85</b>	
<b>2.1 Demandas individuais envolvendo pedidos de fornecimento gratuito de medicamentos por parte do Estado .....</b>	<b>85</b>
<b>2.2 Estratégias judiciais e extrajudiciais adotadas pelo Estado de São Paulo frente à massificada judicialização do direito à saúde.....</b>	<b>102</b>
<b>2.3 Tutela antecipada em face do Poder Público.....</b>	<b>107</b>
<b>2.4 Descumprimento da ordem judicial .....</b>	<b>113</b>
<b>2.5 Custos do processo e isonomia: a incapacidade do processo judicial individual para dirimir questões de justiça distributiva.....</b>	<b>120</b>
<b>2.6 A (des)conformidade da técnica processual à natureza da pretensão deduzida em juízo: necessidade de adequação do processo .....</b>	<b>126</b>
<b>2.7 Possível adoção de técnicas de uniformização e coletivização de demandas .....</b>	<b>129</b>
<b>2.8 Conclusões parciais .....</b>	<b>133</b>

<b>CAPÍTULO 3 – TUTELA JURISDICIONAL E PROCESSO COLETIVO .....</b>	<b>136</b>
<b>3.1 Direito processual coletivo.....</b>	<b>136</b>
<b>3.2 Ação civil pública: <i>qualquer outro interesse difuso ou coletivo</i> (art. 1º, inc. IV, da Lei Federal nº 7.347/1985) .....</b>	<b>143</b>
<b>3.3 Desconsideração dos direitos fundamentais sociais como objeto de tutela no processo coletivo: a ação civil pública como via corretiva de políticas públicas .....</b>	<b>150</b>
<b>3.4 Conclusões parciais .....</b>	<b>157</b>
<b>CAPÍTULO 4 – DO DIREITO À SAÚDE EM SEDE DE DEMANDA COLETIVA: NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO PROCESSUAL .....</b>	<b>160</b>
<b>4.1 Foro processual competente .....</b>	<b>163</b>
<b>4.2 Legitimidade ativa nas ações coletivas .....</b>	<b>167</b>
<b>4.2.1 Ministério Público: função institucional .....</b>	<b>173</b>
<b>4.2.2 Defensoria Pública: a questão da hipossuficiência financeira.....</b>	<b>177</b>
<b>4.2.3 Associações civis: necessidade de autorização expressa?.....</b>	<b>181</b>
<b>4.2.4 Pessoa física: possibilidade de conversão da ação individual em ação coletiva e o veto no Novo Código de Processo Civil.....</b>	<b>184</b>
<b>4.3 Legitimidade passiva: competência administrativa dos entes federados.....</b>	<b>188</b>
<b>4.4 Pedido e causa de pedir.....</b>	<b>193</b>
<b>4.5 Dilação probatória .....</b>	<b>195</b>
<b>4.6 Democracia sanitária .....</b>	<b>197</b>
<b>4.7 Coisa julgada, efeitos e cumprimento da sentença: necessidade de flexibilização e execução negociada de políticas públicas .....</b>	<b>203</b>
<b>4.8 Concorrência entre ações individuais e coletivas e entre ações coletivas: caso de litispendência? .....</b>	<b>226</b>
<b>4.9 Conclusões parciais .....</b>	<b>230</b>
<b>CAPÍTULO 5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>238</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>240</b>

## APRESENTAÇÃO

O presente trabalho dedicar-se-á, em suma, ao estudo da tutela jurisdicional do direito à saúde, insculpido nos arts. 6º, 196 e seguintes da Constituição Federal, abrangendo tanto sua tutela individual, quanto a coletiva, inclusive de modo a cotejá-las e apontar a melhor forma de se veicular pretensões correlacionadas, especificamente de fornecimento gratuito de medicamentos por parte do Estado, objeto de análise desta dissertação.

Assim, tratar-se-á, criticamente, da judicialização do direito a saúde, suas origens, o *modus operandi* deste fenômeno e suas consequências.

A dissertação buscará, ainda, definir um modelo processual, de cunho coletivo, que se mostre adequado para veicular interesses relativos ao fornecimento de medicamentos pelo Estado, especificamente para que o Judiciário influa legitimamente no controle de políticas públicas, sugerindo-se, para isso, aprimoramentos da técnica processual vigente, que sempre deve se adequar ao direito substancial ventilado na demanda. Isso porque o processo não pode consistir em óbice à concretização do direito material.

Processualmente falando, a judicialização do direito à saúde tem se dado mais frequentemente por meio de ações individuais, em que pese ser direito essencialmente metaindividual (difuso), vez que, originariamente, deve ser promovido mediante a implementação de políticas públicas.

Na espécie, o provimento jurisdicional concedido em sede de ação individual aumenta a desigualdade entre os cidadãos, porque somente aqueles que lograram superar os custos do processo (físicos, culturais, financeiros, sociais, de informação, etc) acabam conseguindo o bem da vida visado, no caso, o fornecimento de tratamentos médicos não constantes das listas oficiais do SUS. Assim, a judicialização do direito à saúde, nos moldes em que tem ocorrido, resulta em justiça retributiva, mostrando-se o processo judicial individual incapaz de promover justiça distributiva.

Em resumo, pessoas sem condições de superar estes custos processuais acabam não tendo a chance de conseguir, por parte do Estado, o acesso a estes outros medicamentos, configurando-se nítida violação ao princípio da isonomia. Isso porque as decisões proferidas em sede de processo individual não possuem o condão de estender sua

autoridade para além das partes processuais<sup>1</sup>, criando-se, assim, uma injustificada discriminação entre cidadãos “com sentença” e “sem sentença”, mesmo se encontrando numa situação fática de absoluta igualdade.

O foco deste estudo é, pois, demonstrar que o processo tradicional individual, de cunho bilateral, não se mostra apto a resolver questões de justiça distributiva, de modo que, ao final, se pretende propor um novo modelo processual de cunho coletivo para que esta finalidade possa ser atingida, a ser instaurado mediante a propositura de ação civil pública.

No caso, há necessidade de se realizar algumas adaptações técnico-processuais, tudo para que este novo modelo processual possa servir como via corretiva de políticas públicas de saúde, especificamente as de dispensação de medicamentos pelo SUS, representando um útil instrumento de controle dos atos administrativos.

Em suma, com o emprego de ação civil pública para corrigir ou implementar políticas públicas, em havendo procedência da demanda, estar-se-á verdadeiramente obedecendo ao comando constitucional insculpido no art. 196, porquanto os efeitos do julgado possuem o condão de se expandir *extra autos*, até porque, uma vez promovida a política pública, todos os cidadãos poderão fazer uso dela.

A escolha do direito à saúde como tema não foi aleatória. Como sabido, ele tem sido altamente judicializado, ensejando fortes impactos orçamentários e no planejamento de políticas públicas de saúde, além de repercutir grandemente na rotina do Judiciário. Trata-se, assim, de um tema emblemático da tutela jurisdicional de um direito social fundamentalmente coletivo, que vem, contudo, sendo levado ao Poder Judiciário na forma de pretensões individuais com bastante frequência.

---

<sup>1</sup> Eduardo Appio afirma que, no caso, o demandante estaria em posição de vantagem em relação aos demais cidadãos não amparados pelo direito afirmado na demanda, afrontando o princípio da isonomia. APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2008. pp. 172-189. José Reinaldo de Lima Lopes aduz que as concessões individuais afrontam a universalidade, a simultaneidade do gozo e a isonomia abstrata e universal, que constituem problemas centrais de um Estado democrático. LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006.

## CAPÍTULO 1 – A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL

### 1.1 Acesso à Justiça e conflitos multiplexos

Faz-se mister iniciar o presente trabalho com uma análise do acesso à Justiça, com o fito de promover uma releitura atual e contextualizada deste princípio/garantia/direito<sup>2</sup> disposto no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal.

Isso porque a estruturação da República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito traz a necessidade de se fazer uma revisão dos institutos jurídicos, incluindo o acesso à Justiça, para adequá-los à essência e aos fins preconizados por este modelo de Estado, que prima, sobretudo, pela concretização dos direitos fundamentais, precipuamente dos de segunda geração/dimensão<sup>3</sup>, que consistem em direitos econômicos, sociais, culturais, em resumo, em direitos coletivos, partindo da ideia de que o Estado deve atuar positivamente para intervir na ordem socioeconômica<sup>4</sup>.

O ângulo por meio do qual o acesso à Justiça pode ser analisado depende da filosofia política adotada pelo Estado. Por exemplo, em se tratando de um Estado Liberal, preza-se pela igualdade formal (perante a lei), de modo que o acesso à Justiça se equipara ao mero acesso às portas dos órgãos judiciais (mero direito abstrato de ação).

Por sua vez, num Estado do Bem-Estar Social, que é o caso do Estado brasileiro (em razão da promulgação da Constituição Cidadã de 1988), deve-se buscar, ao menos no plano teórico, a concretização da igualdade material, de modo que o acesso à Justiça também deve servir à diminuição da desigualdade social, promovendo justiça distributiva.

---

<sup>2</sup> Como direito, o acesso à Justiça pode ser visto como um direito fundamental, vez que, ao mesmo tempo em que declara a existência de interesse dos cidadãos, é por meio dele que outros direitos fundamentais poderão ser concretizados (norma declaratória). Sob a ótica de garantia, ele assegura o exercício do interesse (norma assecuratória). Já como princípio, deve reger a interpretação e o desenvolvimento do ordenamento jurídico.

<sup>3</sup> É preferível empregar o vocábulo “dimensão” em se tratando de direitos fundamentais, porque seu estudo deve ser orientado por uma visão integral, marcada pela indivisibilidade e pela interdependência dos direitos clássicos de liberdade e dos direitos sociais, econômicos e culturais. Neste ponto, compactuamos da opinião de Paulo Bonavides, segundo o qual “o vocábulo ‘dimensão’ substitui com vantagem lógica e qualitativa, o termo ‘geração’, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade”. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. pp. 571-572.

<sup>4</sup> Também são chamados de direitos prestacionais, classificados pela doutrina em (i) direitos à proteção, (ii) direitos à organização e procedimento, e (iii) direitos prestacionais em sentido estrito ou, simplesmente, direitos fundamentais sociais.

Boaventura de Sousa Santos<sup>5</sup> destaca que, num Estado-Providência, a efetivação do acesso à Justiça deve ser vista e pensada como um instrumento para a realização de outros direitos, de modo que, uma vez denegado este, outros direitos seriam malferidos:

A consagração constitucional dos novos direitos econômicos e sociais e a sua expansão paralela à do Estado-Providência transformou o direito ao acesso efetivo à justiça num direito charneira, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais. Uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos sociais e econômicos passariam a meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores.

Pois bem. O art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, de onde se extrai o conceito formal de acesso à Justiça, entendido aí como mero acesso às portas dos órgãos judiciários, sinônimo de direito abstrato de ação<sup>6</sup>. Deve-se entender que, tendo o constituinte originário se referido à “lesão ou ameaça a direito”, ele quis dizer “alegação de lesão ou ameaça a direito”, até porque o direito de ação, sabidamente abstrato, não vincula a procedência da demanda.

Para Paulo César Santos Bezerra<sup>7</sup>, “no sentido de direito inerente à natureza humana, o acesso à justiça é um direito natural. No sentido de garantia desse acesso, legitimamente efetivado pela Constituição e pela legislação infraconstitucional, é um direito fundamental”. Conforme Luiz Flávio de Oliveira<sup>8</sup>, o acesso à Justiça “tem como fundamento o pleno exercício da cidadania e o respeito à dignidade da pessoa humana, atributos que consolidam a compreensão dos princípios inerentes aos Direitos Humanos”.

O conceito de acesso à Justiça não é estanque, nem universal, de modo que o que se tem por acesso à Justiça nos dias de hoje poderá não corresponder ao que se entendeu no

---

<sup>5</sup> SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 11. ed. São Paulo: Cortez, 2006. p. 167.

<sup>6</sup> Neste contexto, brilhante a exposição de Rodolfo de Camargo MANCUSO, segundo o qual “O inc. XXXV do art. 5º da CF/1988, dispondo que a lei não pode subtrair à apreciação judicial históricos de lesão sofrida ou temida, tem merecido, ao longo do tempo, uma leitura que acabou por descolar aquele dispositivo da realidade judiciária contemporânea, tomando ares tão ufanistas como irrealistas. Com isso, daquele singelo enunciado se têm extraído premissas, garantias, deveres, direitos, enfim, proposições diversas, contando-se, dentre essas ilações exacerbadas: a garantia de acesso à Justiça, a universalidade da jurisdição, a ubiquidade da justiça, tudo, ao fim e ao cabo, estimulando o demandismo judiciário e por pouco não convertendo o direito de ação em (...) *dever de ação!*”. **Acesso à Justiça – Condicionantes legítimas e ilegítimas**. 2. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 205.

<sup>7</sup> BEZERRA, Paulo César Santos. **Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 123.

<sup>8</sup> FLÁVIO DE OLIVEIRA, Luiz. **A razoável duração do processo na perspectiva dos direitos humanos – A reforma do Poder Judiciário**. Campinas: Millennium, 2006. p. 103.

passado. Atualmente, é compreendido de forma ampla, qualificando a função jurisdicional, não sendo mais visto como um mero demandar. Como menciona Fredie Didier Junior<sup>9</sup>,

O conteúdo desta garantia era entendido, durante muito tempo, apenas como a estipulação do direito de ação e do juiz natural. Sucede que a mera afirmação destes direitos em nada garante a sua efetiva concretização. É necessário ir-se além. Surge, assim, a noção de tutela jurisdicional qualificada. Não basta a simples garantia formal do dever do Estado de prestar a justiça; é necessário adjetivar esta prestação estatal, que já de ser rápida efetiva e adequada.

Flávio Galdino<sup>10</sup>, em estudo acerca da evolução do conceito de acesso à Justiça, encontrou mais de dez expressões diferentes para designá-lo, a saber: (i) princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional/judicial; (ii) princípio da universalidade da jurisdição; (iii) princípio da indeclinabilidade da jurisdição; (iv) princípio da ubiquidade da jurisdição; (v) princípio da acessibilidade ampla (ou amplo acesso à Justiça); (vi) princípio do livre acesso à jurisdição estatal (ao Poder Judiciário); (vii) regra da plenitude do acesso à jurisdição; (viii) direito constitucional à jurisdição; (ix) princípio da proteção judiciária; (x) princípio da irrecusabilidade da jurisdição; (xi) princípio da inevitabilidade da função jurisdicional; (xii) princípio da plenitude da função judicante do Estado; e (xiii) princípio da utilidade da jurisdição.

Contudo, essa infinidade de termos para denominar o mesmo instituto se mostra inútil, vez que, em síntese, para os fins do direito processual contemporâneo, o acesso à Justiça deve equivaler a uma prestação jurisdicional justa, célere e efetiva<sup>11</sup>, tudo isso para que o Estado-Juiz possa realizar sua missão institucional de pacificação social. A razoável duração do processo (art. 5º, inc. LXXVIII, acrescido pela EC 45/2004) consistiu, aliás, num acréscimo ao acesso à Justiça, denotando a preocupação do legislador constitucional com a temática do tempo na prestação da tutela jurisdicional num Estado Democrático de Direito.

---

<sup>9</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. Direito à inafastabilidade do Poder Judiciário. In: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coords.). **Direitos constitucionalizados**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 172.

<sup>10</sup> GALDINO, Flávio. A evolução das ideias de acesso à Justiça. **Revista Autônoma de Processo**, nº 3, Curitiba, abr.-jun. 2007.

<sup>11</sup> “[...] cumpre ao ordenamento atender, de forma mais completa e, eficiente ao pedido daquele que exercer o seu direito à jurisdição, ou a mais ampla defesa. Para tanto é preciso que o processo disponha de mecanismos aptos a realizar a devida prestação jurisdicional, qual seja, de assegurar ao jurisdicionado seu direito real, efetivo, e no menor tempo possível, entendendo-se este possível dentro de um lapso temporal razoável. Além da efetividade é imperioso que a decisão seja também tempestiva.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa *apud* ANNONI, Danielle. **A responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense. 2003).



No Brasil, o acesso à Justiça deve ser visto, para além do mero acesso às portas do Judiciário, como mais um instrumento disponível aos cidadãos à consecução dos direitos fundamentais, em razão do que é, por muitos, considerado verdadeiro direito fundamental, vez que, por meio dele, outros podem ser concretizados, atingindo-se, assim, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, insculpidos no ambicioso art. 3º da Constituição Federal<sup>12</sup>.

Ainda, deve garantir uma tutela jurisdicional adequada à realidade do direito material veiculado, assegurando o procedimento, a espécie de cognição, a natureza do provimento e os meios executórios adequados às peculiaridades da situação fática apresentada em juízo.

Neste ponto, Luiz Guilherme Marinoni<sup>13</sup> visualiza a adequação processual como uma imposição do direito fundamental à efetividade do processo:

A compreensão desse direito depende da adequação da técnica processual a partir das necessidades do direito material. Se a efetividade requer a adequação e a adequação deve trazer efetividade, o certo é que os dois conceitos podem ser decompostos para melhor explicar a necessidade de adequação da técnica às diferentes situações de direito substancial.

O complemento infraconstitucional do acesso à Justiça se encontra no art. 126 do atual Código de Processo Civil (art. 140 do NCPC<sup>14</sup>), segundo o qual “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade na lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”. O art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) reitera este dever, dispondo que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

O conteúdo positivo do acesso à Justiça é, portanto, ser veículo por meio do qual possam ser concretizados direitos fundamentais, enquanto seu conteúdo negativo é, sob o ponto de vista formal, que nenhuma norma poderá restringi-lo de forma desproporcional e irrazoável, e que o juiz deve sempre conferir solução à lide que lhe seja apresentada, não

---

<sup>12</sup> Art. 3º. “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

<sup>13</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Processual Civil**, nº 28, vol. 8, Curitiba, abr.-jun. 2003.

<sup>14</sup> Art. 140, NCPC: “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”.

podendo furtar-se de seu dever institucional (vedação do *non liquet*<sup>15</sup>). Assim, uma vez instado a dirimir algum conflito, em sede de processo existente e válido, não poderá o magistrado se abster de adentrar o *meritum causae*, simplesmente porque a lide apresenta um conflito de largos contornos.

Sob o prisma material, seu conteúdo negativo significa que nenhuma conduta, quer estatal, quer de particulares (esta a depender de prévia ponderação), pode obstar a concretização dos direitos fundamentais.

Em suma, o conteúdo do comando constitucional ora analisado pode ser tomado sob acepções diversas, a depender do ângulo por meio do qual é analisado, merecendo releitura atualizada e contextualizada para que seja preservada sua utilidade, principalmente com o intuito de moldá-lo às novas necessidades da massificada e conflituosa sociedade contemporânea.

O acesso à Justiça também pode ser analisado sob o prisma das *ondas renovatórias do direito processual* explanadas na obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth<sup>16</sup>, que consistem (i) na assistência judiciária aos financeiramente necessitados, (ii) na representação jurídica dos interesses difusos em juízo e (iii) num efetivo acesso à Justiça, devendo a técnica processual empregar mecanismos que levem à pacificação, com justiça, do conflito. Tudo isso para que os obstáculos a este acesso possam ser minorados, atenuando-se a desigualdade entre as partes processuais.

Neste momento, releva tratar da segunda *onda*, cuja origem advém da preocupação com a incapacidade do processo civil tradicional, de cunho bilateral e individualista, servir à proteção dos direitos e interesses difusos. Isso porque, por exemplo, nem sempre todos os interessados no objeto veiculado na lide poderão ser ouvidos no curso processual, de modo que institutos processuais tradicionais como “legitimidade ativa”<sup>17</sup> e “coisa julgada” não se mostram adequados.

Neste diapasão, os conflitos multiplexos/policêntricos têm tido cada vez maior acesso ao Judiciário, desaguando no fenômeno da judicialização da política no Brasil. Trata-se de conflitos de largo espectro (político, social, econômico), polarizando grandes massas de interesses metaindividuais (difusos, coletivos, individuais homogêneos), nos

---

<sup>15</sup> *Non liquet* (do latim *non liquere*, "não está claro") é uma expressão oriunda do direito romano, no qual era aplicada nos casos em que o juiz não encontrava resposta clara, deixando de julgar a causa.

<sup>16</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. pela então Ministra do STF Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 31

<sup>17</sup> Na medida em que não poderão comparecer a juízo todos os titulares do interesse/direito objeto da lide, surge a necessidade de um representante adequado para agir em nome desta coletividade.

quais a decisão deverá operar efeitos em face de segmentos da sociedade, quando não dela como um todo.

Assim, na expressão *judicialização da política*, o termo *política* não se refere ao sentido partidário, mas sim ao fato de que controvérsias envolvendo especialmente políticas públicas programadas ou implantadas pelo Poder Público têm acessado a Justiça<sup>18</sup>. Este fenômeno “radica, remotamente, na recusa, na leniência ou na oferta insatisfatória de prestações primárias que deveriam ser disponibilizadas pelo Poder Público à população”<sup>19</sup>. Então, a postura ineficiente por parte do Estado possui o condão de atrair demandas reprimidas e insatisfações gerais da população para a esfera judicial.

A judicialização consiste, assim, na possibilidade de questões de larga repercussão política, social e/ou econômica serem decididas pelo Judiciário no lugar das instâncias políticas tradicionais (Congresso Nacional e Poder Executivo).

Como bem apontado por José Reinaldo de Lima Lopes, há três espécies de conflitos emergindo cada vez mais frequente e intensamente desde os anos 80, desaguando em controvérsias judiciais: (i) problemas do poder político; (ii) exigências de políticas públicas; e (iii) problemas individuais em chave coletiva<sup>20</sup>.

Quanto aos conflitos relacionados a problemas do poder político, parte deles advém da necessidade de interpretar a Constituição Federal de 1988 e parte se origina da necessidade de espetáculo público numa sociedade de mídia.

Em relação aos conflitos relativos a exigências de políticas públicas (os chamados conflitos coletivos), grupos organizados reivindicam benefícios sociais ou individuais coletivamente fruíveis (saúde, moradia, transporte, educação, etc), tendo encontrado no Judiciário um canal para sua visibilidade, sem o qual suas vozes remotamente seriam ouvidas. Nestes casos, ressalta o autor que não basta o mero reconhecimento judicial de um direito:

[...] a solução natural não é um ato de adjudicação (típico do Judiciário), mas uma política pública. Trata-se de uma solução que requer não apenas um reconhecimento de um direito subjetivo e de um dar/entregar ou obrigar a dar/entregar alguma coisa ou alguma quantia em dinheiro, mas um fazer ou prover um serviço público (contínuo, ininterrupto, impessoal, etc)<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Por exemplo, a política de recursos hídricos e geração de energia (construção de hidrelétrica de Belo Monte) e de irrigação do semiárido mediante a captação das águas do Rio São Francisco.

<sup>19</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça** – Condicionantes legítimas e ilegítimas. 2. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 83.

<sup>20</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006. p. 120

<sup>21</sup> Idem.

Já no que toca aos conflitos originados de problemas individuais em chave coletiva, são aparentemente individuais e tradicionais, envolvendo partes nitidamente delimitadas e objeto definido. Porém, como aponta o autor, “na sociedade de massas e de classes, a repetição dos casos individuais semelhantes indica a existência de classes, grupos, conjuntos em que a solução de um caso antecipa a de outros semelhantes”.

Assim, a solução judicial em um destes casos poderia operar efeitos noutras causas semelhantes, pondo-se em dúvida se haveria necessidade de um processo judicial completo para cada caso ou se bastaria uma decisão seguida do reconhecimento dos casos individuais como participantes da mesma classe (extensão da *res iudicata*)<sup>22</sup>. Foi neste contexto, aliás, que foram propostos os arts. 285-A, 543-B e 543-C do ainda vigente Código de Processo Civil.

Em se tratando de conflitos metaindividuais, especialmente envolvendo interesses difusos, a adjudicação judicial tradicional não se mostra compatível, vez que proferida em processo bilateral e retrospectivo, que se baseia no modelo de custo-benefício/*perdedor-ganhador/tudo ou nada/soma zero*, no qual uma coisa não pode pertencer concomitantemente a mais de uma pessoa, engendrando justiça retributiva<sup>23</sup>.

Assim, em se tratando de demandas envolvendo direitos sociais individualmente ajuizados, o provimento jurisdicional, em caso de procedência do pedido, ocasiona a alocação/apropriação individual de recursos comuns, ferindo o princípio da isonomia.

A clássica discussão acerca da justiça distributiva se encontra em Aristóteles, passando também por Tomás de Aquino. Aquele escrevera que a justiça particular visa promover a igualdade entre o sujeito que age e o sujeito que sofre a conduta, dividindo-se em justiça distributiva e correlativa: aquela consiste na distribuição ou repartição de bens e honorarias segundo os méritos de cada um, enquanto a correlativa se refere ao vínculo das transações entre os indivíduos, que, por sua vez, se subdivide em justiça comutativa e reparativa: a primeira rege os contratos e acordos em geral e a outra visa reparar ou indenizar o dano (sanções pelo cometimento de delitos, por exemplo).<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> Ibidem, p. 121.

<sup>23</sup> Ana Cláudia Vergamini LUNA enfatiza a necessidade das ações judiciais que impliquem o controle de políticas públicas não serem vistas sob a ótica do *tudo ou nada*, porque seu resultado deve beneficiar toda a sociedade, não trazer vitória ou derrota para um dos litigantes. LUNA. Ana Claudia Vergamini. **Direitos sociais:** controle jurisdicional de políticas públicas, limites e possibilidades. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2012.

<sup>24</sup> ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. e notas de Antonio de Castro Caetano. São Paulo: Atlas, 2009.

Tomás de Aquino, por sua vez, aponta que a relação entre o todo e as partes deve resultar numa distribuição proporcional dos bens comuns, tratando-se de justiça distributiva:

[...] as partes são suscetíveis de dupla relação. Uma entre si, a que se assemelham as relações entre duas pessoas particulares. E esta relação é dirigida pela justiça comutativa, que regula os atos de duas pessoas particulares. E esta relação entre o todo e as partes, à qual, comparável a relação entre o comum e o particular. E essas relações as dirige a justiça distributiva, que distribui proporcionalmente os bens comuns<sup>25</sup>.

Nesta linha de raciocínio, para compreender a justiça distributiva e a retributiva, não se pode confundir o todo com a soma das partes, porque a sociedade não pode ser considerada a soma dos indivíduos que a compõem. A justiça distributiva se relaciona, assim, à divisão ou apropriação individual do fundo social, ou seja, refere-se ao bem comum.

Jean-Jacques Rousseau, quando fala em “vontade geral”, se refere não à vontade do indivíduo, mas sim à capacidade de todos os indivíduos compreenderem o mínimo denominador comum que torna possível a vida social entre cidadãos livres, de modo que “há muita diferença entre a vontade de todos e a vontade geral. Esta se prende somente ao interesse comum; a outra, ao interesse privado, e não passa de uma soma das vontades particulares. [...]”<sup>26</sup>.

Com efeito, os novos conflitos, emergentes da conflituosa sociedade contemporânea, mais que coletivos, são plurilaterais (*policêntricos, metaindividuais, megaconflitos, multiplexos, transindividuais, metassubjetivos, superindividuais*), envolvendo partes diversas, inclusive certos segmentos sociais e grupos determinados, podendo abranger até mesmo o Estado, de modo que não deveriam ser resolvidos como se bilaterais fossem, exigindo, assim, adaptações da técnica processual, bem como mudança de postura do juiz, cuja atuação não pode mais se resumir à mera análise da subsunção dos fatos apresentados em juízo às normas legais cogentes.

Conflitos multiplexos costumam envolver direitos e interesses essencialmente coletivos (difusos e coletivos *strictu sensu*), tais como a política carcerária, o meio ambiente (art. 225, “meio ambiente ecologicamente equilibrado”), o direito à moradia (art. 6º, CF/88), o direito à educação, também a crianças especiais (arts. 6º, 205 e seguintes da

---

<sup>25</sup> AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. São Paulo: Loyola, 2005, vol. 6.

<sup>26</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Abril, 1973. pp. 52 e 62.

CF/88), o direito à saúde (arts. 6º, 196 e seguintes da CF/88), o direito à probidade administrativa na gestão governamental (art. 37, *caput*, CF/88), dentre outros. Como aponta Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>27</sup>,

A conflitiva sociedade de massa em que hoje vivemos não mais encontra meio satisfatório de expressão de suas angústias, expectativas e frustrações nas instâncias executiva e legislativa, donde vir bater às portas do Judiciário, fazendo-se representar por entes exponenciais adrede credenciados por certas normas de regência. Todavia, nem sempre as demandas coletivas têm encontrado ambiente receptivo – e, pior, muita vez vêm manejadas em modo inadequado – em parte por conta da própria formação tradicional de nossos operadores do Direito, pouco afeiçoados às peculiaridades daquelas ações.

Assim, os cidadãos ingressam no Judiciário quanto não obtêm o que desejam por via administrativa ou legislativa. Em se tratando de demandas coletivas, é sabido que ainda há bastante dificuldade em seu trato por parte dos operadores do Direito, que em muitas das vezes preferem sustentar a existência de supostos óbices formais para adentrar o mérito da ação, principalmente em razão de ainda compreenderem o processo sob o prisma tradicional e bilateral. Neste sentido, ressalta Márcio Flávio Mafra Leal<sup>28</sup> que

[...] a maneira clássica do Poder Judiciário não reconhecer direitos e interesses difusos e coletivos é adotar a solução “técnica”, que esconde todas essas pré-compreensões já mencionadas num mecanismo pouco comprometedor: é a “impossibilidade jurídica do pedido”, “ilegitimidade de parte”, “a falta de interesse de agir”. Buscam desesperadamente o ‘indivíduo’ no conflito, pois sem ele não se consegue trabalhar a ideia de ação judicial.

Pois bem. O gradativo acesso à Justiça de interesses de largo espectro social, notadamente relacionados aos direitos fundamentais sociais, pode ser justificado com base nas disfunções do sistema político, que não tem se mostrado devidamente competente para lidar com as reivindicações legítimas que se apresentam na sociedade, de modo que a população acaba procurando no instrumental jurídico as soluções para todas as deficiências sociais.

A judicialização desta espécie de conflito leva à releitura do trinômio *jurisdição-ação-processo*, porque (i) a jurisdição, antes confinada a lides bilaterais, deve adaptar-se às

---

<sup>27</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A projetada participação equânime dos colegitimados à propositura da ação civil pública: da previsão normativa à realidade forense. **Revista dos Tribunais**, nº 796, fev. 2002.

<sup>28</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra. A ação civil pública e a ideologia do Poder Judiciário: o caso do Distrito Federal. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, nº 35, 1995.

novas exigências postas por estas demandas envolvendo interesses metaindividuais, devendo conferir uma resposta de qualidade (justa, jurídica, econômica, tempestiva), “onde a inafastável expansão da coisa julgada faz com que o comando judicial ganhe em eficácia social, aumentando o grau de responsabilidade do julgador e levando o Judiciário a participar, numa certa medida, da cogestão dos interesses gerais”<sup>29</sup>; (ii) o processo, não mais limitado a interesses antagônicos, deve passar a ser um instrumento idôneo para conduzir conflitos coletivos de largo espectro; e (iii) a ação, antes singela representação de ações intersubjetivas, deve adaptar-se às novas controvérsias, nas quais não há apenas um titular do interesse reclamado, situação na qual se faz necessária, pois, a figura do representante adequado.

Corroborando este entendimento Ada Pellegrini Grinover<sup>30</sup>, para quem

é o dado político que altera o conceito de processo, não mais entendido como clássico instrumento de solução de lides intersubjetivas, mas transformado em meio de solução de conflitos metaindividuais, por isso mesmo tipicamente políticos. Assim como se modifica o conceito de processo, muda o de ação, a qual se transforma em meio de participação política, numa noção aberta de ordenamento jurídico, em contraposição à fechada rigidez que deriva das situações substanciais tradicionais. Nesse contexto, a ação consagra uma operação política do direito, provocada pela inadequação das técnicas tradicionais. E a jurisdição, atuando através de instrumentos renovados e impulsionada por um distinto poder, tem transmutada a sua própria finalidade funcional, que se desloca, de mera atuação do direito objetivo, para o papel promocional da aquisição de uma consciência do “coletivo” e do “social”.

Luís Roberto BARROSO<sup>31</sup> enumera três causas para este fenômeno: (i) a redemocratização do país; (ii) a constitucionalização abrangente; e (iii) o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

No que toca ao primeiro motivo elencado, em suma, o ambiente democrático teria reavivado a cidadania, conferindo maior nível de informação e de consciência de direitos à população. Quanto à constitucionalização abrangente, entende-se que, na medida em que uma questão é disciplinada por norma constitucional, transforma-se, ainda que

---

<sup>29</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A projetada participação equânime dos colegitimados à propositura da ação civil pública: da previsão normativa à realidade forense. **Revista dos Tribunais**, nº 796, fev. 2002.

<sup>30</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos. **Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, nº 13, 1984.

<sup>31</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Atualidades Jurídicas, **Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB**, nº 04, jan.-fev. 2009.

potencialmente, numa pretensão jurídica, podendo ser veiculada em sede de ação judicial<sup>32</sup>. Por fim, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade implica na possibilidade de quase qualquer questão política ou moralmente relevante poder ser alçada ao STF.

Portanto, a judicialização recorrente no Brasil é oriunda não de um exercício deliberado de vontade política pelo Poder Judiciário, mas sim do modelo constitucional que o país adotou, consistindo, em verdade, num fenômeno resultante de uma transformação cultural profunda pela qual passaram os países que se organizam politicamente em torno do regime democrático<sup>33</sup>.

Luís Roberto Barroso<sup>34</sup>, analisando a atuação do STF nos julgamentos de ações diretas de constitucionalidade (ADCs) diversas, conclui que a Corte não visa criar um modelo juriscêntrico, segundo o qual tudo deve ser resolvido pelo Judiciário, mas que é obrigada a decidir quando a causa que chega a ela preenche os requisitos formais. Assim, o STF

não tinha alternativa de conhecer ou não das ações, de se pronunciar ou não sobre o seu mérito, uma vez preenchidos os requisitos de cabimento. Não se pode imputar aos Ministros do STF a ambição ou a pretensão, em face dos precedentes referidos, de criar um modelo juriscêntrico, de hegemonia judicial. A judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente.

Exemplo de como a agenda do país se deslocou do Legislativo ao Judiciário é o fato de que as audiências públicas e o julgamento acerca das pesquisas com células-tronco embrionárias pelo STF tiveram muito mais visibilidade e debate público que o processo legislativo que resultou na edição da referida lei.

---

<sup>32</sup> “A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulado sob a forma de ação judicial”. Idem.

<sup>33</sup> “Ademais, há fatores políticos que condicionam o grau de judicialização vivenciado por uma dada sociedade. Dentre eles, podemos mencionar: *a*) o grau de (in)efetividade dos direitos fundamentais (núcleo compromissório da Constituição); *b*) o nível de profusão legislativa com o conseqüente aumento da regulamentação social; *c*) o nível de litigiosidade que se observa em cada sociedade. Na medida em que aumentam os indicadores de inefetividade dos Direitos Fundamentais, os índices de produção legislativa, e da litigiosidade social, também aumentará o nível de judicialização”. TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. Judicialização não é sinônimo de ativismo judicial. **Revista Consultor Jurídico**, 01. dez. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-01/diario-classe-judicializacao-nao-sinonimo-ativismo-judicial>>. Acesso em: 02 dez. 2015.

<sup>34</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Atualidades Jurídicas*, **Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB**, nº 04, jan.-fev. 2009.



Nestes casos, é natural que o comando judicial venha a se projetar *extra autos*, não por vontade do magistrado, mas sim porque essa eficácia expandida se mostra inevitável, não se tratando de ativismo judicial, nos moldes reprobatórios que se lhe tem emprestado.

## **1.2 O direito fundamental à saúde: esboço histórico e estrutura normativa**

Neste momento, mostra-se relevante narrar, sucintamente, a evolução do direito à saúde no Brasil e examinar sua atual estrutura normativa, de modo a facilitar o estudo de sua tutela jurisdicional.

O intuito deste tópico é, pois, de compreender conceitos importantes sobre o tema do direito social à saúde, identificando as condições históricas da construção das políticas públicas de saúde no Brasil.

Historicamente, à época do Brasil Colônia, durante os séculos XVI e XVII, embora quase ausentes médicos e instituições médicas, marcante era a presença de benzedadeiras, parteiras e boticários não licenciados, que não tinham propriamente uma formação voltada ao exercício da medicina, sendo, por isso, rigorosamente reprimidos pela Coroa Portuguesa.<sup>35</sup>

Contudo, mesmo com o advento das Ordenações Filipinas (1604), que previa um controle a ser feito sobre este tipo de atividade, não havia rigor na fiscalização, até porque não se tinha oferta gratuita de médicos aos enfermos, o que continuava estimulando a prática daqueles profissionais não licenciados.

Em suma, até a segunda metade do século XVIII, a Coroa Portuguesa não tinha um programa global e continuado de saúde para o Brasil. Mas com a chegada da família real, em 1808, este quadro começou a mudar, tendo Dom João VI, neste mesmo ano, criado a Escola de Medicina na Bahia, a Escola de Medicina, Anatomia e Cirurgia do Rio de Janeiro (a atual Faculdade Nacional de Medicina da UFRJ) e a Provedoria de Saúde, com a instalação de uma polícia voltada para a regulamentação e fiscalização dos padrões de higiene urbana, providências estas que propiciaram o aumento do número de médicos no país e colocaram o conhecimento científico a serviço das políticas da Coroa.

Já na Constituição Imperial de 1824, junto aos direitos civis destinados aos cidadãos brasileiros, fora destacado o tema da saúde em seu art. 179, incs. XXIV e XXXI,

---

<sup>35</sup> VIOTTI, Ana Carolina. de Carvalho. **As práticas e os saberes médicos no Brasil colonial (1677-1808)**. Dissertação (Mestrado) - UNESP, Franca, 2012. p. 23.

*in verbis*: “Nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria, ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança, e saúde dos cidadãos”; “A Constituição também garante os socorros públicos”<sup>36</sup>.

Em 1829 foi criada a Sociedade de Medicina do Rio de Janeiro (Academia Nacional de Medicina, desde 1889), a qual apresentou amplo programa de medidas preventivas em benefício da coletividade, relativas principalmente à higiene e ao saneamento básico, providências estas até então negligenciadas pelos governos.<sup>37</sup>

Em 1920 foi criado o Departamento Nacional de Saúde, objetivando a implantação de uma política de saúde em nível nacional, tendo sido Carlos Chagas seu primeiro diretor.

No início do século XX, as campanhas sanitárias assumiram especial importância na economia agrário-exportadora, em decorrência do controle dos portos e das estradas de ferro, assim como as campanhas contra a varíola (lei de vacinação obrigatoriedade de 1904), a febre amarela e a peste bubônica também marcaram as primeiras décadas deste século, exigindo respostas pontuais da medicina<sup>38</sup>.

Mas foi a Constituição Federal de 1934 que trouxe, pela primeira vez, menção expressa às atribuições estatais na área da saúde, prevendo, em seu art. 10, inc. II, que sua proteção seria de competência concorrente da União e dos Estados, tendo consagrado também a garantia de assistência médica e sanitária aos trabalhadores na alínea *h* do § 1º de seu art. 121<sup>39</sup>. A Constituição Federal de 1937 mantivera esta previsão em seu art. 137, alínea *l*<sup>40</sup>.

Contudo, da análise dos fatos ora narrados, embora tenha havido avanço da saúde no decorrer dos anos, observa-se que essa evolução vinha quase sempre atrelada à figura do trabalhador e, por conseguinte, de seus dependentes, não à população como um todo.

<sup>36</sup> Como exemplos de socorros públicos podemos citar os Decretos nº 533/1850, nº 752/1851 e o nº 798/1851, todos expedidos com o objetivo de promover aportes financeiros para o controle de epidemias, em especial a grande epidemia da febre amarela de 1849, no Rio de Janeiro.

<sup>37</sup> DUARTE NUNES, Everardo. Sobre a história da saúde pública: ideias e autores. **Revista Ciência & Saúde Coletiva**, nº 02, vol. 05, 2000.

<sup>38</sup> POSSAS, Cristina de Albuquerque. **Saúde e trabalho: a crise da previdência social**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1981.

<sup>39</sup> “A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: [...] assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante [...] e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte”. BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm)>.

<sup>40</sup> “[...] assistência médica e higiênica ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta, sem prejuízo do salário, um período de repouso antes e depois do parto”. BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>.

Em 1954, frente aos grandes surtos epidêmicos, adveio o Código Nacional de Saúde (Lei nº 2.312/54), por meio do qual o Estado, enfim, assumiu expressamente sua obrigação de proteger a saúde da população. Contudo, não fora dada a devida atenção a este diploma, que restou regulamentado somente sete anos após o advento daquela Lei (Decreto nº 49.974, de 21/01/1961).

A Constituição Federal de 1967, em seu art. 158, incs. IX e XV, também se limitou a assegurar a proteção da saúde da classe trabalhadora com carteira de trabalho assinada e contribuição ao INPS (Instituto Nacional de Previdência Social), antiga nomenclatura para INSS (Instituto Nacional do Seguro Social).

A partir do final da década de 1960, as políticas públicas de saúde se centralizaram fortemente no Poder Executivo Federal, em decorrência da ditadura militar pela qual passava o país, regime no qual opiniões contrárias ao discurso oficial eram, como sabido, duramente reprimidas. Em 1968, o então Ministro da Saúde Leonel Miranda tentou instituir um Plano Nacional de Saúde que, todavia, não atendeu às reais necessidades da população, tendo privilegiado, essencialmente, o setor privado<sup>41</sup>.

Neste ínterim, houve tentativas de universalização da assistência médica no Brasil que, infelizmente, não lograram êxito, sendo certo que tão somente em 1975 adveio a Lei nº 6.229/75, criando o Sistema Nacional de Saúde, mesmo ano em que ocorreu a 5ª Conferência Nacional de Saúde, por meio da qual, pela primeira vez, o Brasil obteve normas de direito positivo estabelecendo obrigações em matéria de vacinas e doenças.

Contudo, ainda não havia mecanismos para implantar a tese recém-levantada, segundo a qual a proteção à saúde deveria ser integral, não podendo significar apenas a ausência de doença, porque as condições socioeconômicas da população também seriam fatores a graduar seu nível de saúde.

A Lei nº 6.229/75 não expandiu a assistência médica, tendo mantido a cobertura do sistema de saúde tão somente aos portadores de carteira de trabalho assinada ou a situações excepcionais constantes da Lei nº 6.179/74.

Com o fito de expandir a assistência à saúde para toda a população, a Comissão de Saúde da Câmara dos Deputados, em 1979, com apoio do Centro Brasileiro de Estudos de

---

<sup>41</sup> Carlos Gentile de Mello, assessor no Ministério da Saúde entre 1967 e 1968, comentou a proposta afirmando que “era um plano que tinha por objetivo fundamental regulamentar, melhorar a remuneração médica e das instituições de saúde privada (...) era um plano de remuneração médica e não um plano nacional de saúde (...) acabava-se com a medicina preventiva”. In: LUZ, Madel Therezinha. **As instituições médicas no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1979. p. 134.

Saúde (CEBES)<sup>42</sup>, realizou o 1º Simpósio Nacional de Política de Saúde, evento no qual, pela primeira vez, surgiu a ideia de um sistema único de saúde com acesso universal e gratuito.<sup>43</sup> Mas, mesmo assim, em decorrência das pressões exercidas pelo setor privado<sup>44</sup>, a ideia não avançou, de modo que tão somente na Assembleia Constituinte de 1987 houve tentativa de mudança radical<sup>45</sup>, que culminou na criação do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde – SUDS.

A explicitação do direito fundamental à saúde decorreu da evolução do Sistema Nacional de Saúde, criado em 1975, e do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde, criado em 1987.

Mas foi a partir da promulgação da Constituição Federal de 1998 que os direitos fundamentais surgiram paralelamente à formação e consolidação do Estado Moderno, envolvendo a relação entre governantes e governados e a necessidade de limitar os poderes daqueles para que estes pudessem ter maior liberdade<sup>46</sup>.

Entre os anos de 1500 e 1988, não houve atendimento médico amplo e gratuito para a população brasileira, sendo certo que os serviços médico-hospitalares até então existentes eram prestados por particulares ou por entidades filantrópicas, como as Santas Casas de Misericórdia, sem que se pudesse falar em atendimento igualitário.

O Estado brasileiro, por sua vez, ao se integrar com o sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos, adotou o referencial ético que deu origem

---

<sup>42</sup> Criado em 1976, o CEBES edita a revista *Saúde em Debate*, que existe até hoje, tendo este Centro mantido seu papel crítico na construção de um sistema de saúde justo e eficiente.

<sup>43</sup> FLUMINHAN, Vinícius Pacheco. **SUS versus TRIBUNAIS** – Limites e Possibilidades para uma Intervenção Judicial Legítima. Curitiba: Juruá, 2014. p. 35.

<sup>44</sup> Por *setor privado* entendem-se as organizações de classes representativas da saúde privada, como a ABRAMGE (Associação Brasileira de Medicina de Grupo) e a AMB (Associação Médica Brasileira).

<sup>45</sup> RODRIGUEZ NETO, Eleutério. **Saúde** – Promessas e limites da Constituição. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003. p. 38.

<sup>46</sup> Na Europa Medieval, por exemplo, o exemplo mais eloquente da limitação do poder dos governantes foi a Magna Carta de 1215, elaborada com o fito de conter os conflitos entre barões e o monarca inglês João Sem Terra. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, “[...] inobstante tenha apenas servido para garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais, alijando, em princípio, a população do acesso aos direitos consagrados no pacto, serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, tais como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia da propriedade”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 41. Na Europa Moderna, essa tendência de limitação dos poderes reais se mostrou mediante verdadeiras declarações de direitos, como a *Petition of Rights (1628)* e o *Bill of Rights (1689)*, ambos na Inglaterra, tendo constado desta última, em seus itens 1 e 5, respectivamente, “*That the pretended power of suspending laws, or the execution of laws, by regal authority, without consente of parliament is ilegal*” e “*That it is the right of the subjects to petition the king, and all commitments and prosecutions for such petitioning are ilegal*” (Que é ilegal a faculdade que se atribui à autoridade real para suspender as leis ou seu cumprimento” e “Que os súditos têm direitos de apresentar petições ao Rei, sendo ilegais as prisões e perseguições sofridas por esta causa). O *Bill of Rights*, diferentemente dos documentos medievais, destinou-se a todos os cidadãos ingleses, não apenas a um grupo seleto de barões feudais ingleses, marcando, assim, sensível progresso na construção dos direitos fundamentais.

à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948<sup>47</sup>, tendo optado, então, pela proteção integral e irrestrita dos direitos humanos, mediante a satisfação dos bens soberanos de toda a humanidade.

O Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, de 1966, ratificado pelo Brasil por meio do Decreto nº 591/92<sup>48</sup>, também assegurou que todos têm o direito de desfrutar do mais alto grau de saúde física e mental (art. 12, cláusula 1), dentre outros dispositivos protetivos previstos internacionalmente, tais como a Convenção Americana de Direitos Humanos (*Pacto de São José da Costa Rica*)<sup>49</sup>, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (*Protocolo de São Salvador*)<sup>50</sup> e a Declaração de Alma-Ata de 1978<sup>51</sup>.

Mediante esta positivação, institucionalizaram-se os direitos humanos, por meio da absorção deste sistema ético de referência pela Constituição Federal de 1988, conforme indica seu art. 3º, segundo o qual “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Infere-se, pois, que antes de 1988, a proteção do direito à saúde se restringia a algumas normas esparsas, como a garantia de “socorros públicos” (art. 179, inc. XXXI, da

---

<sup>47</sup> Art. XXV, cláusula 1: “Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica (...)”. PARIS. ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/declaracao/>>. Acesso em: 07. abr. 2015.

<sup>48</sup> BRASIL. **Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm). Acesso em: 08. mai. 2015.

<sup>49</sup> Arts. 4º e 5º - direito à vida e à integridade física e pessoal. O Pacto de São José da Costa Rica foi internalizado pelo Decreto-legislativo nº 27, de 26 de maio de 1992 e promulgado pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.

<sup>50</sup> Art. 10. “1. Toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social. 2. A fim de tornar efetivo o direito à saúde, os Estados Partes comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público e, especialmente, a adotar as seguintes medidas para garantir este direito: a. Atendimento primário de saúde, entendendo-se como tal a assistência médica essencial colocada ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade; b. Extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado; c. Total imunização contra as principais doenças infecciosas; d. Prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza; e. Educação da população sobre prevenção e tratamento dos problemas da saúde; e f. Satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis”. O Protocolo de São Salvador foi internalizado pelo Decreto-legislativo nº 56, de 19 de abril de 1995 e promulgado pelo Decreto nº 3.371, de 31 de dezembro de 1999.

<sup>51</sup> Item I – a realização do mais alto nível possível de saúde depende da atuação de diversos setores sociais e econômicos, para além do setor da saúde propriamente dito. A Declaração foi resultado da Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, realizada em Alma-Ata, na antiga União Soviética (URSS), entre 06 e 12 de setembro de 1978.

Constituição de 1824) ou a garantia de inviolabilidade do direito à subsistência (art. 113 da Constituição de 1934).

Impossível ignorar as transformações oriundas do constitucionalismo moderno, notadamente no pós-guerra, principalmente a prevalência dos direitos humanos.

Desde 1988, portanto, a tutela efetiva dos direitos fundamentais constitui objetivo do Estado brasileiro, por meio de completa salvaguarda dos bens da vida por eles protegidos e o que era, até então, assunto técnico e político passou a ser jurídico e constitucional.

Quanto a questões terminológicas, a Constituição Federal brasileira de 1988 adota termos diferentes para referir-se aos direitos fundamentais: “liberdades individuais”, “liberdades públicas”, “direitos humanos” e “direito público subjetivo”, expressões que, embora não levem necessariamente a uma profunda variação semântica, carecem de certo esclarecimento.

A expressão “direitos humanos” se destina a reivindicar, perenemente, respeito a posições essenciais ao homem, constantes de documentos internacionais, tendo alcance mais amplo. Já os chamados “direitos fundamentais”, embora também se reservem a posições básicas das pessoas, constam de diplomas normativos de cada Estado, podendo, eventualmente, haver pontos de identidade entre ambas as expressões.

Por “direito público subjetivo” entende-se que seu titular pode exigir seu cumprimento, com respaldo de uma sanção, sem prejuízo de haver direitos fundamentais também subjetivos.

“Liberdades públicas” e “liberdades individuais” aparentam ser expressões incompletas, vez que alguns direitos fundamentais podem ser aplicados em relações privadas, bem como também há direitos difusos, de modo que não há identidade plena entre aqueles termos e os direitos fundamentais.

Em síntese, a doutrina preferiu adotar a terminologia empregada pela Constituição Federal de 1988 no Título II, a saber, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

Os direitos fundamentais sociais, constantes do art. 6º da Carta Política, consubstanciam-se em direitos constitucionais subjetivos, ou seja, dotados de eficácia plena e de exigibilidade imediata, conforme dispõe o § 1º do art. 5º deste diploma, segundo o qual “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Afirma José Afonso da Silva<sup>52</sup> que

---

<sup>52</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 178.

No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive, e às vezes, nem sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.

O Enunciado constante do art. 2º-1 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, bem ilustra a peculiaridade dessa categoria de direito, *in verbis*:

Cada Estado-parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

Paulo Bonavides<sup>53</sup> afirma que os direitos fundamentais são os que receberam da Constituição Federal um maior grau de garantia ou segurança, ou por serem imutáveis ou de dificultada mudança, variando seu conceito consoante a ideologia e os valores do Estado.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins<sup>54</sup> definem os direitos fundamentais como “direitos público-subjetivos de pessoas (físicas e jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”.

Neste diapasão, conforme a noção clássica de Hans Kelsen, a essência do direito subjetivo consiste no fato de a ordem jurídica disponibilizar ao cidadão o poder de fazer valer, por meio do ajuizamento de uma ação, o cumprimento de deveres. Contudo, nem sempre há sanção prevista em caso de descumprimento dos deveres reflexos aos direitos fundamentais.

Ainda, estes direitos não são apenas os constantes da Constituição Federal, podendo estar previstos também em tratados internacionais, conforme soa o art. 5º, § 2º, da Carta Política brasileira.

---

<sup>53</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 561.

<sup>54</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 40.

Por sua vez, José Afonso da Silva<sup>55</sup> define os direitos fundamentais como “[...] situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana”.

Ingo Wolfgang Sarlet<sup>56</sup>, baseando-se na doutrina de Roberto Alexy, define os direitos fundamentais como posições jurídicas que, de tão importantes, foram acrescentadas à Constituição:

[...] todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal.

Com efeito, após o fenômeno da constitucionalização dos direitos fundamentais, tornaram-se eles estrutura básica do Estado e da sociedade<sup>57</sup>, transformando-se em elementos limitadores da ação estatal, de modo que esta, para ser legítima, deve refletir e harmonizar os valores políticos e jurídicos reconhecidos constitucionalmente.

A constitucionalização destes direitos também se deveu à busca pela concretização da igualdade e da preservação de condições mínimas para viver e para se desenvolver como ser humano, sendo que os direitos fundamentais sociais exigem, por parte do Estado, não somente o dever de abstenção (*non facere*), mas principalmente o dever de prestação positiva (*facere, praestare*), restando obrigado a assegurar aos cidadãos mínimas prestações materiais, contexto em que se encaixa o direito à saúde, sendo claramente um direito fundamental social.

Assim, houve mudança de paradigma que ocasionou mudança da postura estatal que, antes abstencionista, passou a ter caráter prestacional, característico das obrigações de fazer exsurgidas após a constitucionalização dos direitos sociais.

---

<sup>55</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 178.

<sup>56</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 77.

<sup>57</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 379.



Com efeito, sendo as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais de aplicação imediata (art. 5º, § 1º, CF/88)<sup>58</sup>, pode-se dizer que o direito à saúde deve ser entendido como imediatamente executável.

Todavia, como os direitos sociais demandam regulamentação para se tornarem concretizáveis, na classificação do Direito Constitucional acerca da eficácia das normas constitucionais, tratar-se-ia de norma de eficácia limitada<sup>59</sup>, supostamente programática<sup>60</sup>, porquanto impõem ao Poder Público o dever jurídico de implementá-los mediante o planejamento de políticas públicas adequadas, cuja execução, como sabido, envolve a edição de normas legais e regulamentares, e a prestação material de serviços públicos, demandando a alocação e o dispêndio de recursos financeiros. Neste ponto, ressalta José Afonso da Silva<sup>61</sup>, citando Canotilho, que há dificuldade de se dizer como uma norma programática poderá ser concretizada:

[...] o problema que se coloca agudamente na doutrina recente consiste em buscar mecanismos constitucionais e fundamentos teóricos para superar o caráter abstrato e incompleto das normas definidoras de direitos sociais, ainda concebidas como programáticas, a fim de possibilitar sua concretização prática.

Giorgio Del Vecchio, referindo-se às normas programáticas da Constituição Italiana, diz que elas impõem um dever propriamente moral, antes que jurídico, de modo

---

<sup>58</sup> “Todas as normas definidoras de direitos fundamentais, sem exceção, têm aplicabilidade imediata, independentemente de concretização legislativa, o que permite que o titular do direito desfrute da posição jurídica por ele consagrada. Na hipótese de eventual omissão estatal, impeditiva de gozo desses direitos, pode e deve o Judiciário, como Poder apto a proporcionar a realização concreta dos comandos normativos quando provocado por qualquer meio processual adequado, suprir aquela omissão, completando o preceito consignador de direitos diante do caso concreto”. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do Poder Público**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 664.

<sup>59</sup> Para José Afonso da Silva, a clássica distinção acerca da eficácia das normas constitucionais estabelecido pelo Direito Constitucional estadunidense (*self-executing provisions* e *not self-executing provisions*) não se mostra adequado, sustentando que estas normas, em verdade, se classificariam em três categorias: eficácia plena, eficácia contida e eficácia limitada, sendo que nos dois primeiros grupos, teriam elementos suficientes para incidir imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto, com a diferença de que, no que toca às normas de eficácia contida, poderia haver sua restrição por legislação superveniente. Já as normas de eficácia limitada careceriam de plenas condições técnico-jurídicas para a direta e imediata regulação da matéria que pretende disciplinar.

<sup>60</sup> José Joaquim Gomes Canotilho se refere a quatro modelos de posituação dos direitos econômicos e sociais: (i) normas programáticas; (ii) normas de organização; (iii) normas que atuam como garantias institucionais; e (iv) normas que asseguram autênticos direitos públicos subjetivos. Este último consubstancia normas constitucionais de eficácia plena. Os dois modelos intermediários tratam de normas de eficácia limitada de cunho preceptivo. Predomina o primeiro modelo, que usa normas constitucionais de eficácia limitada de natureza programática na posituação de direitos sociais, quando se menciona que “as normas consagradoras de direitos sociais, econômicos e culturais são, segundo alguns autores, normas programáticas”.

<sup>61</sup> CANOTILHO *apud* SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. pp. 140-141.

que o art. 4º da Carta Italiana – “A República reconhece a todos os cidadãos o direito ao trabalho e favorece as condições que tornam esse direito efetivo” – não é, para ele, senão um Enunciado solene de um programa político que deveria ser traduzido em lei, mas não engendra, por si, nenhuma exigência juridicamente válida<sup>62</sup>.

José Afonso da Silva<sup>63</sup>, numa tentativa de explicar a compatibilidade do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, que dispõe que os direitos fundamentais são de aplicação imediata, com a classificação atribuída às normas constitucionais fixando o dever jurídico do Poder Público de assegurar prestações materiais visando à concretização de direitos fundamentais sociais, sustenta:

Então, em face dessas normas, que valor tem o disposto no § 1º, do art. 5º, que declara todas de aplicação imediata? Em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes.

À época da Constituição de 1967, Pontes de Miranda e Alfredo Buzaid reconheceram juridicidade e eficácia às normas constitucionais ditas programáticas, sendo que, desde este momento, a doutrina em geral tem afirmado cada vez mais, de forma uníssona, o caráter vinculativo destas normas, de modo que o fato de dependerem de providências institucionais para sua concretização não significa que não são dotadas de eficácia.

Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>64</sup> define as normas programáticas como “apenas uma finalidade a ser cumprida obrigatoriamente pelo Poder Público, sem, entretanto, apontar os meios a serem adotados para atingi-la, isto é, sem indicar as condutas específicas que satisfariam o bem jurídico consagrado na regra”.

Contudo, inviável se tachar de programática toda norma constitucional que causar “incômodo” ao Estado, com o intuito de se desincumbir de seus deveres.

Com efeito, em se tratando de normas imediatamente aplicáveis, podem os cidadãos pleitear os direitos nelas insculpidos, com fulcro no art. 5º, inc. XXXV, da Carta

---

<sup>62</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *Philosophie du Droit*. Paris: Dalloz, 1953. p. 285, nota 1.

<sup>63</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 165.

<sup>64</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social**. Tese apresentada à IX Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Florianópolis, 1982. p. 18.

Política de 1988. O STF, ao julgar diversos recursos envolvendo o direito à saúde<sup>65</sup>, entendeu que uma norma constitucional programática não pode equivaler a uma promessa inconsequente:

A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõe, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Acrescenta José Joaquim Gomes Canotilho<sup>66</sup> que falta seriedade no tratamento conferido aos direitos sociais:

O problema actual dos ‘direitos sociais’ (*soziale Grundrechte*) ou direitos a prestações em sentido restrito (*Leistungsrechten in engeren Sinn*) está em ‘levarmos a sério’ o reconhecimento constitucional de direitos como o direito ao trabalho, o direito à saúde, o direito à educação, o direito à cultura, o direito ao ambiente. Independentemente das dificuldades (reais) que suscita um tipo de direitos subjectivos onde falta a capacidade jurídica poder (= jurídico, competência) para obter a sua efectivação prática (= accionabilidade), não podemos considerar como simples ‘aleluia jurídico’ (C. Schmitt) o facto de as constituições (como a portuguesa de 1976 e a espanhola de 1978) considerarem certas posições jurídicas de tal modo fundamentais que a sua ou não garantia não pode ser deixada aos critérios (ou até arbítrio) de simples maiorias parlamentares.

No que toca ao direito à saúde, nos moldes em que constituído, carecia de legislação e providências administrativas para completar sua conformação. Assim, adveio a Lei Federal nº 8.080/90, seu decreto regulamentador e outras normas correlatas, legislativas e administrativas, nos âmbitos federal, estaduais e municipais, permitindo a caracterização da dispensação gratuita de fármacos como um direito social prestacional derivado, plenamente tutelável na esfera jurisdicional.

Assim, passíveis de apreciação, e procedência, pedidos deduzidos em juízo relacionados ao fornecimento de tratamentos médicos pelo SUS, vez que a faceta do

---

<sup>65</sup> RE 271.286-AgR, AI 550.530-AgR, RE 368.564, STA 175-AgR, AI 734.487-AgR.

<sup>66</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Org.). Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais. In: **Temas de direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004.

programa governamental de dispensação de medicamentos à população já possui regulamentação suficiente, mostrando-se imediatamente judicializável.

### 1.3 As políticas públicas de saúde

Neste contexto, mostra-se relevante mencionar alguns aspectos relativos às políticas públicas de saúde no Brasil.

Por primeiro, deve-se compreender que saúde não se resume à mera ausência de doença, tratando-se de conceito multidimensional que engloba elementos de cunho ambiental, social, econômico e cultural, implicando complexidades na elaboração e implementação de políticas de saúde.

Em segundo lugar, deve-se lembrar que as necessidades de saúde da população vão sempre muito além dos recursos disponíveis para atendê-las, obrigando os Poderes a realizar delicadas escolhas.

Pois bem. As políticas públicas constituem tema derivado originariamente da Ciência Política e da Ciência da Administração Pública, tendo sido tratadas, também, no âmbito do Direito, no campo da Teoria do Estado, do Direito Constitucional, do Direito Administrativo e do Direito Financeiro. Consistem elas num

[...] programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.<sup>67</sup>

Por natureza, trata-se de tema bastante complexo, vez que não é ontologicamente jurídico, mas sim originário do universo de preocupações da teoria política, de modo que analisar o ordenamento jurídico não é o meio mais adequado para conseguir captar seu caráter eminentemente dinâmico e funcional. Como anota Maria Paula Dallari Bucci,

[...] o fundamento mediato das políticas públicas, o que justifica o seu aparecimento, é a própria existência dos direitos sociais – aqueles, dentre

---

<sup>67</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). O conceito de política pública em Direito. In: **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.

o rol de direitos fundamentais do homem, que se concretizam por meio de prestações positivas do Estado. [...] A função estatal de coordenar as ações públicas (serviços públicos) e privadas para a realização de direitos dos cidadãos – à saúde, à habitação, à previdência, à educação – legitima-se pelo convencimento da sociedade quanto à necessidade de realização desses direitos sociais.<sup>68</sup>

Em suma, as políticas públicas de proteção social são instrumentos destinados a minimizar as distorções existentes na sociedade capitalista, voltando-se, na atualidade, à educação, à saúde, à habitação, ao transporte público, dentre outros direitos fundamentais sociais.

Por política pública se deve entender o conjunto de ações estatais, com a participação ou não da sociedade, que visam garantir os direitos sociais previstos em lei.

No caso específico do direito fundamental social à saúde, a Constituição Federal de 1988, no Título VIII (“Da Ordem Social”), Capítulo II (“Da Seguridade Social”), Seção I (“Da Saúde”), dispõe, em seu art. 196, que a saúde é “um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

O Brasil, aliás, é o único país com mais de cem milhões de habitantes que teve a ousadia de declarar a saúde como direito do cidadão e dever estatal, mas é uma pena terem os constituintes de 1988 esquecido de mencionar de onde viriam os recursos para tal generosidade.

O legislador ordinário, em obediência ao comando constitucional supramencionado, criou o Sistema Único de Saúde (SUS) por meio da edição da Lei Federal nº 8.080/90, cujo art. 4º o conceitua como “o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público”.

Como narrado no subitem anterior, antes da criação do SUS, o Estado brasileiro era omissivo em relação à saúde da população, de modo que somente havia intervenção estatal em casos graves ou que oferecessem risco de epidemia, ou apenas para a classe trabalhadora devidamente registrada.

Assim, a organização dos serviços de saúde se bifurcava em três componentes: (i) ações voltadas à prevenção ao ambiente e à coletividade (saúde pública); (ii) ações

---

<sup>68</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, nº 133, ano 34, Brasília, jan.-mar. 1997.

destinadas a promover saúde aos trabalhadores; e (iii) ações curativas individuais, compondo a medicina previdenciária e as modalidades de assistência médica liberal, filantrópica e empresarial<sup>69</sup>.

Posteriormente, adveio a reforma sanitária, que consistiu num movimento social composto por estudantes, pesquisadores, universidades, profissionais, sindicatos, entidades comunitárias e sociedades científicas (ABRASCO – Associação Brasileira de Pós-graduação saúde coletiva; SBPC – Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, CEBES – Centro Brasileiro de Estudos de Saúde), que defendeu a democratização da saúde e a reestruturação de seu sistema de serviços.

O atual Sistema Único de Saúde vige há 25 anos, podendo ser considerado uma vitória da sociedade brasileira, vez que, embora longe de ser perfeito, representa o cumprimento pelo Estado brasileiro de parte de seu mister constitucional.

Mister ressaltar, primeiramente, que notório é seu subfinanciamento. O Brasil aplica, anualmente, apenas 3,6% de seu Produto Interno Bruto – PIB (considerado todo o setor público, não apenas em nível federal) na área da saúde, sendo que especialistas sugerem que num sistema de saúde universal e integral deveriam ser aplicados pelo menos 6,5%.<sup>70</sup> Além disso, há centralização de recursos pela União, em contraposição ao ideal federalismo cooperativo, mostrando-se tarefa difícil efetivar o teor da Emenda Constitucional nº 29/2000<sup>71</sup>, também em razão da Desvinculação das Receitas da União (DRU)<sup>72</sup>.

Contudo, o que mais prejudica o SUS não é seu subfinanciamento, mas sim sua absoluta e profunda má gestão, vez que há grande descontrole dos gastos públicos neste setor<sup>73</sup>. Isso porque a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, na prática, são

---

<sup>69</sup> PAIM, Jairnilson Silva. **O que é o SUS**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2009.

<sup>70</sup> ZANATTA, Mauro. Saúde, o gasto público insuficiente. **Jornal GGN**, 04 mai. 2010. Disponível em: <<http://jornalggn.com.br/blog/luisnassif/saude-o-gasto-publico-insuficiente>>. Acesso em: 11. mai. 2014.

<sup>71</sup> Aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde.

<sup>72</sup> A DRU é um mecanismo que permite ao governo federal usar, livremente, 20% de todos os tributos federais vinculados por lei a fundos ou despesas, permitindo, na prática, a aplicação de recursos destinados à educação, à saúde e à previdência social em qualquer despesa considerada prioritária e na formação de superávit primário, possibilitando também o manejo para pagar juros da dívida pública. Fora prorrogada por diversas vezes, estando em vigor até 31/12/2015. Já fora apresentada Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 87/2015, estendendo o instrumento até 2023, sugerindo-se o aumento da alíquota para 30%. BRASIL. **Senado Federal**. DRU. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/dru>>. Acesso em: 01. dez. 2015.

<sup>73</sup> “ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SUS. COBRANÇAS INDEVIDAS. FISCALIZAÇÃO E RESSARCIMENTO DAS VERBAS REPASSADAS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. 1. Uma vez

nada mais que meros pagadores, não fiscalizadores do destino destas verbas, conforme determina a Constituição Federal<sup>74</sup>.

Por exemplo, sabe-se que boa parte do serviço público de saúde é prestada por organizações sociais<sup>75</sup>, de modo que substancial fatia do orçamento público é destinada a elas. Contudo, os entes federativos não costumam empregar glosa<sup>76</sup> (impugnação de despesa) como deveriam, havendo funcionários para verificar apenas se a organização prestou contas regularmente, para que possa receber o pagamento, sem haver fiscalização da efetiva prestação do serviço de saúde. Resumo disso é feito com perspicácia por Drauzio Varella<sup>77</sup>, nos seguintes termos:

A situação do SUS é ainda mais precária. De um lado, o financiamento governamental insuficiente para atender às necessidades da população que envelhece, engorda, fica sedentária e desenvolve doenças complexas como ataques cardíacos, derrames cerebrais, diabetes e câncer. De outro, a incompetência administrativa, o cipoal das leis que regem o funcionalismo público, a ingerência de interesses paroquiais e a corrupção.

---

reconhecida a cobrança ilegal de valores em detrimento do Sistema Único de Saúde (SUS), inevitável se torna a responsabilização de todos aqueles que concorreram para a sua prática, dentro da sua competência. 2. Compete à União fiscalizar, através do Ministério da Saúde, a aplicação das verbas oriundas do SUS, por força de imperativo constitucional e legal, sem espaço para a discricionariedade, de modo que, falhando nesse mister, deve ser chamada pelo Poder Judiciário a exercê-lo. 3. Havendo a cobrança indevida de atendimentos médico-sanitários mediante atuação conjunta do Estado e do Município, aquele estabelecendo orientações em completa afronta à Portaria do Ministério da Saúde e este acatando diretrizes manifestamente ilegais, impõe-se a condenação solidária de ambos os entes ao ressarcimento das verbas repassadas pelo SUS". (TRF-4, AC nº 2004.04.01.044931-5, Rel. Maria Lúcia Luz Leiria, j. 31/08/2010, Terceira Turma, p. 10/09/2010)

<sup>74</sup> Art. 198, § 3º. "Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: [...] III – as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal". BRASIL. **Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp141.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm)>. Acesso em: 13. dez. 2015.

<sup>75</sup> Organizações Sociais de Saúde (OSS) são instituições do setor privado, sem fins lucrativos, que atuam em parceria formal com o Estado, colaborando de forma complementar para a consolidação do SUS. Em 1998, o Governo de São Paulo sancionou uma lei específica para sua qualificação, com atividades dirigidas à saúde e à cultura, com base na Lei Federal nº 9.637/98. Assim, fora editada a Lei Estadual nº 846/1998, dispondo que as organizações sem fins lucrativos poderão ser qualificadas como OSS se comprovarem que possuem serviço próprio há mais de cinco anos.

<sup>76</sup> Dicionário Michaelis: [...] 5. Dir. Supressão total ou parcial de uma quantia averbada num escrito ou numa conta. Segundo o Dicionário Aurélio: [...] 4. Cancelamento ou recusa, parcial ou total, dum orçamento, conta, verba, por ilegais ou indevidos. Dicionário Jurídico Brasileiro - José Náufel: 1. É a rejeição, total ou parcial, com o conseqüente cancelamento, de verbas ou parcelas de uma conta ou orçamento. Mini Houaiss – Dicionário da Língua Portuguesa: [...] 2. Parecer negativo; crítica. O DENASUS (Departamento Nacional de Auditoria do SUS) utiliza o seguinte conceito: É a rejeição total ou parcial de recursos financeiros do SUS, utilizados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios de forma irregular ou cobrados indevidamente por prestadores de serviços, causando danos aos cofres públicos. BRASIL. **Ministério da Saúde**. Manual de Glosas do Sistema Nacional de Auditoria. Disponível em: <<http://sna.saude.gov.br/>>. Acesso em 23. nov. 2014.

<sup>77</sup> VARELLA, Drauzio. O preço da saúde. **Dr. Drauzio**, 07 abr. 2014. Disponível em: <<http://drauziovarella.com.br/noticias/o-preco-da-saude/>>. Acesso em 23. nov. 2015.

De qualquer forma, o SUS consiste num complexo sistema formado por centros de saúde, ambulatórios, laboratórios, hospitais da iniciativa privada e do Poder Público, bem como por outros órgãos da União, Estados e Municípios, tendo como gestor central o Ministério da Saúde, consistindo numa ampla política pública de saúde, composta pela prestação de ações e serviços por uma rede regionalizada e hierarquizada, organizada a partir das diretrizes da descentralização, integralidade e participação da comunidade.

Vale ressaltar, como alhures mencionado, que a iniciativa privada também participa do SUS, em caráter complementar, mediante a celebração de contrato de direito público. Assim, os serviços filantrópicos e privados podem funcionar como públicos, devendo obedecer aos mesmos princípios que regem o SUS, a saber: (i) universalidade; (ii) participação popular; (iii) igualdade, (iv) integralidade, (v) descentralização e comando único, e (vi) regionalização e hierarquização.

Conforme o princípio da universalidade, todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país<sup>78</sup> possuem o direito de acessar o SUS, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie (distinção de raça, cor, religião, sexo, poder econômico, etc).

Em relação ao princípio da integralidade, o cidadão que necessitar de serviços de saúde deve recebê-los em sua plenitude, inclusive se necessitar de um conjunto contínuo de ações em vários níveis de complexidade.

Quanto à participação popular, ela pode dar-se por meio da Conferência de Saúde e do Conselho de Saúde. Segundo a Lei Federal nº 8.142/90, cada esfera de governo contará com estas instâncias, sem prejuízo para as funções do Poder Legislativo.

Por descentralização e comando único deve-se entender uma redistribuição das responsabilidades quanto às ações e serviços de saúde entre os vários níveis de governo.

Finalmente, consoante o princípio da regionalização e hierarquização, as ações e serviços públicos de saúde são realizados por estabelecimentos públicos e privados, formando uma rede regionalizada e hierarquizada que presta serviços de forma coordenada e descentralizada no território brasileiro.

Como dito, a gestão do SUS, nos moldes do Direito Administrativo, apresenta muitas deficiências, desde a contratação de pessoal até a falta de planos de cargos e salários, além da sabida corrupção. Mas mesmo com suas mazelas, apresenta-se, juridicamente, como um modelo mundial no que se diz respeito à universalização da saúde.

---

<sup>78</sup> Art. 5º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se **aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País** a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, (...).” (grifo nosso)



O direito à saúde continua é tratado como um direito social, conforme o art. 6º da Constituição Federal brasileira de 1988, segundo o qual são direitos sociais “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”, depreendendo-se que a Carta Política procurou inovar radicalmente as normas voltadas à proteção social. Isso porque, do que se observa de sua topografia, apresenta direitos básicos da cidadania antes mesmo dos deveres civis e das regras estruturais do Estado.

A partir do art. 196 da Constituição Federal, há destrinchamento do tema e detalhamento do modo pelo qual as ações e os serviços de saúde devem ser promovidos, constando do art. 198 as diretrizes para sua prestação, *in verbis*: “I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; e III – participação da comunidade”.

Em obediência a estes comandos fora editada a Lei Federal nº 8.080/90 (DOU 19.09.1990)<sup>79</sup>, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, ou seja, regulamenta o Sistema Único de Saúde (SUS), tendo como decreto regulamentar o Decreto nº 7.508/2011<sup>80</sup>, que instituiu as RENASES<sup>81</sup> e a RENAME<sup>82</sup>.

Assim, com o advento do SUS, a República Federativa do Brasil passou a contar, pela primeira vez, com uma ampla e verdadeira política pública de saúde, bastante complexa e integrada, de âmbito nacional.

Por ser uma política pública que interessa diretamente ao presente trabalho, deve-se atentar a sua faceta de distribuição de medicamentos, que se inicia com a seleção dos fármacos que comporão as listas oficiais, escolha esta que se faz com base: (i) na melhor evidência clínica-farmacológica; (ii) no perfil dos usuários dos medicamentos; (iii) em sua eficácia, segurança e efetividade; (iv) nos requisitos de qualidade dos fármacos; (v) na comodidade posológica; (vi) no custo; e (vii) na disponibilidade no mercado, passando-se,

---

<sup>79</sup> BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm)>. Acesso em: 13. jun. 2014.

<sup>80</sup> BRASIL. **Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/decreto/D7508.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/D7508.htm)>. Acesso em: 13. jun. 2014.

<sup>81</sup> A Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde - RENASES compreende todas as ações e serviços que o SUS oferece ao usuário para atendimento da integralidade da assistência à saúde.

<sup>82</sup> A Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME compreende a seleção e a padronização de medicamentos indicados para atendimento de doenças ou de agravos no âmbito do SUS.

*a posteriori*, ao processo de suprimento, que começa com a programação da quantidade que se deverá comprar<sup>83</sup>.

Anote-se que todos os direitos constantes do art. 6º da Constituição Federal têm em comum o fato de serem denominados *fundamentais* pela doutrina, categoria esta que implica um regime jurídico próprio, que opera efeitos específicos no caso de sua aplicação, ou não, pelo Estado.

Por seu turno, a Portaria GM nº 3.916/1998<sup>84</sup> aprovou a “Política Nacional de Medicamentos” (PNM), com a qual se objetivou distribuir qualitativamente medicamentos com segurança (não oferecem riscos desconhecidos), eficácia (servem aos fins a que se prestam) e menores custos possíveis. A PNM, como parte essencial da Política Nacional de Saúde, constitui um dos elementos fundamentais para a efetiva implementação de ações capazes de promover a melhoria das condições da assistência à saúde da população, conforme prevê a Lei nº 8.080/90, em seu art. 6º, inc. VI<sup>85</sup>.

Da análise do teor desta Portaria, resta claro que o Estado elencou três critérios para se definir políticas públicas de saúde: (i) estabelecimento de planos e metas; (ii) consideração do perfil da sociedade brasileira; e (iii) priorização do combate e do controle de epidemias e doenças decorrentes do envelhecimento populacional.

Desde 1977, a Organização Mundial da Saúde (OMS) estabelece o uso de listas de dispensação de medicamentos como meta estatal, com o objetivo de melhor executar as ações e políticas na área da saúde. No Brasil, a primeira lista de medicamentos essenciais - “Relação Básica e Prioritária de Produtos Biológicos e Matérias para Uso Farmacêutico Humano e Veterinário” – adveio em 1964.

Assim, dentre as ações executivas na área da saúde, seguindo orientação da OMS, o Brasil possui listas de dispensação obrigatória contendo medicamentos de fornecimento universal e gratuito, sendo as mais importantes as listas de medicamentos essenciais (RENAME – Relação Nacional dos Medicamentos Essenciais<sup>86</sup>) e de medicamentos

---

<sup>83</sup> BERMUDEZ, Jorge Antônio Zepeda; OLIVEIRA, Maria Auxiliadora; CASTRO, Garcia Serpa Osorio de. **Assistência Farmacêutica e Acesso a Medicamentos**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007. pp. 15-16.

<sup>84</sup> BRASIL. **Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998**. Disponível em: <[http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916\\_30\\_10\\_1998.html](http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html)>. Acesso em: 14. jun. 2014. Consta dos *consideranda* da referida Portaria: “Considerando a necessidade de o setor de Saúde dispor de política devidamente expressa relacionada à questão de medicamentos; considerando a conclusão do amplo processo de elaboração da referida política, que envolveu consultas a diferentes segmentos direta e indiretamente envolvidos com o tema [...]”.

<sup>85</sup> Art. 6º. “Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS): [...] VII - o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde”.

<sup>86</sup> BRASIL. **Ministério da Saúde**. Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME). 9. ed, 2014. Disponível em: <<http://bvsm.s.saude.gov.br/>>. Acesso em 15. abr. 2015. A RENAME serve de instrumento

excepcionais (*drogas-órfãs*<sup>87</sup>), que contém os remédios de elevado custo, consumindo cerca de um terço dos recursos públicos previstos à implementação da política pública de acesso a medicamentos, e de baixa incidência populacional, exigindo comumente tratamento continuado<sup>88</sup>, tais como Doença de Gaucher, Doença de Parkinson, Alzheimer, Hepatites B e C, pacientes renais crônicos, transplantados, portadores de asma grave, anemia, dentre outras.

A RENAME possui como órgão executivo, responsável por sua atualização e revisão, a Comissão Técnica e Multidisciplinar de Atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - COMARE, instituída pela Portaria GM nº 1.254/2005 e integrada por cinco órgãos do Ministério da Saúde, oito órgãos especializados (ANVISA, CONASS, CONASEMS, dentre outros) e oito representantes das mais renomadas universidades do país. O trabalho deste órgão se dá a partir da medicina baseada em evidências, ou seja, inclui e exclui medicamentos das listas oficiais em razão de dados técnico-científicos.

É de ser mencionado que a revisão periódica da RENAME é uma das diretrizes do programa, podendo qualquer interessado requerê-la via administrativa, pedido este a ser apreciado pela COMARE<sup>89</sup>.

A Lei Federal nº 12.401/2011, que alterou a Lei Federal nº 8.080/90 (Lei do SUS), prevê um processo administrativo para a incorporação, a exclusão e a alteração dos recursos terapêuticos padronizados pelo SUS, cujo rito inclui a realização de consultas e audiências públicas e prazo máximo para ser concluído, embora não esteja prevista

básico para a elaboração das listas estaduais e municipais, segundo sua situação epidemiológica, para orientar a prescrição médica, direcionar a produção farmacêutica e o desenvolvimento científico e tecnológico. As Políticas de Medicamentos e de Assistência Farmacêutica estabelecem a atualização e a implementação da RENAME como instrumento racionalizador das ações no âmbito da assistência farmacêutica, baseando-se nela na segurança dos fármacos, em sua eficácia terapêutica, qualidade e sua disponibilidade.

<sup>87</sup> BRASIL. **Anvisa**. Medicamentos órfãos - Medicamentos utilizados em doenças raras, cuja dispensação atende a casos específicos. Disponível em: [http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/glossario/glossario\\_m.htm](http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/glossario/glossario_m.htm).

<sup>88</sup> NOAS – SUS (Norma Operacional de Assistência à Saúde) nº 01/2002. Gestão atinente aos medicamentos excepcionais - Portaria GM nº 2.577/06. Disponível em: [http://www.saude.se.gov.br/index.php?act=fixo&sec=centro\\_de\\_atencao\\_a\\_saude&materia=medicamentos\\_de\\_dispensacao\\_excepcional](http://www.saude.se.gov.br/index.php?act=fixo&sec=centro_de_atencao_a_saude&materia=medicamentos_de_dispensacao_excepcional). Portaria GM nº 204/07. Disponível em: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2007/prt0204\\_29\\_01\\_2007\\_comp.html](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2007/prt0204_29_01_2007_comp.html).

<sup>89</sup> Art. 26. “O processo de revisão da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais dar-se-á por solicitação de inclusão, exclusão, substituição ou alteração de fármacos, forma ou concentração farmacêuticas, por meio de dois fluxos: o primeiro será por solicitação de pessoas ou instituições públicas ou privadas; o segundo será por iniciativa dos membros da COMARE. Parágrafo primeiro - Qualquer pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, ou instituição do poder público é considerada legítima para encaminhar à COMARE solicitação de revisão da RENAME”. BRASIL. **Portaria nº 01, de 22 de janeiro de 2008**. Disponível em: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sctie/2008/prt0001\\_22\\_01\\_2008.html](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sctie/2008/prt0001_22_01_2008.html). Acesso em 16. abr. 2015.

penalidade no caso de omissão do Poder Público (art. 19-R, da Lei do SUS), e proibiu pagamentos, ressarcimentos ou reembolsos de produtos em caráter experimental e sem registro da ANVISA, inclusive os importados (art. 19-T), que somente podem entrar no país com autorização expressa do Ministério da Saúde (art. 24, da Lei nº 6.360/1976).

Mais recentemente, o Conselho Nacional de Saúde (CNS) aprovou a Política Nacional de Assistência Farmacêutica por meio da edição da Resolução nº 338/2004<sup>90</sup>, havendo diversos outros atos, principalmente administrativos, que tratam do tema.

Enfim, a estrutura normativa essencial do direito à saúde se resume no art. 6º, *caput*, e arts. 196 e seguintes da Constituição juntamente com a Lei Federal nº 8.080/1990 e seu Decreto regulamentador nº 7.508/2011.

Tendo-se em vista a grande variedade dos pedidos deduzidos em juízo, em demandas veiculando o direito à saúde<sup>91</sup>, faz-se necessário limitar a abrangência do objeto do presente estudo, que se circunscreverá, essencialmente, aos pedidos de fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado.

#### **1.4 Judicialização do direito à saúde**

Em primeiro lugar, sabe-se que o direito à saúde representa um pressuposto de quase todos os outros direitos.

Em segundo, como sabido, os atos da Administração Pública são suscetíveis de controle por variados órgãos e modalidades. Isso porque se sustenta sobre dois pilares: a indisponibilidade e a supremacia do interesse público.

Assim, a sujeição das atividades (atos, condutas e opções) administrativas do Poder Público ao mais amplo controle, incluindo o controle judicial, é corolário do Estado de Direito, no qual a lei, manifestação da vontade do povo, deve pautar sua atividade.

---

<sup>90</sup> BRASIL. **Resolução nº 338, de 06 de maio de 2004.** Disponível em: <[http://www.saude.sp.gov.br/resources/ses/perfil/gestor/assistencia-farmacutica/resolucao\\_n\\_338\\_06\\_05\\_2004.pdf](http://www.saude.sp.gov.br/resources/ses/perfil/gestor/assistencia-farmacutica/resolucao_n_338_06_05_2004.pdf)>. Acesso em: 15. ago. 2014.

<sup>91</sup> Dentre outros, pedidos de fornecimento de medicamento e suplemento alimentar, de tratamento médico, de internação hospitalar, de fornecimento de aparelhos, órteses e próteses; de fraldas, leite em pó, materiais de enfermagem; dietas alimentares especiais; criação de vagas em UTIs e de leitos hospitalares; contratação de servidores da saúde/abertura de concursos públicos; agendamento de exames médicos e de consultas médicas. Realização de cirurgias e exames médicos; custeio de tratamento fora do domicílio, conforme a Portaria/SAS/nº 55/99, ou no exterior, etc.

Em terceiro lugar, mister mencionar que a judicialização do direito à saúde se dá tanto quando inexistente política pública que atenda às necessidades do cidadão, quanto para cumprir programas já estabelecidos.

Quanto se tem o acesso de temas de largo espectro político e social ao Judiciário, resta claro que as instâncias políticas e administrativas têm se mostrado insuficientes na consecução de seu mister constitucional. Flávio Luís de Oliveira<sup>92</sup> posiciona-se, aliás, no sentido de que, em havendo inação do Executivo, o Judiciário deve agir:

[...] é imprescindível que o Poder Público tome uma posição ativa no que se refere à efetivação das políticas públicas, não somente legislando programaticamente, mas se mostrando como um agente social efetivo na implementação da igualdade substancial. E, como o Poder Executivo não se mostra apto para tal tarefa, cumpre ao Poder Judiciário, como guardião da Constituição, fazer com que todas as normas constitucionais tenham plena eficácia.

Da análise da jurisprudência afeta ao tema do direito à saúde, infere-se que os litígios judiciais a ele relativos decorrem basicamente das seguintes situações: (i) o SUS não fornece o medicamento requerido em razão da falta de registro, negando-o a ANVISA em virtude de se tratar de medicamento experimental, conforme o teor do art. 19-T, incs. I e II, da Lei Federal nº 12.401/2011<sup>93</sup> ou (ii) o SUS não fornece regularmente os medicamentos já constantes das listas de dispensação obrigatória.

Neste último caso, a solução se torna mais fácil, vez que já existe política pública contendo a obrigação de o Estado disponibilizar certos fármacos à população. A situação a ser analisada neste estudo é a primeira mencionada, quando o cidadão pleiteia medicamento não constante das listas de dispensação obrigatória do SUS, quer quando há registro na ANVISA, quer quando não há.

Com efeito, da ideia de controle judicial dos atos administrativos advém, *ipso facto*, o controle judicial de políticas públicas, vez que estas são nada menos que atos administrativos por meio dos quais o Estado coordena os meios a sua disposição para o fim

---

<sup>92</sup> OLIVEIRA, Flávio Luís de. Princípio do acesso à justiça. In: LOPES, Maria Elisabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Coords). **Princípios processuais civis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 90.

<sup>93</sup> Art. 19-T. “São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS: I - o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA; II - a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa.” BRASIL. **Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm)>. Acesso em: 23. dez. 2014.

de harmonizar as atividades estatais e privadas, visando à realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Christian Courtis e Victor Abramovich<sup>94</sup> esposam ensinamento que vai ao encontro do ora afirmado:

*Por ello, el Poder Judicial no tiene la tarea de diseñar políticas públicas, sino la de confrontar el diseño de políticas asumidas con los estándares jurídicos aplicables y - en caso de hallar divergencias - reenviar la cuestión a los poderes pertinentes para que ellos reaccionen ajustando su actividad en consecuencia. Cuando las normas constitucionales o legales fijen pautas para el diseño de políticas públicas y los poderes respectivos no hayan adoptado ninguna medida, corresponderá al Poder Judicial reprochar esa omisión y reenviarles la cuestión para que elaboren alguna medida. Esta dimensión de la actuación judicial puede ser conceptualizada como la participación en un entre los distintos poderes del Estado para la concreción del programa jurídico-político establecido por la constitución o por los pactos de derechos humanos.*

Atualmente, inúmeros cidadãos pleiteiam, junto ao Poder Judiciário, cada vez mais, o fornecimento gratuito por parte do Estado (União, Estados e Municípios) de medicamentos, próteses, órteses, realização de exames médicos e cirurgias, suplementos vitamínicos, tratamentos médico-hospitalares, dentre outros, quanto não logram obtê-los por via administrativa, sustentando, usualmente, que as políticas públicas existentes não atendem as suas necessidades.

Somente entre os anos de 2010 e 2015 houve, no âmbito federal, gasto total de R\$ 2,3 bilhões para custear tratamentos e medicamentos em razão do cumprimento de decisões judiciais. Este valor é somente um pouco menor do que o gasto no programa Farmácia Popular<sup>95</sup>.

O número de ações para obrigar o SUS a fornecer medicamentos não constantes das listas oficiais do SUS mais que dobrou entre 2010 e 2014, crescendo de 5.967 para 12.932. No total, foram 46,5 mil processos, mesmo tendo a lista oficial do SUS de medicamentos de dispensação obrigatória ter sido ampliada de 550 itens, em 2010, para 884, em 2014.

---

<sup>94</sup> COURTIS, Christian; ABRAMOVICH, Victor. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2004. p. 251.

<sup>95</sup> CANCIAN, Natália. Ação judicial para acesso ao SUS explode em cinco anos. **Folha de São Paulo**, 07. mar. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/03/1599582-acao-judicial-para-acesso-ao-sus-explode-em-cinco-anos.shtml?cmpid=%22facefolha%22>>. Acesso em: 08. abr. 2015.

O ex-Ministro (e ex-Presidente) do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa, inclusive, ao discursar na abertura do seminário “Direito à Saúde”<sup>96</sup>, que compôs o 3º Evento Latino-Americano sobre Direito à Saúde e Sistemas de Saúde, disse que a judicialização do direito à saúde é tema superlativo<sup>97</sup>, tamanha sua relevância, tendo sido estes alguns de seus dizeres: “No Brasil, a desigualdade no campo da saúde é tão expressiva, que se tornou imperativo para o Poder Judiciário atuar com bastante rigor e precisão para impedir que o fosso entre os cidadãos se alargue ainda mais”. E continuou, dizendo que argumentos como a *reserva do possível*, a impossibilidade do controle dos atos administrativos de mérito pelo Judiciário e a ausência de conhecimento técnico do magistrado “não podem ser utilizados sem a devida ponderação como um escudo contra a realização do direito fundamental à saúde”.

Nesta esteira, assevera Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>98</sup> que a judicialização de interesses metaindividuais trouxe o dado político-social à função judicante, porque esses megainteresses levaram o Judiciário “a intervir no mérito de controvérsias de largo espectro, onde não raro a atividade judicante se aproxima do campo das escolhas primárias ou das opções políticas”.

Em audiência pública ocorrida junto à Comissão de Seguridade Social e Família, na Câmara dos Deputados, em 02 de julho de 2015, sobre o direito à saúde e o papel do Estado, Dalmo Dallari defendeu que o Judiciário deve garantir o direito à saúde, sustentando que a Constituição Federal de 1988 diz expressamente que os cuidados de saúde são de relevância pública e que quando se busca tutela jurisdicional para efetivar o direito à saúde significa que não fora obtida garantia deste direito.

O então Ministro da Saúde, Arthur Chioro, contudo, criticou essa judicialização, dizendo que o governo não pode ser obrigado a arcar com medicamentos em fase de testes ou de alto custo, se há semelhantes disponibilizados pelo SUS.

No evento, um deputado federal filiada ao PV-PR (Partido Verde - Paraná) manifestou preocupação com o orçamento dos Municípios que são obrigados, por ações judiciais, a custear um tratamento médico a determinada pessoa.

---

<sup>96</sup> Referido seminário ocorreu nos dias 03/06/2013 e 04/06/2013 na sede do Tribunal Superior do Trabalho, em Brasília.

<sup>97</sup> BALIARDO, Rafael. Barbosa diz que judicialização da saúde é tema superlativo. **Revista Consultor Jurídico**, 03. jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-03/joaquim-barbosa-judicializacao-saude-problema-superlativo>>. Acesso em: 14. mai. 2014.

<sup>98</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: teoria geral das ações coletivas. 3. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 77.

Nestes casos, Dalmo Dallari explica que o juiz deve avaliar a possibilidade de um Município cumprir ou não uma determinação judicial, porque sabido que há Municipalidades que não possuem condição de arcar com determinadas obrigações. Mas observou que “[...] não vamos aceitar o impossível só porque o administrador diz que é impossível, porque muitas vezes ele usa o dinheiro para outras finalidades”.<sup>99</sup>

No contexto da judicialização do direito à saúde, o CEBEPEJ, juntamente à FGV, realizou ampla pesquisa de jurisprudência, a respeito do assunto ora estudado, dos Estados de São Paulo e Minas Gerais, tendo tirado as seguintes conclusões<sup>100</sup>: (i) ações individuais de efeitos coletivos/ações pseudoindividuais são quase inexistentes; (ii) ações coletivas têm baixíssima incidência; (iii) preponderam as ações individuais, alimentando o fenômeno da litigância repetitiva, com todas suas desvantagens (acúmulo de trabalho, decisões contraditórias, condução atomizada de questões que poderiam ser agrupadas num tratamento único e uniforme); (iv) ausência de iniciativa dos legitimados às ações coletivas para aglutinarem as inúmeras demandas repetitivas, com pedidos idênticos e em face do mesmo réu, ajuizando uma única ação coletiva (seja em defesa de direitos coletivos, seja de direitos individuais homogêneos); e (v) a substituição da proposta anterior pela propositura canhestra de demandas de natureza individual, querendo que passem por ações coletivas (ações pseudocoletivas).

O poder do Judiciário, no caso das demandas relacionadas ao direito à saúde, não deveria ser, contudo, apenas de reparar, individualmente, os danos causados por uma política pública deficiente ou equivocada, mas sim de forçar sua revisão, o que se torna possível em sede de processo coletivo, hipótese a ser averiguada mais afrente.

#### **1.4.1 O fenômeno da *farmacialização* do Judiciário**

Sob o prisma da judicialização do direito à saúde, é de ser ressaltado o fenômeno da *farmacialização* do Judiciário, indicando-se sua relação com todos os setores envolvidos, a

---

<sup>99</sup> BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Jurista defende ações judiciais para garantir tratamentos de saúde. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SAUDE/491542-JURISTA-DEFENDE-ACOES-JUDICIAIS-PARA-GARANTIR-TRATAMENTOS-DE-SAUDE.html>>. Acesso em: 09. ago. 2015.

<sup>100</sup> CEBEPEJ (Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais); FGV (Centro de Pesquisa Jurídica Aplicada da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas). **Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde**. GRINOVER, Ada Pellegrini; SICA, Lígia Paula Pires Pinto (Coords). São Paulo, 2014.



saber: a sociedade, as indústrias farmacêuticas, a Fazenda Pública, o Poder Judiciário e o Poder Executivo.

Fala-se em *farmacialização do Judiciário* porque na esmagadora maioria das vezes, em demandas envolvendo o direito à saúde, o tratamento judicial é muito parecido com o procedimento em drogarias, nas quais o cidadão/paciente apresenta sua receita médica e o farmacêutico/atendente entrega o medicamento, com a diferença de que, na rede pública de saúde, não há pagamento na forma direta, mas tão somente na indireta, no que toca à arrecadação tributária.

A expressão ora empregada não possui tom pejorativo. Quer-se com ela, tão somente, retratar o fenômeno do ajuizamento de um infindável número de ações individuais buscando a concessão de medicamentos.

Em princípio, o fornecimento de medicamento/suplemento/tratamento/internação constitui desdobramento de direito constitucional basilar (art. 196, CF/88) e de atendimento impostergável (art. 5º, § 1º, CF/88), devendo o Poder Público visar não somente à redução da incidência das doenças, como também a melhoria das condições de vida da população.

Na maior parte dos feitos judiciais nesta seara, o ente público constante do polo passivo é condenado a fornecer determinados medicamentos. Em vários casos, o magistrado não tem certeza de que o paciente realmente necessita do tratamento pleiteado.

Em grande escala, o fornecimento gratuito desde medicamentos por parte do Estado pode acabar gerando efeitos perversos nas políticas públicas de saúde então existentes, provocando eventuais prejuízos à sociedade. Isso porque, como regra, tais fármacos não são disponibilizados na rede pública de saúde, o que enseja gastos públicos para além dos anteriormente previstos.

Neste contexto, vislumbra-se, claramente, a demonstração prática da “lógica do cobertor curto”, cunhada por Octávio Luiz Motta Ferraz, segundo a qual, ao puxar o cobertor para cobrir a cabeça, acaba-se desprotegendo os pés. No caso das decisões judiciais determinando o fornecimento de tratamentos médicos, os recursos para financiá-los beneficiariam outras milhares de pessoas, “puxando o cobertor”, deixando estes outros pacientes desamparados, “descobertos”.

Assim, uma atuação do Judiciário que favoreça determinados indivíduos ou grupos pode minar os esforços de um planejamento de política pública de longo prazo, que beneficia, por natureza, um maior número de pessoas. Atualmente, como sabido, há um assoberbamento de demandas judiciais buscando prestações de saúde pelo Estado julgadas

procedentes, provocando a prolação de sentenças aditivas<sup>101</sup> e transformando, assim, o Judiciário em ordenador de despesas estatais, atuando como um verdadeiro administrador público.

Ainda, ante a conhecida escassez de recursos, a consequência destes provimentos judiciais não significa, ao contrário do que se imagina, a ampliação do acesso aos serviços de saúde a camadas sociais anteriormente excluídas, mas sim uma parcial substituição das prioridades de investimento estatal, antes estabelecidas por especialistas em saúde pública do Executivo.

Puxa-se assim, o cobertor da saúde pública para as pessoas que conseguiram acessar o Poder Judiciário, descobrindo-se parte daqueles que a política estatal havia originariamente decidido contemplar. Como ressalta Octávio Luiz Motta Ferraz<sup>102</sup>, “como as camadas mais desfavorecidas da população ainda encontram obstáculos importantes no acesso à Justiça, essa atitude implica não só problemas de eficiência, mas também riscos à equidade na distribuição dos recursos escassos da saúde”.

Todavia, por outro lado, sabe-se que, no caso específico da saúde, a atuação judicial acaba sendo bastante delicada, porque decisões envolvendo alocação de recursos públicos são enquadradas como “escolhas trágicas” (*tragic choices*) que, segundo Guido Calabresi e Philip Bobbit<sup>103</sup>, geram conflitos, de um lado, entre aqueles valores pelos quais a sociedade determina os beneficiários da distribuição de determinados bens e o perímetro da escassez e, de outro lado, os valores humanísticos que prezam pela vida e o bem-estar.

Cass Sunstein<sup>104</sup>, no mesmo sentido, entende que, em muitas das vezes, os magistrados não percebem estarem diante de *health-health trade-offs*, ou seja, não notam que, ao proferir decisões obrigando o Estado a fornecer medicamentos para um paciente, estão, concomitante e possivelmente, restringindo o direito à saúde de outros pacientes, para os quais eventualmente não sobrarão mais recursos.

Noutro viés, a *farmacialização do Judiciário* acaba sendo fomentada pela indústria farmacêutica, que acabam combinando com médicos a distribuição de bônus (comissão

---

<sup>101</sup> Entende-se por *sentença aditiva* aquela que implica aumento de custos ao erário, obrigando-o a reconhecer um direito social não previsto originalmente no orçamento. SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais: Orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 133.

<sup>102</sup> FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Direito à saúde, escassez e Judiciário. **Folha de São Paulo**, 10 ago. 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz1008200709.htm>>.

<sup>103</sup> CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. **Tragic Choices**. New York: W. W. Norton Company, 1978. p. 18.

<sup>104</sup> SUNSTEIN, Cass. *Health-health trade-offs*. In: **Free Markets and Social Justice**. New York: Oxford University Press, 1997. p. 298.

sobre as vendas, viagens, cursos no exterior, etc) no caso de receitarem medicamentos por si produzidos que, como se sabe, não costumam constar das listas de dispensação obrigatória do SUS.

Sob outro ângulo, o Poder Judiciário também acaba sendo bastante afetado, principalmente em razão do elevado número de demandas afetas ao tema.

Sendo a Constituição Federal de 1998 de cunho garantista, e constando de seu art. 196 que o direito à saúde é direito de todos e dever estatal, e de seu art. 5º, inc. XXXV, que qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito é passível de apreciação pelo Judiciário, não há dúvidas acerca da tendência quase que certa da procedência deste tipo de demanda.

Em verdade, em se tratando de direito à saúde, sabe-se que há situações em que o paciente não pode esperar pela vontade política de implementar determinadas ações de saúde pública, motivo pelo qual muitos magistrados acabam concedendo o medicamento/tratamento pleiteado em ação judicial individual, justamente em razão da pressão psicológica e ético-moral que recai sobre o Judiciário, principalmente em se tratando de doenças mais graves e/ou avançadas<sup>105</sup>.

O STF utilizou este argumento, aliás, como razão de decidir, no julgamento do Recurso Extraordinário em Agravo Regimental 271.286 – RS<sup>106</sup>, caso que se tornou paradigmático. Segue ementa do acórdão:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput*), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.

É de ser mencionado que o ajuizamento de ações individuais buscando o fornecimento de medicamentos gera um impacto aparentemente menor que a propositura de uma demanda coletiva, de modo que aquela forma de judicialização acaba fomentando a *justiça de misericórdia*, pela qual o magistrado determina o fornecimento do tratamento buscado mais por motivos emocionais que técnicos<sup>107</sup>.

---

<sup>105</sup> “É preferível antecipar a esperança da vida do que (*sic*) abreviar o caminho da morte” (Rel. Des. Gaspar Rubik - AI nº 9872, Tribunal de Justiça de Santa Catarina)

<sup>106</sup> RE 271.286 AgR/RS, Relator Ministro Celso de Mello, disponível no sítio eletrônico do STF (<http://www.stf.gov.br/>).

<sup>107</sup> “A imagem de que o juiz, ao conceder um tratamento, está salvando um paciente da omissão estatal não corresponde à realidade do que é a judicialização da saúde. Diversos estudos acadêmicos têm apontado que grande parte das ações judiciais pedem tratamentos para os quais existem alternativas disponíveis no sistema

O Poder Executivo, por sua vez, também acaba sendo atingido porque, de forma insuficiente ou não, programou políticas públicas em longo prazo, que demandaram tempo e estudo, as quais tendem a ser atingidas pela mudança de alocação dos recursos determinada pelo Judiciário. Neste ponto, Luís Roberto Barroso<sup>108</sup> explica que

ao lado de intervenções meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos.

Ainda, a concessão judicial individual de medicamentos ou tratamentos médico-hospitalares não consiste em promoção de política pública, vez que, neste caso, ocorre a mera satisfação de direitos subjetivos individuais, não se visando ao bem da sociedade como um todo, como preconiza o art. 3º da Constituição Federal.

Diferente seria se, através de ações coletivas, houvesse revisão de políticas públicas, com sua correção ou implementação, do que se tratará no capítulo 4.

Isso porque, em que pese não haver dúvidas de que o Judiciário se encontra em situação difícil quando é chamado a proteger direitos fundamentais na forma individual - não podendo ignorar que dependem de políticas públicas complexas -, o direito à saúde deve ser interpretado como direito à igualdade de condições, ou seja, como equidade no acesso aos serviços de saúde que determinada sociedade pode fornecer com os recursos disponíveis, o que ocorre por meio da implementação de políticas públicas.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal entende que é dever do Estado oferecer aos cidadãos enfermos o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de promover maior dignidade e menor sofrimento, mesmo que não previsto em Portaria do Ministério da Saúde<sup>109</sup>.

Mas, em princípio, o Estado não é obrigado a fornecer medicamentos (i) cujos efeitos, senão idênticos, mas parecidos, possam ser obtidos com os remédios já oferecidos gratuitamente pelo SUS; (ii) que não gerem efeitos benéficos comprovados pela ciência,

---

de saúde, e tratamentos sem nenhuma comprovação científica, em fase experimental ou para um uso diferente daquele para o qual foram registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (o chamado *off-label*). Em outras palavras, os juízes estão concedendo tratamentos cuja necessidade, segurança e eficácia são, no mínimo, duvidosas.” FERRAZ, Octávio Luiz Motta; WANG, Daniel Wei Liang. Fosfoetanolamina – A proteção judicial à medicina sem base em evidência. **JOTA**, 08 nov. 2015. Disponível em: <<http://jota.info/a-protecao-judicial-a-medicina-sem-base-em-evidencia>>. Acesso em: 08 dez. 2015.

<sup>108</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Atualidades jurídicas, **Revista do Conselho Federal da OAB**, nº 04, jan.-fev. 2009.

<sup>109</sup> RMS 17.903; RESP 684.646; RESP 658.323; AgRg NA STA (Suspensão de Tutela Antecipada) 59; REsp 212.346.

valer, dizer, ainda não aprovados pela ANVISA Ou inadequados para o caso do paciente postulante; (iii) cujos custos possam ser reduzidos mediante fornecimento de outros fármacos análogos mais baratos, que surtam efeitos idênticos; (iv) experimentais; (v) cujos custos sejam desproporcionais aos benefícios que promovem; (vi) para fins puramente estéticos; e (vii) para paciente que ainda não tenham se submetido ao tratamento oferecido pelo SUS.

Neste diapasão, a questão do fornecimento de medicamentos de elevado custo é o *Tema 6* do Supremo Tribunal Federal (“dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo), tendo como caso paradigmático o RE 566.471/RN<sup>110</sup>, ainda pendente de julgamento. Em 03/12/2007, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da questão constitucional suscitada neste caso.

#### **1.4.2 Eventuais faixas de insindicabilidade judicial: limites à intervenção**

Eventuais faixas de insindicabilidade judicial devem ser entendidas como os temas que supostamente não poderiam ser analisados pelo crivo judicial, argumentos estes normalmente sustentados em juízo pela Fazenda Pública na tentativa de não sofrer condenação judicial a cumprir prestações positivas.

Neste tópico, então, trataremos das razões utilizadas por aqueles que são contrários à atuação judicial na esfera de políticas públicas.

Para que haja um perfeito equilíbrio entre os Poderes estatais, o Judiciário, em princípio, não deveria interferir nos núcleos constitucionais de irradiação e suas ramificações, porque são comandos destinados, exclusiva e originariamente, ao Executivo e ao Legislativo, não sendo de competência constitucional do Judiciário, exceto no caso de aqueles Poderes não observarem os comandos constitucionais, situação na qual cabível o controle de constitucionalidade.

Conforme o princípio da especialização contido na teoria da Separação dos Poderes, ao Judiciário caberia, em tese, apenas o exercício exclusivo da jurisdição, atividade que lhe foi reservada pela Constituição Federal.

---

<sup>110</sup> Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 2º; 5º; 6º; 196; e 198, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, a obrigatoriedade, ou não, do Estado fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo.

Na jurisdição constitucional, o Judiciário deve concentrar-se, exclusivamente, na detecção do direito subjetivo constitucionalmente assegurado (direitos fundamentais sociais) e na verificação da satisfação – ou não – do bem da vida, de modo que, caso este reste comprovadamente insatisfeito, estará devidamente configurada uma lesão ao direito, cabendo, por conseguinte, um provimento jurisdicional determinando sua devida reparação.

Sob este prisma, cabe ao Poder Judiciário examinar a existência da relação jurídica material e da lesão ocasionada por negligência das outras formas de expressão do Estado. Quanto a estas, Ada Pellegrini Grinover<sup>111</sup> corroborando opinião de Oswaldo Canela Junior, entende que

as formas de expressão do poder estatal são [...] meros instrumentos para a consecução dos fins do Estado, não podendo ser consideradas por si sós. [...]. E assim a teoria da separação dos poderes (art. 2º da CF brasileira) muda de feição, passando a ser interpretada da seguinte maneira: o Estado é uno e uno é seu poder. [...] No exercício de tais funções é vedada às formas de expressão do poder estatal interferência recíproca: é este o sentido da independência dos poderes.

Em síntese, havendo omissão ou incúria estatal, reconhece-se lesão ao direito, por meio do que, surgindo a pretensão do ofendido, nasce o direito de ação em face do Estado.

Assim, em tese, o Judiciário não dispõe de competência constitucional para criar programas governamentais e estabelecer a forma de execução dos atos administrativos e legislativos para efetivar direitos fundamentais, sendo esta competência reservada, originariamente, aos Poderes Executivo e Legislativo<sup>112</sup>.

Porém, nos casos de insatisfação, a jurisdição é o veículo natural para a concessão do remédio jurídico necessário à pacificação social, de modo que o conflito entre os titulares do direito fundamental social e a conduta (omissiva) estatal deve ser solucionado imperativamente, pelo Estado-Juiz, mediante a atuação concreta da vontade da lei. Isso porque o poder estatal é uno, sendo fragmentado visando-se tão somente a sua racionalização formal.

---

<sup>111</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

<sup>112</sup> A tarefa do Executivo seria a de alocar recursos públicos e definir em que seriam aplicados, com a devida autorização pelo Legislativo, que possui o papel constitucional de aprovar a Lei de Diretrizes Orçamentárias e o Plano Plurianual (art. 48, inc. II, CF/88), sendo este projeto de lei de iniciativa privativa do Chefe do Executivo federal (art. 84, inc. XXIII, CF/88).

Comumente se atesta, como alhures mencionado, na doutrina e na jurisprudência que o controle judicial pode abranger apenas a legalidade ou legitimidade *stricto sensu* dos atos administrativos, não podendo se imiscuir no mérito. Todavia, tal acepção merece releitura contextualizada aos tempos modernos, mormente em razão da aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, permitindo afirmar que, por meio do controle da legalidade do ato, o mérito acaba se sujeitando à apreciação judicial no caso de desatendimento a tais princípios.

Nesta seara, considerando-se a adoção do princípio da inafastabilidade da jurisdição, adotado pelo Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal de 1988, qualquer lesão a direito fundamental social levada ao conhecimento do Judiciário deverá ser obrigatoriamente apreciada, desde que respeitados os mecanismos técnicos inerentes ao processo. Assim, consoante o sistema ético de referência adotado, não se mostra possível invocar o princípio da Separação de Poderes para a não efetivação dos direitos humanos sociais.

Isso porque este princípio não deve ser interpretado de forma estanque, não podendo justificar a violação dos objetivos estatais, que consistem na materialização do compromisso ético assumido pelo Estado na órbita internacional, aos quais todas as formas de expressão do Poder estão vinculadas.

O Poder Judiciário mantém a independência das demais formas de expressão do Poder estatal, fazendo-o em plena harmonia porquanto apenas redireciona as políticas públicas, visando à consecução do princípio da igualdade substancial. Isso porque os três Poderes, para além de independentes, devem agir de forma harmoniosa, como prevê a Constituição Federal (art. 2º<sup>113</sup>).

Com efeito, esse mito de divisão estagnada costuma ser atribuída à visão clássica e formalista do Barão de Montesquieu, para quem “[...] tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos”.<sup>114</sup>

Analisando-se, com isenção, o dado histórico, infere-se, porém, que esse rigor atribuído à teoria da Separação dos Poderes adveio da experiência do absolutismo e da desconfiança nos magistrados do rei. Assim, essa teoria fora consagrada na época do

---

<sup>113</sup> Art. 2º, CF/88: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

<sup>114</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 181.

liberalismo, momento no qual se objetivou o enfraquecimento estatal, período em que surgiram os direitos fundamentais de 1ª geração/dimensão (liberdades negativas).

Cândido Rangel Dinamarco<sup>115</sup> sustenta não ser lícito invocar normas abstratas e ortodoxas “sobre a separação de Poderes, nem pensar na subsistência radical daquilo que no passado sugerira Montesquieu, para com desprezar a realidade presente e com isso renunciar a soluções práticas de utilidade geral”.

José Afonso da Silva<sup>116</sup> define, com inequívoco bom senso, no que consiste a propalada harmonia entre os Poderes estatais:

Cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades o que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando um em detrimento do outro e especialmente dos governados.

Assim, consolidou-se entre nós o Estado de Direito (*rule of law*), no qual sobreleva o sistema de *checks and balances*, o que indica a possibilidade e necessidade do Judiciário analisar o mérito dos atos administrativos, vez que estes não mais integram as chamadas *faixas de insindicabilidade judicial*, agora reservadas aos atos *puramente políticos*<sup>117</sup> (ex., nomeação de um Ministro) e aos atos *estritamente discricionários* (ex., afetação de certas vias para receberem as feiras livres).

Na linha do que pode ser apreciado pelo Judiciário, Ana Paula de Barcellos<sup>118</sup> elenca cinco temas: (i) a fixação de metas e prioridades por parte do Poder Público em matéria de direitos fundamentais; (ii) o resultado final esperado das políticas públicas; (iii) a quantidade de recursos a ser investida em políticas públicas, vinculada à realização de direitos fundamentais, em termos absolutos ou relativos; (iv) o alcance ou não das metas fixadas pelo próprio Poder Público; e (v) a eficiência mínima (entendida como economicidade) na aplicação dos recursos públicos destinados a determinada finalidade.

---

<sup>115</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Súmulas vinculantes. **Revista Forense**, vol. 347, jul.-set. 1999, p.61.

<sup>116</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

<sup>117</sup> Paulo Bonavides leciona que as questões puramente políticas, manifestas em atos dos Poderes Legislativo e Executivo, estão fora da alçada judicial, salvo se violarem direitos individuais. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. pp. 292-293, *passim*.

<sup>118</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político social e o controle jurídico no espaço democrático. **Revista de Direito do Estado**, nº 3, ano 1, Rio de Janeiro, 2006.



Em continuação, como críticas principais à judicialização do direito à saúde, tem-se: (i) a falta de informação e conhecimento dos magistrados para intervirem em políticas públicas, também no que toca à alocação de recursos, que são escassos<sup>119</sup>; (ii) a falta de legitimidade democrática dos juízes para alocarem estes recursos; e (iii) a promoção de iniquidade social no que tange à distribuição dos recursos públicos.

Por primeiro, no debate sobre a tutela jurisdicional dos direitos sociais, um dos principais argumentos contrários a esta judicialização, ou ao menos a favor de uma judicialização restrita destes direitos, é a suposta ausência de informação e conhecimento dos magistrados para intervirem em políticas públicas.

Sabe-se que a efetivação dos direitos sociais se dá, originariamente, por meio da formulação de políticas públicas, não da mera adjudicação pelo Poder Judiciário, porque, ao menos em tese, incumbe ao processo político a tarefa de alocar recursos escassos, por possuir maior “qualidade decisória”<sup>120</sup>. Neste contexto, para promover a dignidade das pessoas por meio da concretização dos direitos sociais, faz-se necessário empregar recursos públicos, que são escassos frente aos compromissos estatais.

No que pertine especificamente ao direito à saúde, para exemplificar a inexorável escassez de recursos, Octávio Luiz Motta Ferraz e Fabíola Sulpino Vieira simularam um cenário em que todas as pessoas acometidas por hepatite viral C e artrite reumatoide - doenças que atingiram, em 2006, 1% da população nacional - receberiam medicamentos de última geração, os mais recentes do mercado. Resultado: haveria um gasto de 99,5 bilhões de reais, valor que supera o gasto total em ações de serviço público de saúde dos Municípios, Estados e da União (85,7 bilhões de reais em 2006).<sup>121</sup>

Nesta linha de raciocínio, o magistrado, por meio da adjudicação, obrigaria os entes federados a empregarem recursos do modo que bem entendesse, sem ter informações e conhecimento suficientes para avaliar a oportunidade e a conveniência desta decisão (critérios para se aferir a adequação de um ato administrativo), de modo que não há análise dos custos de oportunidade em demandas individuais, que representam o que se deixou de ganhar em A por ter se decidido investir em B<sup>122</sup>.

---

<sup>119</sup> Para as instâncias políticas, o Judiciário intervém demais. Para o mercado, é muito oneroso. Para a sociedade, não funciona.

<sup>120</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e Direito Administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, nº 133, vol. 34, Brasília, 1997.

<sup>121</sup> FERRAZ, Octavio; SUPINO, Fabíola. Direito à saúde, políticas públicas e desigualdades sociais no Brasil: equidade como princípio fundamental. **Revista Dados**, nº 1, vol. 52, 2009.

<sup>122</sup> VASCONCELOS, Manuel Antonio S.; GARCIA, Manuel E. **Fundamentos da Economia**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 70.

Essa crítica se faz frequentemente porque o Poder Judiciário é aparelhado originariamente para dirimir lides individuais, não de espectro coletivo, restando aparentemente remota a possibilidade de proferir decisões que ocasionem consequências econômicas razoáveis no contexto das políticas públicas.

Isso porque, uma decisão judicial condenando o Estado a fornecer determinados medicamentos a uma pessoa ou a um grupo de pessoas possui, de fato, o condão de minar esforços de um planejamento de política pública de longo prazo, que beneficia um maior número de pessoas, abrangendo um maior leque de enfermidades. Virgílio Afonso da Silva<sup>123</sup> entende se tratar de *ativismo judicial despreparado*, ocasionado pela lógica credor-devedor do sistema liberal, que orienta as decisões judiciais a respeito deste assunto em sede de ações individuais.

A crítica relacionada à ausência de informações por parte do Judiciário para intervir em assuntos políticos também pode ser chamada de crítica de capacidade instrumental ou crítica instrumental, vez que, dado o aparato instrumental conferido ao Judiciário (inércia, princípio do dispositivo, independência do processo político, necessidade de fundamentação principiológica, instrumentos processuais vinculados à solução retrospectiva de conflitos bilaterais, preclusão, vedação de decisão *ultra, extra* ou *infra petita*, etc), em tese este Poder não conseguiria lidar com macrolides.

Em verdade, a judicialização da política (também chamada de *governo dos juízes, judiciarismo, judiciocracia, ativismo judicial, judicialização do fato político*) seria um falso problema surgido do dogma positivista da legalidade, segundo o qual a lei é fonte irrefutável e absoluta do Direito.

Segundo Elival da Silva Ramos, ativismo judicial consiste na conduta jurisdicional que excede os limites legais, ou seja, no

[...] exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

E continua, dizendo que o Poder Legislativo é o mais atingido pelo ativismo judicial, que “tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão

---

<sup>123</sup> AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 596.

ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas.”<sup>124</sup>

Ronald Dworkin<sup>125</sup> ensina que “o ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação as decisões anteriores da suprema corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige”.

Luís Roberto Barroso<sup>126</sup> entende que ativismo judicial é a escolha de interpretar a Constituição de modo a expandir seu sentido e alcance, restando associado a uma participação mais intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais.

Contudo, *data venia*, não se deve entender que o ativismo judicial decorre do fato de o Judiciário procurar averiguar o maior alcance possível das normas constitucionais, porque, em verdade, é isso que se espera deste Poder, principalmente em razão do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais (princípio da interpretação efetiva), que consiste em atribuir sentido de maior eficácia a normas constitucionais, usando todas suas potencialidades.

Disso se conclui que, quando o Judiciário determina que a Administração Pública realize determinadas prestações materiais para os cidadãos, não atua nos moldes do ativismo judicial, mas, tão somente, adequa a atuação jurisdicional aos comandos insculpidos na Constituição Federal, em razão da constante judicialização de direitos fundamentais sociais.

Noutros termos, a omissão de providências legislativas e administrativas reclamadas ao Poder Público para concretizar normas assecuratórias de direitos fundamentais sociais, de cunho prestacional, autorizaria o Judiciário a convolá-las em normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, o que dá amparo a decisões condenatórias em face do ente federativo omissor.

Por sua vez, Miguel Reale<sup>127</sup> explica como o juiz pode conciliar sua atividade criativa e integradora do direito com a obediência a ele, devendo buscar um meio-termo:

---

<sup>124</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial** – Parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129.

<sup>125</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 272.

<sup>126</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, *Atualidades Jurídicas*, **Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB**, nº 04, jan.-fev. 2009.

<sup>127</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1975, vol.1. p. 387.

Não nos atemoriza, em mais esta oportunidade, afirmar que a verdade está no meio-termo, na conciliação dos extremos, devendo o juiz ser considerado *livre*, não perante a lei e os fatos, mas sim dentro da lei, em razão dos fatos e dos fins que dão origem ao processo normativo, segundo a advertência de Radbruch de que a interpretação jurídica, visando o *sentido objetivamente válido* de um preceito, “não é pura e simplesmente um pensar de novo aquilo que já foi pensado, mas, pelo contrário, um *saber pensar* até o fim aquilo que já começou a ser pensado por outro”, observação que deve ser completada com a de que a interpretação de uma norma envolve o sentido de todo o ordenamento a que pertence.

Foi neste contexto das críticas à atuação judicial em sede de tutela do direito à saúde, em razão da suposta falta de capacidade institucional e de conhecimentos que adveio a Recomendação nº 31/2010 do Conselho Nacional de Justiça (DJe/CNJ nº 61/2010, de 07/04/2010, pp. 4-6)<sup>128</sup>, como produto da audiência pública da saúde promovida pelo STF (audiência nº 04, em 28/04/2009), por meio da qual sugeriu aos Tribunais “a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde”.

O CNJ também editou a Resolução nº 107/2010 (DJe/CNJ nº 61/2010, de 07/04/2010, pp. 6-9), por meio da qual instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde.

De certa forma, sente-se falta de uma especialização mínima dos magistrados no tema do direito à saúde, envolvendo todos os aspectos de sua judicialização.

Conforme o art. 93, inc. II, c, da Constituição Federal, a aferição do merecimento dos juízes deve dar-se conforme seu desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição, bem como pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento.

Assim, uma boa ideia seria a de oferecer cursos oficiais de aperfeiçoamento sobre esta temática, o que, aliás, restou definido pelos membros do Comitê Técnico de Formação e Pesquisa (CTAF)<sup>129</sup> e da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM)<sup>130</sup>, que determinaram a realização de pesquisa sobre a

<sup>128</sup> BRASIL. **Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1195>>. Acesso em: 13. ago. 2014.

<sup>129</sup> Criado pela Resolução nº 6 da ENFAM, de 28 de abril de 2014, o Comitê Técnico de Formação e Pesquisa é formado por trinta e três magistrados indicados pelas escolas judiciais e da magistratura federal para exercer mandato de dois anos, funcionando como órgão auxiliar do Conselho Superior na definição de diretrizes e conteúdos programáticos dos cursos oficiais.

<sup>130</sup> A Resolução nº 159/2012 do CNJ (DJe/CNJ nº 208, de 13/11/2012, pp. 3-4), dispendo sobre a formação de magistrados e servidores do Judiciário, determinou que a regulamentação de cursos oficiais para o

judicialização do direito à saúde, objetivando-se estudar o tema com base nas políticas públicas de saúde já previstas na legislação, de modo a assegurar o cumprimento das obrigações assumidas pelo Estado por meio de decisões judiciais.<sup>131</sup>

Neste ponto, é de ser relevado que o art. 29 do Código de Ética da Magistratura preceitua que um dos fundamentos do direito dos jurisdicionados e da sociedade em geral é a exigência de conhecimento e de capacitação permanente dos magistrados, visando-se à prestação de um serviço de qualidade pela Justiça.

Em continuação, no que toca à dita falta de legitimidade democrática dos juízes para decidirem sobre o destino dos recursos públicos, argumenta-se que, num Estado democrático, decisões relacionadas à alocação de verbas estatais devem ser tomadas, com participação e contestação públicas, pelas instâncias políticas, cujos membros foram democraticamente eleitos pelo povo (Legislativo como *locus* por excelência do processo político), o que não ocorre com os integrantes do Judiciário, que ingressam na carreira por meio de aprovação em concurso público de provas e títulos ou, nas instâncias superiores, pelo quinto constitucional.

Tratar-se-ia, pois, da aplicação da teoria democrática, argumento que repousa na seguinte premissa: “se o povo é o destinatário das políticas públicas e se é ele, povo, que contribui para tanto por meio do recolhimento tributário, é ninguém menos que ele, povo, quem deve decidir em que aplicar os recursos públicos”<sup>132</sup>.

José Reinaldo de Lima Lopes<sup>133</sup> também sustenta que decisões que repercutirem na alocação de recursos públicos devem ser tomadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, porque são representantes eleitos pelo povo para tomarem decisões de cunho eminentemente político, que se distinguem das de natureza jurídica, vez que estas dizem respeito à aplicação de regras já feitas, enquanto aquelas fazem alusão à criação de regras que serão aplicadas. Contudo, o autor também admite que essa distinção deveria ser revista ante à linha cada vez mais sutil que separa o Direito e a Política.

---

ingresso, formação inicial e o aperfeiçoamento de magistrados e servidores compete à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), no âmbito das justiças estaduais e federal, à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT), na justiça trabalhista e ao Centro de Estudos Judiciários da Justiça Militar da União (CEJUM), na justiça militar. Disponível em: <[www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br)>. Acesso em 28. out. 2014.

<sup>131</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Judicialização da saúde será tema da primeira pesquisa da Enfam e escolas judiciais. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/2015/03/judicializacao-da-saude-sera-tema-da-primeira-pesquisa-da-enfam-e-escolas-judiciais/>>. Acesso em: 06. jun. 2015.

<sup>132</sup> SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da saúde. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 363

<sup>133</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006. p. 124.

Relevante, neste ponto, a observação de Celso Fernandes Campilongo<sup>134</sup>, para quem, no Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário, bem como o Ministério Público (defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e indisponíveis), passam a integrar o circuito de negociação política:

Garantir as políticas públicas, impedir o desvirtuamento privatista das ações estatais, enfrentar o processo de desinstitucionalização dos conflitos – apenas para arrolar algumas hipóteses de trabalho – significa atribuir ao magistrado uma função ativa no processo de afirmação da cidadania e da justiça distributiva.

É de ser ressaltado o lembrete de Celso Lafer, segundo o qual os direitos fundamentais trazem a ideia de domesticação do poder, subordinando-o à democracia<sup>135</sup>. No mais, não há sistema democrático que subsista sem uma instituição que desempenhe com altivez a função de estancar o poder da maioria.

Mas há contrapontos ao argumento da Teoria Democrática, destacando-se o fato de que (i) as decisões judiciais são melhor fundamentadas que aquelas tomadas pelos outros Poderes, conforme exigido pelo art. 93, inc. IX, da Constituição Federal; e (ii) o contraditório, marcando o debate processual, se mostra capaz de levar ao magistrado argumentos mais consistentes sobre o interesse *sub judice*.

Ainda, o processo judicial é um instrumento para levar ao debate público direitos de minorias que, por meio de processos políticos convencionais, provavelmente nunca seriam ouvidas. Assim, o Judiciário mostra-se como *locus* adequado para se definirem políticas públicas. Owen FISS<sup>136</sup> sustenta que a função do juiz não é falar pela maioria<sup>137</sup>, mas, sobretudo, conferir significado aos valores constitucionais, buscando o que é justo, aduzindo que não cabe confundir majoritarismo com atividade jurisdicional, com o que se concorda.

---

<sup>134</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os Desafios do Judiciário: Um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 49.

<sup>135</sup> ESTADO DE SÃO PAULO. **Procuradoria Geral do Estado**. Palestra de Celso Lafer, Globalização econômica, políticas neoliberais e os direitos econômicos, sociais e culturais. 1º Encontro Brasileiro de Direitos Humanos, São Paulo, 01º a 04 dez. 1999. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/seminario/painel1.htm>>. Acesso em: 28. nov. 2013.

<sup>136</sup> FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Trad. por Daniel Porto Godinho da Silva. Coord.: Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2004. pp. 36-37.

<sup>137</sup> Aliás, um dos grandes papéis de uma Constituição é proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos.

Alexander Bickel<sup>138</sup> denomina a resistência ao controle judicial dos atos e condutas da Administração como *dificuldade contramajoritária*, segundo a qual faltaria ao Judiciário legitimidade para intervir em assuntos de cunho originariamente político, vez que sua atuação se dá *a posteriori*, ao passo que a Administração atua por meio do mandato popular concedido aos governantes, tratando-se de legitimidade de caráter primário, porque o poder pertence ao povo (art. 1º, parágrafo único, CF/88). Essa dificuldade consiste, assim, em se encontrar a maneira, os limites e os critérios pelos quais os magistrados poderiam apreciar opções políticas.

Neste contexto, José Joaquim Gomes Canotilho<sup>139</sup> aponta o receio de que a tutela judicial do direito à saúde leve “à dissolução do potencial da ação político-democrática numa ‘curta’ mentalidade de pretensões subjetivas, judicialmente acionáveis”.

Ainda que haja vozes resistentes quanto a esta nova função do Judiciário, o controle jurisdicional sobre políticas públicas é uma realidade. Contudo, a atuação judicial não pode ser absolutamente ilimitada, devendo pautar-se em critérios previamente estabelecidos.

No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45, o Supremo Tribunal Federal, em que pese ter extinguido o processo em razão da superveniente perda do objeto, asseverou que a efetivação do direito à saúde se vincula à garantia de proteção ao mínimo existencial, devendo-se interpretar com reservas a alegação de *reserva do possível*, também conhecido como *reserva do financeiramente possível*, por parte do Estado.

Neste julgado, o STF elencou os limites básicos à intervenção judicial em políticas públicas, a saber: (i) a razoabilidade da pretensão deduzida perante o Poder Judiciário, que deve envolver o *mínimo existencial*; (ii) a irrazoabilidade da conduta da Administração Pública; e (iii) a suficiente disponibilidade orçamentário-financeira (cláusula da *reserva do possível*).

Este julgamento acabou consistindo num controle de constitucionalidade de lei orçamentária, caso violasse comandos constitucionais, especialmente direitos fundamentais<sup>140</sup>. Ada Pellegrini Grinover entende que “a observação destes limites é suficiente para coibir os excessos na intervenção judicial em políticas públicas”.

---

<sup>138</sup> BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*. New Haven: Yale University Press, 1986. p. 16.

<sup>139</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contribuição para compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1983. p. 377.

<sup>140</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45**. Rel. Min. Celso de Mello, j. 29/04/2004, p. 04/05/2004. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10. jul. 2014.

Noutros termos, entende-se que, em sendo observados tais restrições, não se consubstanciaria um ativismo judicial despreparado, mas sim um controle de constitucionalidade dos atos da Administração<sup>141</sup>, atos estes exteriorizados na forma de políticas públicas.

Em relação ao primeiro limite elencado, tem-se por pretensão razoável aquela que se pauta no princípio da proporcionalidade, ou seja, quando prima pelo justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados. José Joaquim Gomes Canotilho<sup>142</sup> denomina o princípio da proporcionalidade como “princípio da proibição de excesso”, subdividindo-o em três subprincípios: (i) adequação/conformidade; (ii) necessidade/exigibilidade; e (iii) proporcionalidade *strictu sensu*. Assim, para aferir se a pretensão deduzida em juízo é razoável, devem ser aplicados os subprincípios numa ordem lógica e sucessiva, de modo que uma medida pode ser adequada, porém inexigível, logo, pois, desproporcional.

Em se tratando do direito à saúde, a jurisprudência nacional é mansa e pacífica<sup>143</sup> no sentido de que o fato de um medicamento não estar incluído em programa oficial de distribuição de fármacos não pode comprometê-lo.

---

<sup>141</sup> Outros conflitos de largo espectro político e social também já têm critérios definidos para que se considere necessária uma intervenção judicial para o fim de se implementar uma reforma estrutural. Segundo aponta Carlos Alexandre de Azevedo Campos, citado na petição da ADPF 347 (proposta em maio de 2015 pelo Partido Socialista e Liberdade (PSOL), que requereu ao STF que declarasse a situação atual do sistema penitenciário brasileiro, que viola preceitos fundamentais constitucionais e, em especial, dos presos), para reconhecer o estado de coisas inconstitucional, exige-se a presença dos seguintes requisitos: (i) vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas; (ii) prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção dos direitos; (iii) a superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção das políticas públicas existentes ou formulação de novas políticas, dentre outras medidas; e (iv) potencialidade de congestionamento da justiça, se todos os que tiverem os seus direitos violados acorrerem individualmente ao Poder Judiciário. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Informativo 798. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>>. Acesso em: 10. dez. 2015.

<sup>142</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 617.

<sup>143</sup> “1. O Estado do Rio Grande do Norte, com fundamento no art. 4º da Lei 4.348/64, requer a suspensão da execução do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça daquele Estado nos autos do Mandado de Segurança nº (fls. 121-136), que determinou ao requerente o fornecimento dos medicamentos *Pentoxifilina* 400mg e *Ticlopidina* 250mg à impetrante, portadora de doença vascular encefálica isquêmica (fls. 39-40), de forma contínua e ininterrupta, enquanto perdurar a sua necessidade. O requerente sustenta, em síntese: a) inadequação do mandado de segurança, pois, “em caso de pedido de medicamentos, é necessária perícia que verifique a plausibilidade da indicação médica” (fl. 3); b) impossibilidade de o Estado do Rio Grande do Norte arcar sozinho com os custos do fornecimento dos medicamentos postulados pela impetrante, na medida em que a promoção da saúde é de competência de todos os entes federados, devendo as ações de saúde serem distribuídas conforme o seu grau de complexidade, nos termos dos arts. 195 e 198 da Constituição da República e da Lei 8.080/90; c) ocorrência de grave lesão à ordem e à economia públicas, porquanto o acórdão impugnado afronta o princípio da legalidade orçamentária (Constituição da República, art. 167), certo que “c) ocorrência de grave lesão à ordem e à economia públicas, porquanto o acórdão impugnado afronta o princípio da legalidade orçamentária (Constituição da República, art. 167), certo que “o Estado não tem previsão orçamentária para suprir a população com todos os medicamentos que esta demande, não



Assim, eventual ausência do cumprimento de formalidade burocrática não pode obstaculizar o fornecimento de medicação indispensável à cura e/ou à minoração do sofrimento de portadores de moléstia grave que não dispõem de condições financeiras para custear o tratamento.

---

podendo arcar com o provisionamento integral de fármacos de que necessite cada cidadão residente no território estadual" (fl. 13). Nesse contexto, aduz que não se nega a fornecer todo e qualquer medicamento à impetrante, apenas propõe a indicação de outros similares, que estejam relacionados na listagem oficial do Ministério da Saúde; d) possibilidade de ocorrência do denominado "efeito multiplicador", em razão do incremento do número de demandas judiciais da mesma natureza. 2. A Procuradoria-Geral da República opinou pelo indeferimento do pedido (fls. 141-151). 3. Inicialmente, reconheço que a controvérsia instaurada no mandado de segurança em apreço evidencia a existência de matéria constitucional: alegação de ofensa aos arts. 5º, *caput*; 6º, *caput*; e 196 a 200 da Constituição da República (fl. 31). Dessa forma, cumpre ter presente que a Presidência do Supremo Tribunal Federal dispõe de competência para examinar questão cujo fundamento jurídico é de natureza constitucional (art. 297 do RISTF, c/c art. 25 da Lei 8.038/90), conforme firme jurisprudência desta Corte, destacando-se os seguintes julgados: Rcl 475/DF, rel. Ministro Octavio Gallotti, Plenário, DJ 22.4.1994; Rcl 497-AgR/RS, rel. Ministro Carlos Velloso, Plenário, DJ 06.4.2001; SS 2.187- AgR/SC, rel. Ministro Maurício Corrêa, DJ 21.10.2003; e SS 2.465/SC, rel. Min. Nelson Jobim, DJ 20.10.2004. 4. A Lei 4.348/64, em seu art. 4º, autoriza o deferimento do pedido de suspensão de segurança para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Tenho sustentado que a suspensão da execução de ato judicial constitui, no universo de nosso sistema normativo, providência de caráter excepcional, impondo-se o máximo rigor na averiguação dos pressupostos autorizadores da medida de contracautela, de forma a aplicá-la, no exercício da atribuição monocrática prevista na lei, quando a manutenção da decisão hostilizada importe verdadeiro risco de lesão aos valores públicos nela homenageados. Logo, os pedidos de contracautela formulados em situações como a que ensejou a concessão da segurança ora impugnada devem ser analisados, caso a caso, de forma concreta, e não de forma abstrata e genérica, certo, ainda, que as decisões proferidas em pedido de suspensão se restringem ao caso específico analisado, não se estendendo os seus efeitos e as suas razões a outros casos, por se tratar de medida tópica, pontual. Nesse sentido foi a decisão proferida por esta Presidência, em 28.5.2007, na SS 3.231/RN.5. Passo, pois, à análise do presente caso. Verifico que os medicamentos *Pentoxifilina* 400mg e *Ticlopidina* 250mg, o primeiro vasodilatador e o segundo antiagregante plaquetário, foram prescritos à impetrante, portadora de doença vascular encefálica isquêmica, como prevenção secundária, ou seja, para evitar que a paciente sofra novos episódios isquêmicos encefálicos, os quais provocam sequelas irreversíveis (fls. 39-40). Segundo atestado pelo especialista em doenças neurológicas que trata a impetrante desde 18 de outubro de 1989 (fl. 30), a paciente possui dificuldades de locomoção e de comunicação, essas decorrentes de acidentes vasculares. Segundo atestado pelo especialista em doenças neurológicas que trata a impetrante desde 18 de outubro de 1989 (fl. 30), a paciente possui dificuldades de locomoção e de comunicação, essas decorrentes de acidentes vasculares encefálicos anteriores, as quais podem se agravar com a ausência dos referidos medicamentos. Embora os medicamentos *Pentoxifilina* 400mg e *Ticlopidina* 250mg não constem da Portaria nº 1.318 do Ministério da Saúde, extraído do sítio eletrônico da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA que os mesmos obtiveram registro de medicamento genérico (Resoluções RE nº 412, de 8 de março de 2002, DOU 12.3.2002, e RE nº 745, de 3 de maio de 2002, DOU 06.5.2002, respectivamente), tendo, pois, a sua qualidade, a sua segurança e o seu efeito terapêutico atestados pelo órgão competente. O próprio Ministério da Saúde reconhece que o ponto central da estratégia de uma Política de Medicamentos Essenciais é a adoção de uma Política de Medicamentos Genéricos, proposta que se encontra inserida entre as diretrizes da Política Nacional de Medicamentos (Portaria GM nº 3.916/98) e que passou a nortear todas as ações daquele ministério na área de medicamentos para o setor público. Ademais, conforme documentação acostada aos autos, observo que a impetrante vem recebendo os medicamentos pleiteados desde agosto de 2006 (fl. 98) e que o custo dos mesmos é de R\$ 456,00 (quatrocentos e cinquenta e seis reais), valor esse referente a 06 (seis) caixas de cada fármaco e já constante de nota de empenho (fl. 100). Assim, diante da hipossuficiência econômica da impetrante, da necessidade de tratamento contínuo da doença que a acomete e da natureza e do custo dos fármacos em questão, entendo que a ausência do tratamento poderá ocasionar graves e irreparáveis danos à saúde e à vida da paciente. Finalmente, ressalte-se que a discussão em relação à competência para a execução de programas de saúde e de distribuição de medicamentos não pode se sobrepor ao direito à saúde, assegurado pelo art. 196 da Constituição da República, que obriga todas as esferas de Governo a atuarem de forma solidária. 6. Ante o exposto, indefiro o pedido." (STF, SS 3158/RN, Relator: Min. Ellen Gracie, j. 31/05/2007, p. 08/06/2007)

Por pretensão que se refira ao *mínimo existencial*, deve-se entender aquilo que é essencial para a vida de uma pessoa, consistindo no núcleo duro central do princípio da dignidade humana<sup>144</sup>. Segundo Ana Paula de Barcellos<sup>145</sup>, constitui-se pelas condições básicas à existência e corresponde à parcela do princípio da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer eficácia jurídica e simétrica, podendo ser judicialmente exigida em caso de inobservância. Nesse diapasão, Dieter Grimm<sup>146</sup> ensina que

*Em caso de omisión del legislador, la Administración o los tribunales de justicia han de conceder directamente el mínimo de los derechos fundamentales. Certamente están, además, limitados de modo estricto a esse mínimo; lá justificación de pretensiones que lo excedan corresponde solo ao legislador. Esto no puede ya ser de outra manera porque las prestaciones, al contrario que la omisión, son escassa y el establecimiento de prioridades en el reparto de recursos em condiciones de escasez no está ya señalado por los derechos fundamentales.*

Contudo, não há definição única e/ou propriamente adequada, porque o *mínimo existencial* vai depender da situação apresentada em juízo, variando conforme o caso. Em geral, consiste no direito à educação básica, à saúde básica, ao saneamento básico, à assistência social, à tutela do meio ambiente e o acesso ao Judiciário<sup>147</sup>. Trata-se, assim, de conceito indeterminado, mas determinável no caso concreto.

Gustavo Amaral<sup>148</sup>, acompanhando posição esposada por Lobo Torres e Robert Alexy, afirma que “a determinação concreta do *mínimo existencial* seria fugidia e variável histórica e geograficamente. Haveria, portanto, uma ampla zona de transição entre o *mínimo existencial* e o ‘não mínimo’”. E conclui: “Caberá ao aplicador ponderar [...], de modo que se a essencialidade for maior que a excepcionalidade, a prestação deve ser entregue, caso contrário, a escolha estatal será legítima”.

<sup>144</sup> O art. 7º do PL nº 8.058/2014 dispõe que, “se o pedido envolver o mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de maneira completa e acabada, o juiz poderá antecipar a tutela, nos termos do art. 273 do Código de Processo Civil [...]”. Parágrafo único. “Considera-se mínimo existencial, para efeito desta lei, o núcleo duro, essencial, dos direitos fundamentais sociais garantidos pela Constituição Federal, em relação ao específico direito fundamento invocado, destinado a assegurar a dignidade humana”.

<sup>145</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 248 e pp. 252-253, *passim*.

<sup>146</sup> GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Trad. de Antonio López Pina. Madrid: Editorial Trotta, 2006. p. 172.

<sup>147</sup> ROCHA JUNIOR, Paulo Sergio Duarte da. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2009.

<sup>148</sup> AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. São Paulo: Renovar, 2001. pp. 213-216.

Kazuo Watanabe<sup>149</sup> explica que, em relação ao *mínimo existencial*, há a teoria absoluta e a teoria relativa. Pela teoria absoluta, há um conteúdo mínimo relativo a cada um dos direitos fundamentais sociais, previamente determinado, antes mesmo do surgimento do conflito. É um parâmetro quase que imutável, mas pode variar conforme as circunstâncias históricas, políticas e sociais, bifurcando-se em teoria absoluta estática – imutável - e teoria absoluta dinâmica, cujo significado se altera conforme as circunstâncias.

Já a teoria relativa pressupõe que a determinação do conteúdo especial de um direito fundamental depende de ponderação a ser realizada no caso concreto, situação na qual restaria inviável a prévia adoção de regras. Assim, o *mínimo existencial* dependeria da análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade *strictu sensu* do pedido deduzido em juízo. Virgílio Afonso da Silva<sup>150</sup> leciona que

Segundo os adeptos de um conteúdo essencial relativo, a definição do que é essencial – e, portanto, a ser protegido – depende das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto. Isso significa, sobretudo, que o conteúdo essencial de um direito não é sempre o mesmo, e poderá variar de situação para situação, dependendo dos direitos envolvidos no caso.

Parece que a teoria absoluta dinâmica é a que mais se adequa aos fins propostos por este estudo, porque a conceituação do teor do *mínimo existencial*, embora possa ter um conteúdo padrão, depende dos elementos constantes do processo judicial, o que exige a atividade avaliatória por parte do magistrado, que irá definir se se trata de núcleo duro dos direitos humanos ou de algo mais supérfluo, não imediatamente judicializável.

Ainda em relação ao *mínimo existencial*, Kazuo Watanabe<sup>151</sup> distingue três tipos de interesses/direitos fundamentais sociais sob a perspectiva de sua justiciabilidade imediata: (i) os correspondentes ao núcleo básico do princípio da dignidade humana; (ii) os previstos em normas constitucionais de densidade suficiente, de modo que passíveis de judicialização independentemente de prévia ponderação pelo Executivo e pelo Legislativo, ainda que não se refiram ao mínimo existencial; e (iii) os demais direitos fundamentais

---

<sup>149</sup> WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional de políticas públicas – *Mínimo existencial* e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

<sup>150</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 196.

<sup>151</sup> WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – *Mínimo existencial* e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 224.

sociais, previstos em normas constitucionais de cunho programático. Assim, apenas as duas primeiras categorias mencionadas seriam imediatamente judicializáveis.

Por fim, independentemente de se tratar ou não do *mínimo existencial*, nos termos mencionados, como bem anotado por Ana Carolina Lopes Olsen<sup>152</sup>, este *mínimo* jamais poderá ser entendido como o *máximo* a ser prestado pelo Estado:

[...] além da fundamentalidade formal reconhecida aos direitos sociais, não se pode deixar de observar que sua fundamentalidade material extravasa o conteúdo do mínimo existencial. Afinal, preocupou-se o constituinte com a dignidade da pessoa humana (como um todo, e não em sua versão minimalista), com o valor social do trabalho, com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a erradicação da pobreza e da marginalidade, e, finalmente, com a promoção do bem de todos (CF, arts. 1º e 3º).

Assim, o *mínimo existencial* não representa o *máximo* a ser prestado pelo Estado, mas sim o padrão mínimo a ser observado por ele.

No que toca ao segundo limite arrolado, tem-se por irrazoável a conduta desvirtuada dos fins estatais. Neste ponto, a razoabilidade é mais fácil de ser sentida que definida. É o princípio que, cada vez mais, se mostra fundamental ao Estado de Direito contemporâneo, no âmbito de todos os poderes estatais (o Legislativo, no tocante à constitucionalidade das leis; o Executivo, no tocante à discricionariedade dos atos administrativos; o Judiciário, que deve pautar suas decisões também neste princípio).

A razoabilidade, portanto, possui a função de desenvolver a hermenêutica constitucional, transcendendo, pois, os limites do positivismo jurídico, permeando todo o Direito, com ele se confundindo. Nos termos propostos por Fábio Corrêa Souza de Oliveira<sup>153</sup>:

Razoabilidade é a norma constitucional que estabelece critérios formais e materiais para a ponderação de princípios e regras, com o que confere lógica aos juízos de valor e estreita o âmbito da discricionariedade com base na pauta prevista pela Constituição, estando essencialmente ligada ao bom senso mais do que ao senso comum.

Assim, em que pese de difícil conceituação, pode-se considerar uma conduta como irrazoável quando não se pauta no bom senso, nos valores de justiça e isonomia.

---

<sup>152</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 324.

<sup>153</sup> SOUZA DE OLIVEIRA, Fábio Corrêa. **Por uma teoria dos princípios: o princípio da razoabilidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Já a cláusula da *reserva do possível*<sup>154</sup> pode ser considerada um limite fático ou jurídico. Trata-se de limite fático quando compreendida em termos absolutos, pois, como sabido, os recursos estatais são finitos. Por outro lado, são infinitas as necessidades sociais, precipuamente em razão dos direitos fundamentais de segunda geração/dimensão (*dare, facere, praestare*), o que traz a necessidade da Administração Pública tomar delicadas decisões.

Como argumentam Octávio Luiz Motta Ferraz e Fabiola Sulpino Vieira<sup>155</sup>, “ainda que soubéssemos exatamente que políticas são eficazes para se garantir o mais alto grau de saúde possível a toda a população, seria impossível implementar todas essas políticas.”.

Já a *reserva do possível* como limite jurídico se relaciona à necessidade de autorização orçamentária para se despender recursos públicos. Isso porque a Constituição Federal de 1988 transformou o orçamento público num relevante instrumento de governo, tanto para o desenvolvimento econômico, quanto ao sociopolítico<sup>156</sup>, tendo estabelecido um encadeamento de três leis que se sucedem e se complementam: a Lei do Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA). Neste sistema, todos os programas governamentais devem estar em harmonia com o plano plurianual, nos termos do art. 165, § 4º, da Constituição Federal, e a LDO deverá estar em harmonia com o PPA, nos termos do art. 166, § 4º, da Carta Política.

Nestes moldes, em face do princípio da legalidade da despesa pública, o administrador deve observar as autorizações e limites constantes das leis orçamentárias (art. 167, inc. II, CF/88), sob pena de crime de responsabilidade (art. 85, inc. VI, CF/88). Ao mesmo tempo em que deve atentar aos limites orçamentários, deve visar à consecução dos fins estatais. Como menciona Fernando Facury Scaff<sup>157</sup>, o legislador e o administrador não têm liberdade/discricionariedade total para incluir neste sistema de planejamento o que bem entenderem.

---

<sup>154</sup> Explica Fernando Facury SCAFF que “os economistas possuem uma expressão bastante interessante, denominada ‘limite do orçamento’, que depois foi trasladada para o Direito, a partir de uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão, com o nome de ‘reserva do possível’. O significado é o mesmo: todo orçamento possui um limite que deve ser utilizado de acordo com as exigências de harmonização da economia geral”. Sentenças aditivas, Direitos sociais e Reserva do Possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais: Orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 169.

<sup>155</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10. mai. 2015.

<sup>156</sup> Os instrumentos orçamentários previstos na Constituição Federal são, por excelência, as expressões jurídicas de políticas públicas.

<sup>157</sup> SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. **Interesse Público**, nº 32, vol. 7, jul.-ago. 2005, p. 220, *passim*.

Assim, para que o Judiciário determinasse o fornecimento gratuito de medicamentos por parte do Estado, deveria ter alguma noção do impacto orçamentário e sua decisão para saber se, de fato, haveria condições do ente federado cumprir a ordem judicial. É certo, contudo, que a alegação de falta de disponibilidade financeira por parte do Estado não costuma impressionar os magistrados, porquanto notória a ausência de compromisso com as peças orçamentárias, bem como se sabe da ampla possibilidade de remanejar os recursos públicos.

Em continuação, Octávio Luiz Motta Ferraz e Fabiola Sulpino Vieira distinguem a escassez de recursos relativa da absoluta, sendo a primeira relativa ao fato de que o numerário disponível não se destina apenas à saúde e a segunda diz respeito ao fato de que as necessidades sociais, como um todo, são sempre maiores que os recursos disponíveis:

Por escassez relativa indica-se o fato de que os recursos disponíveis ao Estado para investimento não se destinam apenas à saúde. Desse modo, a saúde compete com outras áreas em que o Estado é também obrigado a investir, como a educação, a segurança pública, o esporte, a cultura. No caso brasileiro há, hoje, apesar de passível de regulamentação, um limite mínimo de investimento na saúde determinado constitucionalmente (Emenda 29), mas tudo o que ultrapassar esse patamar compete com outras áreas (Senado Federal, 2007). O que se pode e quer gastar em saúde é sempre relativo, assim, ao que se pode e quer investir em outras áreas. Por escassez absoluta queremos indicar o que ocorre em menor ou maior escala em todos os países do mundo, mesmo os ricos como vimos acima. Por maiores que sejam os recursos destinados exclusivamente à saúde no processo de alocação em que entram as demais áreas, haverá sempre menos recursos disponíveis que os necessários para atender a todas as necessidades de saúde da população. Isso implica evidentemente a necessidade de se fazer escolhas, muitas vezes difíceis, entre as diversas políticas de saúde possíveis.<sup>158</sup>

Conforme ensina Flávio Galdino<sup>159</sup>, os custos ostentam caráter dúplice, podendo ser vistos tanto como óbices, quanto como pressupostos à concretização dos direitos fundamentais: “A concepção dos custos como óbices tem a sua função, que é a de identificar e precisar os obstáculos para superação, mas neste viés, os custos ainda são inadequadamente vistos como algo externo aos direitos”. E segue:

Deveras, ao dizer-se que o orçamento público não pode suportar determinada despesa, *in casu*, destinada à efetivação de direitos

---

<sup>158</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10. mai. 2015.

<sup>159</sup> GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos** – Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

fundamentais, e tendo como parâmetro a noção de custos como óbices, quer-se necessariamente designar um orçamento determinado. Isso porque os recursos públicos são captados em caráter permanente – a captação não cessa nunca, de forma que, a rigor, nunca são completamente exauridos. Assim sendo, nada obstará a que um outro orçamento posterior assumisse a despesa em questão. Sem embargo dessa possibilidade, muitos autores argumentam que esse meio – a exaustão da capacidade orçamentária – constitui um meio de frustrar a proteção dos direitos fundamentais. O que usualmente frustra a efetivação de tal ou qual direito reconhecido como fundamental não é a exaustão de um determinado orçamento, mas sim a opção política (justa ou injusta, sindicável judicialmente ou não) de não se gastar dinheiro com aquele mesmo ‘direito’.

Sabe-se que os entes federados frequentemente invocam a cláusula da *reserva do possível* numa tentativa de se esquivar do cumprimento de políticas públicas ou de decisões judiciais. Como assinala Ana Paula Barcellos<sup>160</sup>, “na ausência de um estudo mais aprofundado, a *reserva do possível* funcionou muitas vezes como o mote mágico, porque assustador e desconhecido, que impedia qualquer avanço na sindicabilidade dos direitos sociais”.

Nessa hipótese, em que pese ser de difícil comprovação, a eles caberá demonstrar essa ausência de recursos, quer relativa, quer absoluta, também conhecida como *exaustão orçamentária*. Ada Pellegrini Grinover<sup>161</sup> entende que caberá a eles fazer prova do alegado, em analogia ao art. 6º, inc. VIII, do CDC e nos termos do art. 333 do CPC/73 (art. 373 do NCPC).

Mariana Filchtiner Figueiredo<sup>162</sup> compreende a *reserva do possível* como objeção à efetividade dos direitos fundamentais,

[...] especialmente dos direitos sociais a prestações materiais, consistente no respeito às decisões orçamentárias estabelecidas pelo legislador democrático, na ponderação concreta entre a escassez dos recursos financeiros disponíveis e o dever de otimizar a concretização dos direitos fundamentais.

José Joaquim Gomes Canotilho<sup>163</sup> conceitua a *reserva do possível* de forma bastante interessante, à qual se faz mister aludir:

<sup>160</sup> BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: O princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2002. p. 237.

<sup>161</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista de Processo (RePro)**, vol. 164, São Paulo, 2008.

<sup>162</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 78.

1. A total desvinculação jurídica do legislador quanto à dinamização dos direitos sociais constitucionalmente consagrados; 2. A tendência para zero da eficácia jurídica das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais; 3. A gradualidade com dimensão lógica e necessária da concretização dos direitos sociais, tendo sobretudo em conta os limites financeiros; 4. A sindicabilidade jurisdicional das opções legislativas quanto à densificação legislativa das normas constitucionais reconhecedoras de direitos sociais.

Neste contexto, não se deve admitir a intervenção judicial a qualquer custo, porque prestações positivas, embora sempre reivindicáveis, não são passíveis de satisfação integral e permanente.

Todavia, ao se fazer uma análise mais realista, sabe-se que decisões judiciais na seara da saúde são especialmente delicadas, uma vez se tratar da vida. Assim, é compreensível a preocupação dos juízes sobre o risco dos direitos fundamentais serem negligenciados sob o pretexto de se tratarem de normas programáticas<sup>164</sup>, isto é, sem eficácia plena, o que faz com que desconsiderem, na maioria das decisões, a questão orçamentária<sup>165</sup>. Neste diapasão, Ingo Sarlet<sup>166</sup> aduz que o argumento da *reserva do possível* tem sido usado como escusa para a concretização de direitos fundamentais:

[...] é certo que as limitações vinculadas à reserva do possível não são, em si mesmas, necessariamente uma falácia. O que tem sido, de fato, falaciosa é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social.

---

<sup>163</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1. ed. brasileira. 2. ed. portuguesa. São Paulo: RT. Portugal: Coimbra Editora, 2008. p. 107.

<sup>164</sup> Podemos conceber como programáticas as “normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado”. TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Conceito, 2011. p. 324.

<sup>165</sup> “[...] não havendo comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, inexistirá empecilho jurídico para que o judiciário determine a inclusão de determina política pública nos planos orçamentários do ente público”. (REsp 1.041.197/MS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 25/08/2009)

<sup>166</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: Orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 32.



E no caso de suposta incapacidade financeira do Poder Público, devidamente comprovada, José Reinaldo de Lima Lopes<sup>167</sup> sugere que o Judiciário profira uma *decisão progressiva*, fixando metas e prazos ao Estado para que realize novos investimentos:

Políticas são conjuntos integrados de iniciativas e ações unificadas por um propósito final (meta) e propósito de caráter coletivo que se avalia pela redução do risco. Isto é, uma solução que me parece adequada e que contornaria com bastante racionalidade a decisão tudo-ou-nada é a decisão progressiva, pela qual o juiz, à semelhança do que faz nos processos de falência, de recuperação judicial de empresas ou mesmo de alimentos, permite às partes chegarem a um acordo em que aos poucos se ajusta a conduta do Estado ao pedido.

Pois bem. Da análise dos três critérios mencionados, elencados como limites do Judiciário ao controlar políticas públicas, questiona-se: são suficientes para estabelecer claros limites a esta intervenção?

A resposta é não, restando nítida a necessidade de fazer uma análise casuística da demanda, a depender da natureza dos direitos envolvidos. Por exemplo, o *mínimo existencial* em se tratando do direito à saúde é diferente do *mínimo existencial* em relação ao direito à educação. Além disso, o que um magistrado tem por bom senso pode não ser exatamente o que outro membro do Judiciário entenda, dentre diversos outros aspectos. Destarte, não há claros limites ao controle judicial de políticas públicas.

Por fim, sustenta-se que a tutela judicial do direito à saúde, na forma como vem ocorrendo, gera iniquidade na distribuição dos recursos, porque não beneficia principalmente os mais pobres, que acabaram ficando à margem do sistema, de modo que apenas uma pequena parcela, já favorecida, da população é protegida, pois facilmente supera os custos do processo (físicos, financeiros, sociais, culturais, de informação, etc). Sob este prisma, Maria Tereza Sadek<sup>168</sup> explana que

[...] o sistema judicial brasileiro nos moldes atuais estimula um paradoxo: *demandas de menos e demandas de mais*. Ou seja, de um lado, expressivos setores da população acham-se marginalizados dos serviços judiciais, utilizando-se, cada vez mais, da justiça paralela, governada pela lei do mais forte, certamente menos justa e com altíssima potencialidade de desfazer todo o tecido social. De outro, há os que usufruem em

---

<sup>167</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da *reserva do possível*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: Orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 189.

<sup>168</sup> SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. **Estudos Avançados**, nº 51, vol. 18, mai.-ago. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/>>. Acesso em: 28. nov. 2014.

excesso da justiça oficial, gozando das vantagens de uma máquina lenta, atravancada e burocratizada.

E continua:

As deficiências do aparelho judicial, somadas aos ritos processuais, criam situações de vantagem e/ou privilégios, portanto, de desigualdade. Assim, a ampla possibilidade de recursos facultada pela legislação favorece o “réu”, o “devedor”, adiando uma decisão por anos. É consensual entre especialistas a avaliação de que ingressar em juízo, no caso de quem deve, é um bom negócio, seja este réu o setor público ou particulares.<sup>169</sup>

A título de exemplo, os gastos com medicamentos do Ministério da Saúde, originados de decisões judiciais, em 2008, alcançaram o valor de R\$ 52 milhões<sup>170</sup>, sendo que, apenas em São Paulo, o Governo gastou R\$ 86 milhões em cumprimento a decisões judiciais, o que representa 30% do gasto total do programa oficial de medicamentos de alto custo<sup>171</sup>. Estes R\$ 86 milhões beneficiaram 10 mil pacientes, enquanto o gasto governamental de R\$ 284 milhões, no programa dos medicamentos de elevado custo, beneficiaria 250 mil pacientes.

Em 2006, Fernanda Vargas Terrazas<sup>172</sup> entrevistou pessoas que foram buscar medicamentos junto a postos de saúde no Estado de São Paulo, munidas de decisões judiciais, tendo tirado as seguintes conclusões: (i) 60,64% deles tiveram prescrição médica de estabelecimento de saúde particular, 26,25% de estabelecimentos do SUS-Referência, que normalmente têm relação com alguma instituição de ensino superior que prestam serviços de excelência, e 13,13% de estabelecimentos do SUS; (ii) 60% deles tiveram suas ações ajuizadas por advogados particulares (38,75%) ou por associações/ONGs (21,25%), 28,75% pela Procuradoria de Assistência Judiciária, órgão integrante da Procuradoria Geral de Justiça de São Paulo, que era o único órgão que prestava assistência jurídica gratuita antes da criação da Defensoria Pública em São Paulo, 1,88% pelo Ministério Público, e 9,38% por outros meios; (iii) quanto aos que tiveram ação ajuizada por associações-ONGs, a maioria não sabia informar o nome da instituição, nem tinha

---

<sup>169</sup> Idem.

<sup>170</sup> COLLUCCI, Cláudia. Triplicaram as ações judiciais para obter medicamentos. **Folha de São Paulo**, 09 jan. 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/saude/sd0901200901.htm>>. Acesso em: 10. abr. 2014.

<sup>171</sup> LEITE, Fabiane. Estados tentam barrar remédio via Justiça. **Folha de São Paulo**, 03 out. 2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0310200512.htm>>. Acesso em: 09. nov. 2014.

<sup>172</sup> TERRAZAS, Fernanda Vargas. **O poder judiciário como voz institucional dos pobres: o caso das demandas judiciais por medicamentos**. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2008.

frequentado o local; (iv) no que toca à renda dos pacientes, a autora identificou dois grupos: uma parte, de baixa renda, proveniente do SUS, que geralmente requisitava materiais de enfermagem e medicamentos mais simples, e outra parte, de renda mais elevada, proveniente da rede privada de saúde, solicitando medicamentos de elevado custo, sendo, em sua maioria, oncológicos.

Neste contexto, Paola Zucchi e Fabíola Sulpino Vieira<sup>173</sup>, analisando as ações judiciais, nesta seara, propostas contra a Secretaria Municipal de Saúde de São Paulo em 2005, concluíram que a maioria dos pacientes foram representados por advogados particulares (54%) e residem em áreas com menor grau de exclusão (63%), o que indicaria iniquidade na distribuição de recursos públicos.

Assim, como se justificaria a grande quantidade de decisões judiciais determinando como o orçamento público<sup>174</sup> deve ser gasto, sobrepondo-se tais provimentos às decisões tomadas pelos gestores públicos?

À medida que se foram estreitando as faixas de insindicabilidade judicial dos atos e condutas da Administração Pública, ocasionou-se uma potencialização da abordagem judicial, reconhecendo-se ao Judiciário, cada vez mais, legitimidade para participar das escolhas primárias do Estado e das opções políticas feitas na gestão da coisa pública. Neste contexto, entende Virgílio Afonso da Silva<sup>175</sup> que,

[...] os argumentos – separação entre os poderes e ausência de legitimidade democrática – costumam ser usados de uma forma extremamente maniqueísta”, devendo-se, na verdade, “presumir que um amplo controle de constitucionalidade é um ponto inquestionável do sistema constitucional e que, nesse sentido, deve ser aceito que os juízes tem legitimidade para interferir em questões legislativas e governamentais.

Pode-se afirmar, ainda, que é o próprio processual judicial, com o devido contraditório, que legitima a intervenção em políticas públicas, bem como a independência funcional dos magistrados. Assim, a legitimação do Judiciário decorre da força normativa

---

<sup>173</sup> VIEIRA, Fabíola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Revista de Saúde Pública**, nº 02, vol. 41, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/>>. Acesso em: 28. nov. 105.

<sup>174</sup> Art. 167, CF/88: “São vedados: (...) II – a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais; (...) VI – a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa”.

<sup>175</sup> O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 591.

da Constituição e das leis, além de se tratar de um poder inerte e imparcial, estando sua autoridade fundamentada, ao menos na teoria, em sua capacidade de fundamentar racional e adequadamente suas decisões. É aí, pois, que reside sua legitimidade para coparticipar do processo de criação do Direito: na sua capacidade de justificar suas decisões com fulcro na Constituição.

Outro óbice bastante empregado para se criticar a intervenção judicial em políticas públicas é a suposta impossibilidade do Judiciário se imiscuir nos atos administrativos, que são realizados conforme análise da conveniência e da oportunidade pelo administrador público, de modo discricionário.

Como ressalta Odete Medauar<sup>176</sup>, questão relevante diz respeito ao alcance da atuação judicial, quando se trata de controle do ato administrativo:

Há um posicionamento favorável ao controle restrito, para que se circunscreva à legalidade entendida também de modo restrito. Em geral, os argumentos dessa linha são os seguintes: impossibilidade da ingerência do Judiciário em atividades típicas do Executivo, ante o princípio da separação de poderes, daí o âmbito do Judiciário ser a legalidade em sentido estrito – os integrantes do Judiciário são desprovidos de mandato eletivo, não tendo legitimidade para apreciar aspectos relativos ao interesse público. De acordo com essa linha, no controle do ato administrativo o Judiciário apreciaria somente matéria relativa à competência, forma e licitude do objeto.

Outro entendimento inclina-se por um controle amplo, ante os seguintes fundamentos: pelo princípio da separação de poderes, o poder detém o poder, cabendo ao Judiciário a jurisdição e, portanto, o controle jurisdicional da Administração, sem que se possa cogitar de ingerência indevida; por outro lado, onde existe controle de constitucionalidade de lei, a invocação da separação de poderes para limitar a apreciação jurisdicional perde grande parte de sua força.

Na Constituição Federal de 1946 houve importante passo na evolução deste controle para além da competência e forma do ato administrativo, mas essa tendência se acentuou, sobretudo, a partir do advento da Constituição Federal de 1988. Hoje, a legalidade abrange um aspecto mais amplo, havendo respaldo constitucional para um controle jurisdicional ainda maior sobre a atividade da Administração Pública.

Em síntese, o ato administrativo é passível de ser controlado pelo Poder Judiciário, inclusive seu mérito que, embora de cunho discricionário, deve observar a legalidade *lato sensu*, que envolve o Direito como um todo (normas e princípios), de modo a se adequar aos escopos constitucionais, especificamente para que os princípios que regem a

---

<sup>176</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 14. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 409.

Administração, como a moralidade, a legalidade, a impessoalidade, a publicidade e a eficiência, sejam devidamente observados.

Neste contexto é que surge o controle judicial de políticas públicas, podendo estas ser compreendidas como um conjunto de atos administrativos (tomada de decisões, planejamento e execução dos programas).

Maria Paula Dallari BUCCI<sup>177</sup> também entende que, em razão da consagração de direitos e garantias pela Carta Política de 1988, os atos de governo migraram da seara de imunidade para o campo da sindicabilidade judicial:

Não apenas se supera a ideia de imunidade dos atos de governo a controle judicial, mas também se amplia significativamente o fenômeno da judicialização da política. Isso reflete na maior incidência de controles judiciais sobre a atividade política e também no deslocamento de decisões difíceis do Poder Legislativo para o Judiciário.

Em suma, o Judiciário possui legitimidade para intervir em assuntos políticos quando (i) for identificada uma disfunção política da Administração Pública<sup>178</sup>, devendo impedir a inércia dos demais Poderes para concretizarem as garantias constitucionais<sup>179</sup>, e (ii) for capaz de fundamentar racionalmente suas decisões com fulcro na Constituição Federal.

O controle da legalidade e da adequação das políticas públicas pode ser realizado pelo Poder Judiciário, quando provocado e sempre *a posteriori*, por meio de qualquer espécie de demanda, sendo certo que, para efeitos processuais, é a natureza do provimento que realmente releva. Assim, qualquer tipo de ação pode ser utilizada para provocar o Judiciário a exercer o controle das políticas públicas, não importando sua espécie: se

<sup>177</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 97.

<sup>178</sup> “Uma primeira premissa para este controle da sindicabilidade judicial das políticas públicas é a identificação de uma ‘disfunção política’ da administração ou do legislativo, ou seja, um desvio do natural curso do interesse público, uma fuga do dever-poder que está na base do plexo de competências atribuído a cada um dos órgãos estatais como (re)presentantes do povo brasileiro e do projeto constitucional de sociedade”. ZANETI JUNIOR, Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

<sup>179</sup> Em 20 e 21 de novembro, o Conselho da Justiça Federal (CJF) sediou em Brasília o seminário “Como a mediação e a arbitragem podem ajudar no acesso e na agilização da Justiça”, no qual Ada Pellegrini Grinover defendeu que a judicialização em geral decorre da insatisfação do povo com o que não obtém por via administrativa: “Por que tudo vai ao Judiciário? Porque as instituições não funcionam. Vai-se ao juiz por necessidade, porque não se coloca à mão do povo meios de solucionar o problema. A judicialização é a insatisfação da população com aquilo que podia obter administrativamente. O juiz brasileiro substitui-se ao administrador.” GRINOVER, Ada Pellegrini. A judicialização é a insatisfação do povo com o que não obtém administrativamente. **Migalhas**, 21 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/>>. Acesso em: 23. nov. 2015.

meramente declaratória, se constitutiva ou condenatória, se mandamental ou executiva *lato sensu*. Explica Ada Pellegrini Grinover que

[...] é certo que os direitos coletivos (*lato sensu*) gozam de instrumentos processuais específicos de proteção: Lei da Ação Civil Pública, Mandado de Segurança Coletivo, Ação Popular, Ação de Improbidade Administrativa. Mas é certo também que, por intermédio de uma demanda individual, podem ser protegidos direitos e interesses coletivos *lato sensu*”.<sup>180</sup>

Isso se dá em razão de o direito à saúde ter natureza bidimensional, possuindo dimensão coletiva e individual, uma vez se tratar de direito de todos e, concomitantemente, de cada um. Destarte, resta juridicamente admissível tanto a ação individual, estando o cidadão como detentor de direito subjetivo, a medicamentos gratuitos, quanto a ação coletiva, quando um legitimado pleiteia correção ou implementação de política pública visando a alcançar todos os beneficiários do SUS.

Em suma, há várias ações judiciais aptas a controlar os atos administrativos, como, *v.g.*, o mandado de segurança individual (CF, art. 5º, inc. LXIX) e coletivo (CF, art. 5º, inc. LXX), a ação popular (CF, art. 5º, inc. LXXIII), a ação civil pública (CF, art. 129, inc. II), dentre outros diversos instrumentos, como mencionado, todos hábeis a provocar o controle judicial de políticas públicas.

### **1.4.3 O papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais sociais, especificamente do direito à saúde**

Da leitura do art. 3º da Constituição Federal, conclui-se que, nos moldes do sistema ético de referência por ela adotado, todas as políticas públicas realizadas pelas três formas de expressão estatal (Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário) devem direcionar-se à efetivação dos direitos fundamentais sociais. Ou seja, todas as funções estatais estão comprometidas com a realização das metas de realização do bem-estar da população, não havendo, de início, exclusão de qualquer um deles quanto ao compromisso de promover e efetivar os objetivos da República.

---

<sup>180</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 145.

Dessarte, o Poder Judiciário também se encontra vinculado a este sistema ético de referência, no que toca à efetivação dos direitos fundamentais, o que lhe impõe uma concepção mais finalística de sua atividade.

Neste contexto, Dalmo de Abreu Dallari indica, na atuação nos tribunais superiores, a “excessiva condescendência com inconstitucionalidades e ilegalidades praticadas por chefes do Executivo”, refletindo na não aplicação “dos instrumentos legais já existentes”, postulando o autor por uma “mudança do comportamento”<sup>181</sup>.

Em suma, o pressuposto de atuação do Poder Judiciário é a realização dos direitos fundamentais, através dos mecanismos processuais a sua disposição. Assim, quando concitado, deverá exercer conduta proativa e corretiva na apreciação de direito fundamental violado por omissão estatal (em caso de procedência do pedido), não podendo manter postura meramente contemplativa, sujeita a arbitrariedades dos demais Poderes.

Se o Poder Legislativo ou o Poder Executivo se omitir ou se mostrar ineficiente na promoção de políticas públicas necessárias à efetivação dos direitos fundamentais sociais, cabe ao Judiciário exercer o controle de constitucionalidade de seus atos.

Na espécie, a atuação jurisdicional reflete atividade corretiva, tendo como propósito principal o atendimento aos objetivos estatais mediante a satisfação integral dos direitos fundamentais sociais. Como afirma Luís Francisco Aguilar Cortez<sup>182</sup>,

[...] a conformação do princípio da legalidade como juridicidade administrativa apresenta novos contornos, vinculando o Poder Público ao Direito; não apenas em relação ao Direito que produz, encontrando-se também condicionado por normas e valores, tendo como principal referência a Constituição, cuja existência e respectiva força vinculativa não se encontram à disponibilidade desse mesmo poder.

Neste contexto, o equilíbrio de constitucionalidade é atingido quando o Judiciário, em sede de atividade integradora e residual, confere completude ao sistema, mediante a prolação de decisões às quais os agentes públicos se vinculam para o fim de satisfazerem o bem da vida protegido pelo direito fundamental social.

Um exemplo interessante de atividade judicial integradora é a autorização, pelo Superior Tribunal de Justiça, do levantamento de saldo de Fundo de Garantia por Tempo

---

<sup>181</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 3.

<sup>182</sup> CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. Outros limites ao controle jurisdicional. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

de Serviço (FGTS) para tratamento de moléstia grave, mesmo que não prevista em norma<sup>183</sup>.

Pode-se afirmar, então, que a expansão da atuação do Judiciário, decorrente da constitucionalização do Direito, fez com que ele exercesse, juntamente ao controle da constitucionalidade, certa correção política dos demais Poderes. Mas, como sustenta Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>184</sup>, não se trata de

[...] “inchamento” do Poder Judiciário, porque, quanto ele outorga tutela aos interesses metaindividuais, não está desenvolvendo atividade de “suplência”; é sua própria atividade de outorgar tutela a quem a pede e merece. No caso dos interesses difusos, a intervenção jurisdicional é hoje considerada fundamental; não é que esse Poder esteja a invadir a seara dos outros; será, antes, um sinal de que os outros não estão a tutelar esses interesses – ou não o estão fazendo eficazmente e em tempo oportuno – obrigando os cidadãos (v.g., através de ação popular) ou as associações e o Ministério Público (através de ação civil pública) a recorrerem diretamente à via jurisdicional.

Ainda, questiona-se acerca da imparcialidade dos magistrados, em razão do receio de que eles sejam contaminados pela política ante o superlativo crescimento de seus poderes. Contudo, o único comprometimento dos magistrados é o político-institucional com a Constituição, devendo vincular-se aos princípios fundamentais que orientaram o constituinte originário.

Anote-se, ademais, que imparcialidade não é sinônimo de passividade e indiferença<sup>185</sup>. Aliás, o Judiciário precisa gozar de independência política e jurídica, de modo que não fique sujeito às injunções partidárias ou a pressões dos grupos de Poder, mostrando-se essencial, pois, sua neutralização político-partidária.

Em relação especificamente ao papel do magistrado, Cândido Rangel Dinamarco<sup>186</sup> fala, expressamente, do repúdio ao juiz indiferente, deixando claro que

o juiz moderno compreende que só se lhe exige imparcialidade no que diz respeito à oferta de iguais oportunidades às partes e recusa a estabelecer distinção em razão das próprias pessoas ou reveladoras de preferências personalíssimas. Não se lhe tolera porém a indiferença.

<sup>183</sup> Dentre outras, destacam-se os julgamentos dos seguintes recursos: REsp 644.557 e REsp 686.500.

<sup>184</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 8. ed. São Paulo, RT, 2013. p. 139.

<sup>185</sup> Denomina-se *auto-contenção judicial* a restrição, pelo próprio Judiciário, do espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.

<sup>186</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 196.



Ada Pellegrini Grinover<sup>187</sup>, no que toca à atuação judicial, sustenta que

[...] tem-se salientado que o acesso à ordem jurídica justa pressupõe um corpo adequado de juízes, com sensibilidade para captar a realidade social e suas vertiginosas transformações. E que isso postula exigência da mudança da mentalidade do juiz, inserido que há de ser no corpo social e comprometido com o objetivo de realização da justiça material. A aderência do juiz à realidade demanda, por sua vez, um constante aprimoramento, inclusive por intermédio de estudos interdisciplinares permanentes e, antes ainda, exige critérios de seleção e métodos de recrutamento que transcendam a avaliação de conhecimentos puramente técnicos.

Assim, no contexto da judicialização da saúde, os magistrados possuem papel fundamental na concretização deste direito fundamental, porque as Constituições modernas passaram a conferir um tratamento mais completo à questão das garantias individuais e dos direitos coletivos e sociais, de modo que o legislador se viu compelido a fornecer condições para que estes direitos fossem adequadamente tutelados por meio do processo judicial.

Nestes moldes, o juiz deve figurar como diretor do processo, agindo com parcialidade positiva, que, segundo Artur Cézar de Souza<sup>188</sup>, impõe que ele pondere

de forma adequada e previamente à tomada de decisões todos os interesses juridicamente relevantes, que o juiz possa reconhecer as diferenças sociais, culturais, econômicas, psicológicas, bem como a carga ideológica neoglobalizante que manipula os resultados do próprio processo.

Por conseguinte, houve elevação do grau de poder conferido aos juízes, porque a aplicação concreta dos princípios acaba dependendo do conteúdo a ser declarado pelo magistrado responsável pela solução da lide, conforme sua interpretação. Merecem ressalva, contudo, os dizeres de José Carlos Baptista Puoli<sup>189</sup>, para quem

[...] a função integrativa não poderá ser confundida com uma atividade plenamente livre do julgador. E isso porque não é admitido que o juiz faça o preenchimento desses espaços em branco com valores pessoais que não encontrem ressonância no contexto sociocultural em que está o magistrado inserido. E mais. Também não se deverá confundir esta maior

---

<sup>187</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo em Evolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 25.

<sup>188</sup> CÉZAR DE SOUZA, Artur. **A parcialidade positiva do juiz**. São Paulo: RT, 2008. p. 202.

<sup>189</sup> PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 74.

“margem de liberdade” do julgador (a que alude Barbosa Moreira) com uma atividade discricionária, pois não se trata de fazer uma opção entre duas alternativas igualmente válidas segundo o ordenamento jurídico, mas sim, de integrar o sentido da norma por intermédio da complementação de seu conteúdo com aquilo que é a única opção válida em conformidade com os valores éticos e sociais que devem ser canalizados pelo juiz para dentro do processo.

A título de exemplo, na esfera de demandas envolvendo o direito à saúde, são muitos os princípios invocados tanto pela parte autora, quanto pela ré, v. g., princípio da dignidade da pessoa humana, princípio do acesso à Justiça, princípio da razoabilidade, princípio da separação dos Poderes, dentre outros, que acabam sendo interpretados pelo magistrado para o fim de conceder ou negar o provimento jurisdicional pleiteado, devendo haver um papel integrado por parte dele, de modo a concretizar a vontade do Poder Constituinte.

Com efeito, pode-se afirmar que, muito embora sejam razoavelmente pertinentes as críticas feitas contra a judicialização do direito à saúde, nos moldes em que ela tem ocorrido, não são suficientes para coibir essa atuação judicial que, em vez de antidemocrática e de gerar desigualdade social, pode tornar-se, com as devidas adequações, uma forma legítima de participação e contestação democrática dos menos favorecidos, o que será melhor analisado no capítulo 4 deste trabalho.

Ainda em relação ao aumento dos poderes do magistrado, nota-se que o legislador tem preferido empregar conceitos indeterminados e termos imprecisos, o que fomenta a atividade de criação por parte daquele, que não é mais apenas um “boca da lei” (*la bouche qui prononce les paroles de la loi*), também conhecido por *juiz estátua*.

Este tipo de norma era inconcebível nos séculos XIX e XX, quando o sistema legal era fechado, formado por normas que continham todos os elementos necessários a sua compreensão e aplicação. Nas palavras de Montesquieu, o juiz deveria limitar-se a ser a “boca inanimada das leis”.

Contudo, nos últimos tempos, as normas contêm cada vez mais conceitos indeterminados, justamente para serem aplicadas a um maior número de situações, em razão de não conterem a integral definição de sua hipótese de incidência. José Eduardo Campos de Oliveira Faria<sup>190</sup> define estes conceitos como expressões propositadamente vagas empregadas pelo legislador com a finalidade de

---

<sup>190</sup> FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. **Direito e economia na democratização brasileira**. São Paulo: Malheiros, 1993. p.139.

[...] propiciar o ajuste de certas normas uma realidade cambiante ou ainda pouco conhecida; graças a esses conceitos, o intérprete pode adequar a legislação às condições socioeconômicas, políticas e culturais que envolvem o caso concreto e condicionam a aplicação da lei.

E foi neste contexto que o magistrado passou a exercer papel mais ativo nas demandas judiciais, de cunho integrativo e criativo<sup>191</sup>, principalmente nos feitos relacionados aos direitos fundamentais.

A jurisdição, tradicionalmente ligada à prestação de serviço de monopólio estatal, vem exigindo contextualização de seu significado, vez que, como explana MANCUSO<sup>192</sup>, “sua acepção tradicional, atrelada à singela aplicação da lei aos fatos da lide, hoje está defasada e é insuficiente, cedendo espaço à concepção pela qual o Direito há de se ter como realizado”.

Nota-se, por fim, relação de proporcionalidade direta entre o grau de atuação do magistrado e a disponibilidade do interesse envolvido.

De todo o exposto, pode-se dizer que o Judiciário é imparcial desde que não influenciado pelas vicissitudes político-partidárias, devendo vincular-se completamente aos objetivos estatais, demonstrando sua independência ao efetivar os direitos fundamentais, em especial os sociais.

## 1.5 Conclusões parciais

1. O acesso à Justiça, insculpido no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, deve equivaler, para além do mero acesso às portas do Judiciário, a uma prestação jurisdicional justa, célere e efetiva.

2. Conflitos multiplexos têm desaguado diariamente no Judiciário, envolvendo direitos e interesses metaindividuais (difusos, coletivos *strictu sensu* e individuais homogêneos), como os referentes à política carcerária, ao meio ambiente e à gestão proba da coisa

---

<sup>191</sup> Rodolfo de Camargo MANCUSO observa que “Esse labor interpretativo, por vezes até criativo, é imanente à experiência jurídica, valendo lembrar, por exemplo, que a lei processual autoriza o julgador a valer-se das ‘regras de experiência comum, subministradas pela observação do que ordinariamente acontece’, podendo, em certos casos, ‘decidir por equidade’ ou mesmo até ficar desobrigado de ‘observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna.’ A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas”. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação civil pública: Lei 7.347/1985 - 15 anos**. São Paulo: RT, 2002.

<sup>192</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça** – Condicionantes legítimas e ilegítimas. 2. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 26.

pública, bem como relacionados aos direitos fundamentais sociais, tais como o direito à saúde, à educação e à moradia, dentre outros temas de largo espectro político, social e econômico.

3. Com isso, adveio o fenômeno da judicialização da política, indicando que temas originariamente afetos às instâncias legislativa e administrativa têm sido decididos na esfera judicial, como resultado de uma postura leniente e insuficiente da Administração Pública no que toca ao seu mister constitucional.

4. Um dos direitos fundamentais sociais que têm tido excessivo acesso à Justiça é o direito à saúde, via demandas individuais, por meio das quais inúmeros cidadãos buscam o fornecimento gratuito de medicamentos por parte do Estado, fármacos estes não inclusos nas listas oficiais do programa do governo.

5. O direito à saúde veio expresso na Constituição Federal de 1988, bem como todos seus contornos, por meio dos quais se editou a Lei Federal nº 8.080/90, que instituiu uma grande política pública de saúde, que é o Sistema Único de Saúde (SUS). Trata-se de uma glória nacional, apesar de seu subfinanciamento e da sabida corrupção, porque, até então, os serviços de saúde pública no Brasil eram prestadas por benemerência das Santas Casas de Misericórdia e para a classe trabalhadora devidamente registrada, com contribuição, à época, ao INPS (atual INSS), e a seus dependentes.

6. Na esmagadora maioria das vezes, o Judiciário defere o pedido da parte autora, determinando o fornecimento do fármaco, de modo que, no plano macro, equivale à metáfora do cobertor curto, na qual, ao puxar o cobertor para cobrir a cabeça, acaba-se desprotegendo os pés. Ou seja, acaba deixando outros milhares de cidadãos desamparados, “descobertos”. Isso porque tão somente as pessoas que logram superar os custos do processo (físicos, emocionais, financeiros, sociais, culturais, de informação, etc) têm a chance de conseguir estes outros medicamentos, além do que, muito provavelmente, os recursos públicos necessários ao cumprimento das inúmeras ordens judiciais seriam retirados dos programas de saúde já existentes.

7. O controle judicial de políticas públicas é possível, primeiramente, pela garantia da inafastabilidade da jurisdição, segundo a qual qualquer lesão ou ameaça a direito pode ser

levada à apreciação judicial. No caso, políticas públicas consistem num conjunto de atos administrativos, que, por sua vez, são passíveis de controle judicial, mostrando-se despiciendo os argumentos levantados contra essa intervenção judicial, tais como a teoria democrática, a teoria da Separação dos Poderes, a suposta ausência de legitimidade democrática do magistrado, dentre outros. Percebe-se, assim, claro alargamento das faixas de insindicabilidade judicial, ensejado pelo modelo constitucional adotado pelo país.

**8.** A judicialização da política enseja a necessidade de se fazer adequações processuais, que deve sempre se moldar conforme os atributos do direito material deduzido em juízo. Isso porque o Judiciário possui arcabouço instrumental para dirimir litígios tradicionais, de cunho bilateral e retrospectivo, promovendo justiça retributiva. Em se tratando de conflitos metaindividuais, para que não se faça injustiça, deve ser preferível promover justiça distributiva, porque, ao menos em tese, todos os cidadãos em situação fática igual deveriam receber o mesmo tratamento.

## **CAPÍTULO 2 – DO DIREITO À SAÚDE EM SEDE DE DEMANDA INDIVIDUAL**

Corajoso o constituinte de 1988 ao dispor que a saúde é direito de todos e dever do Estado, atribuindo-lhe *status* de direito fundamental social (art. 6º, CF/88). Aliás, o fenômeno da judicialização da política foi incrementado pelo advento da Constituição Federal que, embora repleta de novos direitos, com um garantismo ímpar, mostrou-se parca em deveres.

Como mencionado alhures, na medida em que foram ficando mais estreitas as faixas de insindicabilidade judicial, operou-se uma potencialização da apreciação judicial, de modo que se passou a reconhecer o Judiciário como legitimado a participar das escolhas primárias e das opções políticas tomadas na gestão da coisa pública.

Assim, o fato de os ordenamentos jurídicos contemporâneos terem incorporado os direitos sociais fez com que estes se tornassem exigíveis, por meio da tutela jurisdicional, reconhecendo-se legitimidade do Poder Judiciário para intervir nestes temas.

A caracterização do direito à saúde como direito social não afasta sua titularidade individual, porquanto jamais perderá sua singularidade, que o liga à proteção da vida, da dignidade da pessoa humana individualmente considerada. Assim, embora possível e desejável priorizar a tutela processual coletiva no campo da efetivação do direito à saúde, isso não significa ser impossível sua busca via jurisdicional individual.

Os provimentos jurisdicionais em sede de demandas individuais veiculando o direito à saúde beneficiam, contudo, apenas a parte autora dos feitos, sem ensejar melhoria ou criação de novas políticas públicas. Por isso, o processo coletivo atenderia melhor a este reclamo, assunto a ser tratado no capítulo 4.

Neste tópico, tem-se por objeto analisar, criticamente, o modo pelo qual a busca do fornecimento gratuito de medicamentos por parte do Estado tem se dado com maior frequência, a saber, por demanda judicial individual, quer por ação ordinária, quer por mandado de segurança individual.

### **2.1 Demandas individuais envolvendo pedidos de fornecimento gratuito de medicamentos por parte do Estado**

A busca judicial pelo fornecimento gratuito de medicamentos, constantes ou não das listas de dispensação obrigatória do SUS, têm se dado, em sua esmagadora maioria, por meio de demandas individuais (ação ordinária e mandado de segurança).

O CEBEPEJ<sup>193</sup>, dos 659 acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que analisou sobre fornecimento de medicamentos, encontrou 595 (90,28% do total) proferidos em ações tipicamente individuais e 3 proferidos em ações coletivas (0,45% do total), tendo encontrado, ainda, 61 ações pseudocoletivas (9,26% do total). No que toca ao tipo de instrumento processual empregado, 305 originaram-se de ações ordinária (46,28% do total), 286 de mandados de segurança individuais (43,39% do total), 2 mandados de injunção individuais e 2 ações cominatórias. As 3 ações coletivas e as 61 pseudocoletivas trataram-se de ações civis públicas.

Percebe-se, pois, a prevalência de ações tipicamente individuais, bem como o emprego da ação coletiva apenas para tutelar interesses individuais indisponíveis.

Com efeito, a ação individual é ajuizada por uma pessoa física ou um grupo de indivíduos em litisconsórcio ativo, demanda na qual a causa de pedir, o pedido e os efeitos da sentença são tipicamente individuais, fruto de um modelo processual bilateral, retrospectivo e tradicional<sup>194</sup>, regulado pelo Código de Processo Civil.

Em que pese ser direito social, o direito à saúde pode ser veiculado por meio de ações individuais, porquanto cindível em parcelas atribuíveis a vários sujeitos. Como explica Carlos Alberto de Salles<sup>195</sup>,

[...] muitas vezes o direito social pode ser traduzido em típico direito subjetivo individual e, nessa condição, ser exigido judicialmente. Tome-se, por exemplo, o direito à educação, veiculado mediante o pleito de uma vaga para uma criança em determinada escola. O direito à saúde, postulado por meio do pedido de um medicamento ou tratamento para um paciente específico.

---

<sup>193</sup> CEBEPEJ; FGV. **Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde**. GRINOVER, Ada Pellegrini; SICCA, Ligia Paula Pires Pinto (Coords). São Paulo, 2014.

<sup>194</sup> “Na concepção tradicional, à ideia de interesse ou direito está sempre ligada a de respectivo titular. As relações jurídicas podem estabelecer-se, na configuração mais simples, entre indivíduo e indivíduo (relações interindividuais), ou entre mais de um titular, no polo ativo ou passivo, ou em ambos (relações plurissubjetivas), mas ainda segundo a estrutura clássica”. WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimidade para agir. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonad, 1984.

<sup>195</sup> SALLES, Carlos Alberto de (Coord). Duas faces da proteção judicial dos direitos sociais no Brasil. In: **As grandes transformações do processo civil brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 60.

Ou seja, uma pessoa acometida por alguma moléstia que fique desamparado pelo SUS, poderá requerer a tutela da sua parcela subjetiva do direito coletivo à saúde, por meio da propositura de ação individual, que possui o condão de trazer a proteção requerida apenas a ela.

Os críticos da judicialização do direito à saúde se tornam ainda mais irredimidos ao notarem que juízes têm concedido, em demandas individuais, medicamentos e tratamentos médicos nas seguintes condições: (i) fora do consenso terapêutico; (ii) não constantes das listas de medicamentos do sistema público de saúde, seja por não terem comprovada eficácia ou por terem similar mais barato já incluso na lista oficial<sup>196</sup>; (iii) sem comercialização autorizada pela ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária); e (iv) inexistente no país.

Para o Judiciário, em linhas gerais, parece que o saber abstrato é mais valorizado que o compromisso com a realidade. No tocante a demandas envolvendo o direito à saúde, da atenta compulsão a milhares de decisões judiciais, nota-se que os magistrados raramente se interessam (i) pela eficácia do(s) medicamento(s)/tratamento(s) pleiteado(s), (ii) pela possibilidade de substituir o item requerido por outro de efeitos análogos, que conste das listas oficiais e dos programas oferecidos pelo SUS, (iii) pela limitação do orçamento público, (iv) pelas consequências das sanções judiciais<sup>197</sup>, em havendo descumprimento de decisões, e (v) nem mesmo pela eventual existência de políticas públicas de saúde que já contemplem o item pleiteado.

Quanto à ausência de registro de medicamentos pela ANVISA, faz-se mister ressaltar que o conhecimento médico não é estanque, sendo sua evolução rápida, dificilmente acompanhada pela burocracia administrativa, de modo que a aprovação de novas indicações terapêuticas pode ser muito lenta, resultando no não oferecimento de tratamentos já há muito disponibilizados.

Como sabido, para que um medicamento seja legalmente distribuído em território brasileiro, faz-se necessário seu registro pela ANVISA, conforme dispõe o art. 12 da Lei Federal nº 6.360/76<sup>198</sup>. Para obtê-lo, o fármaco deve mostrar-se seguro e eficaz, o que é

---

<sup>196</sup> Dispõe a Súmula nº 18 do TJPE: “É dever do Estado-membro fornecer ao cidadão, sem ônus para este, medicamento essencial ao tratamento de moléstia grave, ainda que não previsto em lista oficial”.

<sup>197</sup> A título de exemplo, citem-se: o bloqueio de contas públicas, a aplicação de multa diária (*astreintes*) ao ente federado que figura no polo passivo da demanda, a responsabilização por ato de improbidade administrativa e/ou por crime de desobediência (Decreto-Lei nº 201/1967, art. 1º, inc. XIV), eventual prisão do Secretário de Saúde, dentre outras.

<sup>198</sup> Art. 12. “Nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde”. BRASIL. Lei nº



aferível por meio de pesquisas clínicas feitas em diversas etapas. Sem este registro, o medicamento é considerado experimental.

A par disso, pode ocorrer do medicamento já ser aprovado nas agências reguladoras estrangeiras, como a FDA (*Food and Drug Administration*) e a EMA (*European Medicines Agency*), podendo a ANVISA proceder ao registro baseando-se na opinião destes outros órgãos.

Caso que exemplifica esta situação é o do fornecimento de medicamentos contendo *canabidiol*, substância derivada da maconha, para portadores de epilepsia, esclerose tuberosa, Síndrome de Rett, Mal de Parkinson, dentre outras enfermidades, mesmo sem terem registro na ANVISA. Por muito tempo, famílias com crianças acometidas por epilepsia buscaram na Justiça o fornecimento gratuito destes medicamentos, proibidos no país, até que em janeiro de 2015 a ANVISA resolveu retirá-los do rol de substâncias proibidas, pelo menos para portadores de epilepsia, e em abril deste ano divulgou regras para se importar tais fármacos de forma simples<sup>199</sup>.

Ainda, mesmo medicamentos em fase de teste são passíveis de judicialização, vez que já podem ter comprovada sua eficácia, não se podendo partir, *ab initio*, do pressuposto da leviandade do médico que prescreveu o fármaco.

O STJ já decidiu no sentido do Estado ter por obrigação o oferecimento, ao cidadão acometido por enfermidade, do tratamento mais adequado ao seu caso, conforme se extrai da ementa do julgamento do RMS 24.197/PR<sup>200</sup>: “A ordem constitucional vigente [...] consagra o direito à saúde como dever do Estado, que deverá [...] propiciar aos necessitados não ‘qualquer tratamento’, mas o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento”.

Há, então, necessidade de se revisar periodicamente os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDTs) existentes, porquanto não são absolutos, devendo ser fornecido, na medida do possível, o medicamento indicado para cada paciente, conforme as peculiaridades do quadro clínico.

---

**6.360, de 23 de setembro de 1976.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6360.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6360.htm)>. Acesso em: 06. jun. 2015.

<sup>199</sup> KNOPLUCH, Carol. Anvisa muda postura e só autoriza canabidiol para epilepsia. **O Globo**, 03 set. 2015. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/saude/anvisa-muda-postura-so-autoriza-canabidiol-para-epilepsia-17386220>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

<sup>200</sup> RMS 24.197/PR, DJe 24/08/2010.

Com isso quer-se afirmar que os PCDTs não são inquestionáveis, cabendo sua contestação inclusive por via judicial (Enunciado nº 4<sup>201</sup>, I Jornada de Direito da Saúde<sup>202</sup>).

Em relação aos medicamentos experimentais, afirma-se comumente que, para além de representar uma ameaça à saúde dos pacientes, no caso de se conceder medicamentos de eficácia ainda não comprovada, impacta-se o administrador público, que precisará diminuir outro gasto para o fim de conseguir cumprir as decisões judiciais, normalmente deixando de incrementar o Programa de Saúde da Família, política de saúde voltada à atenção básica.

Por exemplo, se determinada doença puder ser tratada com o medicamento X, disponibilizado pelo SUS, mas o médico responsável prescrever o medicamento Y, não disponibilizado pelo SUS e, em regra, muito mais caro que o medicamento X, no caso de Judiciário dar procedência à demanda, haverá prejuízo a outras políticas públicas em razão do elevado dispêndio para custear o tratamento desta única pessoa com o medicamento Y.

Em tese, o Judiciário não deveria obrigar os entes federados a fornecer medicamentos não registrados pela ANVISA e os experimentais, porque estes ainda dependem de estudos e testes para que sua eficácia e segurança nos seres humanos sejam avaliadas. Diz-se em tese porque, na prática, muitos destes medicamentos acabam sendo fornecidos por meio de ordem judicial. Somente em 2014, o governo (União e Estados) gastou R\$ 314 milhões com estes tipos de fármaco (não registrados pela ANVISA, normalmente importados)<sup>203</sup>.

O Enunciado nº 6 aprovado na I Jornada de Direito da Saúde vai ao encontro deste entendimento: “A determinação judicial de fornecimento de fármacos deve evitar os medicamentos ainda não registrados na ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei”. Assinala Marco Antonio da Costa Sabino<sup>204</sup> que

---

<sup>201</sup> Os PCDT são elementos organizadores da prestação farmacêutica, e não limitadores. Assim, no caso concreto, quando todas as alternativas terapêuticas previstas no respectivo PCDT já tiverem sido esgotadas ou forem inviáveis ao quadro clínico do paciente usuário do SUS, pelo princípio do art. 198, III, da CF, pode ser determinado judicialmente o fornecimento, pelo sistema único de saúde, do fármaco não protocolizado.

<sup>202</sup> A I Jornada de Direito da Saúde, organizada pelo Fórum da Saúde do CNJ, ocorreu entre os dias 14 e 16 de maio de 2014, em São Paulo (SP), no intuito de se promover uma discussão multidisciplinar sobre a judicialização da saúde. O evento ocorreu no auditório do edifício MMDC, prédio que abriga os gabinetes de trabalho da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tendo sido aprovados Enunciados interpretativos sobre o direito à saúde com subsídios de membros do Poder Judiciário, do Executivo, da Academia e de especialidades da saúde.

<sup>203</sup> CAMBRICOLI, Fabiana. Governos gastam R\$ 314 milhões com remédio importado. **O Estado de São Paulo**, 24 mai. 2015. Disponível em: <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,governos-gastam-r-314-milhoes-com-remedio-importado,1693438>>. Acesso em: 23. nov. 2015.

<sup>204</sup> SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da saúde. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

[...] as listas representam uma previsão, um planejamento do Executivo, com a conseqüente aplicação de recursos para a compra de medicamentos. No caso das listas, os remédios são comprados anteriormente e colocados à disposição dos pacientes. Há, inclusive, a possibilidade de negociação de valores para a compra, o que é adequadamente razoável. [...] O mesmo não ocorre quanto a decisão vem do Judiciário: nesse caso, o Executivo se vê forçado a comprar o medicamento, sem alternativa. Medidas como o bloqueio imediato de numerário das contas do Estado causam um sensível impacto nas ações governamentais, [...], e que nos ensina que, sempre que se tiram recursos de um local para aplica-los em outro, alguém não experimentará sua fatia no bolo, já que, afinal, o cobertor é curto.

Eduardo Appio<sup>205</sup> corrobora este entendimento, aduzindo que o direito à saúde, em regra, depende de comando legal que delimite a amplitude da atuação administrativa na formulação de políticas públicas correlatas, em que pese se tratar de direito fundamental:

Por essa razão, em que pese a imediata aplicabilidade dos direitos sociais, o autor irá identificar um conflito entre o direito à vida daquele que tenta socorrer-se do Judiciário para ver cumprido direito subjetivo que lhe assiste e o direito à vida de uma coletividade que carece do orçamento público.

E ainda, como bem lembrado por Daniel Wei Liang Wang<sup>206</sup>,

[...] a judicialização da saúde não se limita ao fornecimento de medicamentos. Gastos judicialmente ordenados com outros bens e serviços de saúde devem ser computados, bem como os valores despendidos pelo Estado com processo judicial e para cumprimento espontâneo de uma demanda frente à ameaça de um processo judicial.

Assim, o orçamento público deve conter recursos suficientes não somente à aquisição do medicamento, como também para pagar honorários advocatícios (em ação ordinária), bem como eventuais multas pelo atraso no cumprimento da obrigação, tendo-se a multa diária aplicada por decisão interlocutória ou por sentença. Pode haver, ainda, a

---

<sup>205</sup> APPIO, Eduardo. **Controle judicial de políticas públicas**. Curitiba: Juruá, 2008. pp. 184-189.

<sup>206</sup> WANG, Daniel Wei Liang. **Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde**. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2009.

determinação judicial de bloqueio de verbas públicas, para que se cumpra a obrigação de fornecer determinado tratamento ao cidadão pleiteante<sup>207</sup>.

A título de exemplo, no processo nº 0023694-17.2010.8.20.0001/01, processado e julgado na 5ª Vara da Fazenda Pública de Natal, houve determinação judicial de bloqueio do valor total de R\$ 811.679,58 na conta do Estado do Rio Grande do Norte, para ser utilizado no tratamento da parte autora, que sofria de anemia aguda crônica. (hemoglobinúria paroxística noturna).

No caso, o magistrado salientou que, antes de proferir essa decisão, intimou o Estado (Procuradoria Geral) e o Secretário de Estado da Saúde Pública para que, no prazo de cinco dias, se manifestassem sobre o conteúdo do pedido e dos documentos anexados pela autora, para o fim de que providenciassem voluntariamente o fornecimento da medicação, sob pena do bloqueio de verbas públicas.

Contudo, tendo o prazo transcorrido *in albis*, houve o deferimento da medida, restando autorizada, também, a transferência do valor retido para a conta bancária da autora, fixando-se o prazo de quinze dias, contando da data da transferência do valor, para que a paciente comprovasse nos autos a aplicação do valor na compra da medicação.

Em regra, as decisões judiciais por meio das quais os juízes dão procedência à demanda proposta se pautam no direito à saúde, insculpido no art. 196 da Constituição Federal de 1988, como consequência constitucional indissociável do direito à vida, sendo certo de que, contra este, não pode haver nenhum argumento relativo a questões orçamentárias, de competência administrativa (definida pela Lei do SUS) ou de interpretação legal<sup>208</sup>. Trata-se de um argumento linear seguido pela maioria dos juízes.

---

<sup>207</sup> Enunciado nº 53 da II Jornada de Direito da Saúde: “Mesmo quando já efetuado o bloqueio de numerário por ordem judicial, pelo princípio da economicidade, deve ser facultada a aquisição imediata do produto por instituição pública ou privada vinculada ao SUS, observado o preço máximo de venda ao governo – PMVD, estabelecido pela CMED – Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos”. O PMVG é o teto de preço para comprar medicamentos inseridos nas listas de produtos sujeitos ao CAP – Coeficiente de Adequação de Peso ou de qualquer medicamento a ser adquirido por força da decisão judicial. ANVISA. Listas de preços de medicamentos. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br>>. Acesso em: 27. nov. 2015. Uma das atribuições da ANVISA é exercer a função de Secretaria Executiva da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), órgão interministerial responsável por regular o mercado e estabelecer critérios para a definição e o ajuste de preços.

Enunciado nº 54 da II Jornada de Direito da Saúde: “Havendo valores depositados em conta judicial, a liberação do numerário deve ocorrer de forma gradual mediante comprovação da necessidade de continuidade do tratamento postulado, evitando-se a liberação única do montante integral”. Enunciado nº 55: “o levantamento de valores para o cumprimento de medidas liminares nos processos depende da assinatura de termo de responsabilidade e prestação de contas periódica”. Enunciado nº 56: “havendo depósito judicial por falta de tempo hábil para aquisição do medicamento ou produto com procedimento licitatório pelo poder público, antes de liberar o numerário é prudente, sempre que possível, que se exija da parte a apresentação prévia de três orçamentos”.

<sup>208</sup> A título de exemplo, no julgamento da AC nº 0012238-72.2011.8.26.0032 (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, j. 20.01.2013), o Rel. Des. Ronaldo Andrade entendeu que imperioso o fornecimento de sonda

Contudo, mesmo em se tratando de casos graves e urgentes, os magistrados poderiam lidar com este tipo de demanda de maneira mista: deferindo a tutela antecipada liminarmente, para que não ocorra, por exemplo, a morte do enfermo no caso de não haver o fornecimento do medicamento pedido, e, no curso processual, exigindo informações da parte autora e do médico responsável pela prescrição de seu tratamento, tais como: (i) fundamentação técnica consistente, indicando os motivos pelos quais os medicamentos oferecidos pelo SUS não se adequam ao caso do paciente; (ii) exposição detalhada dos benefícios do medicamento pleiteado; (iii) estudos científicos, eticamente isentos, que comprovem a propalada eficácia do fármaco, tais como revistas indexadas e com conselho editorial; (iv) declaração quanto ao emprego de fármacos disponibilizados pelo SUS sem que tenha havido êxito no tratamento<sup>209</sup>; (v) manifestação sobre possíveis vínculos seus, formais ou informais, com o laboratório fabricante do medicamento prescrito.

Aliás, no que toca à exigência de declaração quanto ao emprego de fármacos disponibilizados pelo SUS sem que tenha havido êxito no tratamento, o Enunciado nº 12, aprovado na I Jornada do Direito à saúde, esmiúça a questão, a saber:

A inefetividade do tratamento oferecido pelo SUS, no caso concreto, deve ser demonstrada por relatório médico que a indique e descreva as normas éticas, sanitárias, farmacológicas (princípio ativo segundo a Denominação Comum Brasileira) e que estabeleça o diagnóstico da doença (Classificação Internacional de Doenças – CID), tratamento e periodicidade, medicamentos, doses e fazendo referência ainda sobre a

---

nasogástrica pleiteada por meio de ação ordinária. In *verbis*: “O direito à saúde é um direito fundamental assegurado pelo artigo 196 da norma constitucional, sendo dever do Estado patrocinar as condições indispensáveis para seu pleno exercício, conforme determina o artigo 219 da Constituição do Estado de São Paulo. O bem maior a ser preservado, no caso de fornecimento de medicamentos, é a vida e não há interpretação legal, orçamento, competência administrativa, ou reclamo que possa ser interposto contra este. É dever do Poder Público garantir a vida do cidadão e lhe fornecer integral atendimento. Nem mesmo se pode afirmar que a falta de previsão orçamentária obsta o fornecimento do medicamento, pois a obrigatoriedade do fornecer remédios é ônus estatal. Nem se pode cogitar, com a devida vênia de entendimento em outro sentido, que o medicamento prescrito não se encontra em lista de medicamentos fornecíveis, pois não se coaduna com o alcance que se deve conferir à norma constitucional a possibilidade de se permitir que o Estado fixe quais os medicamentos que quer fornecer. O correto é permitir que o cidadão apresente a necessidade, devidamente documentada e com pedido subscrito por médico e não se tratando de medicamento de caráter experimental ou que tenha sido excluído de terapia oficial por não ter eficácia comprovada ou ainda ser elemento integrante de terapia não aprovada no País, o medicamento deve ser fornecido de acordo com a prescrição médica, sendo irrelevante e descabida a menção a orçamento na medida em que a vida humana supera as necessidades orçamentárias”.

<sup>209</sup> Uma maneira de melhor aferir a real necessidade do medicamento especificado na exordial seria requerer prova de que de fato não há medicamento fornecido pelo SUS para tratar a moléstia que acomete a parte autora ou, em havendo, que não surtiu os efeitos desejados, ou ainda, que operou efeitos colaterais graves. Enunciado nº 16, aprovado na I Jornada de Direito da Saúde: “Nas demandas que visam acesso a ações e serviços da saúde diferenciada daquelas oferecidas pelo Sistema Único de Saúde, o autor deve apresentar prova da evidencia científica, a existência, inefetividade ou impropriedade dos procedimentos ou medicamentos constantes dos protocolos clínicos do SUS”.

situação do registro na ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária).

Neste sentido, interessante julgamento se deu no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (AC nº 994.09.238402-7, Des. Rel. Antonio Carlos Malheiros, 3ª Câmara de Direito Público, j. 30/11/2010<sup>210</sup>). Tratou-se de ação ordinária proposta em face do Município de Franca visando ao fornecimento do medicamento *Vitergan Master* por seis meses para tratar o autor, acometido por disfunção erétil e astenia. Pelo acórdão, deu-se parcial provimento ao recurso da Municipalidade, determinando-se o fornecimento de polivitamínicos e poliminerais similares ao medicamento prescrito, que compõem o programa oferecido pelo SUS, especificamente do programa de assistência farmacêutica do Município de Franca.

Assim, no caso, houve prestação de informações técnicas por médicos especialistas e gestores do SUS, informando que havia nas listas oficiais substâncias de efeitos análogos ao do medicamento pleiteado pelo autor, não tendo ele, ainda, feito uso dessas alternativas terapêuticas<sup>211</sup>.

Mas se não houver alternativas terapêuticas oferecidas pelo SUS, o medicamento pleiteado deve ser fornecido, porque a assistência à saúde não pode ser obstada por regras burocráticas. Ou seja, ainda que o tratamento postulado não conste do rol das listas de dispensação obrigatória do SUS, estas consistem em normas de hierarquia inferior, que, portanto, não podem prevalecer em relação ao direito constitucional à vida e à saúde, intrinsecamente vinculado à dignidade da pessoa humana, consistindo, então, em direito subjetivo dos cidadãos.

Este rol exemplificativo de informações a serem prestadas pela parte autora e por seu médico responsável deveria ser sempre seguido porque, assim como qualquer tipo de benefício, a prestação de serviços de saúde pelo Estado também é passível de fraude. Um relevante fato a ser dito, neste contexto, é um esquema bastante articulado, aplicado com logística impecável, protagonizado por indústrias farmacêuticas, que oferecem vantagens, pecuniárias ou não, aos profissionais da saúde que prescreverem, exclusivamente, os

---

<sup>210</sup> “MEDICAMENTOS - Autor portador de disfunção erétil e astenia, pleiteou o fornecimento do medicamento ‘Vitergan Master’, por 6 meses, necessário para o tratamento de suas enfermidades Admissibilidade - Direito fundamental à vida assegurado - Aplicação do art. 196, da Constituição Federal - Determinação, no entanto, do fornecimento de polivitamínicos e polimerais, similares ao medicamento prescrito, que fazem parte da lista dos produtos padronizados e da farmácia básica da Municipalidade de Franca - Recurso parcialmente provido”.

<sup>211</sup> O PL nº 8.058/2014, que institui processo especial para a intervenção e o controle judicial de políticas públicas, impõe que o procedimento seja de cognição ampla e profunda, de modo a propiciar ao magistrado o assessoramento necessário ao pleno conhecimento da realidade fática e jurídica.

medicamentos por si produzidos, situação na qual se aniquila o interesse público, predominando os interesses privados das indústrias farmacêuticas e desses profissionais<sup>212</sup>.

Via de regra, quando ocorre este tipo de fraude, a(s) empresa(s) farmacêutica(s) utiliza(m) estratégia consistente (i) na localização e identificação de pacientes que aparentam padecer de doenças específicas; (ii) na captação de médicos propostos a prescrever determinados medicamentos para que, na sequência, advogados manejem as respectivas ações judiciais, visando compelir o ente federado (União, Estados, Municípios), mediante a coerção do Poder Judiciário, a adquirir e fornecer os medicamentos produzidos por elas mesmas.

O objetivo final é alavancar as vendas dessa(s) empresa(s). Para tanto, benefícios de toda a sorte costumam ser distribuídos: (i) aos médicos que se mostrem dispostos a prescrever os medicamentos indicados pelos laboratórios farmacêuticos; e (ii) aos advogados que ajuízem as medidas judiciais necessárias. Em suma, esses médicos inventam doenças para estes pacientes, sendo estes e o SUS verdadeiras vítimas do esquema.

Mas em demandas veiculando pedido de fornecimento gratuito de medicamentos, o magistrado possui meios de averiguar a real necessidade do tratamento pleiteado, principalmente por meio da realização de perícia médica, para se evitar este tipo de fraude.

Assinale-se que tal prática é vedada pelo Conselho Federal de Medicina. Dispõe o Código de Ética Médica, em seu art. 69, que é vedado ao médico “[...] obter vantagem pelo encaminhamento de procedimentos, pela comercialização de medicamentos, órteses, próteses ou implantes de qualquer natureza, cuja compra decorra de influência direta em virtude de sua atividade profissional”<sup>213</sup>.

A tese de defesa bastante levantada pela Fazenda Pública, nos casos de condenação, por decisão interlocutória ou sentença, é a de que os magistrados concedem de imediato tudo o que é pleiteado, sem observarem leis, normas e portarias que determinam a repartição da competência administrativa no fornecimento de medicamentos e na

---

<sup>212</sup> Mais a frente (subitem 2.2) será relatada a operação policial “Garra Rufa”, que, em 2008, identificou três organizações criminosas em Marília, compostas por um médico, dois advogados, dois membros da ONG “Associação dos Portadores de Vitiligo e Psoríase do Estado de São Paulo” e quatro representantes/funcionários dos laboratórios farmacêuticos Wyeth, Mantecorp e Merck Serono, que requeriam o fornecimento de remédios análogos aos oferecidos pelo SUS com custo mensal muito superior, tendo sido, contudo, as maiores vítimas deste esquema de corrupção as próprias pessoas que figuraram no polo ativo destas demandas, que nem apresentavam a enfermidade para a qual se destina o uso do medicamento prescrito, além do que, muitas delas nem sabiam do ajuizamento da demanda.

<sup>213</sup> BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.931, de 24 de setembro de 2009. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931\\_2009.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm)>. Acesso em: 14. mai. 2014.

realização de procedimentos cirúrgicos. Nota-se que a defesa costuma basear-se tão somente em aspectos processuais e/ou exclusivamente jurídicos, sem abordar questões fáticas casuísticas.

Outro ponto normalmente arguido pelos entes federativos é a condição financeira da parte autora para adquirir os medicamentos pleiteados. Isso porque o Superior Tribunal de Justiça entende que o Estado não é obrigado a fornecer tratamento gratuitamente a paciente com boa condição financeira<sup>214</sup>.

Neste ponto, deve-se entender que, para fins de prova, não bastaria apenas apresentar comprovante de renda/benefício previdenciário, como também se deve comprovar outros gastos contínuos que pesam no orçamento familiar, ocasionando a incapacidade financeira para adquirir determinados medicamentos.

De qualquer forma, no mérito, a defesa da parte ré restringe-se em demonstrar que (i) não é responsável pelo ato ou fato arguido; (ii) não houve o fato impugnado (por exemplo, o cidadão não fez o pedido administrativo); (iii) o fato não é lesivo (não há urgência ou possibilidade de dano de difícil reparação); e/ou (iv) o fato foi permitido por autoridade competente.

Em sede de processo individual, a veiculação do direito à saúde ocorre tanto por meio do ajuizamento de ação ordinária, quanto pela impetração de mandado de segurança.

O mandado de segurança trata-se de remédio constitucional para tutelar direitos líquidos e certos, individuais ou coletivos<sup>215</sup>, não amparados por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesados ou ameaçados de lesão por ato de autoridade, podendo ser impetrado por pessoa física ou jurídica, ou até mesmo por órgãos públicos despersonalizados, mas dotados de capacidade processual, como as Chefias dos Executivos, as Comissões Autônomas, as Superintendências de Serviços e demais órgãos administrativos.

---

<sup>214</sup> No julgamento do AREsp 522.657, o STJ entendeu que a parte autora, enferma, da demanda não se tratava de pessoa carente, vez que positivas condições financeiras, em razão de possuir vários bens e elevadas aplicações financeiras. “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PELO ESTADO. IMPOSSIBILIDADE DE ARCAR COM OS CUSTOS DO REMÉDIO NÃO COMPROVADA. ACÓRDÃO EMBASADO EM PREMISSAS FÁTICAS. REVISÃO. SÚMULA 07/STJ. I - O Tribunal de origem, após minucioso exame dos elementos fáticos contidos nos autos, consignou não se tratar de pessoa carente, ressaltando suficientes condições financeiras do enfermo para a aquisição do medicamento, porquanto possui expressivo patrimônio [...]”.

<sup>215</sup> A Constituição de 1988 admitiu o *mandamus* na forma coletiva, a ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, por organização sindical, por entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano (art. 5º, LXX). O mandado de segurança coletivo, como o nome já diz, não se presta a defender direito individual de um ou alguns filiados de partido político, sindicato ou associação, mas sim da categoria como um todo.



Por direito líquido e certo<sup>216</sup> entende-se aquele que se apresenta manifesto em sua existência, delimitado em sua extensão e apto a ser exercitado no momento de sua impetração, ou seja, deve vir expresso em norma legal e trazer todos os requisitos e condições de sua aplicação.

Como ressalta Hely Lopes Meirelles<sup>217</sup>, “respondem também em mandado de segurança as autoridades judiciárias quando pratiquem atos administrativos ou profiram decisões judiciais que lesem direito individual ou coletivo, líquido e certo, do impetrante”.

Quanto a sua natureza processual, é ação civil de rito sumário especial, que visa afastar ofensa a direito subjetivo individual ou coletivo por meio de ordem corretiva ou impeditiva da ilegalidade, a ser cumprida pela autoridade coatora. A ele se aplicam subsidiariamente as disposições do Código de Processo Civil.

No polo passivo do mandado de segurança, como autoridade impetrada, normalmente se encontram Secretários de Estado da Saúde e/ou Secretários Municipais de Saúde (art. 6º, § 3º, Lei Federal nº 12.016/2009<sup>218</sup>), e é a partir desta autoridade que se fixa a competência jurisdicional para o processamento e o julgamento do *mandamus*.

As provas para demonstrar a liquidez e a certeza do direito postulado em sede de mandado de segurança devem instruir a peça inaugural da ação, salvo se estiverem em poder do impetrado ou se forem supervenientes. Assim, exige-se prova pré-constituída dos fatos que embasam o direito invocado, ou seja, deve haver prova cabal, literal, da causa de pedir remota, que, no caso do mandado de segurança, consiste no direito, subjetivo, líquido e certo alegadamente lesado ou ameaçado de lesão.

A inadequação da via eleita também é tese levantada pela Fazenda Pública porque, como sabido, inviável a dilação probatória em sede de *mandamus* e, para se saber se é realmente necessário o tratamento pleiteado pela parte impetrante, de rigor a realização de perícia médica, o que é cabível em ação ordinária.

Assim, nalgumas hipóteses, o mandado de segurança não se mostra como via adequada para solucionar o litígio, principalmente quando o impetrante não possui prova cabal de sua posição jurídica, por meio de prova pré-constituída.

---

<sup>216</sup> Hely Lopes MEIRELLES argumenta que nem a expressão atual (direito líquido e certo), nem a anterior (direito certo e incontestável) são satisfatórias, porque o direito, se existente, é sempre líquido e certo, podendo, aí sim, os fatos ser imprecisos e incertos, exigindo comprovação e esclarecimentos. Mandado de segurança, 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 38, nota de rodapé 22.

<sup>217</sup> Ibidem, p. 27.

<sup>218</sup> “Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática”.

Caso contrário, se houver necessidade de dilação probatória para se aferir se o medicamento requerido possui o condão de operar bons efeitos no paciente demandante, resta inadequada a via do mandado de segurança. Tal justificativa já fora empregada por diversas vezes pelos Tribunais, tendo-se como exemplo o Recurso em Mandado de Segurança nº 28.962/MG<sup>219</sup>, em cujo julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, restou definido que (i) faz-se necessário comprovar por meio de perícia técnica que o tratamento com o medicamento pleiteado surtirá mais efeito, (ii) a dilação probatória é incompatível com o rito célere do mandado de segurança, e (iii) o documento indicativo de que o tratamento deveria ser realizado com o fármaco desejado foi produzido de forma unilateral, sem o crivo do contraditório. Assim, houve desprovimento do recurso ordinário em razão da ausência de prova pré-constituída, que impede a concessão da ordem em sede de *mandamus*.

Em continuação, o prazo decadencial para se impetrar o *mandamus* é de 120 dias a contar da ciência oficial do ato coator (art. 23<sup>220</sup>). No caso dos medicamentos, seria contado a partir da notificação do cidadão acerca da negativa, via administrativa, de fornecimento de medicamento por parte do Estado.

Neste ponto, uma tese bastante levantada pela autoridade impetrada é a inadequação da via eleita, em razão de muitas pessoas impetrarem mandado de segurança sem antes terem feito pedido administrativo perante o Poder Público, de modo que não haveria lesão a direito líquido e certo, porque não há como ocorrer negativa de atendimento se nem pedido houve.

Contudo, a prova da negativa de fornecimento do medicamento pelo SUS não é indispensável, porque não há norma exigindo o esgotamento da via administrativa para se impetrar *mandamus*.

Assim, visando-se à tutela do direito à saúde, não se faz necessário esgotar a via administrativa, de modo que o direito líquido e certo não precisa, no caso, ser lesado concretamente, bastando sua potencial ameaça.

Analisando-se o que regularmente acontece, o Judiciário concede a liminar requerida em *mandamus* e a ratifica quando da prolação da sentença concedendo a segurança pleiteada.

---

<sup>219</sup> RMS 28.962/MG, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 25/08/2009.

<sup>220</sup> Art. 23. “O direito de requerer mandado de segurança extingue-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado”.

Da análise da jurisprudência sobre o tema, nota-se que há ajuizamento de demandas visando ao fornecimento de medicamentos já previstos nas listas oficiais do SUS, ou seja, de medicamentos já constantes da política pública de assistência farmacêutica, situação na qual se encaixa o Enunciado nº 11, aprovado na I Jornada de Direito da Saúde:

Nos casos em que o pedido em ação judicial seja de medicamento, produto ou procedimento já previsto nas listas oficiais do SUS ou em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDTs), recomenda-se que seja determinada pelo Poder Judiciário a inclusão do demandante em serviço ou programa já existentes no Sistema Único de Saúde (SUS), para fins de acompanhamento e controle clínico.

Assim, é recomendável, preliminarmente, que o cidadão busque informações sobre a disponibilidade do tratamento prescrito, evitando-se, com isso, a judicialização desnecessária. Este, aliás, é o teor do Enunciado nº 3, aprovado na I Jornada de Direito da Saúde: “Recomenda-se ao autor da ação, a busca preliminar sobre disponibilidade do atendimento, evitando-se a judicialização desnecessária”.

Com efeito, em se concedendo liminar para fornecer medicamento já disponibilizado pelo SUS, opera-se o efeito *fura fila*, vez que milhares de outros cidadãos requereram administrativamente o mesmo fármaco perante os postos de saúde, adaptando-se à sistemática cronológica deste fornecimento.

É costume impetrar mandado de segurança visando-se ao fornecimento gratuito de medicamento por parte do Estado, em razão de seu rito sumário e do requisito principal de prova pré-constituída (prova documental), para o que tem bastado a apresentação do receituário médico, laudo médico e/ou receita médica, além de, eventualmente, a resposta, por escrito, dada pelo SUS quando do requerimento do medicamento via administrativa, comunicando, por exemplo, que o fármaco pedido não consta das listas de dispensação obrigatória do SUS.

Normalmente, tem-se a procedência do pedido, com a condenação do(s) ente(s) federado(s) a fornecer(em) o item pleiteado pelo cidadão, relevando os magistrados a respeito da prescrição ter sido subscrita por médico da rede pública ou da rede privada de saúde e sobre a existência ou não de alternativas terapêuticas oferecidas pelo SUS.

Contudo, embora raro, pode ocorrer improcedência da demanda. Por exemplo, no processo nº 0014119-32.2011.8.26.0114 (mandado de segurança), o impetrante, acometido por câncer de próstata, pleiteou o fornecimento de um tratamento específico (braquiterapia). Em que pese a liminar ter sido deferida, ao final houve denegação da

segurança, entendendo o magistrado que o Estado já cumpria sua obrigação constitucional de fornecer tratamento de saúde à população acometida por câncer de próstata, tendo firmado “cadastro com o SUS de entidade públicas e privadas na região de Campinas: UNICAMP-CACON com radioterapia no Hospital Universitário da Unicamp; Hospital Maternidade Celso Pierro e Hospital Mario Gatti”.

Dessa forma, o Estado já estaria proporcionando as políticas sociais e econômicas que visam à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação de forma integral. Seria rigor demasiado exigir que ele tenha em mãos todo e qualquer tipo de tratamento contra as doenças, notadamente porque a cada dia inúmeros medicamentos e tratamentos novos aparecem no mercado<sup>221</sup>.

Tendo o impetrante interposto recurso de apelação, fora ele provido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo<sup>222</sup>, o que ocorre na maioria das vezes.

Outro exemplo que se tem é o processo nº 02304680595-0, que tramitou perante a Unidade da Fazenda Pública do Estado de Santa Catarina, no qual o autor da ação ordinária, acometido por hepatite C, requeria o fornecimento dos medicamentos *Interferon Peguilado 180 mg* e *Ribavirina 250 mg*, tendo fundamentado seu pedido na alegação de que a combinação destes fármacos é mais eficiente que a do *Interferon* convencional com a *Ribavirina*, estes disponibilizados pelo SUS.

O magistrado julgou improcedente o pedido (art. 269, inc. I, CPC/73), entendendo que “não restou comprovado que a medicação pretendida era mais eficaz do que aquela que já estava sendo disponibilizada pelo Estado de Santa Catarina”. Posteriormente, o autor interpôs recurso de apelação, que fora provido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Outro caso análogo se deu no processo nº 0034377-60.2013.4.01.3400, que tramitou perante a 6ª Vara Federal do Distrito Federal, no qual houve improcedência do

---

<sup>221</sup> Neste sentido, tem-se o Enunciado nº 7 aprovado na I Jornada de Direito da Saúde: “Sem prejuízo dos casos urgentes, visando respeitar as competências do SUS, definidas em lei para o atendimento universal às demandas do setor de saúde, recomenda-se nas demandas contra o poder público nas quais se pleiteia dispensação de medicamento ou tratamentos para o câncer, caso atendidos por médicos particulares, que os juízes determinem a inclusão no cadastro, o acompanhamento e o tratamento junto a uma unidade CACON/UNACON”.

<sup>222</sup> “Direito à saúde - Medicamentos - Caso em que veio comprovada a necessidade dos tratamentos indicados pelo médico - Impetrante que não tem condições de custear o tratamento - Dever do Estado, em sentido genérico - Entes federativos que estão obrigados solidariamente a assegurar a saúde, a vida e a dignidade dos indivíduos - Inteligência dos artigos 196 e 198, II, da Constituição Federal - Direito à vida que não pode ceder frente ao princípio da separação de poderes (artigo 2º, da Constituição Federal) - Precedentes do STF e do STJ - Recurso da impetrante provido.” (Rel. Des. José Luiz Gavião de Almeida, j. 27/08/2013)

pedido veiculado. No caso, a AGU sustentou a inviabilidade de fornecimento pelo SUS do medicamento pleiteado, em razão de ser experimental (sem comprovação de sua segurança e eficácia pelas autoridades brasileiras, sem registro na ANVISA).

No caso, a autora tinha pleiteado, por meio do ajuizamento de ação ordinária, o fornecimento do medicamento *Soliris* 300 mg, prescrito por médico particular, para tratar Hemoglobinúria Paroxística Noturna (HPN)<sup>223</sup>. A AGU alertou a inviabilidade de fornecer tratamento que pudesse oferecer riscos ao paciente e trazer prejuízo à população em virtude do alto custo do fármaco (mais de R\$ 1 milhão por paciente, ao ano, no caso), impactando diretamente a política de saúde nacional. Ainda, que havia nota técnica do Ministério da Saúde explicitando os motivos pelos quais o remédio não deveria ser incorporado ao SUS.

Assim, por meio da sentença restou assentado que não houve prova cabal de que o medicamento teria eficácia, em razão de haver controvérsias científicas a seu respeito<sup>224</sup>.

Como último exemplo de caso em que houve improcedência da demanda, tem-se o processo nº 0506163-23.2013.4.05.8013, no qual, após a interposição de recurso inominado perante a Turma Recursal da Seção Judiciária/AL pela União, restou decidido que ela não poderia fornecer medicamento importado e sem registro da ANVISA. Tratou-se de demanda buscando o fornecimento do medicamento *Ospolot* 50 mg para tratar epilepsia. O magistrado que compunha a Turma Recursal sustentou sua decisão nos seguintes fundamentos: (i) respeito à autonomia da ANVISA para estudar e registrar os medicamentos no país, o que engloba atividades e testes destinados a avaliar produtos farmacêuticos e seus efeitos para a saúde humana; e (ii) a ausência de registro é ilícito penal de razoável gravidade, conforme preveem os arts. 273, § 1º-B, inc. I e 278 do Código Penal<sup>225</sup>.

---

<sup>223</sup> Trata-se de uma anemia hemolítica crônica causada por um defeito na membrana das hemácias.

<sup>224</sup> Houve interposição de recurso perante o TRF da 1ª Região, porém a autora veio a falecer, constando do DOU de 10/03/2015 que “A Turma, à unanimidade, em questão de ordem proposta pelo Desembargador Federal Kássio Nunes Marques, submeteu os presentes autos à análise do Relator Daniel Paes Ribeiro, tendo em vista petição informando o falecimento da autora e requerimento de extinção do processo, sem resolução do mérito”.

<sup>225</sup> Art. 273. “Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: [...]. § 1º-B. Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições: I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente”.

Art. 278 – “Fabricar, vender, expor à venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma, entregar a consumo coisa ou substância nociva à saúde, ainda que não destinada à alimentação ou a fim medicinal: Pena - detenção, de um a três anos, e multa. Parágrafo único - Se o crime é culposo: Pena - detenção, de dois meses a um ano”.

Ações ordinárias envolvendo o direito à saúde também são frequentemente ajuizadas perante os Juizados Especiais (Lei Federal nº 9.099/95, Lei Federal nº 10.259/01, Lei Federal nº 12.153/09). Todavia, se houver necessidade de dilação probatória, não se deve propor demanda perante o Juizado, em razão da incompatibilidade de seu rito com a produção de provas nos autos. Este, aliás, o teor do Enunciado nº 5 da I Jornada de Direito da Saúde:

Deve-se evitar o processamento, pelos juizados, dos processos nos quais se requer medicamentos não registrados pela ANVISA, *off label*<sup>226</sup> e experimentais, ou ainda internação compulsória, quando, pela complexidade do assunto, o respectivo julgamento depender de dilação probatória incompatível com o rito do juizado.

Ainda em relação aos Juizados Especiais, deve-se atentar ao custo anual do tratamento requerido, dispondo nestes termos o Enunciado nº 47 aprovado na II Jornada de Direito da Saúde<sup>227</sup>: “Não estão incluídos na competência dos juizados especiais da fazenda pública os casos em que se pretende o fornecimento de medicamentos e/ou tratamento cujo custo anual superar o limite da competência dos referidos juizados”.

Por fim, em havendo procedência do pedido, seja veiculado por mandado de segurança, seja por ação ordinária, o magistrado tem por costume condicionar a entrega dos medicamentos requeridos à apresentação periódica de receita médica atualizada perante o local que irá fornecer os fármacos (posto de saúde, normalmente). Neste sentido, aliás, foi editado o Enunciado nº 2 da I Jornada de Direito da Saúde:

---

<sup>226</sup> Medicamentos de uso *off label* (i) têm indicações diferentes daquelas constantes da bula; (ii) b) têm posologias não comuns; (iii) são ministrados para tratar doenças ainda não estudadas; e (iv) possuem indicação terapêutica distinta daquela aprovada pela ANVISA. Assim, não podem ser considerados experimentais, porque dispõem de registro pela ANVISA, sendo, contudo, utilizados para finalidade diversa não prevista na bula. Segundo informações da ANVISA, “(...) quando um medicamento é aprovado para uma determinada indicação isso não implica que esta seja a única possível, e que o medicamento só possa ser usado para ela. (...) Uma vez comercializado o medicamento, enquanto as novas indicações não são aprovadas, seja porque as evidências para tal ainda não estão completas, ou porque a agência reguladora ainda as está avaliando, é possível que um médico já queira prescrever o medicamento para um seu paciente que tenha uma delas. Podem também ocorrer situações de um médico querer tratar pacientes que tenham uma certa condição que, por analogia com outra semelhante, ou por base fisiopatológica, ele acredite possam vir a se beneficiar de um determinado medicamento não aprovado para ela.” Assim, o tratamento *off label* é aquele prescrito para uma finalidade não trazida expressamente na bula do remédio, mas cuja eficácia é reconhecida pela comunidade médica, o que não se confunde com tratamento experimental, que, em regra, não é aceito pela comunidade médica. BRASIL. **Anvisa**. Como a ANVISA vê o uso *off label* de medicamentos. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br>>. Acesso em: 17. Jun. 2015.

<sup>227</sup> A II Jornada de Direito à saúde, organizada pelo Fórum da Saúde (CNJ), ocorreu nos dias 18 e 19 de maio de 2015 em São Paulo (SP), no prédio MMDC do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Assim como a II Jornada, consistiu num fórum amplo de discussão multidisciplinar sobre a judicialização da saúde.

Concedidas medidas judiciais de prestação continuativa, em medida liminar ou definitiva, é necessária a renovação periódica do relatório médico, no prazo legal ou naquele fixado pelo julgador como razoável, considerada a natureza da enfermidade, de acordo com a legislação sanitária, sob pena de perda de eficácia da medida.

Do tópico ora finalizado, conclui-se que o direito à saúde, embora previsto pelo constituinte para ser concretizado mediante a formulação e implementação de políticas públicas, também possui sua faceta individualmente judicializável, que possui o condão de surtir efeitos benéficos ao cidadão demandante, mas não opera efeitos vantajosos a outras pessoas acometidas pela mesma moléstia, não ensejando a revisão das políticas públicas existentes.

## **2.2 Estratégias judiciais e extrajudiciais adotadas pelo Estado de São Paulo frente à massificada judicialização do direito à saúde**

Diante da excessiva judicialização do direito à saúde, especificamente na busca do fornecimento gratuito de determinados tratamentos médicos, o Estado de São Paulo passou a adotar medidas judiciais e extrajudiciais para tentar conter este fenômeno, que pode se tornar insustentável.

Por primeiro, instituiu-se a 8ª Subprocuradoria da Procuradoria Judicial dentro da Área do Contencioso da Capital, consistente num setor especializado em saúde pública. A Secretaria Estadual de Saúde, por sua vez, criou uma equipe multidisciplinar para funcionar junto ao Gabinete do Secretário de Saúde: a CODES (Coordenação de Demandas Estratégicas do Sistema Único de Saúde). Juntos, estes grupos especializados passaram a se comunicar intensamente, visando compreender e melhor lidar com o fenômeno da judicialização do direito à saúde.

O primeiro grande fruto desta parceria foi a implementação de um sistema informatizado para se controlar as ações judiciais, ao qual foi dado o nome de Sistema de Controle Jurídico (SCJ). Segundo Juliana Yumi Yoshinaga<sup>228</sup>, “este *software* concentra um banco de dados com as seguintes informações: nome do paciente, nome do médico prescriptor, unidade de saúde de atendimento, tipo de medicamento, material ou tratamento

---

<sup>228</sup> YOSHINAGA, Juliana Yumi. Judicialização do direito à saúde: a experiência do Estado de São Paulo na adoção de estratégias judiciais e extrajudiciais para lidar com esta realidade. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, nº 24, Salvador, dez.-jan.-fev. 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com>>. Acesso em: 05. dez. 2014.

requerido, tipo de enfermidade, dados do processo judicial, nome do advogado do paciente, *status* do atendimento da ordem judicial, eventual condenação solidária com outros entes federados, etc”.

Com o cruzamento de dados neste sistema informatizado, passou a ser possível suspeitar de demandas forjadas, que surgem no interesse das indústrias farmacêuticas de que os medicamentos por si fabricados sejam incluídos nas listas oficiais do SUS. Deve-se atentar a estas “falsas” demandas principalmente porque, como alertado pelo Conselho Nacional de Secretários de Saúde<sup>229</sup>, “muitos dos lançamentos no mercado são de medicamentos com pequenas alterações ou adições nas moléculas já disponíveis [...] com custo/tratamento significativamente superiores ao seu antecessor e desproporcionais em relação à resposta obtida no tratamento”.

Ainda, estas indústrias investem em estratégias de marketing para apresentar os fármacos mais recentes como a última geração no tratamento de certas enfermidades, persuadindo a classe médica e alguns grupos específicos de usuários acerca de suas características inovadoras, enfatizando de modo desproporcional suas vantagens em relação aos medicamentos já existentes.

De fato, possível, por meio deste sistema informatizado, detectar certa coincidência recorrente entre a enfermidade narrada nos autos, o tratamento pleiteado (e o laboratório fabricante), o advogado subscritor da inicial e o médico prescritor.

Aliás, este monitoramento para se identificar possíveis ações orquestradas resultou na operação policial denominada *Garra Rufa* que, em 2008, identificou três organizações criminosas em Marília, compostas por um médico, dois advogados, dois membros da ONG “Associação dos Portadores de Vitiligo e Psoríase do Estado de São Paulo” e quatro representantes dos laboratórios farmacêuticos *Wyeth*, *Mantecorp* e *Merck Serono*.

Por meio desta investigação, descobriu-se o esquema utilizado pelo grupo criminoso para obter lucros infinitos em detrimento do erário e da saúde pública: embora o SUS fornecesse três medicamentos para tratar estas doenças (custos de R\$ 50,00 a R\$ 1.000,00), requeriam o fornecimento de remédios análogos com custo mensal de aproximadamente R\$ 5.000,00 por paciente. Como informa Yoshinaga, em 2008 a Secretaria Estadual de Saúde de São Paulo atendeu a 3.800 ordens judiciais determinando o fornecimento destes fármacos, dentre as quais 2.500 oriundas de ações fraudulentas,

---

<sup>229</sup> BRASIL. **Conselho Nacional de Secretários de Saúde**. Assistência Farmacêutica: Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional. Brasília: Conass, 2004. p. 18. Disponível em: <<http://bvsmms.saude.gov.br>>. Acesso em: 10. dez. 2014.



gerando prejuízo de R\$ 63.000.000,00<sup>230</sup>. Mas as maiores vítimas foram as pessoas que constavam do polo ativo destas demandas, que nem apresentavam a enfermidade para a qual se destina o uso do medicamento.

Nesta operação, Procuradores do Estado contataram quatro demandantes destas ações, tendo dito que são pessoas humildes, não portadores nem de psoríase, nem de vitiligo, e não tinham conhecimento de que eram autores dessas demandas, o que é de se pasmar.

Neste sentido, Eduardo Appio<sup>231</sup> frisou a delicada proximidade entre médicos e laboratórios farmacêuticos em relação a um processo judicial no qual, em sede recursal, o Desembargador Carlos Roberto Lofego Caníbal, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, teria consultado o renomado oncologista Carlos Barrio antes de condenar o Município de Porto Alegre e o Estado do Rio Grande do Sul a fornecerem o medicamento *Herceptin*, do laboratório Roche, a R\$ 132.000,00. Informa o autor que “além de publicar artigos na revista médica da referida indústria, o referido médico, em datas recentes (18 a 20 de setembro de 2008) foi um dos coordenadores de um encontro internacional sobre o tema em Gramado-RS (Hotel Serrano), patrocinado por indústrias fabricantes de medicamentos”.

Conforme a pesquisa levado a cabo por Fernanda Vargas Terrazas em 2006 (supra 1.4), 21,25% das ações analisadas foram ajuizadas por advogados particulares financiados por organizações não governamentais, sendo que 67,65% dos demandantes nem sabia ao menos o nome da associação que patrocinou sua demanda. Daí se pode questionar se estas ONGs são patrocinadas por indústrias farmacêuticas, porque é difícil crer que uma ONG, além de se oferecer, gratuitamente, para ajudar cidadãos, também arca com os custos daí decorrentes.

Contudo, este sistema de dados também pode ajudar a reconhecer os pleitos legítimos, ensejando a incorporação de novos medicamentos às listas do SUS, ou ainda, à implementação de outros protocolos clínicos, para que a rede pública passe a oferecer tratamento a outras enfermidades.

Já houve, aliás, a implementação de programas oficiais de assistência farmacêutica no Estado de São Paulo em razão da recorrência de pleitos judiciais legítimos, dentre eles:

---

<sup>230</sup> ACEITUNO, Jair. Presos fraudadores que deram golpe de R\$ 63 mi na Saúde em SP. **O Estado de São Paulo**, 01 set. 2008. Disponível em: <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,presos-fraudadores-que-deram-golpe-r-63-mi-na-saude-em-sp,234443>>. Acesso em: 10. dez. 2014.

<sup>231</sup> APPIO, Eduardo. Um negócio de bilhões. **Espaço Vital**, Porto Alegre, fev. 2009. Disponível em: <[www.espacovital.com.br](http://www.espacovital.com.br)>. Acesso em: 10. dez. 2014.

(i) prevenção da infecção pelo vírus sincicial respiratório (Resolução SS-249, de 13 de julho de 2008); (ii) Doença Pulmonar Obstrutiva Crônica – DPOC (Resolução SS-278, de 26 de julho de 2008); (iii) Norma Técnica para utilização de Aripiprazol (Resolução SS-295, de 04 de setembro de 2008); (iv) Protocolo para tratamento dos portadores de hipertensão arterial pulmonar (Resolução SS-321, de 30 de outubro de 2008); (v) Norma técnica para tratamento de hepatite B Crônica (Resolução SS-40, de 31 de março de 2006); (vi) Norma técnica para tratamento de hepatite C Crônica (Resolução SS-39, de 31 de março de 2006); (vii) protocolo clínico da dispensação de fórmulas infantis para pacientes com alergia à proteína do leite de vaca (Resolução SS-3436, de 27 de novembro de 2008).

A CODES também auxilia o trabalho dos Procuradores do Estado de São Paulo, elaborando relatórios técnicos, informando se os medicamentos requeridos em juízo são registrados na ANVISA, se são comercializados em território nacional, se realmente se prestam a tratar a moléstia narrada nos autos, se possuem contraindicações para o caso, se constam das listas de dispensação obrigatória do SUS, se a rede pública disponibiliza alternativas terapêuticas, etc. O acesso a estes relatórios se dá *online*, o que agiliza o trabalho dos Procuradores, além de propiciar elementos mais contundentes para que possam exercer uma defesa judicial mais adequada<sup>232</sup>, não meramente jurídica.

Outra medida adotada foi a parceria entre a Secretaria Estadual de Saúde e a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, restrita ao Município de São Paulo, por meio da qual as pessoas que chegam à Defensoria buscando ajuizar ação para obter medicamentos por parte do Estado são encaminhadas a uma triagem técnica realizada por farmacêuticos vinculados à Secretaria, por meio da qual se averiguará o local de dispensação do fármaco, quando disponibilizado pelo SUS.

No caso do tratamento buscado não ser fornecido pela rede pública de saúde, informarão sobre a existência de eventuais alternativas terapêuticas oferecidas pelo SUS.

---

<sup>232</sup> Yoshinaga enaltece que “o ganho de tempo e desburocratização no acesso às informações foi evidente, pois no lugar d infundável troca de ofícios entre os órgãos da Administração Pública, a consulta *online* aos relatórios técnicos disponibiliza com agilidade e eficiência informações médias necessárias à elaboração da defesa do ente federado. Além disso, antes da criação do SCJ, as defesas do Estado de São Paulo eram principalmente alicerçadas em teses jurídicas de praticamente nenhum êxito junto ao Judiciário, como a preliminar de ilegitimidade de parte (negando a responsabilidade que pela organização do Sistema Único de Saúde não seria de sua alçada, mas de outro ente federativo), a invocação do princípio constitucional da separação dos Poderes (que impediria a ingerência judicial em matéria de gestão pública e de discricionariedade administrativa). Isso provavelmente se devia, por um lado, à dificuldade dos Procuradores do Estado em identificar material idôneo (em sítios eletrônicos ou livros especializados) para embasar defesa que abordasse questões técnicas acerca da enfermidade ou do fármaco requerido. Por outro lado, a falta de familiaridade com a linguagem médica e, mesmo, o fato de que os dados encontrados nas fontes disponíveis eram demasiadamente genéricos e não necessariamente aplicáveis ao caso analisado, tornavam temerária a defesa dessas teses de cunho técnico”.

Contudo, se não houver uma alternativa terapêutica ou se o medicamento requerido for realmente a única alternativa do paciente, o fornecimento dar-se-á por meio de procedimento administrativo instaurado perante a Secretaria Estadual de Saúde. Com isso, houve redução do número de demandas relacionadas ao direito à saúde ajuizadas pela Defensoria Pública Estadual no Município de São Paulo: de 150 a 180 por mês, em 2008, para 15 a 18 ações por mês, em 2009.

Talvez uma das causas desta redução de judicialização seja o fato da triagem técnica informar o cidadão acerca dos tratamentos oferecidos pelo SUS, de modo que, se o tratamento por ele buscado estiver previsto na política pública existente, não haverá necessidade de demandar o Estado em juízo.

Neste ponto, infere-se que não há transparência e clareza no tocante aos procedimentos médicos, tratamentos e insumos fornecidos pela rede pública de saúde, o que acaba ensejando maior judicialização.

Por fim, o Estado de São Paulo implementou o serviço provisoriamente chamado de “pedido administrativo”, inaugurado em 2009, consistente numa instância administrativa para fornecimento espontâneo de medicamentos não padronizados pelo SUS, que pode passar a ser condição de procedibilidade de demandas judiciais.

Neste serviço, o paciente se cadastra e apresenta sua prescrição médica. Se o medicamento já for disponibilizado pelo SUS, terá informações sobre os locais de dispensação. Se não for, mas se houver alternativa terapêutica, será orientado a consultar seu médico sobre a possibilidade de modificar a prescrição. Se não ocorrer nenhum destes casos, a pessoa será orientada a mostrar a seu médico o requerimento administrativo que deverá ser por ele preenchido, informando o quadro clínico completo do paciente e as terapias já empregadas, bem como as justificativas técnicas para ter escolhido o tratamento pleiteado, bem como seu princípio ativo, sem escolher nome de marca. Pode ser o caso da Secretaria Estadual de Saúde fornecer o medicamento não previsto nas listas oficiais de modo excepcional. Qualquer resultado será informado ao paciente por meio de telegrama.

A ideia é válida, mas não se pode olvidar a inexigência de esgotamento da via administrativa para se impetrar mandado de segurança ou ajuizar ação ordinária, salvo em se tratando de matérias afetas à justiça desportiva (art. 217, §1º e 2º<sup>233</sup>, CF/88) ou de decisão administrativa ainda atacável por meio de recurso passível de ter efeito suspensivo,

---

<sup>233</sup> § 1º “O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei. § 2º A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final”.

independentemente de oferecimento de caução (art. 5º, inc. I<sup>234</sup>, Lei Federal nº 12.016/2009).

Em suma, como visto, a adoção de estratégias para melhor lidar com a judicialização do direito à saúde demandam investimentos por parte do Estado em tecnologias e métodos de cruzamento de dados.

### 2.3 Tutela antecipada em face do Poder Público

É de extrema relevância valorizar o momento da apreciação do pedido de liminar, no caso do mandado de segurança, e da tutela antecipada, em se tratando de ação ordinária, para se verificar se presentes os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, vez que conhecida a irrazoável duração do processo, mesmo em se tratando de mandado de segurança, cujo rito é, pelo menos em tese, sumário.

Pacientes em estado grave não têm condições de aguardar por um provimento jurisdicional definitivo (sentença/acórdão com trânsito em julgado), sendo de rigor o deferimento da liminar/tutela antecipada pleiteada, de modo que, até a prolação da sentença, haverá um conjunto probatório para ser avaliado nos moldes do livre convencimento motivado do magistrado. Neste contexto, faz-se mister apresentar relatório médico circunstanciado, com explicação sobre o quadro clínico do paciente, de risco imediato<sup>235</sup>.

Em sede de veiculação do direito à saúde, como via de regra, o Judiciário defere o pedido de tutela antecipada/liminar e a ratifica em sede de prolação de sentença de procedência do pedido.

A concessão de tutela antecipada, liminarmente ou não, decorre da análise judicial dos requisitos legais que autorizam este deferimento, constantes do art. 273 do CPC/73 (art. 300 do NCPC<sup>236</sup>), a saber: (i) prova inequívoca; (ii) verossimilhança da alegação; (iii)

---

<sup>234</sup> Art. 5º “Não se concederá mandado de segurança quando se tratar: I - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução”.

<sup>235</sup> Enunciado nº 51 aprovado na II Jornada de Direito da Saúde: “Nos processos judiciais, a caracterização da urgência/emergência requer relatório médico circunstanciado, com expressa menção do quadro clínico de risco imediato”.

<sup>236</sup> Art. 300. “A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. § 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la. § 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou abuso de direito de defesa/manifesto propósito protelatório do réu; e (iv) inexistência de perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

No caso do pedido de fornecimento de medicamento por parte do Estado a paciente em estágio avançado de doença grave, resta nítido o fundado receio de dano irreparável e a verossimilhança da alegação. Aqui não se exige, evidentemente, o requisito da inexistência de perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, em razão do risco a um direito fundamental. Cândido Rangel Dinamarco<sup>237</sup>, neste contexto, afirma que, mesmo que o bem jurídico do autor, passível de ser afetado pela não concessão da medida, seja qualitativamente distinto do bem jurídico do réu, também suscetível de ser afetado, se estiverem presentes os requisitos autorizadores, a concessão da medida decorre de um modelo constitucional do processo civil, da prestação de uma tutela jurisdicional adequada e efetiva.

Também, em havendo deferimento de tutela antecipada/liminar, determinando-se o fornecimento de medicamento já constante das listas de dispensação obrigatória do SUS, ocasiona-se o efeito *fura fila*, surgindo duas categorias de cidadãos: os “com sentença” e os “sem sentença”.

Neste contexto, a tutela de urgência, em que a ordem jurídica se encontra em iminente perigo, de modo que outras formas de atividade jurisdicional não se relevariam eficazes, é uma espécie de tutela sumária, que se opõe à cognição plena, compreendendo, também, a tutela de evidência, que se dá quando o direito se evidencia em juízo por meio de provas inequívocas. Leciona José Roberto dos Santos Bedaque<sup>238</sup> que:

Em determinadas situações, [...], é possível a obtenção de tutela cognitiva sem conhecimento exauriente da situação de direito material. Nestes casos a tutela é, normalmente, provisória. As tutelas de urgência, cautelares e antecipatórias, pertencem a esta categoria.

Há, contudo, normas infraconstitucionais que impedem ou restringem a concessão de tutela de urgência em face da Fazenda Pública<sup>239</sup>, a saber: a Lei Federal nº 8.437/1992, a

---

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”.

<sup>237</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, vol. 2. p. 189.

<sup>238</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 521.

<sup>239</sup> O conceito de Fazenda Pública abrange as pessoas jurídicas de direito público, constantes do art. 41 do CC/2002: União, Estados, o Distrito Federal, os Territórios, os Municípios, as autarquias, inclusive as

Lei Federal nº 9.494/1997 e, especificamente quanto ao deferimento de liminar em mandado de segurança, a Lei Federal nº 12.016/2009<sup>240</sup>.

Estas limitações decorrem tanto em razão do interesse público, quanto em decorrência da organização orçamentária anual porque, em regra, os tributos não podem ser majorados do dia para a noite, e as receitas públicas devem vir previstas no orçamento. O exemplo mais genérico de restrição, que se aplica tanto a demandas individuais, quanto a coletivas, é a previsão de que, em havendo sentença judicial condenatória de pagamento de quantia certa em face do Poder Público, faz-se necessário o trânsito em julgado (art. 100, § 5º, CF/88<sup>241</sup>).

O art. 7º, § 2º, da Lei Federal nº 12.016/2009 dispõe que não será concedida liminar ou antecipação de tutela que tenha por objeto (i) a compensação de créditos tributários; (ii) a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior; (iii) a reclassificação ou equiparação de serviços públicos; e (iv) a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

O art. 1º, § 1º, da Lei Federal nº 8.437/1992<sup>242</sup>, por sua vez, dispõe que não cabe “no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quanto impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal”, não se aplicando tal restrição à ação popular e à ação civil pública, conforme seu § 2º.

O art. 2º desta Lei também consiste em restrição à concessão de tutela de urgência em face da Fazenda Pública, dispondo que, na ação civil pública e no mandado de segurança coletivo, “a liminar será 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”.

---

associações públicas, e as demais entidades de caráter público criadas por lei. Inserem-se no conceito as fundações públicas, as agências reguladoras e executivas, por possuírem natureza jurídica de autarquia.

<sup>240</sup> O art. 1059 do NCPD manteve tais restrições. In *verbis*: “À tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o disposto nos arts. 1º a 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, e no art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009.

<sup>241</sup> Art. 100. “Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. (...) § 5º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciários apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente”.

<sup>242</sup> BRASIL. Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8437.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8437.htm)>.

No mesmo sentido, o § 2º do art. 22 da Lei Federal nº 12.016/2009 dispõe que a liminar em mandado de segurança coletivo “só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas”.

Contudo, observa-se com frequência a flexibilização destas normas em casos que se mostram urgentes<sup>243</sup>, entendendo o Superior Tribunal de Justiça que a ausência de oitiva da pessoa jurídica de direito público, que figura no polo passivo da demanda, não configura nulidade nestas situações, salvo se demonstrado algum prejuízo. Trata-se, pois, de nulidade relativa.

Por fim, o art. 1º da Lei Federal nº 9.494/1997, restringe a concessão de liminar nas Leis Federais nº 4.348/1964 e nº 5.021/1966 (revogadas pela Lei Federal nº 12.016/2009), nos mesmos moldes insculpidos na Lei Federal nº 12.016/2009 e na Lei Federal nº 8.437/1992. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) 4, declarou constitucional essa restrição, tendo, contudo, posteriormente ressaltado, por meio da Súmula nº 729<sup>244</sup>, que esta decisão não se aplica à antecipação de tutela em causas de natureza previdenciária.

A Fazenda Pública (União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias, fundações públicas), entendendo ocorrer violação destas normas, tem por costume levar a questão ao Supremo Tribunal Federal para guerrear tutelas antecipadas e liminares concedidas por meio de Suspensão de Liminar (SL) e Suspensão de Tutela Antecipada (STA), além da recorrente Suspensão da Segurança (SS)<sup>245</sup>.

---

<sup>243</sup> “ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMINAR CONCEDIDA, EXCEPCIONALMENTE, SEM OITIVA PRÉVIA DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. ART. 2º DA LEI N. 8.437/1992. POSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ. 1. Cinge-se a controvérsia dos autos se é possível a concessão de liminar, sem oitiva prévia do município, nos casos de ação civil pública. 2. O entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça permite, excepcionalmente, em especial para resguardar bens maiores, a possibilidade de concessão de liminar, sem prévia oitiva da pessoa jurídica de direito público, quando presentes os requisitos legais para a concessão de medida liminar em ação civil pública. Precedentes. AgRg no REsp 1.372.950/PB, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA; AgRg no Ag 1.314.453/RS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA; REsp 1.018.614/PR, Rel. Min. ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA; REsp 439.833/SP, Rel. Min. DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA. 3. A iterativa jurisprudência desta Corte é no sentido de que, para analisar os critérios adotados pela instância ordinária que ensejaram a concessão ou não da liminar ou da antecipação dos efeitos da tutela, é necessário o reexame dos elementos probatórios, o que não é possível em recurso especial, dado o óbice da Súmula 7 desta Corte. Agravo regimental improvido” (AgRg no AREsp 580.269/SE, Rel. Min. Humberto Martins, j. 06/11/2014, Segunda Turma)

<sup>244</sup> “A DECISÃO NA AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE 4 NÃO SE APLICA À ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM CAUSA DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA” (DJe de 11/12/2003, p. 2).

<sup>245</sup> O STF convocou audiência pública, em 2009, para tratar do tema da judicialização do direito à saúde, em razão dos diversos pedidos de Suspensão de Segurança deduzidos perante sua Presidência com vistas a suspender a eficácia de medidas judiciais determinando o custeio estatal da mais variada gama de

A Suspensão de Tutela Antecipada está prevista no art. 1º da Lei nº 9.494/97<sup>246</sup>. A Suspensão de Segurança consta do art. 15 da Lei Federal nº 12.016/2009, afirmando Cândido Rangel Dinamarco<sup>247</sup> que “tal instituto permanece à sombra dos ricos progressos da doutrina brasileira do mandado de segurança e ainda constitui, para todos nós intérpretes, uma verdadeira ilha de mistérios a desvendar”.

Embora tenha natureza jurídica controvertida, a jurisprudência dos Tribunais Superiores entende se tratar de uma contracautela<sup>248</sup>. De Plácido e Silva<sup>249</sup> sustenta que “na terminologia jurídica cautela, possui o significado de precaução. É assim, a justa prevenção ou a ponderada diligência, que se emprega para a execução do ato, de modo que ele se faça sem que se possa trazer contrariedade a quem faz ou a quem o mesmo possa aproveitar”.

Assim, a contracautela consiste na cautela em sentido contrário, do mesmo modo que a ação direta de inconstitucionalidade está em sentido inverso à ação declaratória de constitucionalidade. Trata-se, pois, do poder legalmente concedido ao Presidente do Tribunal para neutralizar uma tutela provisória ou definitiva, desde que presentes determinados pressupostos.

A Suspensão da Liminar, por sua vez, vem prevista no art. 4º da Lei Federal nº 8.437/1992, destinada a evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Liminares com objeto idêntico podem ser suspensas por uma única decisão, sendo cabível, também, em sede de uma única ação coletiva, conforme prevê seu art. 4º, § 1º<sup>250</sup>. Hely Lopes Meirelles<sup>251</sup> leciona a respeito da Suspensão da Liminar, afirmando que

medicamentos e tratamentos e em virtude das alegações de que tais decisões suscitam grave lesão à ordem, segurança, economia e saúde públicas. Em suma, convocou-se esta audiência pública em decorrência do relevante interesse público envolvido nestas questões.

<sup>246</sup> “Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992”.

<sup>247</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 613.

<sup>248</sup> “A suspensão de segurança, concedida liminar ou definitivamente, é contracautela que visa à salvaguarda da eficácia plena do recurso que contra ela se possa manifestar, quando a execução imediata da decisão, posto que provisória, sujeita a riscos graves de lesão interesses públicos privilegiados - a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas: sendo medida cautelar, não há regra nem princípio segundo os quais a suspensão da segurança devesse dispensar o pressuposto do *fumus boni juris* que, no particular, se substantiva na probabilidade de que, mediante o futuro provimento do recurso, venha a prevalecer a resistência oposta pela entidade estatal à pretensão do impetrante” (STF, AGRSS 846/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJe de 08/11/96). “A suspensão da liminar, diferentemente do sistema recursal (que objetiva o acerto da controvérsia), tem natureza jurídica de contracautela, cujo exercício depende da constatação da presença de risco de grave lesão à ordem, segurança, economia e saúde públicas. Reconhecimento da presença dos pressupostos autorizadores da drástica medida não elidido pela impugnação recursal” (STJ, AGP 1.165/PR, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJe de 29/05/00).

<sup>249</sup> SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 162.

<sup>250</sup> Art. 4º. “Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou



Sendo a suspensão da liminar ou dos efeitos da sentença uma providência drástica e excepcional, só se justifica quando a decisão possa afetar de tal modo a ordem pública, a economia, a saúde ou qualquer outro interesse da coletividade, que aconselhe a sua sustação até o julgamento final do mandado.

No mesmo sentido ensina Teori Albino Zavascki<sup>252</sup>, para quem

São dois, portanto, os requisitos a serem atendidos cumulativamente: primeiro, manifesto interesse público ou flagrante ilegitimidade; segundo, grave lesão. A falta de um deles inviabiliza a suspensão pelo Presidente do Tribunal, sem prejuízo, evidentemente, do efeito suspensivo ao recurso, que poderá, se for o caso, ser deferido pelo relator.

Outros meios de impugnação da tutela de urgência são o agravo de instrumento e a reclamação perante o Supremo Tribunal Federal, esta quando a concessão da medida descumprir decisão deste órgão ou do Superior Tribunal de Justiça (respectivamente, arts. 156 e 162 do RISTF<sup>253</sup>, e art. 7º da Lei Federal nº 11.417/2006<sup>254</sup>, em relação à inobservância de súmulas vinculantes; Resolução nº 12 do STJ, de 14/12/2009<sup>255</sup>). Leonardo José Carneiro da Cunha<sup>256</sup> afirma que

Independentemente de se lhe atribuir natureza administrativa, política ou judicial, não restam dúvidas de que o pedido de suspensão constitui um

---

seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. § 1º. Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado”.

<sup>251</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 63.

<sup>252</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 175.

<sup>253</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno: [atualizado até janeiro de 2015] – consol. e atual. até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF, 2015. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 29. jun. 2015. Art. 156 do RISTF: “Caberá reclamação do Procurador-Geral da República, ou do interessado na causa, para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões”.

<sup>254</sup> Art. 7º. “Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação. § 1º Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas. 2º Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso”.

<sup>255</sup> A Resolução nº 12 do STJ (DJe 16/12/2009) dispõe sobre o processamento, na Corte, das reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a jurisprudência desta Corte.

<sup>256</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2006. p. 412.

incidente processual, com finalidade de contracautela, voltado a subtrair da decisão sua eficácia [...]. O pedido de suspensão funciona, por assim dizer, como uma espécie de cautelar ao contrário<sup>4</sup>, devendo, bem por isso, haver a demonstração de um *periculum in mora* inverso, caracterizado pela ofensa a um dos citados interesses públicos relevantes, e, ainda, um mínimo de plausibilidade na tese da Fazenda Pública, acarretando um juízo de cognição sumária pelo presidente do tribunal. Deve, enfim, haver a coexistência de um *fumus boni juris* e de um *periculum in mora*, a exemplo do que ocorre com qualquer medida acautelatória.

Neste contexto, importante analisar alguma destas medidas comumente empregadas pela Fazenda Pública para atacar a concessão de liminar, tutela antecipada e segurança em sede de processo judicial envolvendo o direito à saúde.

O pedido deduzido pela União na STA 278, por exemplo, fora indeferido, motivo pelo qual interpôs agravo regimental, que restou igualmente improcedente. No caso, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o deferimento de tutela antecipada, determinando-se o fornecimento de medicamento registrado pela ANVISA a paciente portadora de leucemia linfocítica crônica, não constitui lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública<sup>257</sup>.

A Corte esposou idêntico posicionamento em outros feitos análogos, tais como na SL 47, nas SS 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355, dentre inúmeros outros feitos, o que corrobora a tendência jurisprudencial de aceitar a intervenção judicial em políticas públicas em se tratando do *mínimo existencial*.

Em suma, uma vez comprovado que a enfermidade que acomete a parte autora é grave e que a utilização do tratamento pleiteado deve ser urgente (prova inequívoca do direito e verossimilhança das alegações), não há motivos suficientes para o magistrado indeferir o pedido de tutela antecipada ou de concessão de liminar em mandado de segurança.

## 2.4 Descumprimento da ordem judicial

---

<sup>257</sup> “Suspensão de Tutela Antecipada. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. *Judicialização* do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: *Rituximabe (Mabthera)*. Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento”. (AgRg na STA 278, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 76 de 29/04/2010)

No subitem 2.3 deste trabalho foram analisadas as hipóteses de concessão de liminares e tutelas antecipadas em desfavor da Fazenda Pública obtidas em sede de demanda individual envolvendo o direito à saúde, bem como as previsões legais destinadas a suspender estas tutelas de urgência.

Agora serão analisadas as possíveis consequências da inércia do ente público em cumprir essas ordens judiciais<sup>258</sup>. Eurico Ferraresi<sup>259</sup> elenca estas sanções: “a) aplicação de multa diária pelo descumprimento ou atraso no cumprimento da obrigação; b) responsabilização por ato de improbidade administrativa; c) intervenção no Estado ou no Município<sup>260</sup>; d) responsabilização criminal”.

Normalmente, o Judiciário aplica multa diária (*astreintes*) ao ente federado que figura no polo passivo das demandas judiciais envolvendo o direito à saúde, no caso de descumprimento ou atraso da ordem judicial que determinou o fornecimento de medicamento requerido pela parte autora, quer em sede de antecipação de tutela, quer em face de sentença definitiva.

Nota-se que o atual sistema processual brasileiro valoriza a tutela específica, bastando averiguar os dispositivos legais que conferem aos magistrados um tipo de poder executório geral, habilitando-o a utilizar, inclusive *ex officio*, os meios executivos nominados e inominados previstos nos §§4º e 5º do art. 461 do CPC<sup>261</sup>.

Aliás, o art. 461, §5º, do CPC não contém rol taxativo de medidas de tutela específica, apenas exemplificando algumas possibilidades, de modo que o sequestro ou

---

<sup>258</sup> Neste cenário, observam-se situações trágicas. Médicos da rede pública de saúde do estado do Rio de Janeiro relataram que o Judiciário vinha exigindo que encontrassem vagas nos hospitais para pacientes que ajuizaram ação, mesmo em não havendo nenhuma disponível, com a determinação de prisão em caso de descumprimento da ordem. Aliás, médicos das Centrais de Regulação de Vagas do Estado foram processados criminalmente em razão de não ter conseguido cumprir determinações judiciais desta seara, o que soa absurdo.

<sup>259</sup> FERRARESI, Eurico. **Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo:** instrumentos processuais coletivos. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 20.

<sup>260</sup> Exemplo de situação na qual possível a intervenção federal se dá quando os Estados não aplicam o mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde (art. 34, inc. VII, e, CF/88).

<sup>261</sup> Art. 461. “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. § 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”.

bloqueio de verba para adquirir medicamentos objeto de tutela antecipada deferida, em que pese serem providências excepcionais, revelam-se legítimas, válidas e razoáveis<sup>262</sup>.

Assim, em havendo deferimento de tutela antecipada em ação ordinária ou de liminar em mandado de segurança, o juiz pode aplicar tais medidas para forçar a parte ré a cumprir a obrigação. Em se tratando de bloqueio de verba, esta deverá ser depositada em conta corrente, para que a parte autora possa adquirir os medicamentos, tudo com a devida prestação de contas nos autos.

Quanto à multa diária, a tese fazendária costuma ser no sentido de defender sua impossibilidade em face do Poder Público e requerer, subsidiariamente, sua redução (art. 461, § 6º, CPC). Contudo, mostra-se como meio executivo para cumprimento de obrigação de fazer ou entregar coisa também em relação à Fazenda Pública, assim entendendo o STJ em diversos julgados<sup>263</sup>.

Por outro lado, em que pese sua possibilidade jurídica e seu papel de forçar o cumprimento da obrigação, não se mostra como uma sanção perfeitamente eficaz, porquanto recai sobre o próprio erário. Isso quando a decisão não determina que o pagamento seja efetuado pelo agente público responsável pelo cumprimento da decisão judicial, o que não parece razoável<sup>264</sup>. Nesse sentido também entende Éder Ferreira<sup>265</sup>, para quem

---

<sup>262</sup> “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MENOR SAÚDE. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. ART. 227 DA CF/88. LEGITIMATIO AD CAUSAM DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88. ARTS. 7.º, 200, e 201 DO DA LEI N.º 8.069/90. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. MEDIDA EXECUTIVA. POSSIBILIDADE, IN CASU. PEQUENO VALOR. ART. 461, § 5.º, DO CPC. ROL EXEMPLIFICATIVO DE MEDIDAS. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRIMAZIA SOBRE PRINCÍPIOS DE DIREITO FINANCEIRO E ADMINISTRATIVO. NOVEL ENTENDIMENTO DA E. PRIMEIRA TURMA”. (REsp 869.843/RS, Min. Luiz Fux, j. 18/09/2007)

<sup>263</sup> EDcl no Ag 645.565/RS (1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 13.06.2005); AgRg no Ag 646.240/RS (1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 13.06.2005); REsp 592.132/RS (5ª Turma, Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 16.05.2005); REsp 537269/RS (5ª Turma, Min. Felix Fischer, DJ de 28.10.2003); AgRg no AG 511.956/SP (5ª Turma, Min. Gilson Dipp, DJ de 13.10.2003); AgRg no RESP 554.776/SP (6ª Turma, Min. Paulo Medina, DJ de 06.10.2003); REsp 155.174/SP (6ª Turma, Min., Fernando Gonçalves, DJ de 06.04.1998); AgRg no RESP 718.011/TO (1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 30.05.2005).

<sup>264</sup> A favor da responsabilização do agente público pelo pagamento da multa diária: “Quanto ao aspecto do pagamento da *astreinte* quando o Estado omitir-se à determinação judicial que lhe impôs cumprimento de obrigação específica, parece-nos plausível sustentar que o administrador público competente para a implementação da decisão poderia ser responsável de plano pelo pagamento da multa, uma vez que o Estado depende sempre de seus agentes para a consecução de seus atos, e o descumprimento da decisão judicial, a prejudicar os cidadãos dependentes daquela política pública, será, em última análise, por negligência ou omissão do agente, e nessa medida deveria responsabilizar-se pelo descumprimento da decisão”. ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. “Todavia, não se pode esquecer o fato de que a multa diária aplicada recairá, diretamente, no patrimônio público, bem de todos. E que, por isso, os efeitos da multa aplicada a setor particular e de uma multa aplicada no setor público podem ser completamente diversos, com efeito, no

[...] a fixação de multa diária às fazendas públicas não se mostraria eficaz pelo fato de que referida sanção resultaria ou em ônus maior para a Administração, o que implica prejuízo ao cidadão, ou a mera ‘troca de bolso’, já que o recurso desembolsado pela Administração Pública a teria, também, como beneficiária.

Ainda, é de ser frisado que, em se tratando de processo coletivo, na maioria dos casos a tutela genérica ressarcitória é incipiente, sendo certo que o que se busca é a concretização de uma obrigação de fazer ou não fazer (reparação *in natura*, *in specie*), de modo que, no caso de descumprimento da ordem judicial, a multa se torna uma condenação autônoma, resultado inadequado nos processos envolvendo direitos sociais.

O ideal seria limitar este valor, atribuindo-lhe um teto máximo. Por exemplo, aplicar-se-ia multa diária de R\$ 400,00 (quatrocentos reais), limitando-a ao valor total de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

No caso de demanda envolvendo o direito à saúde, em caso de descumprimento pela Administração da ordem judicial para fornecer determinado medicamento a portador de enfermidade grave, a jurisprudência recente se inclina a autorizar o bloqueio de verba pública (por exemplo, destinada à publicidade)<sup>266</sup>, e posterior depósito judicial, em valor correspondente ao do tratamento requerido, ou advertir o ente público sobre possível configuração de crime de desobediência e/ou caracterização de ato de improbidade administrativa.

Esse cenário de penalidades em caso de descumprimento da decisão judicial fora aplicado no processo nº 0013235-21.2013.8.26.0053, ação ordinária que tramita perante a 7ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, no qual o magistrado proferiu decisão interlocutória determinando, em face de reiterados descumprimentos de ordem judicial por parte da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, que o Secretário Estadual de

---

momento em que a multa recai no patrimônio do particular, certamente este perceberá que é melhor cumprir a obrigação a ter seu patrimônio atingido, com o Poder Público, nem sempre esse argumento tem eficácia, a imposição de multa, pois, do contrário, onerar-se-ia mais o erário. FERRARESI, Eurico. **Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo**: instrumentos processuais coletivos. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 20.

<sup>265</sup> FERREIRA, Éder. Ações individuais no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

<sup>266</sup> “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. BLOQUEIO DE VERBA PÚBLICA PARA ASSEGURAR O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO: AUSÊNCIA DE CONTRARIEDADE AO ART. 100, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.” (AI 700543 AgR/RS, Relatora Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, j. 24/08/2010)

Saúde depositasse o valor de R\$ 63.446,00 para que o autor pudesse adquirir os medicamentos de que precisava, sob pena de crime de desobediência e de apuração de improbidade<sup>267</sup>, de modo que o bloqueio geral se mostra bastante irrazoável, devendo-se, no máximo, determinar o sequestro tão somente o valor necessário para se adquirir o medicamento.

A Fazenda Estadual (parte ré) interpôs recurso de agravo de instrumento contra esta decisão, tendo sido negado provimento a ele em razão de (i) ela ter descumprido a ordem contida na decisão que deferiu a tutela antecipada; e (ii) ser grave a doença que acomete o autor.<sup>268</sup>

No caso ora analisado, a parte ré restou inerte perante as determinações judiciais por sucessivas vezes, motivo pelo qual houve a aplicação de medidas coercitivas mais bruscas.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça entende cabível o bloqueio de contas públicas para o fim de coagir a Administração a fornecer o medicamento pleiteado, após

---

<sup>267</sup> “O presente processo trata da vida de um ser humano chamado..., portador da grave doença de câncer de pele, e não é crível como os agentes públicos estaduais descumprem descaradamente a ordem judicial, passível de apuração da prática do crime de desobediência e de improbidade administrativa. Por decisão de 10 de setembro de 2013 (fl. 159), aliás irrecorrível, foi determinado o bloqueio da importância correspondente a R\$ 63.446,00, bloqueio esse que deveria recair sobre a verba destinada à publicidade da Secretaria Estadual de Saúde, cujo valor deveria ser depositado judicialmente. Consta que o Secretário Estadual da Fazenda foi intimado por meio da funcionária..., que se identificou como sua representante legal (fl. 168). Em petição (fls. 170/171) despachada em 19 de setembro de 2013 a Fazenda do Estado alegou que disponibilizou a medicação ao autor e requereu o levantamento da determinação de bloqueio da conta, sendo que o autor manifestou-se as fls. 175/177, aduzindo que o bloqueio deve ser mantido para reembolso das duas caixas do medicamento que o autor teve que adquirir em datas de 10 de maio (fl. 105) e 9 de agosto (fl. 148), para sua sobrevivência. Assim, não é o caso de levantamento do bloqueio, e sim assinar o prazo improrrogável de 24 horas, sob pena de crime de desobediência e apuração de improbidade, para que o Secretário Estadual da Fazenda seja intimado pessoalmente, e não por meio de "representante legal", para que providencie o depósito judicial do valor de R\$ 63.446,00. Outrossim, esclareça o autor se a medicação vem sendo dispensada regularmente. Após voltem conclusos para sentença. Int.”

<sup>268</sup> “Agravo de instrumento. Obrigação de fazer. Fornecimento gratuito pela agravante do medicamento de alto custo denominado *Vismodegib (Erivedge)* 150mg. Autor portador de carcinoma basocelular esclerodermiforme (câncer de pele), doença que se encontra com crescimento rápido e progressivo na face, cuja gravidade se pode verificar nos documentos juntados aos autos. Antecipação da tutela deferida em primeira instância e mantida em sede de agravo de instrumento. Descumprimento pela ré da antecipação de tutela. Determinação de reembolso dos gastos realizados pelo autor para aquisição do medicamento com seus recursos também descumprida, sem que houvesse interposição de recurso da referida decisão. Determinação de que a ré promova o depósito da quantia de R\$63.446,00 em razão do descumprimento da antecipação da tutela igualmente descumprida, sem interposição de recurso pela ré. Preclusão caracterizada. Decisão agravada restrita ao reconhecimento da preclusão, com determinação de cumprimento das decisões anteriores, com a advertência da possibilidade de configuração de crime de responsabilidade de apuração de eventual ato de improbidade administrativa. Possibilidade de bloqueio de verba pública, como forma de assegurar o resultado prático equivalente. Inteligência do artigo 461, § 5º, do Código de Processo Civil. Ausência de violação do artigo 100, § 2º, da Carta Constitucional já reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, que pronunciou a possibilidade de bloqueio de verbas públicas para assegurar o fornecimento de medicamento. Decisão agravada mantida por seus próprios fundamentos. Recurso não provido”. (AI nº 126449-81.2014.8.26.0000, Rel. Des. Oswaldo Luiz Palu, j. 08/10/2014, 9ª Câmara de Direito Público do TJSP.

decisão judicial neste sentido (REsp 1.028.835). Deve-se ter em mente, contudo, que a verba que se encontra nestas contas pode pertencer a outro órgão (por exemplo, os valores retidos na fonte pelo empregador a título de imposto de renda de pessoa física, a contribuição previdenciária dos servidores públicos, etc).

Se a Fazenda Pública não cumprir a decisão judicial no prazo estabelecido pelo magistrado, poderá incorrer no pagamento de multa diária. No caso de demanda individual, o valor da multa será revertido à parte autora. Já na ação coletiva, será destinado ao Fundo de Interesses Difusos (FID)<sup>269</sup>, daí extraindo-se uma das vantagens do processo coletivo.

Neste contexto, nota-se que, em sede de processo individual, há grande chance de se desvirtuar o foco do objeto da demanda quando o Poder Público figurante no polo passivo não cumprir a determinação judicial no sentido de fornecer algum tratamento específico à parte autora dentro do prazo definido pelo julgador. Isso porque o valor da multa diária a ser pago pela ré em virtude do descumprimento da obrigação ou em razão de seu atraso, terá como destino a parte autora da demanda.

É diferente quando o magistrado determina que o valor da multa seja levantado em favor da parte autora para que esta possa, única e exclusivamente, adquirir o tratamento do qual necessitada. Caso contrário, em que a multa exceder muito o valor do tratamento pleiteado, seu escopo não terá sido alcançado, gerando-se mais ônus à Administração Pública.

No Estado de São Paulo, o Fundo Especial de Despesa de Reparação de Interesses Difusos Lesados, criado nos termos da Lei Estadual nº 6.536/89, passou a denominar-se Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos – FID e a vincular-se à Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania por meio da Lei Estadual nº 13.555/09.

Este fundo<sup>270</sup> é mantido por recursos provenientes de indenizações decorrentes de condenações em ação civil pública, de multas pelo descumprimento de ordem judicial em ação civil pública, de rendimentos de depósitos bancários, de aplicações financeiras e de

---

<sup>269</sup> “Na tutela coletiva, a destinação do produto da indenização normalmente é especial (enquanto nas ações civis públicas ou coletivas que versem interesses difusos e coletivos o produto da indenização vai para um fundo fluido, de utilização flexível na reparação do interesse lesado, já nas ações individuais, o produto da indenização destina-se diretamente aos lesados; somente quando da defesa coletiva de interesses individuais homogêneos é que o produto da indenização será repartido entre os integrantes do grupo lesado”. MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 52.

<sup>270</sup> Art. 84, § 4º, CDC c/c art. 13, LACP, *in verbis*, respectivamente: “O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito”; “Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados”.

contribuições de pessoas físicas e jurídicas, nacionais ou estrangeiras, bem como do produto de incentivos fiscais instituídos a favor dos bens descritos no art. 2º, alterado pela Lei Estadual nº 13.555/09 (art. 3º da Lei Estadual nº 6.536/89).

Na esfera federal, tem-se o Fundo de Direitos Difusos (FDD), conforme prevê a Lei Federal nº 9.008/1995<sup>271</sup>, mantido por recursos oriundos das mesmas fontes que os do FID.

Se possível, o bem lesado deve ser reparado. Caso contrário, o dinheiro da condenação poderá ser empregado para restaurar ou preservar outros bens compatíveis<sup>272</sup>.

Em continuação, o agente público que descumpra decisão judicial também fica suscetível de ser responsabilizado por ato de improbidade administrativa (art. 11, inc. II<sup>273</sup>, da Lei Federal nº 8.429/92).

Contudo, não parece ser uma sanção adequada, até porque, como sabido, para fins de inserção da conduta, comissiva ou omissiva, do agente público no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa (LIA) faz-se necessário comprovar o dolo ou Aa má-fé por parte dele, o que se tornaria praticamente impossível em casos de cumprimento da ordem judicial, no prazo definido pelo julgador, em razão de ausência das condições para adquirir e entregar determinado tratamento de saúde ao demandante.

Quanto à intervenção no Estado ou Município, trata-se de medida político-administrativa, a fim de se corrigirem irregularidades, estando prevista no art. 35, inc. IV e art. 34, inc. VI<sup>274</sup>, da Constituição Federal<sup>275</sup>.

Por fim, em relação à possibilidade de imputar crime de responsabilidade (art. 1º, inc. XIV, Decreto-Lei nº 201/67<sup>276</sup>) e de desobediência aos agentes públicos que não

<sup>271</sup> BRASIL. Lei nº 9.008, de 21 de março de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9008.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9008.htm)>. Acesso em 11. dez. 2014. BRASIL. Decreto nº 1.306, de 09 de novembro de 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D1306.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1306.htm)>. Acesso em: 11 dez. 2014.

<sup>272</sup> A doutrina brasileira alude ao fundo de reparação de interesses difusos lesados, criado pela LACP, como *fluid recovery*, daí se entendendo que, em tese, tais fundos deveriam ser utilizados para uma reconstituição que nem sempre pode ser do bem lesado *In casu*. Mas como aponta Carlos Alberto de SALLES, “O fundo brasileiro opera de maneira bastante diversa daquela solução judicial provinda das *class actions* norte-americanas”. Isso porque, no direito norte-americano, o dinheiro obtido é distribuído “pela forma de redução de preços, ou é usado para patrocinar um projeto que beneficiará adequadamente os membros da classe”. SALLES, Carlos Alberto de. **Execução judicial em matéria ambiental**. São Paulo: RT, 1998. pp. 309-310.

<sup>273</sup> Art. 11. “Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: [...] II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício”.

<sup>274</sup> Art. 34. “A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...] VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial”.

<sup>275</sup> Art. 35. “O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando: [...] IV - o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial”.



obedecerem a comandos judiciais, mister ressaltar que é cabível quando o agente responsável não tenha justificado o motivo da recusa ou da impossibilidade de seu cumprimento, ou quando haja conduta dolosa por parte dele.

## **2.5 Custos do processo e isonomia: a incapacidade do processo judicial individual para dirimir questões de justiça distributiva**

A judicialização do direito à saúde, do modo pelo qual se tem dado (individualmente), por óbvio não gera efeitos distributivos. Um dos motivos é o fato de o acesso à Justiça ser caro e distante para muitos cidadãos.

Por primeiro, o processo não pode ser (mais) um óbice à realização do direito material. Na feliz expressão de Francesco Carnelutti, o processo é a vida do Direito. A jurisdição é direito de todos, mas o processo é ainda um mistério para muitos cidadãos. Marco Antonio da Costa Sabino<sup>277</sup> faz algumas indagações a respeito dos custos do processo:

Quantos não são aqueles que sequer sabem que têm direito ao processo? Quantos são os que, afinal, não têm dinheiro para pagar um bom advogado, ou sequer sabem que podem se valer da Defensoria Pública para atender a seus anseios? Em suma, quem propõe uma ação individual o fez porque ultrapassou os custos (econômicos, de informação) inerentes ao processo. E isso é inequivocadamente anti-isonômico.

Nesse diapasão, grande parte da população não possui condições de superar estes custos. Aluísio Gonçalves de Castro Mendes<sup>278</sup> aduz que o problema da falta de formação e de informação jurídica ainda representa entrave ao acesso à Justiça no Brasil, mas o processo coletivo pode servir para superar ou atenuar este problema, “na medida em que o direito das pessoas menos esclarecidas juridicamente não ficará relegado ao abandono,

---

<sup>276</sup> Art. 1º “São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores: [...] IV - Negar execução a lei federal, estadual ou municipal, ou deixar de cumprir ordem judicial, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente”.

<sup>277</sup> SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da saúde. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

<sup>278</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 30.

porque poderá ser defendido por terceiro, legitimado extraordinariamente para a tutela transindividual”. Como elucida Kazuo Watanabe<sup>279</sup>,

[...] O legislador claramente percebeu que, na solução dos conflitos que nascem das relações geradas pela economia de massa, quando essencialmente de natureza coletiva, o processo deve operar também como instrumento de mediação dos conflitos sociais neles envolvidas, e não apenas como instrumento de solução de lides. A estratégia tradicional de tratamento das disputas tem sido de fragmentar os conflitos de configuração essencialmente coletiva em demandas-átomo. Já a solução dos conflitos na dimensão molecular, como demandas coletivas, além de permitir o acesso mais fácil à justiça, pelo seu barateamento e quebra de barreiras socioculturais, evitará a sua banalização que decorre de sua fragmentação e conferirá peso político mais adequada às ações destinadas à solução desses conflitos coletivos.

Nestes termos, Ana Paula de Barcellos<sup>280</sup> entende que a decisão judicial por meio da qual tenha sido concedida uma prestação de saúde a um determinado indivíduo possa ser concedida também a todas as pessoas que se encontrem na mesma situação fática,

[...] pois o conteúdo do mínimo existencial é dado por prestações em relação às quais seja factível afirmar que todos os indivíduos têm direito, e não apenas aqueles que vão ao Judiciário. Se a decisão judicial que concede determinado bem ou serviço não pode ser razoavelmente universalizada, acaba-se por consagrar uma distribuição no mínimo pouco democrática dos bens públicos: todos custeiam – sem que tenham decidido fazê-lo – determinadas necessidades de alguns, que tiveram condições de ir ao Judiciário e obtiveram uma decisão favorável [...].

A decisão tomada no âmbito de uma ação coletiva, ao produzir efeitos *erga omnes*, preservaria a igualdade e a universalidade do atendimento com serviços de saúde da população. Afirma Patrícia Werner<sup>281</sup> que em vez de serem ajuizadas várias ações individuais, “seria mais justo questionar de forma coletiva, por exemplo, a necessidade de atualização de um Protocolo Clínico já existente, provocando a modificação de uma política pública em benefício de todos os portadores da mesma doença”.

---

<sup>279</sup> WATANABE, Kazuo et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011. p. 4.

<sup>280</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito a prestações de saúde: complexidade, mínimo existencial e o valor das abordagens coletivas e abstratas. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). **Direitos Sociais**: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 820.

<sup>281</sup> WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. O direito social e o direito público subjetivo à saúde – O desafio de compreender um direito com duas faces. **Revista de Direito Sanitário**, nº 02, vol. 09, jul.-out. 2008. p. 110.

Assim, somente os cidadãos que logram superar os custos do processo possuem a chance de ter um direito fundamental judicialmente reconhecido, o que enseja mais desigualdade social, vez que a população já à margem da sociedade restará cada vez mais distante da concretização de seus direitos. Cria-se, assim, uma injustificada discriminação entre cidadãos “com sentença” e os “sem sentença”, sendo que todos se encontram em situação fática de absoluta igualdade. Carlos Alberto de Salles<sup>282</sup>, neste contexto, diz que

[...] o acesso à Justiça passa a ser indevida condição para o exercício dos direitos sociais constitucionais. Em longo prazo, essa solução tem um reflexo extremamente disfuncional. O Judiciário acaba transformando em balcão de entrada para pleito das prestações sociais devidas pelo Estado. Isso, ainda mais, permite um perverso desequilíbrio em prol dos mais favorecidos, mais aptos, em tese, a disponibilizar recursos para alcançar um resultado processual favorável.

No caso específico da judicialização do direito à saúde, Octávio Luiz Motta Ferraz e Daniel Wei Liang Wang<sup>283</sup> sustentam se tratar de um SUS de duas portas: uma para os que vão ao Judiciário, para os quais “a vida não tem preço”, conseguindo acesso irrestrito aos recursos estatais, e outra para o resto da população, que possui limitado acesso a estes recursos, que se torna ainda mais restrito em razão do redirecionamento de verbas por causa do cumprimento de decisões judiciais em favor das pessoas que ingressaram na outra porta.

O que acaba acontecendo é uma discriminação positiva em favor dos cidadãos que têm uma decisão judicial favorável em mãos, que fomenta a corrida de possíveis beneficiários ao Judiciário.

Noutro sentido, o Judiciário virou uma espécie de loteria, porque mesmo em se tratando de tema idêntico, o provimento jurisdicional acaba sendo diferente, gerando ainda mais desigualdade.

Ou seja, o acesso às portas dos órgãos judiciários tornou-se mais uma questão de sorte que de fazer jus a um direito, vez que demandas idênticas acabam tendo soluções diametralmente opostas, mesmo em se tratando de mesma causa de pedir e mesmo pedido, o que culmina em (mais) desigualdade.

---

<sup>282</sup> SALLES, Carlos Alberto de. Coisa Julgada e extensão dos efeitos da sentença em matéria de direitos sociais constitucionais. In: GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita. **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 148.

<sup>283</sup> FERRAZ, Octávio Luiz Motta; WANG, Daniel Wei Liang. Judicialização da saúde tem criado SUS de duas portas. **Revista Consultor Jurídico**, 22 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-22/judicializacao-saude-criado-sus-duas-portas>>. Acesso em 23. jun. 2015.

Como bem salientado por Maria Tereza Sadek, a estrutura monocrática do Judiciário brasileiro – uma hierarquia na qual as relações de mando e obediência são constrangidas pela garantia de independência de cada juiz – “estimula a diversidade de decisões, quer entre juízes, quer entre tribunais”.

Na mesma linha de raciocínio, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes<sup>284</sup> acresce que, como nos países de *civil law* não vige, obrigatoriamente, o sistema vinculante de precedentes (*stare decisis*), os magistrados, em causas idênticas ajuizadas por todo o território nacional, acabam proferindo decisões variadas, em muitas das vezes antagônicas. “Por conseguinte, pessoas em situações fáticas absolutamente idênticas, sob o ponto de vista do direito material, recebem tratamento diferenciado diante da lei”, ensejando violação do princípio da isonomia.

Deveriam, pois, ser estabelecidos alguns critérios que norteassem a atuação judicial em casos análogos, de modo a existir previamente um *standard* para pautar a conduta do magistrado. A elaboração de pautas objetivas (*standards*) para auxiliar o magistrado na decisão do caso concreto merece incentivo, porquanto consistiria numa diretriz mais segura a ser perseguida, tanto nas ações individuais, quanto nas coletivas, desde que, contudo, não resultem em desconsideração da individualidade dos casos, o que ocasionaria a funcionalização do direito fundamental e da dignidade de cada pessoa em prol de um absoluto interesse coletivo.

Essa adoção de uma pauta objetiva (*standard*)<sup>285</sup> que possa adquirir traços peculiares, a depender do caso concreto, se coaduna com a teoria absoluta dinâmica de Kazuo Watanabe, a que se fez alusão no tópico 1.4.2.

A título de exemplo, em se tratando de pedido de fornecimento gratuito de medicamento pelo Estado, deveria o magistrado atentar, de proêmio, à existência de prova de não haver medicamento nas listas oficiais do SUS para tratar a moléstia da parte autora e, em havendo, de que houve seu uso, que, porém, ou não logrou a eficácia prometida, ou, mesmo tendo surtido efeitos satisfatórios, causou efeitos colaterais importantes.

A prova, neste caso, poderia ser um relatório médico relatando a ocorrência, principalmente no caso de impetração de mandado de segurança, ou até mesmo a produção

---

<sup>284</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. pp. 35-36.

<sup>285</sup> Parte da justificativa do Anteprojeto de lei apresentado à comunidade jurídica em fevereiro de 2012, origem do PL nº 8.058/2014: “[...] É preciso fixar parâmetros seguros para o juiz e para as partes e é preciso, principalmente, criar um novo processo, de cognição e contraditório ampliados, para que a intervenção judicial em políticas públicas não crie problemas insolúveis para a administração e para a população e para que o juiz possa decidir com equilíbrio e justiça após conhecer todos os dados da questão em jogo”.

de prova pericial médica, em se tratando de ação ordinária, onde cabível a dilação probatória, inviável em sede de *mandamus*.

Afigura-se mais razoável resolver conflitos multiplexos por meio do ajuizamento de ação coletiva, visando-se, no caso do direito à saúde, à melhoria ou implementação de política pública, de modo que, assim que criada, obrigaria os entes federados a fornecerem mais medicamentos, para além dos já constantes das listas oficiais do SUS.

Isso porque o processo coletivo é uma forma de abrandar os custos da jurisdição, contemplando-se todos os membros do grupo/categoria/classe ou mesmo a sociedade como um todo, inclusive as pessoas que não conhecem seus direitos, nem como tutelá-los, distribuindo-se, destarte, os bens de modo mais uniforme e homogêneo.

Não se ignora, por outro lado, que o acesso à justiça, via ação individual, pode operar efeitos socializadores em médio prazo, tendo o condão de imprimir suas marcas em políticas públicas a serem implementadas.

Neste diapasão, um caso que merece ser destacado é o da AIDS, no qual Flávia Piovesan<sup>286</sup> realça que as ações individuais formaram uma estratégia de litigância:

[...] optou-se por demandas individuais em detrimento das coletivas, sob o risco de as últimas serem afastadas pelo Judiciário, ainda com elas pouco familiarizado, temendo, inclusive, o amplo impacto social de uma decisão de alcance coletivo. Os ganhos judiciais individuais é que propiciaram a resposta legislativa universal, mediante a adoção de lei que determinou o fornecimento obrigatório e gratuito de medicamentos a todos os portadores do vírus HIV (Lei nº 9.313/96).

Assim, embora o ajuizamento de elevado número de demandas buscando o mesmo tratamento médico projete certas externalidades negativas, podem acabar fomentando a Administração Pública a investir mais na melhoria das respectivas políticas públicas, resultando num cumprimento menos oneroso quando se compara ao fornecimento no varejo<sup>287</sup>.

Ressalte-se que a política pública do combate ao vírus HIV foi considerada exemplar pela Organização Mundial de Saúde (OMS), o que ensejou a quebra de patentes

---

<sup>286</sup> PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 65.

<sup>287</sup> Silvia Vieira Damiano corrobora entendimento, dizendo que enquanto o SUS não estiver em consonância com os princípios e diretrizes que devem regê-lo, o Judiciário deve intervir, ainda que assegurando uma falsa *microjustiça*, porque quando a Administração notar que a forma que elegeram é mais onerosa, o sistema poderá ser aperfeiçoado. DAMIÃO, Silvia Vieira. A efetivação das políticas públicas de saúde pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário. **De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais**, nº 15, jul.-dez. 2010.

da produção destes medicamentos no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC). O caso do coquetel antirretroviral demonstra que, em que pese a concessão judicial individual de medicamentos não configurar uma política pública, não se pode retirar das ações individuais o poder, ainda que remoto e indireto, de controlar ações e programas governamentais.

Isso ocorreu recentemente com novos medicamentos para tratar o vírus da hepatite C. O elevadíssimo número de ações individuais pleiteando estes novos fármacos ensejou, ainda que não diretamente, sua inclusão na RENAME<sup>288</sup>. No campo de busca do sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, constata-se que houve o ajuizamento de inúmeras ações visando ao fornecimento de medicamentos mais modernos para o tratamento de hepatite C, tais como o *Daclastavir*, *Sofosbuvir* e o *Simeprevir*, que, conforme estudos recentes, têm chance de curar a doença na fase crônica em 90%.

A substância *Sofosbuvir* foi recentemente registrada pela ANVISA, em 30/03/2015, passando a integrar a lista oficial de dispensação de medicamentos pelo SUS. As substâncias *Daclatasvir* e a *Simeprevir*, por sua vez, foram analisadas para fins de registro em setembro de 2014, a pedido do Ministério da Saúde, que também fez pedido de prioridade de análise à CONITEC (Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS)<sup>289</sup>, tendo sido registradas em janeiro e março de 2015, respectivamente<sup>290</sup>.

Os casos da AIDS e da hepatite C, contudo, não representam a regra do que comumente acontece. Em geral, o processo civil clássico não tem oferecido soluções justas ao problema, tendo dirimido lides *inter partes*, não oferecendo exequibilidade *erga omnes* ou *ultra partes* para o fim de, efetivamente, resolver o conflito, nem ensejando revisão de políticas públicas.

Assim, o Judiciário possui o papel de efetivar direitos de desestabilização (conforme Roberto Mangabeira Unger, trata-se do direito à execução de políticas e à mobilização dos poderes)<sup>291</sup>, baixando os custos de ingresso da minoria no jogo político,

---

<sup>288</sup> “MANDADO DE SEGURANÇA. SAÚDE. Hepatite C. Sofosbuvir e Daclastavir (associado à Ribavirina). Medicamentos registrados na ANVISA em março de 2015. Fornecimento dos medicamentos. Possibilidade. Ordem amparada no artigo 196 da Constituição Federal. Denegação da segurança. Reforma. Recurso voluntário provido”. AC nº 1002095-02.2015.8.26.0053, Rel. Des. Paulo Galizia, j. 30/11/2015. Disponível em: <[www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)>. Acesso em: 07. dez. 2015.

<sup>289</sup> BRASIL. **Conitec (Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS)**. Disponível em: <<http://conitec.gov.br/>>. Acesso em: 07. dez. 2015.

<sup>290</sup> BRASIL. **Anvisa**. Novo medicamento para tratamento da hepatite C é aprovado pela Anvisa. Disponível em: <[http://portal.anvisa.gov.br](http://portal.anvisa.gov.br/)>. Acesso em: 07. dez. 2015.

<sup>291</sup> Cf. subitem 1.1.

colaborando na construção de uma democracia na qual se atinja a justiça social por meio de instituições, não de ordens de subordinação.

## 2.6 A (des)conformidade da técnica processual à natureza da pretensão deduzida em juízo: necessidade de adequação do processo

A tutela jurisdicional a ser conferida pelo Estado deve dar-se conforme o direito material veiculado na demanda, quer individual, quer transindividual. José Roberto dos Santos Bedaque ensina que

o legislador processual, incumbido de criar as regras destinadas a reger a função jurisdicional e os meios pelos quais ela atua para cumprir sua finalidade, procura coordenar todos esses elementos, a fim de adequar a atividade do juiz aos fins almejados pela ação e no processo. Para tanto, não pode ignorar a realidade substancial sobre a qual os atos processuais irão produzir efeitos. Só assim conseguirá construir instrumento apto a proporcionar o que dele se espera.<sup>292</sup>

No mesmo sentido pondera Carlos Alberto Álvaro de Oliveira<sup>293</sup>:

E isso porque não parece possível afastar a ligação com o direito material, em virtude da ínsita instrumentalidade que a função jurisdicional exerce em relação a este, a que servem a ação e o processo, por meio do exercício dos poderes, faculdades e ônus titulados pelas partes.

Com isso, quer-se dizer que, ajuizada a demanda, os atos que se seguirão poderão assumir dimensão variável, dependendo do objeto processual.

Assim, em havendo judicialização de direitos sociais, geram-se impactos na técnica processual. Sendo o direito processual instrumento de tutela do direito material, deve buscar efetividade no desempenho desta sua função, adaptando sua técnica de modo a melhor atender ao direito substancial veiculado. Em se tratando de direitos sociais, exigem-se ainda mais alterações na técnica processual, algumas ainda de *lege ferenda*, somando-se ao modelo de processo coletivo já existente.

---

<sup>292</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 520.

<sup>293</sup> ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O problema de eficácia da sentença. **Revista de Processo (RePro)**, n° 112, São Paulo, out.-dez. 2003.

Não se pode, assim, querer resolver problemas de dimensão superindividual fazendo alusão aos princípios e instrumentos forjados sob a medida das demandas individuais. Neste sentido ensinam Mauro Cappelletti e Bryan Garth<sup>294</sup>:

A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais.

Neste sentido, encarar um conflito plurilateral/multiplexo na forma individual/clássica/bilateral é tratar um problema de justiça distributiva como se de retributiva/comutativa fosse. Assinalam Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo<sup>295</sup> que

as dificuldades daí resultantes se evidenciam na prática, mormente nos casos-limite relacionados ao direito à saúde, de tal sorte que a solução judicial dessa questões, mesmo quando alcançada, não deixa de apresentar um efeito colateral inquestionável e até perverso, no sentido de assegurar o direito apenas àqueles que possuem meios de acesso ao judiciário.

No caso, tratar a judicialização do direito à saúde sob o ângulo individual equivale a desvirtuar o foco do problema, como se o remédio processual empregado não correspondesse à tutela almejada. Neste diapasão, esclarece José Reinaldo de Lima Lopes<sup>296</sup> que a inércia do Judiciário acaba, *a contrario sensu*, engendrando violação à isonomia, porque tão somente as causas que chegam a sua apreciação, após a superação dos custos do processo, poderão ser decididas:

A justiça distributiva diz respeito a regras de apropriação individual de recursos comuns [...]. Tais regras, pela sua generalidade, não podem ser definidas para um só caso. Daí o ar de injustiça de que padecem as decisões judiciais que contrariam as regras geralmente estabelecidas e aceitas, pois rompem com a regra formal da justiça: que todos que pertençam à mesma classe sejam tratados igualmente. Como o Judiciário só procede se provocado, suas decisões só valem para o caso que se encontra sob sua apreciação [...], as decisões que pretendem fazer justiça

---

<sup>294</sup> CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Trad. pela então Ministra do STF Ellen Gracie. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 49.

<sup>295</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, nº 67, 2008.

<sup>296</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006. p. 132.



distributiva, ou que sob o pretexto de fazer justiça comutativa estão de fato envolvidas em questões distributivas, geram tratamento desigual, retirando de uma classe um certo indivíduo.

Claro que não se pode negar o acesso à Justiça por via individual, seja porque o legislador conferiu eficácia máxima ao mandamento contido no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, seja porque o sistema processual vigente permite que, paralelamente a um processo coletivo, convivam individuais, sem que entre seus cursos haja relevante interferência recíproca (art. 104, CDC<sup>297</sup>).

Com efeito, assinala Ada Pellegrini Grinover<sup>298</sup> que a moderna processualística deveria buscar conciliar o método técnico-científico com as preocupações sociopolíticas, de forma a empregar “escrupulosamente a técnica processual para atingir os diversos escopos da jurisdição”. Como bem ressaltado por Lênio Streck<sup>299</sup>,

[...] a instrumentalidade do processo é condição de possibilidade para a realização dos direitos previstos na textualidade jurídica infra e supraconstitucional. [...] o agir dos operadores jurídicos deve estar pautado pela premissa de que, no Estado Democrático de Direito, há uma tutela constitucional do processo. A propósito, é importante lembrar o que já dizia LIEBMAN sobre a relação processo-constituição: ‘o estudo dos institutos do processo, se é realizado ignorando ou negligenciando a ligação com outros ramos do direito e em particular com o direito constitucional, torna-se tedioso e estéril cômputo de formalidades e termos; ele adquire, ao contrário, o seu verdadeiro significado e se enriquece das razões diversamente importantes, quanto é entendido como o estudo de aparato indispensável de garantias e modalidades de exercício, estabelecido para a defesa.

Ainda no que toca à necessidade de promover adaptação dos elementos técnico-processuais, enaltece José Roberto dos Santos Bedaque<sup>300</sup> que a natureza instrumental do processo impõe que seus institutos sejam concebidos “em conformidade com as necessidades do direito substancial. Isto é, a eficácia do sistema processual será medida em função da sua utilidade para o ordenamento jurídico material e para a pacificação social”.

<sup>297</sup> “As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva”.

<sup>298</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O magistério de Enrico Tullio Liebman no Brasil. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, nº 39, vol. 14, Porto Alegre, mar. 1987.

<sup>299</sup> STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 225.

<sup>300</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 16.

A indisponibilidade do direito também é fator a ser levado em consideração para a diferenciação processual. Aponta neste sentido Galeno Lacerda<sup>301</sup>, dizendo que é interessante observar

[...] como a diferença de grau entre a disponibilidade e a indisponibilidade do objeto, isto é, do bem jurídico, influi necessariamente nas regras de processo. As repercussões dessa gradação nos vários tipos de processos explicam as soluções várias e específicas para problemas como o impulso processual, a extensão dos poderes do juiz e dos direitos e deveres processuais das partes, os efeitos da aquiescência, a natureza da preclusão e da coisa julgada, a distinção quanto aos vícios do ato processual, a disponibilidade das provas, a substituição e a sucessão no processo, e tantos outros.

Em matéria de direitos fundamentais e, por conseguinte, políticas públicas, o acesso à Justiça ganha um novo alcance interpretativo, dele decorrendo o princípio da proibição da resistência instrumental dos direitos fundamentais, segundo o qual o magistrado fica autorizado a adaptar as normas processuais infraconstitucionais<sup>302</sup> para permitir a mais ampla cognição da matéria *sub judice*, mostrando-se o acesso à Justiça, nestes moldes, integralmente satisfeito.

Assim, o processo judicial envolvendo controle de políticas públicas deve obedecer a um novo modelo de cognição, restando necessário maior diálogo do juiz com a Administração Pública, para colher informações sobre eventuais políticas públicas já existentes ou a serem implementadas, e para examinar o orçamento, devendo-se, também, ampliar o contraditório, especificamente por meio de promoção de audiências públicas e da aceitação da intervenção do *amicus curiae*, com o fito de tornar a decisão judicial mais adequada e exequível, com rigorosa motivação, além de outras adequações processuais.

## 2.7 Possível adoção de técnicas de uniformização e coletivização de demandas

---

<sup>301</sup> LACERDA, Galeno. O Código como sistema legal de adequação do processo. **Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul**, comemorativa do cinquentenário 1926-1976, Porto Alegre, p. 165.

<sup>302</sup> “Inicialmente, a própria construção do procedimento deve ser feita tendo-se em vista a natureza e as peculiaridades do objeto do processo a que servirá; o legislador deve atentar para estas circunstâncias, pois um procedimento inadequado ao direito material pode importar verdadeira negação da tutela jurisdicional. O princípio da adequação não se refere apenas ao procedimento. A tutela jurisdicional há de ser adequada; o procedimento é apenas uma forma de encarar este fenômeno”. DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. Princípio da adequação jurisdicional do processo coletivo – Benfazeja proposta contida no projeto de nova lei de ação civil pública. In: GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita. **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 247.

É inviável negar o acesso à Justiça em sua forma individual, mas podem-se definir alguns caminhos processuais para que pretensões individuais sejam coletivizadas, somando-se à sistemática existente do processo coletivo.

Susana Henriques da Costa<sup>303</sup> afirma ser possível pensar em (i) técnicas de coletivização de pretensões individuais; e (ii) técnicas de agregação de demandas individuais já propostas.

Se aplicarmos técnicas de coletivização das pretensões individuais, um pedido individual se transformaria em coletivo, permitindo-se que o magistrado reconheça que determinado conflito subjetivo e atomizado representa, em verdade, pequena parcela de um conflito massificado, o qual seria chamado por inteiro ao processo, molecularizando-se a discussão.

O Projeto de Lei nº 8.058/2014<sup>304</sup>, que institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário, prevê a adoção desta técnica, já conhecida pelo direito norte-americano (possibilidade de demandas originariamente propostas como individuais serem certificadas, a requerimento de uma das partes, como *class actions*) em seu art. 30, segundo o qual, em havendo relevância social, e ouvido o Ministério Público, uma ação individual poderá ser convertida em coletiva se (i) tiver efeitos coletivos, em razão da tutela de bem jurídico coletivo e indivisível, cuja ofensa afete ao mesmo tempo as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade; ou (ii) tiver por escopo a solução de conflitos de interesses relativos a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução deva ser uniforme, por sua natureza ou por disposição de lei, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo e padrão de conduta consistente e unitária para a parte contrária<sup>305</sup>.

Caso seja determinada a conversão, o autor continuará como legitimado ativo em litisconsórcio necessário com o Ministério Público ou outro colegitimado, que poderá aditar ou emendar a inicial para adequá-la à tutela coletiva (§§1º e 2º). Nesta situação, mister provocar substitutos processuais legalmente previstos porque o direito processual civil brasileiro não prevê a legitimidade ativa da pessoa física para propor ação coletiva.

---

<sup>303</sup> HENRIQUES DA COSTA, Susana. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Orgs.). **O processo em perspectiva**. Jornadas Brasileiras de Direito Processual. São Paulo: RT, 2013.

<sup>304</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 8.058, de 04 de novembro de 2014**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 18. jun. 2015.

<sup>305</sup> Previsão semelhante continha o PL nº 166/2010, que, contudo, fora vetada. Infra 4.2.4.

Susana Henriques da Costa entende que esta hipótese quebra a regra de inércia do Judiciário, ainda que indiretamente, porque, conforme o § 3º do art. 30 do PL nº 8.058/2014, se nenhum dos colegitimados aditar/emendar a inicial, o magistrado encaminhará os autos ao Conselho Superior do Ministério Público para que indique membro da instituição para fazê-lo, cujo teor difere, sutilmente, do art. 28 do Código de Processo Penal<sup>306</sup> e do art. 9º e parágrafos da LACP<sup>307</sup>, por meio dos quais o juiz teria de acatar a decisão tomada pelo Procurador-Geral e pelo Conselho Superior do Ministério Público, respectivamente, acerca da manutenção do pedido de arquivamento. Assim, a autora entende que esta técnica deve ser submetida a uma reflexão mais apurada.

Quanto às técnicas de agregação de demandas individuais já propostas, tem-se a previsão dos arts. 285-A (“juízo antecipadíssimo da lide”<sup>308</sup>), 543-B e 543-C (incidentes de julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos) do Código de Processo Civil de 1973, e a previsão do art. 976<sup>309</sup> do NCPC (incidente de resolução de demandas repetitivas), técnicas estas que permitem a identificação de demandas individuais representativas da controvérsia que, quando julgadas, o teor da decisão será aplicado a todas as outras demandas tratando da mesma questão.

O PL nº 8.058/2014 também prevê instrumento semelhante, a ser aplicado a processos em Primeira Instância, em seu art. 23, segundo o qual “quando vários processos versando sobre pedidos, diretos ou indiretos, de implementação ou correção de políticas públicas relativas ao mesmo ente político tramitarem em diversos juízos, as causas serão reunidas [...] para julgamento conjunto...”. Em seu art. 25 prevê a mesma técnica, mas para

---

<sup>306</sup> Art. 28. “Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender”.

<sup>307</sup> Art. 9º. “Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente. § 1º Os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivadas serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público. § 2º Até que, em sessão do Conselho Superior do Ministério Público, seja homologada ou rejeitada a promoção de arquivamento, poderão as associações legitimadas apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados aos autos do inquérito ou anexados às peças de informação. § 3º A promoção de arquivamento será submetida a exame e deliberação do Conselho Superior do Ministério Público, conforme dispuser o seu Regimento”.

<sup>308</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o juízo antecipadíssimo da lide (artigo 285-A do CPC). In: SALLES, Carlos Alberto de (Coord.). **As grandes transformações do processo civil brasileiro** – Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009.

<sup>309</sup> Art. 976. “É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I – efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II – risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”.

processos em grau recursal “quanto o tribunal receber diversos recursos em processos que objetivem o controle judicial de políticas públicas relativamente ao mesmo ente político, e que poderão comprometer o mesmo orçamento, os processos [...] serão reunidos...”.

Obter-se-ia, caso aplicados estes dispositivos, uma decisão equânime a respeito de uma mesma política pública, não somente sobre as situações individuais, ensejando tratamento isonômico aos cidadãos acometidos pelas mesmas enfermidades.

Contudo, para se tornar possível um adequado emprego desta técnica, a controvérsia singular a ser encontrada nas demandas deve ser de direito, não de fato. Como analisa Humberto Fernandes de Moura<sup>310</sup>,

O referido incidente somente pode ser instaurado se a controvérsia for de direito, e, como se sabe, em muitos dos casos de intervenção do Poder Judiciário em determinada política pública, especialmente aquelas que exigem tratamento médico ou fornecimento de medicamento, tanto a parte autora, quanto a parte ré exigirão a produção de prova. No caso do autor, este deve provar que precisa do medicamento. Por outro lado, a defesa do órgão ou entidade pública gira em torno da reserva do possível. E, como já reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, a adoção da tese da reserva do possível depende de comprovação extremamente rigorosa que vai ou deve levar em conta o impacto financeiro daquela determinada demanda. Além disso, a tese jurídica relacionada à possibilidade ou não do Poder Judiciário intervir em política pública já está razoavelmente sedimentada, cabendo apenas definir os parâmetros para sua atuação.

Assim, esta técnica se mostra inviável em se tratando de demandas veiculando o direito à saúde, porquanto inexistente controvérsia apenas de direito, sendo necessário, na maioria dos processos, dilação probatória.

Ainda, não se deve confundir tutela coletiva de direitos com tutela de direitos coletivos, vez que aquela primeira se refere à proteção da soma de direitos individuais, enquanto a segunda se relaciona à proteção de direitos essencialmente coletivos. Assim, faz-se mister identificar adequadamente a natureza do direito material lesado ou ameaçado de lesão.

Direitos ou interesses difusos e coletivos *strictu sensu* se diferenciam de direitos ou interesses individuais homogêneos, mostrando-se estes como acidentalmente coletivos, conforme conceituado por José Carlos Barbosa Moreira<sup>311</sup>.

---

<sup>310</sup> MOURA, Humberto Fernandes de. Ativismo judicial e a *coletivização* de ação individual. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro (RIDB)**, nº 3, ano 1, Lisboa, 2012. Disponível em: <www.idb-fdul.com>. Disponível em: 20. dez. 2014.

## 2.8 Conclusões parciais

1. O ordenamento jurídico brasileiro admite, basicamente, dois tipos de processo para garantir a tutela judicial de direitos: o tradicional processo individual, que assegura à pessoa o acesso à Justiça para garantir seus direitos subjetivos clássicos, e o processo coletivo, que visa à tutela de interesses transindividuais (difusos, coletivos *strictu sensu* ou individuais homogêneos).

2. Na medida em que se estreitaram as faixas de insindicabilidade judicial, operou-se uma potencialização da apreciação judicial, de modo que se passou a reconhecer o Judiciário como legitimado a participar das escolhas primárias e das opções políticas tomadas na gestão da coisa pública. Isso porque o Judiciário tem adentrado o mérito dos atos administrativos, especificamente de políticas públicas.

3. O direito à saúde possui natureza originariamente difusa, uma vez deve ser prestado, preferencialmente, por meio da implementação de políticas públicas, de modo a atender a sociedade como um todo. Contudo, o fato de se tratar de direito essencialmente coletivo não afasta sua titularidade individual, porquanto passível de ser cindido em parcelas atribuíveis a vários sujeitos. Assim, embora possível e desejável priorizar a tutela processual coletiva no campo da efetivação do direito à saúde, isso não significa ser impossível sua veiculação pela via jurisdicional individual.

4. A judicialização do direito à saúde tem se dado, em sua esmagadora maioria, por meio de ações individuais, por meio das quais cidadãos pleiteiam em juízo o fornecimento de tratamentos médicos não disponibilizados pelo SUS, e grande parte destas demandas é julgada procedente, seguindo os magistrados um argumento linear, segundo o qual o art. 196 da Constituição Federal, dispondo que a saúde é direito de todos e dever do Estado, não pode consistir em norma programática, devendo ser promovida preferencialmente por meio de políticas públicas que, quando se mostrarem insuficientes, podem ser corrigidas pelo Judiciário, quando provocado.

---

<sup>311</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição de 1988. **Revista de Processo (RePro)**, nº 61, vol. 16, 1991.

5. O Estado de São Paulo passou a adotar algumas medidas para melhor lidar com a elevada judicialização da saúde, tendo adquirido um *software* que armazena dados relativos ao pedido do tratamento, tais como o nome do paciente, do médico que prescreveu o medicamento, da empresa fabricante do fármaco, a enfermidade que acomete a parte autora e o nome do advogado que assina a petição. Isso para que se possam cruzar dados, de modo a descobrir eventuais fraudes que costumam ocorrer nesta seara, capitaneadas por indústrias farmacêuticas.

6. Em sede de demanda individual veiculando o direito à saúde, especificamente o fornecimento gratuito de fármacos pelo Estado, é costume haver o deferimento da tutela antecipada, em ação ordinária, ou da liminar, em mandado de segurança, com sua provável ratificação na sentença. A Fazenda Pública, sempre figurando no polo passivo da ação, pode impugnar estas decisões de cognição sumária perante o Supremo Tribunal Federal por meio da oposição de Suspensão de Tutela Antecipada (STA) e de Suspensão de Liminar (SL), bem como, quando da concessão da ordem em *mandamus*, de Suspensão da Segurança (SS), devendo comprovar que a ordem judicial possui o condão de causar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

7. Por um lado, a desmesurada concessão de liminares e tutelas antecipadas acaba gerando o efeito *fura fila*, porque apenas os cidadãos que lograram superar os custos do processo (físicos, culturais, sociais, financeiros, de informação, etc) conseguem obter, por exemplo, acesso a fármacos diferenciados, não constantes das listas de dispensação obrigatória do SUS. Por outro lado, os magistrados, ao deparar com este tipo de demanda, acabam fazendo uma *justiça de misericórdia*, decidindo mais por motivos emocionais que técnicos, porquanto se trata da vida dos cidadãos.

8. Se a Fazenda Pública figurante no polo passivo da demanda não cumprir a ordem judicial que determinou o fornecimento do tratamento médico, algumas sanções podem ser aplicadas, tais como a multa diária, o bloqueio de verbas públicas, a intervenção federal ou estadual, a responsabilidade por ato de improbidade administrativa ou por crime de responsabilidade, mostrando-se estas últimas como mais adequadas, até porque eventual multa recairá sobre o próprio erário.

**9.** A enorme preponderância de ações individuais, alimentando o fenômeno da litigância repetitiva, gera diversas desvantagens, como o acúmulo de trabalho, decisões contraditórias e condução atomizada de questões que poderiam ser agrupadas num tratamento único e uniforme.

**10.** Neste diapasão, há propostas de adoção de técnicas de uniformização e coletivização de modo a atender simultaneamente à economia processual e à isonomia. No caso, um pedido individual se transformaria em coletivo, permitindo-se que o magistrado reconheça que determinado conflito subjetivo e atomizado representa, em verdade, pequena parcela de um conflito massificado, o qual seria chamado por inteiro ao processo, molecularizando-se a discussão.

**11.** Contudo, tais técnicas se mostram viáveis quando a controvérsia judicial for unicamente de direito. No caso da saúde, a controvérsia é, em grande parte, fática, havendo a necessidade de se produzir prova, principalmente pericial, para se saber se o autor da demanda realmente necessita do tratamento requerido em juízo.

**12.** Em havendo judicialização de direitos sociais, geram-se impactos na técnica processual. Sendo o direito processual instrumento de tutela do direito material, deve buscar efetividade no desempenho desta sua função, adaptando sua técnica de modo a melhor atender ao direito substancial veiculado.



## **CAPÍTULO 3 – TUTELA JURISDICIONAL E PROCESSO COLETIVO**

Em se tratando de conflitos de largo espectro político, social e/ou econômico, envolvendo direitos coletivos *lato sensu*, o processo coletivo se mostra como um adequado instrumento para ventilar tais demandas, em razão da melhor adequação de seus institutos processuais, como a legitimação ativa, a coisa julgada e os efeitos da sentença.

Por apresentar significantes diferenças do processo individual, é possível afirmar que o Direito Processual Coletivo é ramo autônomo, por conter elementos e institutos revisitados, além de princípios próprios, que denunciam sua autonomia científica.

Neste capítulo, este novo ramo do Direito Processual será analisado para, após, se adentrar a ação civil pública. Tratar-se-á da crise metodológica que tem havido em decorrência da desvinculação entre as normas constitucionais e as normas infraconstitucionais processuais, vez que os direitos fundamentais sociais têm sido quase que totalmente desconsiderados como objeto de tutela do processo coletivo, especificamente da ação civil pública, que é instrumento apto a exigir a implementação ou a correção de políticas públicas.

Como já relatado alhures, a ação civil pública é frequentemente ajuizada pelo Ministério Público para defender direitos individuais indisponíveis, de apenas alguns cidadãos determinados (por exemplo, enfermos e financeiramente hipossuficientes, carecendo do fornecimento gratuito de medicamentos por parte do Estado), em comarcas ainda não abrangidas pelos serviços da Defensoria Pública. Cuida-se, no caso, de ação pseudocoletiva, porque, em que ter formato de demanda coletiva, os efeitos práticos de eventual procedência da demanda beneficiarão apenas a parte representada pelo *Parquet*, o que não ocorre quando se pretende a implementação de política pública, que, uma vez promovida, beneficiará toda a sociedade, engendrando justiça distributiva.

### **3.1 Direito processual coletivo**

A tutela jurisdicional de interesses e direitos<sup>312</sup> coletivos *lato sensu* no Brasil, num primeiro momento, deu-se por meio de leis extravagantes dispersas, como a Lei nº 1.134/1950<sup>313</sup>, que facultou a representação perante autoridades administrativas e a justiça ordinária por associações civis, e a Lei nº 4.215/1963<sup>314</sup> (antigo Estatuto da OAB), que estabelecia à OAB o dever de representar, em juízo e fora dele, os interesses gerais da classe dos advogados e os individuais, relacionados com o exercício da profissão.

A Constituição da República de 1934<sup>315</sup> previa que “qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios”, correspondente a nossa atual ação popular, suprimida em 1937 e reinserida na Constituição de 1946<sup>316</sup>, mantendo-se em todas as Cartas Políticas brasileiras até hoje (de 1967<sup>317</sup> e 1988<sup>318</sup>).

A primeira lei que tratou especificamente de instrumento hábil para tutelar interesses e direitos coletivos foi, de fato, a Lei Federal nº 4.717/1965 (Lei da Ação Popular)<sup>319</sup>. Após, advieram a Lei Federal nº 6.938/1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente)<sup>320</sup>, juntamente com a Lei Orgânica do Ministério Público (Lei

<sup>312</sup> No presente trabalho, “interesse” e “direito” se substituem mutuamente. Para Kazuo Watanabe, são vocábulos sinônimos, porque quando os interesses passam a ser tutelados pelo direito, assumem o mesmo *status* de direito. Em sentido contrário, Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marins entendem que são expressões não equivalentes. WATANABE, Kazuo et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto, pp. 718-719. ALVIM, Eduardo Arruda et al. **Código do Consumidor comentado**. 2. ed. São Paulo: RT, 1995. p. 364.

<sup>313</sup> BRASIL. Lei nº 1.134, de 14 de junho de 1950. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L1134.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1134.htm)>. Acesso em: 14. dez. 2014.

<sup>314</sup> BRASIL. Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4215.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4215.htm)>. Acesso em: 14. dez. 2014.

<sup>315</sup> BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 14. dez. 2014.

<sup>316</sup> Art. 141, § 38. “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista”.

<sup>317</sup> Art. 150, § 31. “Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>.

<sup>318</sup> Art. 5º, inc. LXXIII. “Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

<sup>319</sup> BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L4717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4717.htm)>. Acesso em: 14 dez. 2014.

<sup>320</sup> BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm)>. Acesso em: 14. dez. 2014. Art. 14, § 1º. “Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente”.

Complementar nº 40/1981)<sup>321</sup>, a Lei Federal nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública)<sup>322</sup> e, por fim, a Lei Federal nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor)<sup>323</sup>.

No Ocidente, a ação popular romana consistiu na origem da tutela coletiva. Com ela, em síntese, almejava-se o pagamento de uma pena pecuniária pelo cometimento de um ato ilícito, possuindo cunho sancionatório. De modo indireto, pretendia-se obrigar ou evitar determinados comportamentos por parte dos réus.

Assim, a ação coletiva ocidental tem sua origem nos primórdios da civilização romana (*actio popularis*), tendo sido tratada inicialmente como exceção ao princípio *nemo alieno nomine lege agere potest* (a ninguém é dado agir em nome de outrem, ou seja, em defesa do direito alheio, a não ser em favor do povo)<sup>324</sup>.

Assim, encontravam-se nos textos romanos diversas previsões de ação popular, a qual visava à proteção de bens comuns (*res publica*), ou seja, os que transcendiam o interesse individual, para o fim de possibilitar ao povo participação nos negócios políticos e administrativos.

Para o cidadão romano, a *res publica* (praças, ruas, rios, etc.) era vista como uma universalidade indivisível, também composta pelo próprio cidadão e pelo Estado, ainda que, à época, numa concepção incipiente. Deste modo, o cidadão romano, agindo no seu interesse pessoal, salvaguardava, concomitantemente, os interesses de todos e, por extensão, do próprio Estado, tendo tal ideia sido desenvolvida para hipóteses em que o cidadão poderia agir mesmo em não havendo interesse pessoal.

Ainda que a *actio popularis* romana tivesse caráter predominantemente penal, culminando em provimentos de cunho inibitório da conduta lesiva ou em cominação de multa ou outra espécie de pena pecuniária, pode-se dizer que se converteu numa grande herança democrática do direito romano, vez que proporcionava aos cidadãos uma forma de exercer o poder de polícia via instância judicial.

Ricardo de Barros Leonel lembra que “o exercício destas demandas se justificava pelo interesse geral de cumprimento da lei, não havendo propriamente ‘direito subjetivo’

---

<sup>321</sup> BRASIL. Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp40.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp40.htm)>. Acesso em: 14. dez. 2014.

<sup>322</sup> BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7347Compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347Compilada.htm)>. Acesso em: 14. Dez. 2014.

<sup>323</sup> BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em: 14. dez. 2014.

<sup>324</sup> Para um melhor desenvolvimento desse tópico, v. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular** – Proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. 7. ed. São Paulo: RT, 2011. pp. 46-52.

do cidadão sobre as coisas públicas (*res publicae*)<sup>325</sup>”. Prossegue o autor, citando Miguel Seabra Fagundes:

A ação popular tinha em Roma amplitude extraordinária, servindo não somente para a tutela de interesses individuais com consequências públicas (como no caso de defesa pessoal do uso de vias públicas por meio do *interdictum ne quid in loco publico vel itinere fiat*; como ainda da utilização dos rios, ancoradouros, bebedouros, entre outras coisas, por força dos *interdictum ne quid flumine publico ripave ejus fiat*; uso de esgotos públicos, por meio do interdito de *cloacis*, entre outros); mas ainda, e sobretudo, para a tutela de interesses mais propriamente coletivos, como na defesa de sepultura comum, efetivação de fundações instituídas por atos de disposição de última vontade, oposição à colocação em telhas e janelas de coisas que pudessem ser lançadas à rua, entre outras<sup>326</sup>.

Na experiência brasileira, Ada Pellegrini Grinover entende que a Lei da Ação Popular (Lei Federal nº 4.717/65) possibilitou ao Judiciário, pioneiramente, a apreciação do mérito do ato administrativo, elevando a lesão à condição de causa de nulidade do ato, sem necessidade do requisito da ilegalidade<sup>327</sup>. No mesmo sentido ensina Cândido Dinamarco, para quem a “desmistificação do dogma da substancial incensurabilidade do ato administrativo” se deve à ação popular<sup>328</sup>.

A ação popular foi, então, a primeira demanda judicial legalmente prevista para se tutelar interesses metaindividuais, especificamente difusos, em juízo. Regulamentada pela Lei Federal nº 4.717/65, fora recepcionada pela Carta Política de 1988, que ampliou seu objeto, se comparado às Cartas anteriores<sup>329</sup>, passando a abranger a proteção da sociedade contra ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e

<sup>325</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 43.

<sup>326</sup> *Ibidem*, pp. 43-44.

<sup>327</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

<sup>328</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 434.

<sup>329</sup> Na Constituição do Império, de 1824 (art. 157), a ação popular tinha características muito distintas da atual, de cunho penal, que visava prevenir abusos de poder e prevaricação por parte de juizes e oficiais de justiça no exercício do cargo público, *in verbis*: “Por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra elles acção popular, que poderá ser intentada dentro de anno, e dia pelo proprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei”. A Constituição de 1934 estabeleceu a possibilidade de propor ação popular para anular ato lesivo ao patrimônio publico. A Constituição de 1937 a excluiu, ante o período totalitário e antidemocrático, tendo ela retornado, definitivamente, com a Constituição de 1946, que estendeu sua abrangência também aos atos lesivos praticados contra autarquias e sociedades de economia mista, mantida com a Constituição de 1967. Até a Constituição de 1988 seu objeto se restringia à anulação de atos lesivos ao patrimônio público, exigindo o regime constitucional anterior dois pressupostos para o ajuizamento da ação popular: a lesividade ao patrimônio público e a ilegalidade do ato. Com o advento da Carta Política de 1988, passou-se a exigir, respeitado entendimento contrário, tão somente o requisito da lesividade ao patrimônio público, incluindo-se a moralidade administrativa.

ao patrimônio histórico e cultural (CF/88, art. 5º, inc. LXXIII<sup>330</sup>), de modo que a natureza dos interesses por si tutelados é nitidamente difusa.

Posteriormente, adveio a Lei Federal nº 6.938/1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, por meio da qual se passou a atribuir uma concepção mais moderna à ação coletiva. Depois, em 1985, veio a Lei Federal nº 7.347/1985 (LACP) e, por fim, a Lei Federal nº 8.078/90 (CDC), que, em conjunto com a LACP, estabeleceu um sistema processual de proteção coletiva, havendo complementação entre suas normas.

Assim, da junção entre a LACP e o CDC, surgiu um microsistema processual coletivo, ensejando a criação de um novo ramo do Direito Processual, autônomo por conter princípios, elementos e institutos próprios à tutela jurisdicional dos direitos coletivos.

Em síntese, o processo coletivo é conhecido, ao menos em tese, como um instrumento que atende aos princípios da igualdade (art. 5º, CF/88), da universalidade da jurisdição (o acesso à Justiça deve ser garantido a um número cada vez maior de pessoas), da economia processual e judicial<sup>331</sup>, do acesso à Justiça<sup>332</sup> (efetividade e utilidade; acesso à ordem jurídica justa, supra 1.1), da flexibilidade procedimental e da publicidade (ampla divulgação do andamento processual). Ainda, tem-se o princípio de participação<sup>333</sup>, da ação<sup>334</sup> e da instrumentalidade das formas<sup>335</sup>.

---

<sup>330</sup> “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

<sup>331</sup> O processo coletivo atende ao escopo de economia processual e judicial, à medida que possui o condão de substituir uma multiplicidade de demandas individuais repetitivas por uma única ação coletiva.

<sup>332</sup> Um dos objetivos das ações coletivas é o de, justamente, assegurar o efetivo acesso à Justiça de pretensões que, de outra maneira, dificilmente poderiam ser protegidas pelo Judiciário. Por exemplo, quando os custos financeiros e psicológicos de uma ação judicial forem desproporcionais ao dano efetivamente sofrido pela pessoa lesada. No caso do direito à saúde, imagine-se uma pessoa portadora de diabetes mellitus que não possui mais êxito com o tratamento oferecido pelo SUS (insulinas regulares) que não possui conhecimento no sentido de que pode demandar em juízo o fornecimento de medicamentos mais avançados ou, mesmo sabendo desta possibilidade, não possui condições de superar os custos do processo, quer financeiros, quer psicológicos, em muitas das vezes nem sabendo da existência de Defensoria Pública na comarca em que reside.

<sup>333</sup> Enquanto no processo individual o contraditório é exercido diretamente pelo sujeito da relação processual, no processo coletivo ele se cumpre pela atuação do portador, em juízo, dos interesses/direitos coletivos.

<sup>334</sup> No Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, há previsão de iniciativas a serem tomadas pelo magistrado para estimular o legitimado a ajuizar demanda coletiva, mediante a ciência dos colegitimados de diversos processos individuais versando sobre o mesmo bem jurídico.

<sup>335</sup> Este princípio exige que as formalidades processuais não sejam excessivas, a ponto de sufocar os escopos jurídicos, sociais e políticos da jurisdição. Assim, a técnica processual deve ser vista não como um entrave à pacificação social.

Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>336</sup> considera uma ação como coletiva “quando algum nível do universo coletivo será atingido no momento em que transitar em julgado a decisão que a acolhe, espreado assim seus efeitos”.

Kazuo Watanabe<sup>337</sup> afirma que a natureza coletiva da ação não depende apenas da legitimação ativa e da espécie de direito nela veiculado, mas também da causa de pedir e do pedido. Em suma, decorreria da causa de pedir e do pedido deduzido em juízo e da relação de adequação entre estes elementos e a legitimação passiva *ad causam*. Claro que não há apenas estas diferenças entre demandas coletivas e individuais, vez que a própria estrutura do processo e do procedimento se modifica, influenciando nos poderes do juiz, na apreciação dos elementos de prova, do pedido deduzido, etc.

O PL nº 8.058/2014, que instituiu processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário, dispõe que ele deve reger-se pelos seguintes princípios, sem prejuízo de outros que assegurem o gozo de direitos fundamentais sociais: (i) proporcionalidade; (ii) razoabilidade; (iii) garantia do *mínimo existencial*; (iv) justiça social; (v) atendimento ao bem comum; (vi) universalidade das políticas públicas; e (vii) equilíbrio orçamentário. Em síntese, esses princípios se referem à razoabilidade do pedido deduzido em juízo e à irrazoabilidade da conduta da Administração Pública, à promoção de justiça distributiva invés da retributiva e à observação das limitações orçamentárias (cláusula da *reserva do possível*).

Além disso, determina que o procedimento seja flexível, que poderá ser consensualmente adaptado ao caso concreto (art. 2º, parágrafo único, inc. VI), constando de seu art. 17 que o processo obedecerá ao estabelecido no CPC, “com as modificações com que o juiz e as partes concordarem, para melhor adequação ao objeto da demanda”.

Por institutos fundamentais do processo coletivo, tem-se a legitimação<sup>338</sup>, juntamente à questão da representatividade adequada, a coisa julgada<sup>339</sup>, o pedido e a causa de pedir, competência jurisdicional, conexão, continência e litispendência, ônus da prova e cumprimento e liquidação da sentença.

---

<sup>336</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular** - Proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. 7. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 25.

<sup>337</sup> WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 195, *passim*.

<sup>338</sup> O esquema rígido do art. 6º do CPC/73, art. 18 do NCPC, é repellido pelo processo coletivo, que adota a legitimação ativa autônoma, concorrente, disjuntiva, exclusiva e extraordinária (infra 4.2).

<sup>339</sup> A coisa julgada, no processo tradicional, se limite às partes que o integraram. No processo coletivo, dá-se *erga omnes e secundum eventum litis*.

Gregório Assagra de Almeida<sup>340</sup> também identifica o direito processual coletivo como autônomo, dizendo se tratar do

[...] ramo do direito processual que possui natureza de direito processual-constitucional-social, cujo conjunto de normas e princípios a ele pertinente visa disciplinar a ação coletiva, o processo coletivo, a jurisdição coletiva, a defesa no processo coletivo e a coisa julgada, de forma a tutelar, no plano abstrato, a congruência do ordenamento jurídico em relação à Constituição e, no plano concreto, pretensões coletivas em sentido *lato*, decorrentes dos conflitos coletivos ocorridos no dia a dia da conflituosidade social.

Ada Pellegrini Grinover<sup>341</sup>, da mesma forma, reconhece a autonomia científica do direito processual coletivo, vez que possui traços próprios:

A análise dos princípios gerais do direito processual, aplicados aos processos coletivos, demonstrou a feição própria e diversa que eles assumem, autorizando a afirmação de que o processo coletivo adapta os princípios gerais às suas particularidades. Mais vistosa ainda é a diferença entre os institutos fundamentais do processo coletivo em comparação com os do individual.

Além de reunir os fatores pelos quais o direito processual coletivo pode ser considerado como ramo autônomo do Direito, devem-se mencionar as vantagens do processo coletivo que, segundo Marilena Lazzarini<sup>342</sup>, são estas: (i) amplo acesso à Justiça, “já que o direito tradicional individualista impede que muitos busquem seus direitos por não terem como arcar com os custos de um processo, por desconhecimento dos caminhos para o ingresso na Justiça ou, pior, por ignorar seus direitos”; (ii) evitam a propositura de inúmeras demandas idênticas, “pois uma única ação beneficiará todos os titulares dos direitos lesados e o conseqüente desafogamento do Judiciário”; (iii) evitam decisões contraditórias, “que somente causam descrédito ao Poder Judiciário e insegurança aos jurisdicionados”; e (iv) fortalecem a organização social, “porque estimulam os agrupamentos em torno de causas coletivas, [...]”.

---

<sup>340</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 22.

<sup>341</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: LUCON, Paulo Henrique Santos (Coord.). **Tutela coletiva**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 308.

<sup>342</sup> LAZZARINI, Marilena. As investidas contra as ações civis públicas. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). **Tutela coletiva**. São Paulo: Atlas, 2006.

Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>343</sup> entende que a jurisdição coletiva, em seu contexto geral, é braço do Judiciário, voltada para dirimir conflitos de largo espectro, em grande parte motivados pela inação/incompetência das instâncias administrativas, ou pela oferta irregular/insuficiente das medidas e programas implementados, revelando-se como receptáculo de “interesses e valores que, desatendidos ou mal manejados, vão aumentando a pressão social, operando assim a via judicial como uma sorte de válvula de escape”.

Tudo isso autoriza concluirmos que há um novo ramo do Direito Processual, que é o Direito Processual Coletivo, contando com princípios revisitados e institutos fundamentais peculiares, tendo como objeto a tutela jurisdicional dos interesses e direitos difusos, coletivos *strictu sensu* e individuais homogêneos.

### **3.2 Ação civil pública: qualquer outro interesse difuso ou coletivo (art. 1º, inc. IV, da Lei Federal nº 7.347/1985)**

Para a finalidade desta pesquisa, ação coletiva é, essencialmente, a ação civil pública, não se ignorando a existência de outros instrumentos processuais destinados para tanto (ação popular, ação de improbidade administrativa e mandado de segurança coletivo<sup>344</sup>). Assim, passemos ao exame dos principais aspectos desta ação.

Antes do advento da LACP, não havia regras claras a respeito do processamento da demanda, nem sobre o regime da coisa julgada, o destino da indenização, dentre outras lacunas, que somente vieram a ser supridas por meio desta Lei.

Em seu art. 1º, a LACP dispõe que as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, por infração da ordem econômica, à ordem urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e ao patrimônio público e social serão regidas por suas disposições, sem prejuízo da ação popular.

Em apertada síntese, o conteúdo do *nomen juris* “ação civil pública” consiste, respectivamente, no fato de se tratar de ação não penal e de objeto que abrange um largo

---

<sup>343</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada:** teoria geral das ações coletivas. 3. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 79.

<sup>344</sup> O mandado de segurança coletivo é instrumento processual passível de ser empregado na defesa do direito à saúde, mas é menos utilizado em razão da limitação de seu escopo (“direito líquido e certo”).



espectro de interesses e valores de inegável relevância social<sup>345</sup>, sendo certo, contudo, que a adjetivação aposta a uma ação judicial não lhe define, nem altera seu conteúdo.

Quanto à natureza jurídica da Lei Federal nº 7.347/85, trata-se de lei de cunho predominantemente processual, em que pese haver alguns poucos aspectos correlatos ao direito material (arts. 10<sup>346</sup> e 13<sup>347</sup>). Assim, a maior parte de seus dispositivos se refere a elementos tipicamente do direito processual, a saber: foro processual competente (art. 2º), pedido (arts. 1º e 3º), tutela cautelar (art. 4º), rito, legitimação (art. 5º), atuação do Ministério Público (vários dispositivos), sentença, efeitos dos recursos (art. 14), coisa julgada (art. 16), execução (cumprimento de sentença), ônus sucumbenciais (art. 18) e aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (art. 19). Pedro da Silva Dinamarco informa que, atualmente, o entendimento pela natureza processual da referida Lei resta pacificado na doutrina<sup>348</sup>.

Quanto a seu objeto, seu art. 1º, inc. IV, introduzido pelo art. 117 do CDC<sup>349</sup>, prevê que “qualquer outro direito interesse difuso ou coletivo” pode ser objeto de ação civil pública, de modo que os direitos sociais, essencialmente difusos, como o direito à saúde, se encaixam perfeitamente em seu objeto<sup>350</sup>.

A este respeito, incumbe-nos mencionar que este inciso fora, numa primeira análise, vetado. Mas como bem observa Hugo Nigro Mazzilli, o veto foi aos poucos superado, porquanto, mais tarde, o Ministério Público fora autorizado a tutelar quaisquer interesses difusos ou coletivos. *In verbis*,

<sup>345</sup> 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. 13. ed. São Paulo: RT, 2014. pp. 15-27, *passim*.

<sup>346</sup> Art. 10. “Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público”.

<sup>347</sup> Art. 13. “Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.”

<sup>348</sup> SILVA DINAMARCO, Pedro da. **Ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 47. “A Lei 7.347/85 é unicamente adjetiva, de caráter processual, pelo que a ação e a condenação devem basear-se em disposição de alguma norma substantiva, de direito material, da União, do Estado ou do Município, que tipifique a infração a ser reconhecida e punida pelo Judiciário, independentemente de qualquer outra sanção administrativa ou penal, em que incida o infrator”. MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. pp. 158-159. “A LACP apenas regulou os aspectos processuais da tutela desses direitos, ficando para a lei material a disciplina dos aspectos de direito material dos bens protegidos pela LACP”. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 14. ed. São Paulo: RT, 2014.

<sup>349</sup> Art. 117. “Acrescente-se à Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, o seguinte dispositivo, renumerando-se os seguintes: ‘Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor’”.

<sup>350</sup> O PL nº 5.139/2009 prevê expressamente a saúde como objeto da ação civil pública em seu art. 1º, inc. I.

Embora lamentável o veto, por evidenciar quão distante ainda está o país de garantir efetivamente acesso coletivo à jurisdição, foi ele aos poucos superado, pois o próprio Poder Constituinte originário acabou por conferir ao Ministério Público a norma residual que passou a permitir-lhe a defesa de quaisquer interesses difusos ou coletivos (CF, art. 129, III); por outro lado, com as alterações depois introduzidas no art. 1º da LACP pelo CDC, perdeu toda a importância o veto que esse dispositivo tinha sofrido a um de seus incisos, pois passou a caber a defesa de *qualquer interesse difuso ou coletivo* pelos legitimados ativos à ação civil pública ou coletiva<sup>351</sup>.

Nota-se, assim, que o objeto atual da ação civil pública é bastante amplo. Imperiosa a lição de Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>352</sup> segundo a qual a extensão do objeto da ação civil pública para quaisquer interesses difusos engendra a judicialização de políticas públicas. Neste sentido, observa o autor que

a importância do aspecto conceitual-terminológico agora mais avulta na contemporânea discussão sobre a judiciabilidade das políticas públicas, e nesse campo há de ser útil o enquadramento dessa categoria como espécie do gênero *interesses difusos* (CF, art. 129, III, parte final; Lei 7347/85, art. 1º, IV).

Como ressaltado durante todo este estudo, é juridicamente possível, e muitas vezes necessária, a intervenção do Judiciário em políticas públicas, o que, aliás, tem-se dado corriqueiramente, numa tentativa de suprir omissões e/ou falhas do Poder Executivo, sempre tendo como pressuposto a consecução dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, aos quais se acrescenta o princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, inc. II, CF/88).

Sucintamente, pode-se dizer que os principais meios processuais de se controlar políticas públicas são (i) as ações constitucionais (ADPF, ADI por omissão); (ii) ações coletivas; e (iii) ações individuais. Quanto às ações coletivas, a ação civil pública se mostra como veículo processual bastante adequado para tutelar direitos fundamentais sociais.

---

<sup>351</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 133.

<sup>352</sup> MANCUSO. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Édis (Coord.). **Ação civil pública**: Lei 7.347/1985 - 15 anos. São Paulo: RT, 2002.

Mencione-se, contudo, que o uso reiterado de ação civil pública, sem a adoção de critérios razoáveis, se mostra prejudicial, à medida que gera um ambiente litigioso e inseguro. Neste contexto, Hely Lopes Meirelles<sup>353</sup> afirma que

o uso generalizado e indiscriminado das ações civis públicas como outrora do *habeas corpus*, dos interditos possessórios e do próprio mandado de segurança, pode constituir séria ameaça à ordem jurídica e ensejar um clima de litigiosidade, insegurança e contestação generalizada, que é nocivo ao desenvolvimento do país.

A ação civil pública é, pois, instrumento de tutela de direitos e interesses metaindividuais, ou coletivos *lato sensu*, que, segundo Hugo Nigro Mazzilli, se situam numa posição intermediária entre os interesses públicos e os interesses privados, excedendo o âmbito estritamente individual, não chegando, propriamente, a se constituir em interesse público.

No que toca à classificação dos interesses e direitos metaindividuais (difusos, coletivos *strictu sensu* e individuais homogêneos), questiona-se: o direito à saúde se encaixa em qual categoria?

Conforme definição atribuída pela Lei Federal nº 8.078/1990, em seu art. 81, parágrafo único, (i) interesses ou direitos difusos são aqueles de natureza indivisível de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; (ii) interesses ou direitos coletivos são aqueles de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; e (iii) interesses ou direitos individuais homogêneos são aqueles decorrentes de origem comum.

Os direitos difusos se caracterizam, assim, pela (i) transindividualidade, porque transcendem a órbita do indivíduo, de modo que o direito lhe pertence, mas sem exclusividade; (ii) indeterminabilidade de seus titulares, ligados por circunstâncias fáticas, sem haver vínculo jurídico; (iii) indivisibilidade do objeto, de modo que sua tutela atingirá todos indistintamente; (iv) indisponibilidade, em razão de não se encontrarem à livre disposição nem do administrador público, nem de seus próprios titulares; (v) extrapatrimonialidade, no sentido de não se conseguir estipular um valor exato a estes interesses (o pedido deduzido em juízo é de uma obrigação de fazer ou não fazer); e (vi) conflituosidade intrínseca ou interna máxima, porque, não tendo atingido o grau de

---

<sup>353</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 223.

agregação/organização necessário a sua afetação institucional junto a certas entidades/órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, estes interesses restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo<sup>354</sup>.

Tendo presentes os atributos dos interesses difusos, é possível perceber uma série de situações que revelam a existência de tais interesses, exurgindo de situações de fato (poluição numa determinada região, política carcerária, políticas de saúde, de habitação, de educação, etc).

Já os direitos coletivos *strictu sensu* são caracterizados pela (i) transindividualidade; (ii) indeterminabilidade de seus titulares que, porém, são determináveis, integrando grupos, categorias ou classes, ligados por meio de relação jurídica base; (iii) indivisibilidade de seu objeto; (iv) indisponibilidade relativizada; (v) patrimonialidade e extrapatrimonialidade concomitantes (pedidos deduzidos podem ser tanto obrigação de fazer ou não fazer, quanto de pagamento de quantia); e (vi) conflituosidade interna circunscrita, no sentido de já ter um grau de agregação e organização para sua afetação institucional junto a certos grupos, classes ou categorias.

Nota-se que, tanto os direitos difusos, quanto os coletivos *strictu sensu*, pertencem, em geral, a uma comunidade amorfa, fluida e flexível que, embora não tenha personalidade jurídica, possui identidade social. Além disso, seus objetos são incindíveis, se caracterizando pela impossibilidade de sua divisão em cotas, mesmo que ideais, a cada um dos interessados, explicando José Carlos Barbosa Moreira<sup>355</sup> que, entre estes, “instaura-se uma união tão firme, que a satisfação de um só implica de modo necessário a satisfação de todos e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade”.

Por fim, os direitos individuais homogêneos, materialmente individuais e processualmente coletivos, chamados de *acidentalmente coletivos*, caracterizam-se pela: (a) transindividualidade acidental, porque podem ou não ser tutelados em conjunto; (b) titularidade determinada, oriunda de causa fática ou jurídica compartilhada; (c) divisibilidade de seu objeto para cada titular; (d) disponibilidade; (e) patrimonialidade (o pedido deduzido é de ressarcimento); e (f) conflituosidade interna mínima.

---

<sup>354</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Transposição das águas do rio São Francisco: uma abordagem jurídica da controvérsia. In: MILARÉ, Edis (Org.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: RT, 2005. pp. 521-528.

<sup>355</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A proteção jurídica dos interesses coletivos. A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: **Temas de direito processual**, terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 174, 184 e 195, respectivamente.

Diante desta classificação, pode-se concluir que o direito à saúde, do modo como previsto na Constituição Federal (arts. 6º e 196), consiste em direito difuso, tendo o constituinte derivado pretendido sua concretização por meio da promoção de políticas públicas pelo Estado, de modo a se destinar à sociedade como um todo (titulares indetermináveis).

Isso porque, em havendo ordem judicial condenando a Administração Pública a implementar nova política pública de saúde, toda a sociedade será beneficiada, sempre que cidadãos forem acometidos por moléstias abrangidas pelos programas de assistência farmacêutica do governo.

Sob outro prisma, em sede processual, pode-se dizer que a classificação da natureza do interesse/direito transindividual veiculado na demanda depende também do pedido deduzido, bem como, eventualmente, de quem figura no polo ativo da demanda.

Por exemplo, se o Ministério Público ou a Defensoria Pública ajuízam ação civil pública em face de algum ente federado pleiteando a implementação de novo protocolo clínico, trata-se do direito à saúde em sua forma difusa, vez que, com a procedência da demanda e correlato cumprimento de sentença, todos os cidadãos residentes nos limites do território do ente figurante do polo passivo da demanda poderão se beneficiar dos novos medicamentos incluídos nas listas oficiais de dispensação de medicamentos pelo SUS. Assim, uma só ação judicial, e a respectiva procedência do pedido por ela veiculado, beneficiaria, indivisivelmente<sup>356</sup>, todos os interessados, membros de uma coletividade, ligados por circunstâncias de fato (art. 81, parágrafo único, inc. I, CDC). Neste caso, trata-se de uma mesma conduta ilícita por parte daquele que deveria respeitar o direito difuso

Por sua vez, se uma ação civil pública, ou ação coletiva ordinária, for proposta por uma associação das vítimas de determinada doença, pleiteando o fornecimento de determinados medicamentos para seus associados, trata-se do direito à saúde em sua forma coletiva *strictu sensu*, vez que, com a eventual procedência da demanda, apenas seus representados serão beneficiados<sup>357</sup>, em razão dos efeitos, no caso, operarem *ultra partes*.

Outro exemplo seria uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública em face de algum ente federado requerendo indenização por danos morais coletivos em razão da insuficiência de medicamentos disponibilizados pelo SUS à

---

<sup>356</sup> Trata-se, no caso, de uma indivisibilidade absoluta, em função da própria indeterminação das pessoas que compõem a comunidade titular do direito.

<sup>357</sup> No caso, cuida-se de uma indivisibilidade relativa, porque os membros da coletividade titular do direito são perfeitamente identificáveis e individualmente beneficiados.

população. Em se tratando de pedido condenatório de ressarcimento por danos morais à coletividade como um todo, cuida-se do direito à saúde em sua forma difusa.

Assim, quando inexistente relação jurídica base entre os titulares do interesse/direito deduzido em juízo, não se trata de direito coletivo *strictu sensu*. Também não consiste em direito individual homogêneo, porquanto, segundo Humberto Fernandes de Moura<sup>358</sup>,

a busca pelo tratamento médico ou medicamento, não se trata de repercussões diferentes do mesmo fato, mas sim fatos diferentes que se repetem. Ou seja, não se trata de uma negativa geral e irrestrita, mas sim de várias negativas a todos os pleiteantes.

Assim, em que pese o direito à saúde ser suscetível de ajuizamento via ação individual, não teria como, na espécie, haver provimento jurisdicional uniforme a todas as pessoas que ingressassem com demanda idêntica, porque se deve, em cada caso, aferir a real necessidade que fazem do tratamento médico pleiteado em juízo.

Da mesma forma, não se trata de demandas a serem julgadas em conjunto em razão de eventual conexão, porque cada autor pleiteia direito próprio, não bastando a mera coincidência dos fundamentos jurídicos para que dadas demandas sejam consideradas conexas. Nesse sentido leciona e exemplifica Cândido Rangel Dinamarco<sup>359</sup>:

A coincidência entre os elementos objetivos das demandas, para determinar a conexão juridicamente relevante, deve ser coincidência quanto aos elementos concretos da causa de pedir ou quanto aos elementos do pedido. A coincidência de elementos abstratos conduz à mera afinidade entre as demandas, que não chega a ser conexão e não tem os mesmos efeitos desta. Há conexão pelo *petitum* quando o bem da vida pleiteado é concretamente o mesmo – como se dá quando dois ou mais sujeitos postulam a posse ou domínio do mesmo imóvel ou quando ambos os cônjuges pedem a separação judicial. Não há conexão só pela identidade de natureza do bem da vida (móvel, imóvel) ou pela coincidência na natureza do provimento jurisdicional postulado. Do mesmo modo, duas demandas são conexas pela causa de pedir quando os fatos narrados são os mesmos, ainda que só parcialmente coincidam. A mera coincidência dos fundamentos jurídicos não é, todavia, suficiente para fazer com que duas causas sejam conexas.

---

<sup>358</sup> MOURA, Humberto Fernandes de. Ativismo judicial e a *coletivização* de ação individual. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro (RIDB)**, nº 3, ano 1, Lisboa, 2012. Disponível em: <www.idb-fdul.com>. Disponível em: 20. dez. 2014.

<sup>359</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, vol. 2, p. 150.

Inviável, pois, julgar em conjunto ações individuais nas quais se pleiteia o fornecimento de fármacos pelo Estado, não havendo que se falar, por outro lado, em litispendência, porque cada autor veicula interesse próprio, mesmo se houver pedidos do mesmo tratamento médico.

### **3.3 Desconsideração dos direitos fundamentais sociais como objeto de tutela do processo coletivo: a ação civil pública como via corretiva de políticas públicas**

O processo coletivo é instrumento de excelência na seara da proteção jurídica dos interesses e direitos metaindividuais. Contudo, em que pese ter atingido alta maturidade técnico-científica<sup>360</sup>, não tem sido empregado para o que deveria ser um de seus principais objetivos: a efetivação dos direitos sociais. Isso porque há uma longa “tergiversação acerca da determinação do âmbito de atuação do Poder Judiciário no Brasil”<sup>361</sup>.

Assinala Ada Pellegrini Grinover<sup>362</sup> que a processualística moderna deve buscar conciliar o método técnico-científico com as preocupações de ordem sociopolítica, de modo a empregar “escrupulosamente a técnica processual para atingir os diversos escopos da jurisdição”.

Nota-se haver, assim, evidente descompasso entre o direito constitucional e o direito processual, culminando numa crise metodológica que inviabiliza a efetivação dos direitos fundamentais, por meio do controle difuso de constitucionalidade, em sede de processo coletivo.

Para se entender as ações coletivas, deve-se considerar seu objeto cognoscível como alvo central, que vai determinar toda a tramitação processual. Como ensina Osvaldo Canela Junior<sup>363</sup>, “o instrumento para a realização do direito não pode defini-lo. É o direito substancial, o verdadeiro objeto cognoscível, que irá definir o instrumento”.

Neste diapasão, a ofensa a direitos fundamentais sociais (direitos essencialmente difusos) deve ser analisada, e eventualmente reparada, por meio do processo coletivo, que

---

<sup>360</sup> Caminha-se para um Código Brasileiro de Processos Coletivos e para um Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América.

<sup>361</sup> CANELA JUNIOR, Osvaldo. Controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 124.

<sup>362</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O magistério de Enrico Tullio Liebman no Brasil. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, nº 39, ano 14, Porto Alegre, mar. 1987.

<sup>363</sup> CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 128.

se mostra como instrumento apto para tanto, especificamente a ação civil pública, mesmo que ainda não totalmente adaptada à tutela desta categoria de direito<sup>364</sup>.

O art. 2º, § 1º, do Projeto de Lei nº 5.139/2009<sup>365</sup>, sobre a nova ação civil pública, prevê que “A tutela dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos presume-se de relevância social, política, econômica ou jurídica”. Nota-se, assim, que toda demanda coletiva envolvendo controle de política pública será presumida, de plano, como de relevância, em razão da natureza do direito envolvido, porque toda política pública pressupõe o atendimento a direitos e interesses difusos.

Como supracitado, o processo coletivo é uma forma de abrandar os custos da jurisdição, até porque um único processo pode levar à prolação de uma decisão que resolva o conflito como um todo. Assim entende Rodolfo de Camargo Mancuso:

A tendência contemporânea é pelo aproveitamento máximo da relação processual instaurada e, por isso, aduz Cândido Dinamarco Rangel, com apoio em José Carlos Barbosa Moreira, que será muito bom que ‘mediante um só procedimento e sentença única possa o juiz resolver uma série grande de litígios individuais da mesma ordem, com economia e sem o risco de decisões conflitantes (*timor ne varie dicetur*), inerente aos julgamentos isolados. A tendência é, hoje, pela ampliação da tutela jurisdicional mediante verdadeira transmigração do individual para o coletivo’.<sup>366</sup>

Ainda, segundo Marco Antonio da Costa Sabino, a ação coletiva é o instrumento adequado para que haja o controle de políticas públicas, porquanto amplia o debate:

Se há acordo no sentido de que o Judiciário não pode ser afastado no controle das políticas públicas de saúde, então é preciso haver acordo de que a ação coletiva é o campo propício para que ocorra tal prestação

<sup>364</sup> Esta adequação se fundamenta pela amplitude da tutela judicial alcançável via ação civil pública, sobre a qual comenta Rodolfo de Camargo Mancuso: “[...] inicialmente, a tutela judicial via ação civil pública apresentava visível caráter condenatório-cominatório (arts. 3º e 11 da Lei 7.347/85), mas na sequência esse espectro abriu-se para os demais tipos de pedido (declaratório, constitutivo, injuncional-mandamental), mercê da abertura trazida pelos arts. 83 e 90 da Lei 8.078/90, que, por estarem inseridos na parte processual do CDC (arts. 81 a 104), com toda esta se trasladaram para o bojo da ação civil pública, conforme se vê do art. 117 daquele código. A seu turno, o art. 19 da Lei 7.347/85 autoriza a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas*. In: MILARÉ, Edis (Coord.). **Ação civil pública: Lei 7.347/1885 – 15 anos**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

<sup>365</sup> BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Projeto de Lei nº 5.139/2009. Disponível em: <www.camara.gov.br>. Acesso em: 28 nov. 2015.

<sup>366</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas**. 3. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 62.



jurisdicional, tanto por conta do modo em que se desenvolve o processo coletivo quanto tendo em vista seus efeitos<sup>367</sup>.

E continua:

[...] a sentença que condena o Estado a fornecer dado fármaco faz benefício a todos aqueles que se enquadram na mesma categoria, classe ou grupo – em suma, aqueles que guardam uma identidade de direitos e de fatos entre si. Ademais, as ações coletivas ampliam o debate, permitindo que várias opiniões sejam colhidas, contando, ademais, tanto com as participações individuais quanto com as dos legitimados extraordinários e, sempre, do Ministério Público, como autor ou *custos legis*.

Luciano Benetti Timm<sup>368</sup> parte do pressuposto de que as políticas públicas tendem a ser mais eficientes que aquelas concebidas casuisticamente pelo Judiciário por meio de ações individuais, não podendo estes direitos sociais ser apropriados por um indivíduo em prejuízo de toda a sociedade, entendendo, ainda, que o meio mais adequado para se levar ao Judiciário algum questionamento a respeito de políticas públicas é a demanda coletiva, afirmando que é “o mecanismos que permite atingir todas as pessoas que se encontrem na mesma situação fática sem a necessidade de recorrer a um sem-número de processos iguais que abarrotam as cortes com discussões idênticas”.

O manuseio de ação coletiva para se melhorar ou criar políticas públicas de saúde possui o condão de, inclusive, ser mais célere que o procedimento administrativo para inserção mais medicamentos nas listas de dispensação obrigatória do SUS, que, em regra, perdura bastante, não conseguindo acompanhar a evolução científica.

Além disso, demora-se tempo considerável para que sejam concluídas pesquisas acerca de novos medicamentos, em razão da necessidade de se aferir sua eficácia e segurança, para o fim de registro e aprovação pela ANVISA, com a consequência comercialização dos fármacos.

De fato, as listas oficiais de dispensação de medicamentos podem e devem ser questionadas visando-se a seu aperfeiçoamento, sendo certo que quanto mais habilitados os participantes deste processo, mais qualitativo se tornará o debate. O mesmo se daria num processo judicial coletivo, no qual se discuta melhoria de política pública, de modo que,

---

<sup>367</sup> SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais: o caso da saúde. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

<sup>368</sup> TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: Orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 67.

em havendo maior debate (audiência públicas, *amicus curiae*), a conduta jurisdicional restaria muito mais legitimada.

A função judicante deve tornar-se, pois, mais consequencialista, estratégica e mediadora, porque não se mostra adequado julgar conflitos sobre alocação de recursos públicos da mesma forma que se julga conflitos subjetivos privados. A relação com o Poder Judiciário deve ser, assim, reinventada, ampliando-se seus interlocutores e o universo das demandas, convertendo-o em verdadeiro *locus* de afirmação de direitos, especialmente os fundamentais.

Susana Henriques da Costa<sup>369</sup> desenvolveu uma hipótese segundo a qual a técnica processual carece de adaptações para se tutelar adequadamente direitos sociais fundamentais, a depender da forma como ocorra sua judicialização. Um dos pontos que merece adequação é a postura do juiz, que deve passar a ser mais consequencialista, estratégico e mediador: (i) consequencialista no sentido de ter ciência da realidade *extra autos* para que saiba dos eventuais impactos de sua decisão; (ii) estratégico principalmente na fase de cumprimento da sentença, em razão da necessidade de haver acordo entre as partes envolvidas; e (iii) mediador porquanto é a figura intermediadora entre os interessados (Legislativo, Executivo, Ministério Público, sociedade civil, etc).

Consequencialista é a decisão judicial que pondera sobre os seus efeitos materiais na sociedade. O juiz que decide sobre políticas públicas não pode ser alheio às complexidades e dificuldades de execução da sua decisão. Há limites jurídicos (p. ex. orçamentários) e fáticos (p. ex. financeiros) na atuação do Estado que podem vir a impedir a eficácia do mandamento contido na sentença. Há também dificuldades procedimentais (p. ex. necessidade de licitação para contratação) que dificultam o cumprimento de ordens judiciais em prazos exíguos e podem, inclusive, dar ensejo a desvios de conduta na administração. [...] A função judicial deve também, nesse novo contexto, ser estratégica. Essa característica se refere, em especial, à postura adotada pelo magistrado na execução de decisões envolvendo a implementação de políticas públicas, em especial em demandas coletivas, o cumprimento desta espécie de decisão é complexo e desloca para a fase satisfatória do processo um alto grau de atividade cognitiva [...]. Para que se chegue ao objetivo, deve o juiz traçar uma estratégia, um plano de atuação, incluindo a mediação entre as partes envolvidas, do que já advém a também necessidade de que o magistrado exerça uma função mediadora. [...] Por fim, o juiz que decide sobre políticas públicas deve ser um mediador, em especial, um mediador institucional. [...]. O Judiciário, quando decidir pela reforma estrutural do Estado (p. ex. reestruturação do

---

<sup>369</sup> HENRIQUES DA COSTA, Susana. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: Relação direito e processo. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Orgs.). **O processo em perspectiva**. Jornadas Brasileiras de Direito Processual. São Paulo: RT, 2013.

sistema educacional ou penitenciário) será o grande mediador dessa transformação, possibilitando uma necessária interlocução entre as Instituições envolvidas (p. ex. Legislativo, Executivo, Ministério Público, Sociedade Civil) para o cumprimento da decisão da melhor forma possível.

Faz-se mister, então, promover adaptações necessárias da técnica processual para haver adequada tutela jurisdicional dos direitos sociais fundamentais, incluindo o direito à saúde, objeto do presente estudo, sendo que algumas já são possíveis, dentro da margem de flexibilidade que o legislador confere ao julgador, mas outras exigem alteração legislativa.

Em sede de processo coletivo, o magistrado prolataria um provimento jurisdicional prospectivo, não mais retributivo, por meio da avaliação da possibilidade de se ordenar a inclusão, exclusão ou substituição de medicamentos nas listas oficiais do SUS, ou seja, a implementação de protocolos clínicos atualizados, que surtem efeitos à sociedade como um todo.

A título de exemplo, o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública (processo nº 0020308-25.2005.8.26.0053) em face do Município de São Paulo com o fito de corrigir a política pública de saúde destinada ao tratamento da Doença Pulmonar Obstrutiva Crônica (DPOC), considerada deficitária. A magistrada sentenciante julgou procedente a demanda, condenando o Município na obrigação de, em 30 dias,

[...] disponibilizar, em caráter permanente e sem interrupção, para uso em nível ambulatorial e hospitalar, aos pacientes portadores de Doença Pulmonar Obstrutiva Crônica (DPOC) atendidos pelo SUS, os medicamentos broncodilatadores de poucas horas de duração (salbutamol, fenoterol, terbutalino e ipratrópio, ou brometo de ipatrópio), dos broncodilatadores de longa duração (salmeterol, formoterol e tiotrópio ou brometo de tiotrópio), das metilxantinas, de curta ou longa duração (aminofilina, talofilina e bamifilina), dos antiinflamatórios corticóides não inalatórios (prednisona e prednisolona), dos antiinflamatórios corticoides inalatórios (budesonida, fluticasona, beclometasona e triancinolona), bem como à obrigação de realizar um cadastro das pessoas portadoras da referida doença, indicando os endereços de dispensação dos medicamentos, os quais devem ser suficientes para atender a todas as regiões do Município, com a respectiva divulgação pública para conhecimento amplo e geral da população médica e usuária e, por fim, à disponibilização, de forma permanente e sem interrupção, para uso ambulatorial e hospitalar, dos tratamentos de reabilitação pulmonar e oxigenoterapia descritos na inicial, além de outros que a medicina reconheça e que o Ministério da Saúde autorize, na exata conformidade com a prescrição médica de cada um dos portadores da DPOC, tudo sob pena de multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por dia de atraso no cumprimento da ordem judicial, em relação a cada paciente, cujo valor deverá ser revertido para o fundo de reconstituição dos interesses metaindividuais lesados, nos termos do art.

11 e 13 da Lei 7.347/95, sem prejuízo de outras providências para o efetivo cumprimento da ordem judicial.<sup>370</sup>

Em resumo, houve determinação de disponibilização de novos medicamentos, mais avançados, para os portadores de Doença Pulmonar Obstrutiva Crônica (DPOC) residentes no Município de São Paulo. Este interpôs recurso de apelação, ao qual fora dado parcial provimento, no sentido de não ser obrigado a fazer o que o Estado de São Paulo já havia se comprometido a fazer em sede de acordo no curso da lide, tendo a 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo frisado, contudo, que, em dada situação específica, “a Municipalidade pode ser chamada a responder pelo atendimento individualizado a paciente que de outra forma possa sofrer prejuízo irreparável ou de difícil reparação, dentro da responsabilidade solidária que lhe cabe”.<sup>371</sup>

Nota-se que, no caso, a ação foi proposta por legitimado ativo (Ministério Público), com base em direito coletivo *lato senso* (direito constitucional à vida e à saúde), tendo o pedido a finalidade de beneficiar uma coletividade indeterminada (todas as pessoas acometidas por Doença Pulmonar Obstrutiva Crônica residentes no Estado de São Paulo) e o resultado do julgado produzirá efeitos *erga omnes* (para todos aqueles que precisarem destes tratamentos).

Outro exemplo recente foi a ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal sediado no Espírito Santo (processo nº 0007010-81.2013.4.02.5001) perante a União visando à implementação de novo protocolo clínico e a viabilização imediata no SUS dos análogos de insulina de longa e de curta duração aos portadores de diabetes mellitus tipo 1 instável ou de difícil controle.

O ajuizamento desta demanda decorreu do fato da União não estar cumprindo de modo satisfatório seu dever de assistência adequada a esses pacientes, mantendo o protocolo clínico da diabetes mellitus desatualizado, mesmo estando ciente da elevada demanda por outras insulinas em todo país.

Neste processo, o MPF/ES relatou que a omissão do Ministério da Saúde no que tange à atualização do protocolo clínico fez com que alguns Estados brasileiros (Espírito Santo, Paraná, Bahia, Rio Grande do Sul, Minas Gerais e Distrito Federal) criassem protocolos de fornecimento de insulinas especiais mais avançados que o da própria União, que deveria ser a principal definidora desses procedimentos no SUS.

---

<sup>370</sup> Processo nº 0020308-25.2005.8.26.0053, j. 19/05/2011, 12ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, Juíza Sentenciante: Sílvia Maria Meirelles Novaes de Andrade.

<sup>371</sup> AC nº 0020308-25.2005.8.26.0053, Rel. Ricardo Feitosa, j. 10/11/2014

A juíza sentenciante julgou procedente a demanda, tendo sido determinado à União que viabilizasse o acesso aos análogos de insulina de longa duração a pacientes com diabetes mellitus tipo 1 instável ou de difícil controle, devendo “implantar protocolo clínico e viabilizar o custeio e/ou a distribuição às secretarias estaduais de saúde dos medicamentos (*Glargina* e *Detemir*) para os pacientes”<sup>372</sup>. Sabiamente, a magistrada deixou claro que os novos tratamentos a serem disponibilizados não se destinam a substituir as insulinas regularmente fornecidas de forma indiscriminada, mas sim aos casos em que não se obtém resultados satisfatórios.

A vantagem é que a procedência da demanda atingirá os diabéticos de todo o país, beneficiando todos aqueles que não obtêm resultados satisfatórios com as insulinas regulares, fornecidas pelo SUS.

Neste caso, da mesma forma, a ação foi proposta por legitimado ativo (Ministério Público), com base em direito coletivo *lato sensu* (direito constitucional à vida e à saúde), tendo o pedido a finalidade de beneficiar uma coletividade indeterminada (todas as pessoas acometidas por diabetes mellitus do país) e o resultado do julgado produzirá efeitos *erga omnes* (para todos aqueles que precisarem destes novos tratamentos, principalmente aos que os atuais tratamentos não fazem mais efeito ou causem graves efeitos colaterais).

Assim, sustenta-se que, em havendo grande busca por determinados medicamentos, tal postulação perante o Judiciário pode dar-se por meio de processo coletivo, por meio da iniciativa de legitimado ativo, de modo que o provimento jurisdicional atingirá maior número de pessoas, sem engendrar desigualdade.

Nesta hipótese, o Judiciário trataria igualmente os cidadãos que se encontrassem na mesma situação fática, independentemente de terem ou não acessado suas portas, o que condiz com a ideia de um sistema de saúde universal e igualitário, nos moldes previstos na Constituição Federal.

---

<sup>372</sup> “... (a) viabilize o custeio e/ou distribuição dos análogos de insulina de longa duração (*Glargina* e *Detemir*) para o tratamento dos pacientes com diabetes mellitus tipo 1 instável ou de difícil controle, que se enquadrem nos critérios do protocolo clínico a ser elaborado pelo órgão competente vinculado ao Ministério da Saúde; (b) implante Protocolo Clínico para dispensação dos análogos de insulina de longa duração para atendimento do paciente com diabetes mellitus tipo 1 na rede pública de saúde; (c) oficie aos órgãos das Secretarias Estaduais de Saúde informando os critérios do protocolo clínico a ser implementado, para conhecimento e cumprimento; (d) enquanto não estabelecer um protocolo clínico uniforme aos Estados da Federação, a UNIÃO poderá adotar os critérios estabelecidos pelo Estado do Espírito Santo na Portaria nº 167-R, de 18/10/2012, ou outros que entender convenientes ao cumprimento da medida”.

### 3.4 Conclusões parciais

1. Conflitos de largo espectro político, social e/ou econômico, envolvendo direitos coletivos *lato sensu*, são melhor veiculados por meio de processo coletivo.
2. Isso porque o processo coletivo atende aos princípios da igualdade, da universalidade da jurisdição, da economia processual e judicial, do acesso à Justiça, da flexibilidade procedimental e da publicidade.
3. Assim, a jurisdição coletiva é braço relevante do Poder Judiciário, voltada para dirimir conflitos de largo espectro, em grande parte motivados pela inação e incompetência das instâncias administrativas, principalmente pela oferta irregular e insuficiente de políticas públicas.
4. O Direito Processual Coletivo pode ser considerado um ramo autônomo do Direito, por conter princípios e institutos próprios e revisitados. O microsistema processual coletivo surge da junção entre a Lei Federal nº 7.347/85 (LACP) e a Lei Federal nº 8.078/90 (CDC).
5. Neste contexto, a ação civil pública, por exemplo, é uma via adequada para se corrigir políticas públicas. Contudo, isso ainda não é totalmente claro aos seus colegitimados ativos, traduzindo-se em crise metodológica, decorrente da desvinculação entre as normas constitucionais e as normas infraconstitucionais processuais, vez que os direitos fundamentais sociais têm sido quase que totalmente desconsiderados como objeto de tutela do processo coletivo, especificamente da ação civil pública, que é instrumento apto a exigir a implementação ou a correção de políticas públicas.
6. Quanto ao objeto da ação civil pública, o art. 1º, inc. IV, da LACP, introduzido pelo art. 117 do CDC, prevê que “qualquer outro direito interesse difuso ou coletivo” pode ser objeto de ação civil pública, de modo que os direitos sociais, essencialmente difusos, como o direito à saúde, se encaixam perfeitamente em seu objeto.
7. No que toca à classificação do direito à saúde, tem-se que se trata de direito difuso, por sua (i) transindividualidade, porquanto transcende a órbita do indivíduo, de modo que o

direito lhe pertence, mas sem exclusividade; (ii) indeterminabilidade, vez que seus titulares são ligados por circunstâncias fáticas, sem haver vínculo jurídico; (iii) indivisibilidade de seu objeto, quando prestado por meio de políticas públicas, de modo que sua tutela atingirá todos indistintamente; (iv) indisponibilidade, em razão de não se encontrar à livre disposição nem do administrador público, nem de seus próprios titulares; (v) extrapatrimonialidade, no sentido de não se conseguir estipular um valor exato a este interesse; e (vi) conflituosidade intrínseca ou interna máxima, porque, não tendo atingido o grau de agregação/organização necessário a sua afetação institucional junto a certas entidades/órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, estes interesses restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo.

**8.** Em suma, pode-se concluir que o direito à saúde, do modo como previsto na Constituição Federal (arts. 6º e 196), consiste em direito difuso, tendo o constituinte derivado pretendido sua concretização por meio da promoção de políticas públicas pelo Estado, de modo a se destinar à sociedade como um todo (titulares indetermináveis).

**9.** Isso porque, em havendo ordem judicial condenando a Administração Pública a implementar nova política pública de saúde, toda a sociedade será beneficiada, sempre que cidadãos forem acometidos por moléstias abrangidas pelos programas de assistência farmacêutica do governo.

**10.** De fato, as listas oficiais de dispensação de medicamentos podem e devem ser questionadas visando-se a seu aperfeiçoamento, sendo certo que quanto mais habilitados os participantes deste processo, mais qualitativo se tornará o debate. O mesmo se daria num processo judicial coletivo, no qual se discuta melhoria de política pública, de modo que, em havendo maior debate (audiência públicas, *amicus curiae*), a conduta jurisdicional restaria muito mais legitimada.

**11.** Em demandas envolvendo o controle, ainda que indireto, de políticas públicas, envolvendo típicos direitos sociais fundamentais, a função judicante deve ser mais consequencialista, estratégica e mediadora, porque não se mostra adequado julgar conflitos sobre alocação de recursos públicos da mesma forma que se julga conflitos subjetivos privados. A relação com o Poder Judiciário deve ser, assim, reinventada, ampliando-se

seus interlocutores e o universo das demandas, convertendo-o em verdadeiro *locus* de afirmação de direitos, especialmente os fundamentais.

**12.** Sustenta-se neste estudo que, em havendo grande busca por determinados medicamentos, tal postulação perante o Judiciário pode dar-se por meio de processo coletivo, por meio da iniciativa de legitimado ativo, de modo que o provimento jurisdicional atingirá maior número de pessoas, sem engendrar desigualdade. Isso porque, nesta hipótese, o Judiciário trataria igualmente os cidadãos que se encontrassem na mesma situação fática, independentemente de terem ou não acessado suas portas, o que condiz com a ideia de um sistema de saúde universal e igualitário, nos moldes previstos na Constituição Federal.



## CAPÍTULO 4 – DO DIREITO À SAÚDE EM SEDE DE DEMANDA COLETIVA: NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO PROCESSUAL

As políticas públicas, como um conjunto de normas e atos administrativos, são passíveis de controle jurisdicional, tanto pelo ajuizamento de ações individuais, quanto de coletivas, principalmente de ação civil pública, em razão da inafastabilidade do controle jurisdicional da ameaça ou lesão a direitos, quer individuais, quer metaindividuais, isso para que sejam alcançados os objetivos fundamentais da República e o acesso à ordem jurídica justa e efetiva.

João Batista de Almeida<sup>373</sup> também não vê razões para não se prestigiar o emprego da ação civil pública quando o pedido for a revisão de políticas públicas, “pois, do contrário, o administrador ficaria totalmente livre para descumprir normas constitucionais e dispositivos legais, inclusive orçamentários, sem poder ser compelido na via judicial ao respectivo cumprimento.” Nesse sentido, comenta Luciano Benetti Timm<sup>374</sup> que a ação coletiva é

[...] apropriada para a defesa de direitos coletivos e transindividuais, como devem prioritariamente ser entendidos os direitos sociais, onde justamente os direitos não devem ser apropriados por um indivíduo em prejuízo de toda a sociedade. Como já salientado aqui, devem ser, estes direitos sociais, concedidos a todas as pessoas que se encontrem na mesma situação fática. [...] E a ação coletiva é este mecanismo que permite atingir todas as pessoas que se encontrem na mesma situação fática sem a necessidade de recorrer a um sem número de processos iguais que abarrotam as cortes com discussões idênticas.

Neste contexto, o Poder Judiciário tem se tornado palco de discussão de conflitos multiplexos, que envolvem direitos e interesses coletivos, especialmente difusos, em que pese sua tradicional visão reducionista, no sentido da petição inicial dever conter determinados requisitos, o que já enseja certa limitação, a defesa dever ser restrita aos termos da exordial, em atenção ao princípio da eventualidade, a sentença não poder ser

---

<sup>373</sup> BATISTA DE ALMEIDA, João. **Aspectos controvertidos da ação civil pública**. São Paulo: RT, 2001. pp. 72-73.

<sup>374</sup> TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: Orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 67.

*extra* ou *ultra petita*, dentre outros aspectos que caracterizam um processo bilateral e retrospectivo (Caio *versus* Tício).

Em se tratando, pois, da judicialização da política, vislumbra-se a necessidade de adequação da técnica processual ao direito material tutelado, principalmente em relação aos direitos fundamentais sociais, porque para que o processo judicial seja devido, precisa ser adequado, sendo o princípio da adequação processual<sup>375</sup> corolário do devido processo legal.

Como se dá na judicialização de qualquer direito social, a veiculação do direito à saúde também deve impactar a técnica processual. Isso porque o processo judicial se legitima tão somente na medida da qualidade dos resultados (a serem) obtidos. Como afirma Humberto Theodoro Junior<sup>376</sup>, “o processo como disciplina formal não pode ignorar essas exigências de origem substancial, porque é da própria natureza das coisas que a forma se ajuste e se harmonize à substância”.

Por exemplo, as ações coletivas brasileiras possuem peculiaridades processuais e procedimentais em relação às individuais, em razão da natureza do direito material que veiculam (interesses e direitos coletivos *lato sensu*). Neste aspecto, Luís Roberto Barroso<sup>377</sup> observa que a disciplina da ação civil pública merece solução razoável de três intrincadas complexidades processuais: a legitimação ativa, o tipo de tutela a ser proporcionada e os efeitos da decisão e da coisa julgada. Assim, no que toca ao processo judicial tratando de tema que poderá ensejar o controle de políticas públicas, há necessidade de se flexibilizar o procedimento, especificamente da causa de pedir, do pedido, da execução e dos dogmas a ela correlatas.

Mauro Cappelletti<sup>378</sup> também relacionou quatro dificuldades para assegurar o acesso à Justiça dos interesses coletivos, a saber: (i) legitimação; (ii) garantias processuais dos membros ausentes; (iii) limites subjetivos e objetivos da coisa julgada; e (iv) necessidade de provimentos adequados para a tutela destes interesses, institutos processuais que carecem de adequação para melhor tutelar direitos e interesses essencialmente coletivos, especificamente os difusos.

---

<sup>375</sup> Também conhecido como princípio da adaptabilidade, elasticidade ou adequação formal do processo.

<sup>376</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** - Procedimentos especiais. Rio de Janeiro: Forense, 2014, vol. 3. pp. 1441-1444.

<sup>377</sup> BARROSO, Luís Roberto. A proteção do meio ambiente na Constituição brasileira. **Revista Forense**, nº 317, pp. 176-177, *passim*.

<sup>378</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*. In: **Le azioni a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio**. Padova: Cedam, 1976. p. 200.

O PL nº 5.139/2009, que disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, foi editado numa tentativa de aprimorar os institutos processuais existentes para as demandas coletivas e acrescentar outros. Recebeu parecer favorável na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) quanto a sua constitucionalidade, mas obteve votação contrária em relação ao seu mérito. Atualmente, encontra-se pendente de apreciação, em razão da admissão de recurso por meio do qual se requereu que seu mérito fosse analisado pelo Plenário da Câmara dos Deputados.

Em relação ao seu conteúdo, como bem lembrado por Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Larissa Clare Pochmann da Silva<sup>379</sup>, prevê ele (i) um rol mais amplo, embora exemplificativo, de bens jurídicos passíveis de ser objeto de proteção; (ii) o aprimoramento das regras de competência jurisdicional; (iii) a indicação mais detalhada e expressa dos legitimados; (iv) a criação dos Cadastros Nacionais de Processos Coletivos, sob a responsabilidade do CNJ, e de inquéritos civis e compromissos de ajustamento de conduta no âmbito do CNMP; (v) a positivação da distribuição dinâmica do ônus da prova pelo juiz; (vi) a derrogação da limitação territorial para a coisa julgada; (vii) a determinação de especialização de órgãos judiciais e de prioridade legal para os processos coletivos; (viii) o fortalecimento da coisa julgada *pro et contra* nas questões de direito; (ix) o incremento da eficiência das ações coletivas, com a suspensão cogente dos processos individuais pertinentes; (x) um programa extrajudicial de prevenção ou reparação de danos; (xi) a flexibilização de normas procedimentais; e (xii) o aperfeiçoamento da liquidação e da execução, que devem ser preferencialmente coletivas.

Proposta a demanda coletiva visando-se à correção ou implementação de política pública de saúde, objeto principal do presente estudo, o processo terá duas fases distintas: declaratória do direito fundamental violado e de cumprimento de sentença.

Neste diapasão, analisaremos, neste capítulo, os institutos e elementos processuais correlatos a estas fases do processo coletivo, especificamente da ação civil pública, estudando-se sua atual sistemática, conforme a legislação vigente, e sugerindo-se, quando necessário, adaptações da técnica processual, ainda que de *lege ferenda*, inclusive mudanças já oferecidas pelo PL nº 5.139/2009. Tudo isso para se extrair uma maior utilidade do processo coletivo para efetivar direitos fundamentais sociais, especificamente,

---

<sup>379</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann. Restrições à tutela de urgência em face da fazenda pública em demandas individuais e coletivas. **Revista de Processo (RePro)**, vol. 242, abr. 2015.

no caso, do direito à saúde, entendido, do modo com previsto na Carta Política brasileira, como direito difuso, porquanto, originariamente, deve ser prestado por meio da implementação de políticas públicas.

#### 4.1 Foro processual competente

Neste tópico, analisar-se-á o critério legal adotado para a fixação da competência jurisdicional nas demandas coletivas.

Antes de mais nada, ressalte-se que ações civis por ato de improbidade administrativa e demandas coletivas visando tutelar interesses transindividuais não se incluem na competência dos Juizados Especiais, conforme dispõe o art. 3º, § 1º, inc. I, da Lei Federal nº 10.259/2001<sup>380</sup>.

Pois bem. A ação civil pública, e eventuais medidas cautelares, deverá ser proposta no foro do local onde ocorrer o dano (arts. 2º e 4º da LACP), justificando-se comumente este critério pela facilidade de obter prova testemunhal e realizar prova pericial. Trata-se de competência absoluta, funcional, em razão do local do dano, que consiste em exceção ao princípio geral da propositura da demanda no foro do domicílio do réu (art. 94, CPC/73) ou do local do ato ou fato (art. 100, inc. V, CPC/73).

Como determina a Constituição Federal (art. 109, inc. I), se a União, suas autarquias e empresas públicas forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, a causa correrá perante os juízes federais e o foro será o do Distrito Federal ou o da capital do Estado.

Sendo o Estado, suas autarquias ou entidades paraestatais interessados no feito, prevalece também o foro do local do dano, mesmo em havendo lei estadual lhe conferindo vara ou juízo privativo, porque a legislação estadual de organização judiciária não se sobrepõe à norma processual federal que indicou o foro para o processamento e julgamento da ação civil pública.

---

<sup>380</sup> “Não se incluem na competência do Juizado Especial Cível as causas: I - referidas no art. 109, incisos II, III e XI, da Constituição Federal, as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, execuções fiscais e por improbidade administrativa e as demandas sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.”

Assim, analisando-se o microsistema coletivo em conjunto (art. 21 da LACP; art. 90 do CDC; art. 2º da LACP<sup>381</sup>), conclui-se que as ações coletivas serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano.

O art. 93 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) dispõe que, excetuada a competência da Justiça Federal, é competente a Justiça do foro do lugar onde ocorreu/deva ocorrer o dano, se de âmbito local; no foro da capital do Estado ou no Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional<sup>382</sup>. Entende-se que o CDC, da mesma forma que a LACP, embora de forma não expressa, imprimiu competência funcional ao juiz do local do dano<sup>383</sup>.

Genérica e teoricamente falando, é simples delimitar a competência jurisdicional no caso de demandas coletivas: se o dano for local, a competência recairá no foro do lugar onde ele ocorreu/deva ocorrer; se for regional ou nacional, a competência concorrerá entre o foro da capital do Estado ou do Distrito Federal.

O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, em seu art. 20, confere competência absoluta para a causa que envolva dano de âmbito regional, compreendendo até 3 comarcas, qualquer delas, aplicando-se as regras de prevenção; se o dano de âmbito regional afetar 4 ou mais comarcas, a capital do Estado será o foro processual competente para o ajuizamento da ação; em se tratando de dano de âmbito interestadual, que abranja até 3 Estados, a competência para o processamento e o julgamento da demanda coletiva seria de uma das capitais destes Estados; por fim, se for dano de âmbito nacional ou de interestadual que abranja mais de 3 Estados, a demanda coletiva deverá ser proposta perante a Justiça do Distrito Federal.

---

<sup>381</sup> Art. 21, LACP. “Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. Art. 90, CDC. “Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições”.

<sup>382</sup> “Em se tratando da ação civil pública ou coletiva que objetive a defesa de interesses difusos ou coletivos de caráter regional ou nacional, não há previsão normativa específica para determinar a competência. Por analogia ao que vem disposto em matéria parelha pelo CDC no tocante à defesa de interesses individuais homogêneos, mesmo as ações que versem interesses difusos e coletivos, envolvendo ou não consumidores, deverão ser ajuizadas na capital do Estado ou no Distrito Federal”. MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 264.

<sup>383</sup> “Não há fugir do necessário entrelaçamento e complementaridade entre as normas de regência sobrevindas em tempos diversos: o art. 2º da Lei 7.347 (1985), o art. 109, I e parágrafos, da CF (1988) e o art. 93 e incisos da Lei 8.078/90. Impende tomar tais dispositivos conjuntamente, em interpretação sistemática, sob as diretrizes da razoabilidade e da plenitude da ordem jurídica, tudo de molde a que ao final reste preservado o objetivo precípuo, que é o da efetiva tutela judicial aos interesses metaindividuais”. 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. 13. ed. São Paulo: RT, 2014. pp. 99-100.

O Código Modelo de Processos Coletivos<sup>384</sup> mostra-se bem singelo na questão da competência jurisdicional, dispondo em seu art. 9º, de forma bastante sucinta, que é competente para a demanda o foro do lugar onde ocorreu/deva ocorrer o dano, se de âmbito local, ou da capital, em se tratando de danos de âmbito regional ou nacional.

O PL nº 5.139/2009, em seu art. 4º, define que o foro competente para a causa é o do local onde ocorreu/deva ocorrer o dano e, se a extensão deste atingir a área da capital do Estado, esta será a competente; se atingir a área do Distrito Federal, o juízo deste será competente, concorrentemente com os foros das outras capitais atingidas.

Neste diapasão, Ada Pellegrini Grinover entende que a fixação da competência nas capitais dos Estados e no Distrito Federal, nos casos de danos regionais e nacionais, é bem vinda, pois viria

[...] facilitar o acesso à Justiça e o próprio exercício do direito de defesa por parte do réu, não tendo sentido que seja ele obrigado a litigar na capital de um estado, longínquo talvez de sua sede, pela mera opção do autor coletivo. As regras de competência devem ser interpretadas de modo não a vulnerar a plenitude da defesa e do devido processo legal<sup>385</sup>.

No mesmo sentido se pronuncia Kazuo Watanabe, no sentido da fixação da competência jurisdicional nas capitais dos Estados e no Distrito Federal atender à ampla defesa e à publicidade:

Demandas coletivas com tamanha abrangência deve ser processadas de modo a não sacrificar, para nenhuma das partes, as garantias do *due process of law*, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF). Sendo a ação intentada, por exemplo, contra a União, em favor de pessoas de um mesmo grupo, categoria ou classe espalhadas por todo o território nacional, o foro competente deve ser o que resguarda, em benefício de ambas as partes, as garantias fundamentais do processo acima mencionadas, e semelhante foro seria, atendida a regra do art. 109, § 2º, da CF, o do Distrito Federal, que é, em tese, o que apresenta acesso mais fácil a todos os interessados e onde a publicidade seguramente será mais ampla, pois ali se localiza o centro político e administrativo do País, e o acompanhamento do processo por ambas as partes e pelo público em geral será bem fácil e efetivo.<sup>386</sup>

<sup>384</sup> O Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América foi aprovado nas Jornadas de Caracas (Venezuela) em 2004, tendo sido constituído com base na legislação brasileira, contando com a participação de quatro professores, processualistas, brasileiros (Ada Pellegrini Grinover, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi).

<sup>385</sup> WATANABE, Kazuo et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011. p. 878.

<sup>386</sup> WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 192.

Contudo, não se costuma analisar a questão do foro processual competente sob a ótica da natureza do direito veiculado pela demanda judicial.

Nesse sentido, ainda não se descobriu o exato sentido e alcance das expressões *dano local*, *dano regional* e *dano nacional*. Como bem menciona Elton Venturi, “a literatura nacional, invariavelmente, trata os referidos conceitos através de curiosa e aleatória estimativa, desprovida de bases sólidas e conclusivas”.<sup>387</sup>

O art. 93 do CDC, ao fixar a competência nas capitais dos Estados e no Distrito Federal para ações coletivas baseadas em danos regionais ou nacionais, contraria o critério proposto pela LACP, no sentido de priorizar o funcionamento do juízo mais próximo possível do local dos fatos lesivos.

Isso porque, por exemplo, no caso de fornecimento de medicamentos pelo Estado (genérico), o dano é, provavelmente, de âmbito nacional, mas não se justificaria a obrigatoriedade de ajuizar a ação civil pública perante a Justiça do Distrito Federal. Isso porque, qual seria a lógica do ajuizamento de uma ação civil pública, envolvendo o território de mais de um Estado (dano nacional) perante o juízo do Distrito Federal? Haveria lá maior publicidade, contraditório e ampla defesa?

Assim, estes argumentos se revelaram falaciosos ao longo dos anos de vigência do microsistema legal de processo coletivo no Brasil, em nada aprimorando o sistema, podendo criar, ainda, óbices à propositura da demanda. Como enaltece Elton Venturi,

De fato, nada indica, concretamente, que o fato de uma demanda coletiva estar sendo processada em juízo do Distrito Federal imprima-lhe publicidade, ampla defesa e contraditório mais qualificados do que lhe seria viabilizado se estivesse sendo processada em qualquer outro juízo, seja em capitais de Estados ou não. Condicionar-se, aliás, a plenitude do *due process of law* ao processamento de demandas coletivas de maior repercussão nas capitais dos Estados ou no Distrito Federal, para além de injustificável no contexto do globalizado século XXI, afeiçoa-se opção que em nada auxilia o aprimoramento do sistema de tutela coletiva, eis que, como adiante se destaca, pode criar sérios embaraços ao ajuizamento de ações coletivas com reflexos regionais ou nacionais para certos membros do Ministério Público com atribuições nas capitais ou no Distrito Federal, ou o empecilho acarretado às entidades associativas que não estejam constituídas nestes locais).

Assim, é passível de crítica o critério legal adotado – ou em vias de ser adotado – para a fixação de competência jurisdicional nas demandas coletivas, tendo-se em vista a

---

<sup>387</sup> VENTURI, Elton. A competência jurisdicional na tutela coletiva, In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Direito Processual Coletivo e o anteprojetado de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: RT, 2007. p. 99.

instabilidade e a indeterminabilidade da repercussão lesiva em se tratando de dano metaindividual, especialmente envolvendo direitos difusos.

No mais, aparenta-se inviável definir um critério único para definir o foro processual competente nas demandas coletivas, porque, se o dano se referir ao meio ambiente, a solução será uma. Se se referir à saúde, principalmente no uso da ação civil pública como via corretiva de políticas públicas, a solução será outra.

Por fim, quanto à competência jurisdicional, ainda não há no Brasil juízos especializados nas causas envolvendo a saúde (pública e/ou privada). Se houvesse, seriam absolutamente competentes para dirimir estas demandas.

Aliás, a Recomendação nº 43/2013 editada pelo CNJ (DJe/CNJ nº 157/2013, de 21/08/2013, p. 2)<sup>388</sup>, orienta os tribunais federais e estaduais a promoverem a especialização de varas para o processamento e julgamento de ações relacionadas ao direito à saúde, constando de seus *consideranda* que “a judicialização da saúde envolve questões extremamente complexas, a exigir a adoção de diversas medidas interdisciplinares e intersetoriais”; e “[...] a especialização de Varas de Saúde Pública poderá garantir decisões mais adequadas e tecnicamente precisas”.

No mesmo sentido determina o PL nº 8.058/2014, segundo o qual os tribunais federais deverão criar, no prazo de 120 dias contados a partir da eventual entrada em vigor desta lei, varas especializadas para processar e julgar ações que visem, direta ou indiretamente, ao controle jurisdicional de políticas públicas, facultando essa criação aos tribunais estaduais (art. 31).

De fato, a especialização tanto de varas, quanto de magistrados, seria muito bem vinda para se alcançar uma melhor prestação jurisdicional.

#### **4.2 Legitimidade ativa nas ações coletivas**

Em conflitos judiciais de largo espectro, polarizando grandes massas de interesses transindividuais, inviabiliza-se a presença de todos os interessados no polo ativo da demanda, de modo que o autor deve mostra-se como um representante adequado.

Com efeito, os moldes da legitimação ativa do processo civil tradicional não comporta um traslado perfeito para a seara das ações coletivas, porque o objeto por estas

---

<sup>388</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 43, de 20 de agosto de 2013. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 15. mai. 2015.



tutelado, de natureza metaindividual, é indivisível, não possuindo, pois, titularidade única. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart<sup>389</sup> observam que

não se pode conceber o processo coletivo sob a perspectiva da ação individual, nem se pode aplicar indiscriminadamente as noções do processo individual para a tutela coletiva. De fato não há razão para tratar da legitimidade para a tutela dos direitos transindividuais [...] a partir de seu correspondente no processo civil individual. Quando se pensa em ‘direito alheio’, raciocina-se a partir de uma visão individualista que não norteia a aplicação da tutela coletiva. [...]. A noção de direitos transindividuais, como é óbvio, rompe com a noção de que o direito ou é próprio ou é alheio. Se o direito é da comunidade ou da 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.

No texto original da LACP, buscou-se inspiração no sistema das *class actions* do direito norte-americano, no sentido do conceito de representatividade adequada ser atribuído à discricionariedade do juiz (*ope judicis*).

Da atual LACP, constam como legitimados para propor a demanda principal e a cautelar: (i) o Ministério Público; (ii) a Defensoria Pública; (iii) a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (iv) a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; e (v) associações temáticas<sup>390</sup>, tendo-se abandonado a ideia inicial de deixar-se a critério do juiz a verificação da representatividade adequada da associação autora<sup>391</sup>, tratando-se, pois, do sistema *ope legis*, exceto em relação à legitimidade ativa dos sindicatos, das associações civis, das entidades e dos órgãos da Administração Pública direta e indireta, além da questão da legitimidade ativa da Defensoria Pública para tutelar interesses individuais homogêneos.

<sup>389</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 758, rodapé nº 1.

<sup>390</sup> Art. 5º. “Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”.

<sup>391</sup> Como anota Rodolfo de Camargo MANCUSO, “visto que os interesses objetivados são metaindividuais, curial que sua judicialização não fique restrita a um só legitimado, mas venha atribuída a mais de um *ente esponenziale* que, na visão do legislador, reúna as condições para tal, dado que os interesses difusos, por definição, não devem ter sua tutela restringida à atuação de certos órgãos governamentais, nem somente ao ministério público, havendo mesmo quem minimize a importância da personalidade jurídica das associações (*associations agrées; associazioni riconosciute*), de sorte a admitir também legitimação a sociedades de fato (*ad hoc gruppen; comitês de defesa, comitati di quartieri*)”. **Ação civil pública** - Em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores – Lei 7.347/1985 e legislação complementar. 13. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 121.

Assim, por exemplo, se a associação civil preencher os requisitos legais (constituição há pelo menos um ano, nos termos da lei civil, e inclusão, entre suas finalidades institucionais, da proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico), estará ela adequada aos moldes da representatividade adequada.

Na mesma linha, o art. 82 do CDC também elenca os colegitimados ativos à demanda coletiva: (i) o Ministério Público; (ii) a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; (iii) as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica; (iv) as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear.

No que toca à natureza jurídica da legitimação ativa nas demandas coletivas, sintetiza Pedro Lenza, de modo bastante elucidativo, que ela é *extraordinária, autônoma, exclusiva, concorrente e disjuntiva*:

[...] pode-se dizer, então, por todo o exposto, que a legitimação para a tutela coletiva é extraordinária, autônoma, exclusiva, concorrente e disjuntiva: a) extraordinária, já que haverá sempre substituição da coletividade; b) autônoma, no sentido de ser a presença do legitimado ordinário, quando identificado, totalmente dispensada; c) exclusiva em relação à coletividade substituída, já que o contraditório se forma suficientemente com a presença do legitimado ativo; d) concorrente em relação aos representantes adequados, entre si, que concorrem em igualdade para a propositura da ação; e e) disjuntiva, já que qualquer entidade poderá propor a ação sozinha, sem a anuência, intervenção ou autorização dos demais, sendo o litisconsórcio, eventualmente formado, sempre facultativo<sup>392</sup>.

Mister, por ora, tratar destas adjetivações da legitimidade ativa em sede de demanda coletiva.

Em relação ao primeiro atributo mencionado (*extraordinária*), há divergência doutrinária. Isso porque há os que entendem se tratar de legitimação ativa ordinária, de extraordinária ou de autônoma/anômala.

Nesse sentido, em se tratando de direitos essencialmente coletivos, Nelson Nery Junior<sup>393</sup>, com apoio na doutrina alemã, defende que o autor da ação coletiva não exerce

---

<sup>392</sup> LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 193.

<sup>393</sup> NERY JUNIOR, Nelson. O Ministério Público e sua legitimação para a defesa do consumidor. *Justitia*, nº 160, vol. 54, out.-dez. 1992.

nem legitimidade ordinária, nem extraordinária (substituição processual), mas sim legitimidade autônoma, em razão da legislação brasileira atribuir competência interventiva a determinadas figuras independentemente de qualquer representação de grupo:

Para as ações coletivas na tutela de direitos difusos e coletivos, trata-se de legitimização autônoma para a condução do processo (*selbständige Prozessführungsbefugnis*) ordinária. Quando a ação coletiva for para a tutela de direitos individuais homogêneos (v. CDC, 81, par. ún. III), haverá substituição processual, isto é, legitimização extraordinária. A norma comentada encerra legitimização concorrente e disjuntiva (Grinover, Watanabe e Nery. **CDC Coment.**, pp. 820, 869 e 1013/1014) e o litisconsórcio ativo que pode ser formado entre os colegitimados é facultativo”.

Noutra obra, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery<sup>394</sup> lecionam que quando a lei legitima um ente a defender direito não individual (difuso ou coletivo), o legitimado não estará defendendo direito alheio em nome próprio, porque não se pode identificar os titulares do direito. Segue esta posição Eduardo Arruda Alvim<sup>395</sup>, sustentando que

no sistema das ações coletivas, pois, melhor é referir-se a uma legitimidade autônoma, *ex lege*, por definição, sempre havendo descoincidência entre o que postula e os beneficiários desta postulação, salvo, por exemplo, na hipótese de interesses e direitos individuais homogêneos, em que há o fenômeno da substituição processual, até mesmo pelos dizeres do texto legal.

Ricardo de Barros Leonel<sup>396</sup> adota o mesmo entendimento, para o qual a legitimização autônoma é a que se mostra mais adequada à defesa dos interesses essencialmente coletivos.

Márcio Flávio Mafra Leal<sup>397</sup>, opinando acerca da legitimização ativa nas ações coletivas visando a tutelar direitos difusos, diz não ser extraordinária, mas entende não se tratar de um terceiro gênero (legitimização autônoma), cuidando-se, na hipótese, de legitimização ordinária.

<sup>394</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 5. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 1885.

<sup>395</sup> ALVIM, Eduardo Arruda. A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF impõe limites à ação civil pública e ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação civil pública - Lei 7.347/85**. Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: RT, 1995. p. 156.

<sup>396</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 154.

<sup>397</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas**. São Paulo: RT, 2014. pp. 60-61.

No mesmo sentido argumenta Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>398</sup> que, em se tratando de tutela de direitos difusos por legitimado previsto em lei, trata-se de legitimação ativa ordinária, por ele agir de forma autorizada por lei, defendendo, assim, posição jurídica própria, em se tratando de sua finalidade institucional.

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro<sup>399</sup> também segue este entendimento, dizendo que o Ministério Público, ao ajuizar uma ação civil pública, defende interesse público. “Pouco importa que existam, eventual e reflexamente, interesses patrimoniais de pessoas ou grupos, vez que a intervenção do MP não tem por finalidade a defesa desses eventuais direitos patrimoniais...”.

Contudo, em se tratando da legitimação ativa nas ações coletivas, se se ativer à concepção rigidamente individualista do processo civil, sob a ótica do art. 6º do atual CPC, concluir-se-á que não se trata de legitimação ordinária<sup>400</sup>, por haver uma pluralidade indefinida de sujeitos, titulares do interesse objeto da demanda.

A corrente doutrinária majoritária, assim, sustenta se tratar de legitimidade extraordinária (substituição processual), porque o art. 81 do CDC atribui de modo expresso um direito material a uma coletividade ou a um grupo, que, por óbvio, não podem figurar no polo ativo da demanda, além das regras sobre coisa julgada terem sido estabelecidas com a pressuposição de que há uma coletividade titular de um direito/interesse difuso, tendo-se clara impressão de que, na demanda coletiva, tutela-se um direito alheio.

Hugo Nigro Mazzilli<sup>401</sup>, por sua vez, também defende não se tratar de legitimação ativa ordinária, porque, se assim o fosse, não haveria como reconhecer litispendência entre ações civis públicas conexas ou continentes propostas por legitimados distintos. Assim,

se entendêssemos que os legitimados ativos à ação civil pública ou coletiva agem por direito próprio, chegaríamos à incorreta conclusão de que jamais haveria litispendência ou coisa julgada entre duas ações civis públicas com a mesma causa de pedir e o mesmo objeto quando movidas por legitimados ativos diferentes.

---

<sup>398</sup> 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. 13. ed. São Paulo: RT, 2014. pp. 139-140.

<sup>399</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **O Ministério Público no processo civil e penal**: promotor natural, atribuição e conceito com base na Constituição de 1988. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. pp. 23-24.

<sup>400</sup> “[...] a regra geral é a de que está autorizado a demandar quem for o titular da relação jurídica, dizendo-se, então, que a legitimação é ordinária”. GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. t. I. p. 79.

<sup>401</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 68.

José dos Santos Carvalho Filho<sup>402</sup> também entende se tratar de legitimação ativa extraordinária, afirmando que “o Ministério Público [...] tem, como uma de suas funções primordiais, a de defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, CF). Desse modo, quando ajuíza ação civil pública atua em nome próprio na defesa de interesses de terceiros”.

De nossa parte, essa legitimação ativa teria uma forma anômala mista: as entidades legalmente autorizadas para propor ações coletivas à tutela de interesses/direitos essencialmente coletivos exerceriam legitimação ordinária no que toca ao fato de serem portadoras de um interesse próprio (institucional), e legitimação extraordinária por agirem como representantes ou substitutos dos sujeitos titulares do interesse transindividual a ser tutelado.

Não obstante esse celeuma doutrinário a respeito da classificação da legitimação ativa em demandas coletivas, pondera Antonio Gidi que o relevante é saber se esta tutela coletiva realmente ocorre:

Já não faz tanta diferença classificar a legitimidade para as ações coletivas como ordinária ou extraordinária, na medida em que, conforme a lição de José Carlos Barbosa Moreira, não é tão relevante saber a que título se dá proteção jurisdicional aos direitos superindividuais, se efetivamente se dá tal proteção<sup>403</sup>.

Em continuação, quanto aos outros atributos da legitimação ativa nas demandas coletivas, é ela *autônoma* no sentido da presença do legitimado ordinário, quando identificado, ser totalmente dispensada, pertencendo, então, a cada um dos entes legalmente previstos, que respondem por si mesmos na ação. Como ensina Rizzatto Nunes<sup>404</sup>, “o objeto do direito em jogo não pertence à entidade – quer seja caso de direito difuso ou coletivo -, mas a ação sim: esta é exercida no âmbito de sua autonomia”.

Trata-se também de uma legitimação ativa *exclusiva* porque somente as entidades taxativamente previstas em lei (art. 5º, LACP e art. 82, CDC) poderão propor uma demanda coletiva.

Em continuação, a legitimação ativa é *concorrente* porquanto concedida a vários entes, de modo que qualquer um deles poderá propor a demanda. Assim, todas as entidades

---

<sup>402</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública**: comentários por artigo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. p. 78

<sup>403</sup> GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 39.

<sup>404</sup> NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 709.

previstas em lei são simultânea e independentemente legitimadas para agir, de modo que a legitimidade de uma não exclui a da outra.

É também *disjuntiva* porque qualquer dessas entidades poderá atuar em juízo sem necessariamente contar com a participação ou autorização de outro habilitado. Assim, não se trata de uma legitimação ativa complexa, no sentido de depender, para sua corporificação, do concurso de mais de um colegitimado.

Ainda, o litisconsórcio é possível, mas não obrigatório. Neste sentido, anota Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>405</sup> que

[...] para que se mantenha o desejável equilíbrio nas iniciativas dos colegitimados ativos à tutela dos interesses metaindividuais, é preciso interpretar com bom senso e sentido finalístico os textos de regência, por modo que a solução encontrada consiga preservar no limite máximo possível o interesse metaindividual em jogo.

Vejamos, agora, os principais colegitimados para propor ação civil pública, conforme previsão da Lei Federal nº 7.347/1985.

#### 4.2.1 Ministério Público: função institucional

O Ministério Público é instituição permanente e essencial à função jurisdicional, “incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, conforme prevê o art. 127 da Constituição Federal.

Menciona Hugo Nigro Mazzilli<sup>406</sup> que, nos anos de vigência da LACP, a atuação do *Parquet* tem sido volumosa na defesa de interesses difusos e coletivos, pois dos milhares de ações já movidas, a grande maioria o foi por sua iniciativa.

A Corregedoria Geral do Ministério Público de São Paulo, averiguando suas atividades em outubro de 2002, constatou que, das ações civis públicas em andamento, 8.643 (91,12%) foram de sua iniciativa, enquanto apenas 842 (8,88%) haviam sido ajuizadas por outros colegitimados<sup>407</sup>.

<sup>405</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 8. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 259.

<sup>406</sup> MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 331.

<sup>407</sup> *Ibidem*, p. 331, nota 115.

Neste diapasão, Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz<sup>408</sup> entende esta grande atuação do Ministério Público como um claro sintoma da fragilidade de nossa democracia, “na medida em que revela o grau ainda incipiente de organização da chamada ‘sociedade civil’, a grave crise nacional da educação, a baixa consciência dos cidadãos quanto aos seus direitos mais elementares, [...]”.

Por outro lado, o ajuizamento de uma ação coletiva pelo *Parquet* não significa necessariamente que seu objeto é um interesse difuso. Isso porque há muitas ações civis públicas veiculando interesse individual indisponível, conforme permissão do art. 127, *in fine*, da Constituição Federal.

No caso do direito à saúde, o Ministério Público tem por costume ajuizar ação civil pública requerendo o fornecimento gratuito de medicamento por parte do Estado para uma pessoa determinada, agindo na defesa de um interesse individual indisponível (direito à vida e à saúde), mesmo em se tratando de ação judicial típica e formalmente coletiva.

Trata-se de um exemplo de ação judicial pseudocoletiva, que é aquela em que o demandante (legitimado extraordinário, como o *Parquet*), em sede de demanda formalmente coletiva (ACP), requer à União, aos Estados e/ou aos Municípios o fornecimento de determinado(s) medicamento(s) a uma pessoa, representada pelo legitimado extraordinário normalmente em razão de sua hipossuficiência financeira, o que ocorre em circunscrições judiciárias ainda não abrangidas pelo serviço da Defensoria Pública e, mais antigamente, sem o convênio com a OAB (assistência judiciária gratuita).

Cuida-se de demanda pseudocoletiva porque, em que pese se utilizar de instrumento formalmente coletivo, os efeitos da eventual procedência do pedido atingirá tão somente o substituído, não operando efeitos *erga omnes*<sup>409</sup>.

Na prática, trata-se de demanda individual. Em se tratando de casos idênticos, o Judiciário acaba decidindo de maneira não uniforme, culminando em soluções diferentes para situações iguais, o que incentiva a atomização de demandas que deveriam ser tratadas de maneira molecularizada.<sup>410</sup>

Nestes processos instaurados pelo ajuizamento de uma ação civil pública para tutelar direito individual indisponível, o ente público constante do polo passivo da

---

<sup>408</sup> CAMARGO FERRAZ, Antonio Augusto Mello de. Inquérito civil: dez anos de um instrumento de cidadania. In: MILARÉ, Édís (Org.). **Ação civil pública**. São Paulo: RT, 1995. p. 64.

<sup>409</sup> Um critério relevante para se classificar uma ação coletiva em pseudocoletiva é a cindibilidade ou não da decisão judicial.

<sup>410</sup> Os vocábulos *atomização* e *molecularização* foram cunhados por Kazuo Watanabe, contrapondo-se o tratamento coletivo e individualizado de demandas jurídicas que afetam a coletividade.

demanda frequentemente suscita a preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público, justamente por se tratar de direito individual.

Contudo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já assentou, em diversos julgados, entendimento no sentido de sua plena viabilidade<sup>411</sup>. No julgamento do REsp 819.010<sup>412</sup>, por exemplo, reconheceu a função do *Parquet* para “buscar a entrega da prestação jurisdicional para obrigar o Estado a fornecer medicamento essencial à saúde de pessoa pobre especialmente quando sofre de doença grave que se não for tratada poderá causar, prematuramente, a sua morte.”

Diferente é o caso em que o Ministério Público propõe ação civil pública visando à correção ou implementação de política pública, situação na qual figura como assegurado dos serviços de relevância pública, conforme prevê o art. 129, inc. II, da Carta Política<sup>413</sup>.

Trata-se de função institucional do Ministério Público “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (art. 129, inc. III, CF/88). A Constituição do Estado de São Paulo, igualmente, autoriza essa atuação do *Parquet* em seu art. 91<sup>414</sup>; a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei Federal nº 8.625/1993), em seu art. 25, inc. IV, *a*<sup>415</sup>; e a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo (Lei

---

<sup>411</sup> “(...) Os arts. 196 e 227 da CF/88 inibem a omissão do ente público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) em garantir o efetivo tratamento médico à pessoa necessitada, inclusive com o fornecimento, se necessário, de medicamentos de forma gratuita para o tratamento, cuja medida, no caso dos autos, impõe-se de modo imediato, em face da urgência e consequências que possam acarretar a não realização. Constitui função institucional e nobre do Ministério Público buscar a entrada da prestação jurisdicional para obrigar o Estado a fornecer medicamento essencial à saúde de pessoa carente, especialmente quando sofre de doença grave que se não for tratada poderá causar, prematuramente, a sua morte. (...)”. (RMS 23184/RS, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, j. 27/02/2007). “(...) A Jurisprudência mais recente das Turmas de Direito Público do STJ admite esteja o Ministério Público legitimado para propor ação civil pública em defesa de direito individual indisponível à saúde de hipossuficiente. (...)” (REsp 920.217/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, j. 17/05/2007). “(...) É entendimento assente nesta Eg. Primeira Turma o de que é legítimo o membro do Ministério Público para ajuizar ação civil pública em defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada. (...)”. (AgRg no REsp 874.331/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, j. 27/02/2007).

<sup>412</sup> Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma, Recurso Especial nº 819.010/SP, Min. Relator: José Delgado, j. em 28/03/2006.

<sup>413</sup> Art. 129. “São funções institucionais do Ministério Público: [...] II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”.

<sup>414</sup> Art. 91. “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.” ESTADO DE SÃO PAULO. **Constituição Estadual**. Disponível em: <<http://www.legislacao.sp.gov.br/legislacao/dg280202.nsf/a2dc3f553380ee0f83256cfb00501463/46e2576658b1c52903256d63004f305a?OpenDocument>>.

<sup>415</sup> Art. 25. “Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público: [...] IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei: a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros



Complementar Estadual nº 734/1993), em seu art. 103, incs. VII, *a*, e VIII<sup>416</sup>, atribuem ao Ministério Público legitimação ao ajuizamento da ação civil pública para a defesa, em juízo, de direitos individuais indisponíveis.

Nesta hipótese, o órgão possui atuação de cunho eminentemente coletivo, de modo que, em havendo procedência da demanda, os efeitos da coisa julgada operarão *erga omnes*.

É de ser observado que, em sede de ação civil pública, a natureza expandida dos interesses difusos faz, comumente, com que a matéria não possa ficar circunscrita a limites geográficos, nem a restrições de organização judiciária, para fins de efetiva tutela jurisdicional. Neste sentido, o litisconsórcio ativo entre o Ministério Público Federal e os Estaduais não é apenas uma faculdade, como também se mostra desejável, para que haja harmonização entre as necessidades e peculiaridades nacionais e regionais.

Hugo Nigro Mazzilli<sup>417</sup> anota que o primeiro caso de litisconsórcio ativo entre o Ministério Público Federal e o Estadual, de São Paulo, ocorreu na ação civil pública ajuizada para impedir a comercialização do leite contaminado pelo acidente radioativo de Chernobyl na Ucrânia (Proc. 9.372.121/86, da 4ª Vara da Justiça Federal em São Paulo):

Seja, porém, autêntico litisconsórcio, seja apenas concorrência de atribuições entre Ministérios Públicos diversos, a vantagem da ideia está em permitir mais eficaz colaboração entre cada uma das instituições do Ministério Público, que eram, até antes disso, praticamente estanques.

Como anota Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>418</sup>, trata-se da tese da possibilidade e da conveniência da atuação conjunta dos Ministérios Públicos Federal e Estadual em ações civis públicas, “concorrência essa que, [...], pode se dar *ab initio* (com o Procurador da

interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos”. BRASIL. **Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8625.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm)>.

<sup>416</sup> Art. 103. “São funções institucionais do Ministério Público, nos termos da legislação aplicável: [...] VII - exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhes o respeito: a) pelos poderes estaduais ou municipais; [...] VIII - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção, a prevenção e a reparação dos danos causados ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos, homogêneos e individuais indisponíveis”. ESTADO DE SÃO PAULO. **Lei Complementar nº 734, de 26 de novembro de 1993**. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/1993/alteracao-lei.complementar-734-26.11.1993.html>>.

<sup>417</sup> MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 347, nota 30.

<sup>418</sup> 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. 13. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 130.

República e o Promotor de Justiça/Procurador de Justiça firmando a petição inicial), ou no curso da ação, nas formas de assistência litisconsorcial ou litisconsórcio ulterior”.

O art. 6º, § 3º, do PL nº 5.139/2009, aliás, prevê o “litisconsórcio facultativo entre os legitimados, inclusive entre os ramos do Ministério Público e da Defensoria Pública”, tratando-se, pois, de uma postura mais liberal e progressista, para se tutelar de maneira mais efetiva os interesses difusos.

Por fim, anote-se que, se o Ministério Público não agir como parte processual, intervirá necessariamente como fiscal da lei (*custos legis*), conforme prevê o art. 5º, § 1º, da LACP<sup>419</sup>.

#### **4.2.2 Defensoria Pública: a questão da hipossuficiência financeira**

A Defensoria Pública possui legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública, conforme dispõe o art. 5º, inc. II, da LACP, inciso acrescido pela Lei Federal nº 11.448/2007. Como adverte Aluísio Gonçalves de Castro Mendes<sup>420</sup>, “é de se salientar a função essencial à Justiça exercida pela Defensoria Pública e que esta deve ser interpretada de modo amplo e condizente com a sua plena atuação. Não há nada que justifique a limitação do seu desempenho ao mero patrocínio de causas individuais”.

Mas mesmo antes dessa previsão legal expressa, a Defensoria Pública já podia propor ação civil pública ou ação coletiva, em razão da permissão do art. 82, inc. III, do CDC<sup>421</sup>, vez que é órgão público destinado a exercer a defesa dos necessitados.

Quanto à Defensoria, indaga-se: poderia ela propor ação civil pública em defesa de um grupo indeterminável de pessoas, ou tão somente de pessoas determinadas, identificadas como necessitadas?

Cuida-se de questão relevante, porque não raro o objeto da demanda é a tutela de interesses difusos, cujos titulares poderão ser parte pessoas necessitadas, parte não necessitadas.

---

<sup>419</sup> “O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei”.

<sup>420</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 268.

<sup>421</sup> Art. 82. “Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: [...] III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código”.

Em se tratando de uma ação civil pública proposta pela Defensoria Pública visando à implementação ou correção de política pública de saúde, caso haja procedência da demanda e efetivo cumprimento da obrigação por parte da Administração Pública, haveria meios de beneficiar apenas cidadãos financeiramente hipossuficientes? Na prática, isso seria inviável.

Nesse contexto, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) ajuizou uma ação declaratória de inconstitucionalidade (ADI nº 3943) impugnando o teor do inc. II do art. 5º da LACP, conforme a redação conferida pela Lei Federal nº 11.448/2007, tendo sido usado, como justificativa central, o fato de que o órgão fora criado para atender, gratuitamente, os financeiramente necessitados, não para atuar em nome de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos de forma geral.

Pois bem. Com o advento da EC 80/2014, o art. 134<sup>422</sup> da Constituição Federal passou a ter novo teor, segundo o qual a Defensoria Pública deve promover a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa judicial e extrajudicial dos direitos individuais e coletivos aos necessitados.

O art. 1º da Lei Complementar nº 80/1994, alterada pela Lei Complementar nº 132/2009, já continha idêntico teor, a partir do que se pode concluir que o constituinte derivado, apropriando-se de norma vigente no ordenamento jurídico nacional desde 2009, constitucionalizou, sob o ponto de vista formal, o que já era materialmente constitucional. A Relatora da ADI, Ministra Carmen Lucia, enalteceu essa questão, defendendo que a Defensoria Pública não pode ser excluída do rol do art. 5º da LACP:

A quem aproveitaria a inação da Defensoria Pública, negando-se-lhe a legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública? A quem interessaria restringir ou limitar, aos poucos instrumentos da processualística civil, a tutela dos hipossuficientes (tônica dos direitos difusos e individuais homogêneos do consumidor, portadores de necessidades especiais e dos idosos)? A quem interessaria limitar os instrumentos e as vias assecuratórias de direitos reconhecidos na própria Constituição em favor dos desassistidos que padecem tantas limitações? Por que apenas a Defensoria Pública deveria ser excluída do rol do art. 5º da Lei n. 7.347/1985? A ninguém comprometido com a construção e densificação das normas que compõem o sistema constitucional de Estado Democrático de Direito.

---

<sup>422</sup> Art. 134. “A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal”.

A ADI fora julgada improcedente, por unanimidade<sup>423</sup>, tendo-se concluído que (i) o dever estatal de prestar assistência integral passa pela assistência incondicional aos necessitados, ainda que, de forma indireta e eventual, promova a defesa de direitos de indivíduos economicamente bem estabelecidos e (ii) o custo social decorrente da negativa de atendimento de determinada coletividade ao argumento de supostamente se estar também a proteger direitos e interesses de cidadãos abastados é infinitamente maior que todos os custos financeiros inerentes à pronta atuação da Defensoria Pública nas situações concretas que autorizam o manejo da ação civil pública, conforme previsto no ordenamento jurídico.

Como pondera Ada Pellegrini Grinover<sup>424</sup>, não se pode considerar como hipossuficientes apenas os financeiramente insuficientes, como também os hipossuficientes organizacionais, como nova categoria de necessitados:

[...] ainda afirmei surgir, em razão da própria estruturação da sociedade de massa, uma nova categoria de hipossuficientes, ou seja, a dos carentes organizacionais, a que se referiu Mauro Cappelletti, ligada à questão da vulnerabilidade das pessoas em face das relações sociojurídicas existentes na sociedade contemporânea. Da mesma maneira deve ser interpretado o inc. LXXIV do art. 5.º da CF: ‘O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos’. A exegese do termo constitucional não deve limitar-se aos recursos econômicos, abrangendo recursos organizacionais, culturais, sociais.

E continua: “[...] seria até mesmo um contrassenso a existência de um órgão que só pudesse defender necessitados individualmente, deixando à margem a defesa de lesões coletivas, socialmente muito mais graves”.

O Superior Tribunal de Justiça<sup>425</sup> também entende que, em se tratando de interesses difusos, a Defensoria Pública possui ampla e plena legitimação para agir, até porque conceitos como “necessitados” são indeterminados, autorizando-a, conforme o generoso princípio do acesso à Justiça, a tutelar os necessitados do ponto de vista organizacional. Assim, no caso dos interesses difusos, basta que a ação coletiva possa beneficiar, ainda que indiretamente, grupo de pessoas necessitadas, porque o direito tutelado pertence a pessoas indeterminadas.

<sup>423</sup> DJe 06/08/2015, DJE nº 154, Plenário.

<sup>424</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Parecer escrito a pedido da ANADEP-Associação Nacional dos Defensores Públicos, anexo aos autos da ADI nº 3943. In: GARCIA DE SOUSA, José Augusto (Coord.). **Uma nova Defensoria Pública pede passagem**: reflexões sobre a Lei Complementar 132/2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. pp. 483-484.

<sup>425</sup> REsp 912.849.

<sup>425</sup> REsp 912.849.

Por outro lado, em se tratando de interesses coletivos e individuais homogêneos, diante de grupos determinados de lesados, “a legitimação deverá ser restrita às pessoas notadamente necessitadas”.<sup>426</sup>

Hugo Nigro Mazzilli<sup>427</sup> também entende, acertadamente, que eventual entendimento restritivo da atuação da Defensoria Pública na propositura de ações civis públicas visando tutelar interesses difusos se mostra descabido,

[...] porque negaríamos os próprios fundamentos do processo coletivo se concluíssemos pudesse ela defender um único necessitado, ou até todos eles, desde que o fizesse um a um, mas não os pudesse defender a todos, de uma só vez, num único processo coletivo, todas as razões que levaram a Constituição e as leis a instituir o processo coletivo (possibilitar economia processual com a substituição do grupo lesado, evitar decisões contraditórias, assegurar efetivo acesso à justiça etc) – todas elas estariam frustradas se por absurdo lhe negássemos a possibilidade de atuar na defesa global de todo o grupo individualmente considerado.

No tema ora estudado, portanto, mostra-se plenamente aceitável a legitimação ativa da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública visando à tutela do direito à saúde, que é essencialmente difuso, especificamente no que toca a programas de assistência farmacêutica, vez que, direta ou indiretamente, pessoas financeiramente hipossuficientes serão atingidas, por exemplo, pela implementação de novo protocolo clínico, porque não há como separar os integrantes do grupo atingido.

Diferente seria o caso de uma demanda coletiva para tutelar direitos coletivos *strictu sensu* e individuais homogêneos, em que seria mister que os beneficiários fossem pessoas financeiramente hipossuficientes para que pudessem ser defendidas pela Defensoria Pública.

José Augusto Garcia de Sousa<sup>428</sup>, refletindo acerca da insurgência do Ministério Público contra a legitimidade ativa da Defensoria Pública para propor ação civil pública, afirma que ambas são instituições de elevada relevância para a tutela jurisdicional dos direitos coletivos:

A legitimidade da Defensoria Pública para a ação civil pública tem efeitos os mais relevantes, assim como a do Ministério Público. O que

<sup>426</sup> REsp 119.257.

<sup>427</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 304-305

<sup>428</sup> GARCIA DE SOUSA, José Augusto. A legitimidade coletiva da Defensoria Pública à luz do princípio da generosidade. In: GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita. **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 290-291.

não se mostra nem um pouco transcendente é a disputa de legitimidade, quase uma disputa de territórios, ou feudos. [...] Mais do que nunca, o processo coletivo é um processo de objeto, não de sujeitos. E nele deve imperar a generosidade, [...].

E continua, no sentido de dever ser rejeitada qualquer impugnação á legitimidade ativa da Defensoria Pública para propor ação civil pública visando tutelar interesses difusos:

Repita-se, com maior ênfase ainda: quem mais precisa da tutela dos direitos difusos são os carentes assistidos pela Defensoria Pública. Só isso já é suficiente, dentro de uma hermenêutica minimamente substancialista, para espancar qualquer dúvida acerca da legitimidade da Defensoria no tocante à defesa de direitos difusos. Pudessem ser recusada tal legitimidade, estaríamos afastando os necessitados desses direitos indivisíveis, o que seria altamente discriminatório<sup>429</sup>.

Assim, defender posicionamento contrário à legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública, visando a tutelar interesses e direitos difusos, *data venia*, vai de encontro às linhas evolutivas básicas do direito brasileiro.

#### **4.2.3 Associações civis: necessidade de autorização expressa?**

Nos últimos anos, o papel de entidades não governamentais tem assumido relevância na defesa de interesses transindividuais, principalmente porque o Estado não tem tido capacidade de atender toda a necessidade da coletividade, que demanda prestações materiais quase que constantes.

Se uma demanda coletiva for proposta pelo Ministério Público, sob o prisma doutrinário, o mais correto é denominá-la “ação civil pública”, ao passo que, se movida por associação civil, deve ser chamada de “ação coletiva”. Já sob o enfoque puramente legal, qualquer ação ajuizada com base na LACP será ação civil pública, independentemente do legitimado figurante no polo ativo.

Conforme o art. 5º, inc. XXI, da Constituição Federal<sup>430</sup>, a associação precisa da autorização de seus associados para defendê-los, podendo decorrer tanto da assembleia

---

<sup>429</sup> Ibidem, p.333.

<sup>430</sup> XXI - “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”.

geral, quanto de seus estatutos, ou até mesmo de deliberação da diretoria, se permitido por seus atos constitutivos<sup>431</sup>.

No tema ora analisado, há diversas associações civis de vítimas de doenças variadas, tais como a Associação Brasileira de Alzheimer, Associação Brasileira dos Portadores de Hepatite, Associação Nacional de Fibrose Cística, Associação Nacional de Doentes com Fibromialgia, Associação Nacional de Atenção ao Diabetes, dentre muitas outras.

Neste quadro, pergunta-se: suponhamos que, por exemplo, a Associação Nacional de Fibrose Cística decida, em assembleia, por maioria, ajuizar uma ação coletiva em proveito do interesse de seus associados. Eventual procedência do pedido será aproveitável, *in utilibus*, apenas por aqueles que tenham expressamente autorizado a ajuizar a demanda ou por todos seus associados?

No julgamento da AO 152/RS<sup>432</sup>, o STF entendeu que, nas ações civis públicas ou coletivas, a entidade de classe está legitimada a defender todos seus associados, não apenas os que deram expressa autorização específica ou em assembleia.

Mais recentemente, no julgamento do REsp 573.232/SC<sup>433</sup>, o STJ interpretou de outra maneira o disposto no art. 5º, inc. XXI, da Constituição Federal, entendendo que se exige representação específica, não alcançando previsão genérica do estatuto da associação a revelar a defesa dos interesses dos associados, de modo que as balizas subjetivas do título

---

<sup>431</sup> No julgamento do REsp 805.277/RS, o STJ entendeu que, nesses casos, dispensam-se formalidades, como a prova de que os associados tenham conferido autorização expressa ou a evidencia de que tenham aprovado o ajuizamento da ação em assembleia.

<sup>432</sup> “CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA: C.F., art. 102, I, n. AÇÃO ORDINÁRIA COLETIVA: LEGITIMAÇÃO: ENTIDADE DE CLASSE: AUTORIZAÇÃO EXPRESSA: C.F., art. 5º, XXI. SERVIDOR PÚBLICO: REMUNERAÇÃO: CORREÇÃO MONETÁRIA. I. - Ação ordinária em que magistrados do Rio Grande do Sul pleiteiam correção monetária sobre diferença de vencimentos paga com atraso. Interesse geral da magistratura gaúcha no desfecho da ação. Competência originária do Supremo Tribunal Federal: C.F., art. 102, I, n. II. - Ação ordinária coletiva promovida por entidade de classe: C.F., art. 5º, XXI: inexistência de autorização expressa dos filiados. Voto vencido do Relator: aplicabilidade da regra inscrita no art. 5º, XXI, da C.F.: necessidade de autorização expressa dos filiados, não bastando cláusula autorizativa constante do Estatuto da entidade de classe. III. - Diferença de vencimentos paga com atraso: cabimento da correção monetária, tendo em vista a natureza alimentar de salários e vencimentos. Precedentes do S.T.F. IV. - Ação conhecida e julgada procedente. (AO: 152 RS, Rel.: Carlos Velloso, j. 15/09/1999, Tribunal Pleno, publicado em 03/03/2000)

<sup>433</sup> “REPRESENTAÇÃO – ASSOCIADOS – ARTIGO 5º, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALCANCE. O disposto no artigo 5º, inciso XXI, da Carta da República encerra representação específica, não alcançando previsão genérica do estatuto da associação a revelar a defesa dos interesses dos associados. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL – ASSOCIAÇÃO – BENEFICIÁRIOS. As balizas subjetivas do título judicial, formalizado em ação proposta por associação, é definida pela representação no processo de conhecimento, presente a autorização expressa dos associados e a lista destes juntada à inicial”. (REsp 573.232, DJe nº 182, p. em 19/09/2014)

executivo judicial formado são definidas pela representação no processo de conhecimento, presente a autorização expressa dos associados e a lista destes juntada à inicial.

Assim, de fato, a legitimidade das entidades associativas para propor demandas coletivas em favor de seus associados possui assento no art. 5º, inc. XXI, da Carta Política, e das entidades sindicais vem disciplinada no art. 8º, inc. III, da Constituição Federal. Mas, no caso das entidades associativas, a Constituição subordina o ajuizamento da demanda a um requisito específico, inexigível quanto aos sindicatos, a saber, a de estarem expressamente autorizadas a demandar.

É diferente da legitimação para impetrar mandado de segurança coletivo, prevista no art. 5º, inc. LXX da Constituição, que prescinde da autorização especial (individual ou coletiva) dos substituídos (Súmula 629 do STF), ainda que veicule pretensão que interesse a apenas parte de seus membros e associados (Súmula 630 do STF e art. 21 da Lei Federal nº 12.016/2009). Por *expressamente autorizada*, conforme a recente interpretação conferida pelo STJ, deve-se entender que não basta a autorização estatutária genérica da entidade associativa, sendo indispensável a declaração expressa por ato individual do associado ou por deliberação tomada em assembleia da entidade.

Por outro lado, o CDC dispensa a autorização assemblear, em seu art. 82, inc. IV<sup>434</sup>, assim como o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, dispondo em seu art. 19, inc. IX que as associações civis são colegitimadas a propor ação coletiva, “dispensadas a autorização assemblear ou pessoal e a apresentação do rol nominal dos associados ou membros”. O Código Modelo de Processos Coletivos, de maneira menos explícita, também vai de encontro ao decidido pelo STJ, dispondo em seu art. 3º, inc. VII, que as associações são colegitimadas para propor ação coletiva, “dispensada a autorização assemblear”.

Contudo, estes diplomas ainda não possuem vigência, de modo que, por ora, deve-se interpretar o art. 5º, inc. XXI, da Constituição Federal da maneira recentemente feita pelo STJ, em que pese ainda haver controvérsia doutrinária e jurisprudencial. De qualquer forma, mister deixar consignado que o REsp 573.232/SC é o caso paradigmático do Tema 82 do STF<sup>435</sup>.

---

<sup>434</sup> Art. 82. “Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: [...] IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear”.

<sup>435</sup> “Possibilidade de execução de título judicial, decorrente de ação ordinária coletiva ajuizada por entidade associativa, por aqueles que não conferiram autorização individual à associação, não obstante haja previsão genérica de representação dos associados em cláusula do estatuto”.



Pois bem. Superada a interpretação deste dispositivo constitucional, mencione-se que, seja para ajuizar demandas coletivas, seja para intervir na qualidade de litisconsortes ou assistentes litisconsorciais no polo ativo, as associações civis precisam deter representatividade adequada do grupo que pretendem tutelar em juízo, decorrente do preenchimento de dois requisitos: (i) pertinência temática, segundo o qual o interesse a ser judicialmente defendido deve corresponder a uma das finalidades da instituição; e (ii) pré-constituição há pelo menos um ano, nos termos da lei civil, requisito este dispensável pelo magistrado em razão do interesse social vislumbrado, consoante a dimensão ou as características do dano.

Em relação à exigência da pertinência temática, assinala Hugo Nigro Mazzilli<sup>436</sup> que seu interesse institucional pode ser razoavelmente genérico. “Não é preciso que uma associação civil seja constituída para defender em juízo especificamente aquele exato interesse controvertido na hipótese concreta”. Contudo, lembra que “essa generalidade não pode ser, entretanto, desarrazoada, sob pena de admitirmos a criação de uma associação civil para a defesa de qualquer interesse, o que desnaturaria a exigência de representatividade adequada do grupo lesado”.

#### **4.2.4 Pessoa física: possibilidade de conversão da ação individual em ação coletiva e o veto no Novo Código de Processo Civil**

No tema ora estudado, como regra, em se tratando de propositura de demanda individual visando-se ao fornecimento de medicamento por parte do Estado, o juiz não tem por costume averiguar a situação global na qual se insere o interesse buscado, levando em conta apenas o pedido veiculado na ação. Nisso consiste a visão reducionista do Judiciário, inadequada para tratar da tutela de interesses e direitos metaindividuais.

A legislação brasileira não confere legitimidade ao cidadão para ajuizar ação visando à proteção de interesse coletivo, tendo-se como única exceção a ação popular.

---

<sup>436</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa de interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. São Paulo: Saraiva, 2009. p 310.

Contudo, a possibilidade de um indivíduo representar interesse coletivo não é nova no direito estrangeiro, especificamente do sistema *common law*, no tocante às *class actions* e às *relator actions*. Como explana Ada Pellegrini Grinover<sup>437</sup>:

Não se podem deixar de lado [...] instrumentos tradicionais, a que se deu novo conteúdo, no quadro de *common law*: é o caso dos *relator actions* e, mais ainda, das *class actions*. As primeiras, de uso comum na Inglaterra e na Austrália, permitem que, na inércia do *attorney general*, o indivíduo ou uma associação privada aja em juízo em nome, com a autorização e sob o controle do *attorney general*, ainda que o indivíduo ou o grupo não tenha legitimação própria. Os exemplos mais frequentes são os de *public nuisance*, em que a coletividade sofre um prejuízo em sua saúde e os de edificações irregulares. Os efeitos do provimento jurisdicional beneficiam a toda a coletividade. Quanto às *class actions*, sua importância tornou-se transcendental, especialmente nos Estados Unidos. Aqui também estamos diante de um instituto tradicional, inspirado na *equity*: mas o autor (ou *class suitor*) não necessita de autorização do *attorney general* ou de qualquer outro órgão oficial. Os controles sobre sua ação, que também existem, são exercidos essencialmente pelo juiz. Tratando-se de membro de uma ‘classe’, que age no interesse dessa mesma classe, os efeitos (positivos ou negativos) da sentença valem com relação a todos os membros da categoria. São reconhecidos os casos em que um único indivíduo ou uma associação agiu para tutelar interesses de milhares de pessoas, frequentemente não identificáveis, na defesa de *civil rights* (v.g., contra discriminações raciais ao nível de emprego, educação, habitação), do ambiente dos direitos do consumidor e do pequeno investidor, etc.

Neste ponto, indaga-se: como uma ação individual poderia buscar corrigir determinada política pública, de forma a abranger a coletividade em geral?

O Novo Código de Processo Civil (NCPC)<sup>438</sup> previu a conversão da ação individual, que tivesse alcance coletivo em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo (afetação concomitante das esferas jurídicas individual e coletiva), em ação coletiva, salvo se se tratasse de direito/interesse individual homogêneo<sup>439</sup>.

<sup>437</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos. **Revista da Faculdade de Direito**, vol. 79, Universidade de São Paulo, jan. 1984. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67016>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

<sup>438</sup> BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm)>. Acesso em 15. set. 2015.

<sup>439</sup> Art. 333. “Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que: I - tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade; II - tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo. § 1º Além do Ministério Público e da Defensoria Pública, podem requerer a conversão os legitimados referidos no art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de

Todavia, tal previsão fora vetada pela então Chefe do Poder Executivo Federal, justificando-se com base na possibilidade de se ensejar a conversão pouco criteriosa da ação individual em coletiva, “inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas.<sup>440</sup>”

O Código Modelo de Processos Coletivos prevê essa conversão em seu art. 32, segundo o qual o magistrado, ao saber da existência de diversos processos individuais tramitando contra o mesmo demandado, com o mesmo fundamento, “notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros representantes adequados, a fim de que proponham, querendo, ação coletiva, [...]”.

Neste contexto, pode-se visualizar um exemplo de ação judicial pseudoindividual, que é aquela em que o demandante (legitimado ordinário), em sede de processo formalmente individual, requer à União, aos Estados e/ou aos Municípios a implementação de determinado protocolo clínico<sup>441</sup> que inclua determinado(s) medicamento(s) na política pública de dispensação gratuita pelo Estado.

Trata-se de demanda pseudoindividual porque os efeitos de eventual procedência do pedido operarão efeitos *erga omnes*, em que pese a demanda ser formalmente individual, vez que, assim que implementado referido protocolo clínico, todos os cidadãos poderão fazer uso dos medicamentos nele previstos.

---

1990 (Código de Defesa do Consumidor). § 2º A conversão não pode implicar a formação de processo coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos. § 3º Não se admite a conversão, ainda, se: I - já iniciada, no processo individual, a audiência de instrução e julgamento; ou II - houver processo coletivo pendente com o mesmo objeto; ou III - o juízo não tiver competência para o processo coletivo que seria formado. § 4º Determinada a conversão, o juiz intimará o autor do requerimento para que, no prazo fixado, adite ou emende a petição inicial, para adaptá-la à tutela coletiva. § 5º Havendo aditamento ou emenda da petição inicial, o juiz determinará a intimação do réu para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias. § 6º O autor originário da ação individual atuará na condição de litisconsorte unitário do legitimado para condução do processo coletivo. § 7º O autor originário não é responsável por nenhuma despesa processual decorrente da conversão do processo individual em coletivo. § 8º Após a conversão, observar-se-ão as regras do processo coletivo. § 9º A conversão poderá ocorrer mesmo que o autor tenha cumulado pedido de natureza estritamente individual, hipótese em que o processamento desse pedido dar-se-á em autos apartados. § 10. O Ministério Público deverá ser ouvido sobre o requerimento previsto no *caput*, salvo quando ele próprio o houver formulado.”

<sup>440</sup> BRASIL. Mensagem nº 56, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm)>. Acesso em: 10. nov. 2015.

<sup>441</sup> Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDTs): além de nortear uma assistência médica e farmacêutica efetiva e de qualidade, os PCDTs auxiliam os gestores de saúde nas três esferas de governo, como instrumento de apoio na disponibilização de procedimentos e na tomada de decisão quanto à aquisição e dispensação de medicamentos tanto no âmbito da atenção primária, como no da atenção especializada, cumprindo um papel fundamental nos processos de gerenciamento dos programas de assistência farmacêutica, na educação em saúde, para profissionais e pacientes e, ainda, nos aspectos legais envolvidos no acesso a medicamentos e na assistência como um todo.

Outro exemplo claro de demanda pseudoindividual seria uma ação individual proposta por um deficiente físico visando à adaptação dos meios de transporte público para promover sua acessibilidade. Uma vez julgada procedente essa demanda, seus efeitos operarão *erga omnes*, alcançando todos os deficientes físicos que utilizem estes meios de transporte.

Neste diapasão, um critério relevante para se classificar uma ação individual em pseudoindividual, assim como para classificar uma ação coletiva como pseudocoletiva, é a credibilidade ou não da decisão judicial.

Bruno Gomes Borges da Fonseca e Carlos Henrique Bezerra Leite<sup>442</sup> defendem a possibilidade da pessoa física ajuizar ação civil pública, principalmente em se tratando de demanda pseudoindividual, entendendo que a proteção coletiva se destina a aliviar o cidadão por meio da representação, não devendo se sobrepor a sua atuação.

No Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos também se estendeu a legitimação para propor ação coletiva a

[...] qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, demonstrada por dados como: a) a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; b) seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos; c) sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado (art. 19, inc. I e alíneas).

O Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, elaborado pelo Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, também prevê legitimidade ativa a qualquer pessoa física para a defesa de interesses transindividuais, desde que cumprido o requisito da representatividade adequada (art. 3º, inc. I c/c § 4º<sup>443</sup>).

É de ser mencionado, não obstante, que o ordenamento vigente ainda não prevê este tipo de legitimação ativa ao cidadão, que é autorizado tão somente a representar ao Procurador Geral da República para instá-lo a ingressar com Arguição por

---

<sup>442</sup> FONSECA, Bruno Gomes Borges da; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Acesso à justiça e ações pseudoindividuais: (i) legitimidade ativa do indivíduo nas ações coletivas. **Revista de Processo (RePro)**, vol. 203, p. 348, jan. 2012.

<sup>443</sup> Art. 3º. “São legitimados concorrentemente à ação coletiva: I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato”. § 4º. “Em caso de inexistência do requisito da representatividade adequada, [...], o juiz notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados adequados para o caso a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação”.

Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), conforme preceituam o art. 102, 2º, da Constituição Federal<sup>444</sup> e o art. 2º, § 1º, da Lei Federal nº 9.882/99<sup>445</sup>.

### **4.3 Legitimidade passiva: competência administrativa dos entes federados**

O art. 23, inc. II, da Constituição Federal dispõe que a prestação de serviços de saúde é de competência comum dos entes federados, aos quais também compete legislar concorrentemente sobre sua defesa (art. 24, inc. XII, CF/88).

A Lei Federal nº 8.080/1990, Lei de Organização do Sistema Único de Saúde (SUS), dispõe, dentre outros tópicos, sobre a competência administrativa dos entes federativos no tocante à promoção das políticas públicas de saúde.

Em resumo, à direção nacional do SUS compete participar da formulação e da implementação das políticas, promover a descentralização, para os Estados e Municípios, dos serviços e ações de saúde e acompanhar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde. À direção estadual do SUS compete promover a descentralização, para os Municípios, dos serviços e das ações de saúde e prestar apoio técnico e financeiro a eles, executando supletivamente ações e serviços de saúde. Por fim, à direção municipal do SUS compete planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde.

Em relação aos Municípios, o art. 30, inc. VII, da Carta Política também dispõe que a eles compete prestar, “com cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população”.

O “Manual de Atuação – Medicamentos Excepcionais”, editado em 2006 pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMP), esclarece, de forma bastante objetiva, este quadro de competências: ao Ministério da Saúde (esfera federal) cabe, fundamentalmente, a implementação e a avaliação da Política Nacional de Medicamentos (PNM), ressaltando-se como suas responsabilidades: a revisão periódica e a atualização contínua da RENAME e a sua divulgação, inclusive via Internet; a aquisição e a distribuição de produtos em situações especiais, dentre outros. Ao gestor estadual cabe, em

---

<sup>444</sup> § 1º “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.”

<sup>445</sup> “[...] faculta-se ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo”.

caráter suplementar, formular, executar, acompanhar e avaliar a política de insumos e equipamentos para a saúde; assegurar a adequada dispensação dos medicamentos; definir a relação estadual de medicamentos, com base na RENAME, e em conformidade com o perfil epidemiológico do Estado; definir elenco de medicamentos que serão adquiridos diretamente pelo Estado, inclusive os de dispensação em caráter excepcional, etc.. Já ao gestor municipal incumbe definir a relação municipal de medicamentos essenciais, com base na RENAME, a partir das necessidades decorrentes do perfil nosológico da população; assegurar a dispensação adequada dos medicamentos e adquirir, além dos produtos destinados à atenção básica, outros medicamentos essenciais, que estejam definidos no Plano Municipal de Saúde como responsabilidade concorrente do Município.

Assim, em relação aos medicamentos essenciais, todos os entes federados devem elaborar suas listas próprias, conforme as necessidades epidemiológicas locais, servindo a RENAME como parâmetro. A União apenas repassa verbas aos outros entes para aquisição de medicamentos essenciais em situações especiais.

Neste contexto, nota-se que houve obediência ao comando constitucional segundo o qual “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: descentralização, com direção única em cada esfera de governo” (art. 198, inc. I, CF/88), diretriz observada pela Lei do SUS em seu art. 7º, inc. IX, *a e b*<sup>446</sup>.

Em sede de ação individual, por meio da qual se busca o fornecimento de medicamento a uma pessoa determinada, no âmbito da Justiça Estadual é de costume figurar no polo passivo tanto o Estado, quanto o Município. No âmbito federal, a União costuma figurar como parte passiva, juntamente ou não com outros entes da Federação.

Na esfera estadual, em regra, o Município alega ser parte ilegítima para figurar no polo passivo, na tentativa de transferir o encargo de fornecer os fármacos pleiteados ao Estado, por sua vez, também costuma atribuir a responsabilidade pelo fornecimento ao Município, ou à União, o que levaria a competência jurisdicional ao Juízo Federal.

Em regra, a demanda pode ser proposta em face de qualquer dos entes federados, até porque, se houver necessidade, possibilita-se a compensação de gastos entre eles<sup>447</sup>,

---

<sup>446</sup> Art. 7º. “As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: [...] IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo: a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios; b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde”.

<sup>447</sup> A Portaria GM nº 2.577/2006 define a lista de medicamentos excepcionais, os valores de repasse aos estados, dentre outras determinações.

porque o responsável por proporcionar meios para promover a saúde é o Estado, enquanto gênero.

Aliás, a Lei Federal nº 12.401/2011, que alterou alguns aspectos da assistência terapêutica no âmbito do SUS, acrescentou ao art. 19 da Lei Federal nº 8.080/1990 que a incorporação/exclusão/alteração de novos medicamentos/produtos/procedimentos, bem como a constituição/alteração de PCDT, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela CONITEC, nada impedindo, todavia, que os Estados adotem protocolos clínicos em seu âmbito de competência, mas, neste caso, a responsabilidade pelo financiamento destes fármacos será das próprias Secretarias Estaduais de Saúde (art. 19-Q, Lei do SUS).

Recomenda-se, sempre que possível, observar as regras de repartição de competência administrativa entre os gestores públicos, determinadas pela Lei Federal nº 8.080/90<sup>448</sup>. Caso contrário, qualquer ente federado poderá ser demandado.

A Súmula nº 37 da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (DJE 07/12/2010, p. 1) dispõe que “a ação para o fornecimento de medicamentos e afins pode ser proposta em face de qualquer pessoa jurídica de Direito Público Interno”<sup>449</sup>. A Súmula nº 65 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro também acena no mesmo sentido: “Deriva-se dos mandamentos dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal de 1988 e da Lei 8.080/90, a responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios, garantindo o fundamental direito à saúde e consequente antecipação da respectiva tutela”.

Da mesma forma, não se faz necessário formar um litisconsórcio passivo necessário entre os entes federados solidariamente responsáveis pela prestação de serviços de saúde, porque, embora haja solidariedade entre eles, não cabe, por exemplo, o chamamento da União a um processo, envolvendo esta temática, que corre perante a Justiça Estadual, nos moldes insculpidos pelo art. 77, inc. III, do vigente Código de Processo Civil de 1973<sup>450</sup>. Isso obstará o direito à saúde, postergando ainda mais o fornecimento do tratamento requerido, em razão da necessidade de deslocamento da competência jurisdicional no caso da União ingressar no polo passivo.

---

<sup>448</sup> Enunciado nº 8 da I Jornada de Direito da Saúde: “Nas condenações judiciais sobre ações e serviços de saúde devem ser observadas, quando possível, as regras administrativas de repartição de competência entre os gestores”.

<sup>449</sup> Súmulas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPublico/pdf/SumulasEnunciados/SumulasDoTribunalDeJusticaDoEstadoDeSaoPaulo.pdf>. Acesso em: 12. mai. 2014.

<sup>450</sup> Art. 77. “É admissível o chamamento ao processo: (...). III - de todos os devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns deles, parcial ou totalmente, a dívida comum”.

Neste sentido entendeu a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do RE 607.381, na sistemática dos recursos repetitivos, de forma unânime:

[...] seria “inadequado opor obstáculo à garantia fundamental do cidadão à saúde”. A pretensão de que a União integre a lide proposta contra quaisquer dos outros entes solidariamente responsáveis, com deslocamento da competência para a Justiça Federal, é descabida”, disse o Rel. Min. Herman Benjamin, para o qual a tentativa de chamamento da União ao processo se tratou de medida “meramente protelatória”, um “meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida.

O Relator avaliou, ainda, que o fornecimento de medicamento é dever do Estado, respeitando-se o direito fundamental do cidadão que possa comprovar a necessidade e a impossibilidade de comprá-lo. Segundo o Ministro Benjamin, o inc. III do art. 77 do CPC não pode ser interpretado de forma extensiva para alcançar prestação de entrega de coisa certa.

No RE nº 855.178/SE<sup>451</sup>, o STF já havia reconhecido a repercussão geral da questão constitucional suscitada, a saber, a responsabilidade solidária dos entes federados no fornecimento gratuito de tratamentos. O Superior Tribunal de Justiça também entende pela responsabilidade solidária entre eles <sup>452</sup>.

---

<sup>451</sup> “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente”.

<sup>452</sup> “ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. SÚMULA 83/STF. 1. O Tribunal de origem proferiu entendimento harmônico à jurisprudência desta Corte ao concluir que “a habilitação de estabelecimento de saúde na área de Oncologia, como CACON/UNACON, se dá através do SUS, o qual é gerido pelos três entes federativos e deverá garantir que o estabelecimento ofereça atendimento e medicação necessários, sob pena de responsabilidade solidária, conforme disposto na Constituição, arts. 196 e 198” (fl. 622, e-STJ). 2. É assente o entendimento de que a Saúde Pública consubstancia direito fundamental do homem e dever do Poder Público, expressão que abarca a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os municípios, todos em conjunto. 3. Pacífica a jurisprudência do STJ de que o funcionamento do Sistema Único de Saúde é de responsabilidade solidária da União, dos Estados e dos Municípios. Assim, qualquer um desses entes tem legitimidade ad causam para figurar no polo passivo de ação visando garantir o acesso a medicamentos para tratamento de saúde. Agravo regimental improvido”. (AgRg no AREsp 664.926/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 18/05/2015); “ADMINISTRATIVO. MEDICAMENTO. LEGITIMIDADE PASSIVA. PERÍCIA MÉDICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. Com relação à legitimidade passiva da UNIÃO, municípios e estados, a jurisprudência do STJ e desta Corte é no sentido de que, sendo o Sistema Único de Saúde - SUS composto pela União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, impõe-se o reconhecimento da responsabilidade solidária dos aludidos entes federativos em demandas que objetivam assegurar o acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros. 2. Relativamente ao pedido de fornecimento do medicamento pretendido, antes da eventual concessão, se faz imprescindível a realização de perícia médica, com todas as cautelas possíveis, para explicitar a real necessidade da medicação requerida e a



Mostra-se adequado, assim, o Enunciado nº 60, aprovado na II Jornada de Direito da Saúde:

A responsabilidade solidária dos entes da Federação não impede que o Juízo, ao deferir medida liminar ou definitiva, direcione inicialmente o seu cumprimento a um determinado ente, conforme as regras administrativas de repartição de competências, sem prejuízo do redirecionamento em caso de descumprimento.

Sob este ângulo, o SUS remete a execução de suas ações e serviços para os entes locais, mais próximos da população, por possuírem melhores condições de avaliar as necessidades mais prementes. Corroborar essa explicação Marlon Alberto Weichert<sup>453</sup>:

O SUS, ao combinar o princípio da descentralização com o da hierarquização, acaba por adotar internamente, relativamente à execução dos serviços, o princípio da subsidiariedade, no sentido de atribuir aos Estados e à União somente as tarefas que municípios e estados, respectivamente, não puderem executar satisfatoriamente, ou que requeiram dimensão regional ou nacional.

Destaque-se que a União, por meio do Ministério da Saúde, é o maior financiador do Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional, que também conta com

---

impossibilidade de tal medicamento ser substituído, com eficácia equivalente, por aqueles fornecidos pelo SUS. 3. Houve a realização de perícia médica, em que conformada a enfermidade por parte do autor, além de que inexistiria substituto para o RITUXIMABE, o qual é utilizado como acréscimo ao tratamento quimioterápico, aumentando a taxa de resposta e o tempo de sobrevida do paciente, livre de doença e com maior possibilidade de resposta completa. Ainda, o medicamento requerido está registrado pela ANVISA, mas para situações diferentes da em que se enquadra o autor. 4. O fato de ser atribuição dos Centros de Alta Complexidade em Oncologia (CACON) credenciados junto ao Ministério da Saúde o fornecimento de medicação relacionada ao tratamento de câncer não altera a responsabilidade dos entes federativos estabelecer um sistema eficaz de operacionalização da prestação do direito constitucional à saúde. Assim, a existência de normas administrativas estabelecendo uma atuação prioritária de cada ente de acordo com a complexidade do caso não afasta a obrigação de todos na correta implementação das políticas públicas de saúde. 5. 'os CACONs - sendo hospitais gerais - , sendo credenciados junto ao Ministério Saúde, são gerenciados por verbas públicas, provenientes do Erário Público Federal, Estadual e Municipal. Assim, conclui-se que a União, os Estados e os Municípios possuem legitimidade passiva, sendo responsáveis solidariamente pelo fornecimento de medicamentos a pessoas acometidas de câncer, por meio dos CACONs'. 6. Não merece prosperar a pretensão do ESTADO DO PARANÁ para seja excluído da condenação. Ocorre que ofereceu contestação, alegou sua ilegitimidade passiva, requereu produção de provas; não obstante, se manifestou quanto ao mérito, requerendo a improcedência da ação. 7. Relativamente à fixação dos honorários advocatícios, busca a parte autora a majoração da verba, ao passo que o ESTADO DO PARANÁ pretende sua redução. Inexiste vinculação aos limites percentuais estabelecidos no § 3º do art. 20 do CPC, não estando o julgador obrigado a adotar como base de cálculo desses honorários o valor dado à causa ou à condenação. Desse modo, com fulcro no art. 20, parágrafos 3º e 4º, do CPC, os honorários advocatícios devem ser suficientes para remunerar dignamente os profissionais destinatários da verba, caso dos autos. Mantida no ponto a sentença. 8. Mantida a sentença". (REsp 1.349.023/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 18/11/2015)

<sup>453</sup> WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e Federação na Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. pp. 166-167.

recursos das Secretarias Estaduais de Saúde<sup>454</sup>. Estes recursos são repassados mensalmente aos Estados, para uma conta específica, ficando responsáveis pela programação, aquisição e dispensação dos fármacos<sup>455</sup>.

Conclui-se, pois, que qualquer dos entes públicos, ou todos eles se for o caso, podem figurar no polo passivo da demanda, inclusive de ação civil pública visando à revisão de políticas públicas de saúde, em razão da responsabilidade solidária existente em relação à concretização deste direito social fundamental.

#### 4.4 Pedido e causa de pedir

Como sabido, o objeto da demanda se exterioriza por meio do pedido deduzido em juízo, que permite múltiplas formulações (simples, cumulado, sucessivo, eventual, alternativo, conforme, arts. 286 e seguintes do atual CPC). Na lição de Moacyr Amaral Santos<sup>456</sup>, “o pedido imediato consiste na providência jurisdicional solicitada: sentença condenatória, declaratória, constitutiva ou mesmo providência executiva, cautelar ou preventiva”. Já o pedido mediato consiste na “utilidade que se quer alcançar pela sentença, ou providência jurisdicional, isto é, o bem material ou imaterial pretendido pelo autor”.

A pretensão deduzida em ação civil pública se exterioriza da mesma forma, ou seja, por meio dos pedidos deduzidos em juízo que, como via de regra, são condenatórios (obrigações de fazer ou não fazer), sendo que, se estes se mostrarem ineficazes, poder-se-á exigir uma indenização como substituição, que terá como destino fundos públicos nacional e estaduais (art. 13 da LACP<sup>457</sup>), devendo estes valores ser empregados, posteriormente, na

---

<sup>454</sup> Art. 198, § 2º, CF/88. “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, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento); 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”.

<sup>455</sup> Cada medicamento tem um valor específico de repasse, que é ressarcido ao Estado-membro mediante a emissão de uma Autorização de Procedimento de Alta Complexidade/Custo – APAC. Outros medicamentos são diretamente adquiridos pela União e enviados aos Estados trimestralmente.

<sup>456</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 27. ed. Atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Kohnen. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. I. pp. 173-174.

<sup>457</sup> Art. 13. “Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados”. No âmbito nacional, o Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (CFDD), órgão colegiado integrante da estrutura organizacional do Ministério da Justiça, que gere o fundo público.

recuperação de bens análogos ao veiculado na demanda, sempre que possível. Neste contexto, o dever de indenizar surge em favor da coletividade como um todo.

Assim, o pedido imediato no presente tema seria um provimento jurisdicional que condenasse a parte ré (União, Estados e/ou Municípios) a implementar nova política pública de saúde, referente à assistência de medicamentos, ou à revisão, com posterior correção, de política pública já existente, consistindo-se numa sentença declaratória do interesse da sociedade e condenatória em obrigação de fazer, eventualmente mandamental, tratando-se de hipótese de dedução de pedidos imediatos cumulados. Como pedido remoto, ter-se-ia, então, a implementação ou correção de política pública de assistência farmacêutica, consistindo em pedido simples.

Já a causa de pedir consiste nos fundamentos de fato e de direito em que se baseia a ação judicial, sendo os fundamentos fáticos a causa de pedir próxima e os fundamentos jurídicos a causa de pedir remota. No presente tema, a causa de pedir próxima seria a omissão e/ou a ineficiência estatal na promoção de políticas públicas de saúde, enquanto a causa de pedir remota seria a violação aos arts. 1º, inc. IV; 5º, *caput*; 3º, inc. IV; 6º, *caput*; e 196, todos da Constituição Federal.

Em se tratando de demanda coletiva envolvendo direito à saúde, tanto o(s) pedido(s), quanto a(s) causa(s) de pedir, deve(m) ser feito(s) de forma ampla, ou pelo menos de forma não tão restrita, já que, no caso, não se aplica a ideia de que a petição inicial é o rascunho da sentença, como se dá nos processos individuais, regidos pelo CPC<sup>458</sup>, de forma a modificar a visão reducionista do Judiciário.

O art. 4º do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos dispõe acerca do pedido e da causa de pedir exatamente neste sentido: “Nas ações coletivas, a causa de pedir e o pedido serão interpretados extensivamente, em conformidade com o bem jurídico a ser protegido”. E, conforme seu parágrafo único, o juiz poderá permitir a alteração do pedido ou da causa de pedir até a prolação da sentença, “desde que seja realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado, mediante possibilidade de nova manifestação de quem figure no polo passivo...”. Nestes termos, também dispõe o art. 10<sup>459</sup> do Código Modelo de Processos Coletivos.

---

<sup>458</sup> O art. 293 do CPC/73 dispõe que os pedidos serão interpretados restritivamente. O NCPC, por sua vez, não reproduz este dispositivo, tendo, neste ponto, inovado, determinando que a interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé (art. 322, § 2º).

<sup>459</sup> Art. 10. “Nas ações coletivas, o pedido e a causa de pedir serão interpretados extensivamente. § 1º. Ouvidas as partes, o juiz permitirá a emenda da inicial para alterar ou ampliar o objeto da demanda ou a

O PL nº 8.058/2014, contudo, foi de encontro a esta previsão, dispondo que a exordial obedecerá aos requisitos constantes do CPC e deverá indicar com precisão a medida necessária para se implementar ou corrigir a política pública guerreada (art. 4º). Este comando merece críticas, pois não atende aos fins previstos na exposição de motivos deste PL, a saber, a flexibilidade dos comandos e de seu cumprimento, em se tratando de intervenção judicial em políticas públicas.

Assim, como apontam Paulo Henrique dos Santos Lucon et al.<sup>460</sup>, “a interpretação extensiva busca compreender no preceito normativo o seu significado e alcance, de acordo com o conteúdo finalístico e valorativo do direito”. E continuam, dizendo que a interpretação extensiva é um modo de adequar a pretensão ao bem jurídico subjacente, “que corresponde à mais importante baliza da atividade hermenêutica exercida pelo juiz. Esta adequação é indispensável para garantir a indisponibilidade do bem coletivo, evitando-se atos de disposição indevida de direitos”.

#### 4.5 Dilação probatória

Ordinariamente, em se tratando do processo civil tradicional, o ônus da prova recai sobre a parte autora da demanda, que deve comprovar os fatos constitutivos do direito por si alegado (art. 333, inc. I, CPC/73), bem como a parte ré deve comprovar fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor (art. 333, inc. II, CPC/73), com teor equivalente no art. 373 do NCPC.

Mas no caso das demandas coletivas, a quem incumbe o ônus da prova? Aplica-se indistintamente a previsão da legislação comum?

O PL nº 5.139/2009 prevê a distribuição dinâmica do *onus probandi* em seu art. 20, inc. VII, com o propósito de recair sobre quem estiver mais próximo dos fatos e tiver maior capacidade para produzir as provas, objetivando-se uma maior efetividade.

O NCPC prevê, no §1º de seu art. 373, que “nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de

---

causa de pedir. § 2º. O juiz permitirá a alteração do objeto do processo a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, desde que seja realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado”.

<sup>460</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos; GABBAY, Daniela Monteiro; ALVES, Rafael Francisco; ANDRADE, Tathiana Chaves de. Interpretação do pedido e da causa de pedir nas demandas coletivas (conexão, continência e litispendência). In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord). **Tutela coletiva**. São Paulo: Atlas, 2006.

cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir ao ônus que lhe foi atribuído”.

Assim, em princípio, é a parte autora (legitimado ativo) que deverá comprovar os fatos constitutivos do direito alegado como violado ou ameaçado. Mas, se a produção de prova se mostrar mais fácil ao ente público, nele deverá recair o *onus probandi*.

No caso de uma ação civil pública ser proposta visando-se à implementação de novo protocolo clínico ou à correção de política pública de saúde já existente, a dilação probatória se daria da seguinte forma: por meio de (i) amplo debate, com setores da sociedade civil e autoridades sanitárias, (ii) informações a respeito do orçamento, das técnicas medicamentosas disponibilizadas pelo SUS e efeitos das moléstias, e (iii) informações a respeito das ações tomadas pelo Executivo com relação a dada doença. Com estes dados, os magistrados poderão avaliar os três paradigmas fundamentais que devem nortear qualquer intervenção judicial nas políticas públicas de saúde: *mínimo existencial*, a *reserva do possível* e a razoabilidade. Claro que, em se tratando de situações emergenciais, não haverá como seguir essa proposta.

Em demandas individuais, o mais correto seria o deferimento da liminar/tutela antecipada, para evitar danos irreparáveis ou de difícil reparação, e no curso processual se proceder à realização de perícias, para saber se, de fato, o cidadão necessita do tratamento médico pleiteado não constante das listas de dispensação do SUS.

Neste caso, o magistrado acaba tornando-se refém do laudo pericial, por depender destes conhecimentos técnicos, correndo o risco de se tornar dependente da conclusão elaborada pelo perito. Sugere-se, assim, que o laudo pericial seja realizado por *experts* que não sejam vinculados à Administração Pública.

Em continuação, o Judiciário, em sede de processo coletivo, deve promover diálogo constante com o ente público figurante no polo passivo, neste recaindo o ônus de explicar por qual motivo determinada política pública não fora implementada ou porque tem sido mal gerida, se já está empregando o máximo de seus esforços e recursos em outras áreas, se possui informação suficiente a respeito das necessidades existentes, se já tem planos para atender a demanda reclamada, dentre outros aspectos.

O PL nº 8.058/2014 possui disposições que vão ao encontro desta necessidade de diálogo entre os Poderes estatais. O parágrafo único do seu art. 2º enumera as características que o processo especial para controle e intervenção em políticas públicas

precisará ter, a saber: (i) estrutura para facilitar o diálogo institucional entre os Poderes, bem como entre o juiz, as partes e a sociedade; e (ii) policentrismo, para que o Poder Público e a sociedade possam intervir no contraditório; dentre outros.

Essa forma de atuação judicial forma um espaço de questionamento das decisões executivas, forçando a Administração a reavaliar suas decisões, mostrando-se bastante adequado sob o ponto de vista do modelo democrático de Estado, no qual as decisões públicas devem ser adotadas após um amplo processo de discussão coletiva, permitindo a participação de todos os potencialmente afetados pela decisão.

#### 4.6 Democracia sanitária

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo inaugural, dispõe que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito, revelando que em nosso regime político-jurídico há um elemento que se agrega ao império da lei (*the rule of law*<sup>461</sup>), que é o princípio democrático.

A partir disso se mostra importante averiguar quais as opções dadas pelo constituinte originário brasileiro à concretização do referido princípio, como a adoção do modelo de democracia representativa e eleitoral para legitimar o poder governante. Ou seja, democracia representativa significa que o *governo do povo*<sup>462</sup> se concretiza mediante o instituto da representação política.

Paulo Bonavides, escrevendo acerca dos institutos da democracia semidireta, ensina que

[...] o art. 14 da Constituição de 1988 constitui parte da espinha-dorsal de nosso sistema de organização política, que assenta sobre duas dimensões: uma representativa, a única de funcionamento normal desde a promulgação da Lei Maior, há cerca de uma década; outra, democracia direta; ambas positivamente previstas e expressas no art. 1º do Estatuto Fundamental da República Federativa do Brasil [...] <sup>463</sup>.

Contudo, a democracia representativa não pode se resumir à mera realização de eleições periódicas, devendo apresentar, também, um conteúdo substancial, de modo que o

---

<sup>461</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. pp. 93-94.

<sup>462</sup> *Demokratía*: governo do povo; **Dicionário Larousse da Língua Portuguesa**.

<sup>463</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 117.

povo possa participar do processo político em geral, não apenas daquele restrito ao período eleitoral. Isso porque, se o governo é do povo, não é ele viável sem que o povo, efetivamente, exerça o papel de colaborador na condução do destino do Estado e da sociedade.

Neste contexto, em relação à sustentada falta de legitimidade democrática, informação e conhecimento por parte dos juízes para julgar demandas envolvendo direitos fundamentais sociais (supra 1.4.2), Virgílio Afonso da Silva<sup>464</sup> acredita que a implementação dos direitos sociais deve ser conquistada pela sociedade civil, assim como ocorreu quanto aos direitos civis e políticos.

José Joaquim Gomes Canotilho espousa posicionamento semelhante, entendendo que a efetivação dos direitos sociais deve dar-se pela “intensificação democrática na política dos direitos fundamentais”. Também a este respeito, aduz George Marmelstein Lima<sup>465</sup>:

Conclui-se, portanto, que a participação da sociedade civil é extremamente importante nesse processo de efetivação dos direitos socioeconômicos. A sociedade organizada deve ajudar o Judiciário tanto no processo de tomada da decisão, fornecendo informações capazes de enriquecer a argumentação, quanto na fase de cumprimento das ordens judiciais, fiscalizando, monitorando, reivindicando ou até mesmo coordenando o processo de implementação das ações públicas determinadas pelos juízes.

O art. 3º, inc. I, do PL nº 5.139/2009, segue a diretriz de participação popular no processo coletivo, dispondo que este é um dos princípios que devem regê-lo.

Com efeito, a participação popular nas escolhas públicas, em sede de processo judicial, especialmente o coletivo, confere maior legitimidade democrática às decisões proferidas pelo Judiciário, porque representa uma forma de exercício da cidadania e da democracia. Suzana Henriques da Costa<sup>466</sup> segue o mesmo entendimento:

<sup>464</sup> AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Taking from the poor to give to the rich: the individualistic enforcement of social rights*. Workshop 13, Rutger Law School. Disponível em: <<http://camlaw.rutgers.edu/statecon/workshop11greece07/workshop13/Afonso.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2014.

<sup>465</sup> LIMA, George Marmelstein. *Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Dissertação (Mestrado) - UFC, Ceará, 2005. Disponível em <<http://direitosfundamentais.net>>. Acesso em: 14. ago. 2014.

<sup>466</sup> HENRIQUES DA COSTA, Susana. Ética e Ministério Público: uma reflexão em três momentos. In: LIVIANU, Roberto (Coord.). *Justiça, cidadania e democracia* [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. Disponível em: <<http://books.scielo.org>>. Acesso em: 02. set. 2015.

As ações coletivas, algumas vezes propostas por cidadãos (ação popular) e associações (ação civil pública), são um bom exemplo de demandas judiciais que permitem a participação popular. Nessas demandas, a sociedade civil pode introduzir à apreciação do Poder Judiciário questões referentes, dentre outras, à ética do agentes estatais e à moralidade do ato administrativo, à concretização de princípios constitucionais e, portanto, à escolha sobre políticas públicas.

Por sua vez, a Lei Federal nº 8.142/1990 dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde, entre outras providências, tendo instituído, também, as Conferências e os Conselhos de Saúde em cada esfera de governo.

Assim, o SUS possui a Conferência de Saúde<sup>467</sup> e o Conselho de Saúde como instâncias colegiadas de participação social em cada esfera (federal, estadual e municipal). Conforme o art. 1º, parágrafos, da Lei Federal nº 8.142/90<sup>468</sup>, a Conferência de Saúde deve se reunir

a cada quatro anos com a representação dos vários segmentos sociais, para avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes, convocada pelo Poder Executivo ou, extraordinariamente, por esta ou pelo Conselho de Saúde, e o Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo.

Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho<sup>469</sup> exemplificam como que a participação popular pode engendrar bons resultados:

A primeira mulher a receber o Prêmio Nobel de Economia (2009), Elinor Ostrom, foi agraciada exatamente por suas pesquisas que demonstraram, entre outras coisas, que bens de grande relevância e valor para a coletividade (o que ela chama de *common goods* – bens comuns) só podem ser convenientemente geridos, quando submetidos à administração dos próprios grupos afetados pela sua gestão. Os exemplos

<sup>467</sup> Estas Conferências realizam-se de forma ascendente, começando pelas Conferências Municipais de Saúde, passando por uma Conferência Estadual de Saúde (em cada Estado-membro) e culminando em uma Conferência Nacional de Saúde.

<sup>468</sup> BRASIL. Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8142.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8142.htm)>. Acesso em 15. abr. 2015.

<sup>469</sup> COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. Pra que tanta celeuma quanto a participação social? *Carta Capital*, 04 set. 2014. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/revista/815/pa-que-tanta-celeuma-artigo-6905.html>>. Acesso em 23. set. 2015.



concretos por ela citados, que vão desde a gestão da pesca no Mar do Norte à autogestão de bairros carentes no Peru, são muito reveladores.

E seguem ao segundo exemplo:

[...] ocorreu na Alemanha. Lá, desde os anos 60 do século XX, criou-se por lei a obrigatoriedade de participação paritária dos representantes de trabalhadores de grandes empresas no seu órgão decisório (*Aufsichtsrat*). Os resultados, naquele momento, surpreendentes, marcam a economia alemã até hoje. A participação decisória dos trabalhadores incrementou a qualidade da gestão das empresas, levando à sua profissionalização e ao abandono da tradicional gestão familiar. No nível macroeconômico, estimulou a concentração da maior parte dos investimentos das grandes empresas alemãs no longo prazo (que em muitos casos até hoje geram frutos) e não no curto prazo, voltados a produzir os malfadados lucros exorbitantes e imediatos (fontes da crise econômica global de 2008).

Nesta seara, as políticas públicas podem e devem ser questionadas, visando-se a seu aperfeiçoamento. No tema ora estudado, as listas oficiais de dispensação de medicamentos são passíveis de controle, sendo certo que, quanto mais habilitados os participantes deste processo de revisão, mais qualitativo se tornará o debate e eventual decisão a ser proferida.

Contudo, em que pese a existência de Conselhos de Saúde, é pequena sua capacidade de ser espaço de participação democrática em complemento às eleições representativas, principalmente quanto aos menos favorecidos. Daniel Wei Liang Wang<sup>470</sup> enumera os atuais limites dos Conselhos: (i) alta inclusão de grupos vinculados aos gestores públicos de saúde; (ii) exclusão de grupos não organizados, atingindo especialmente os usuários em geral; (iii) exclusão de grupos organizados sem vínculos políticos; (iv) dúvidas quanto à legitimidade da representação da sociedade civil, porque o processo de escolha dos representantes não se mostra transparente; e (v) o produto das deliberações nem sempre é acatado pelos governantes.

Neste contexto da participação popular em políticas públicas, em sede judicial, encaixam-se as figuras das audiências públicas e do *amicus curiae*.

As audiências públicas se enquadram no conceito de *democracia sanitária*, cunhado por Sueli Dallari<sup>471</sup>. Segundo ela, esta expressão, no campo da saúde de um Estado Democrático de Direito, significa a participação popular na fixação dos objetos da política pública de saúde e no controle das ações e serviços que constituem esta política.

---

<sup>470</sup> WANG, Daniel Wei Liang. Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2009.

<sup>471</sup> BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Experiência brasileira de democracia sanitária serve de exemplo a outros países. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/dmch>>. Acesso em: 02. dez. 2014.

Para ela, o Brasil se encontra na vanguarda internacional da *democracia sanitária*, tendo normas legais, por força de comando constitucional, determinando a criação de fóruns de construção e de controle de políticas públicas de saúde, como os Conselhos e as Conferências de Saúde.

Por sua vez, o *amicus curiae* também possui o condão de tornar a decisão judicial mais legitimada, ou seja, mais respeitada e reconhecida. Em sua tradução literal do latim, significa *amigo da corte* ou *amigo do tribunal*. Cassio Scarpinella Bueno<sup>472</sup> ensina que

[...] o *amicus curiae* faz as vezes de um ‘fiscal da lei’ - e não do fiscal da lei que o direito brasileiro conhece, que é o Ministério Público - em uma sociedade incrivelmente complexa em todos os sentidos; como se ele fosse o portador dos diversos interesses existentes na sociedade civil e no próprio Estado, colidentes ou não entre si, e que, de alguma forma, tendem a ser atingidos, mesmo que em graus variáveis, pelas decisões jurisdicionais. Ele, o *amicus curiae*, tem que ser entendido como um adequado representante destes interesses que existem, queiramos ou não, na sociedade e no Estado (‘fora do processo’, portanto) mas que serão afetados, em alguma medida, pela decisão a ser tomada “dentro do processo”. O *amicus*, neste sentido, atua em juízo em prol destes interesses e é por isto mesmo que, na minha opinião, sua admissão em juízo depende sempre e em qualquer caso da comprovação de que ele, *amicus*, apresenta-se no plano material (isto é: ‘fora do processo’) como um ‘adequado representante destes interesses’.

O *amicus curiae* consiste, assim, num agente do contraditório à luz de uma sociedade e de um Estado plural, contraditório este no sentido de cooperação, cooperação e colaboração.

No que toca ao direito positivo brasileiro, há somente uma regra que se refere expressamente a ele: o art. 23, § 1º, da Resolução nº 390/2004 do Conselho da Justiça Federal<sup>473</sup>. O NCPC prevê, em seu art. 138, que

O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

<sup>472</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Quatro perguntas e quatro respostas sobre o *amicus curiae*. **Revista Nacional da Magistratura**, nº 5, ano II, Brasília, mai. 2008.

<sup>473</sup> Art. 23. “As partes poderão apresentar memoriais e fazer sustentação oral por dez minutos, prorrogáveis por até mais dez, a critério do presidente. § 1º. O mesmo se permite a eventuais interessados, a entidades de classe, associações, organizações não-governamentais, etc., na função de ‘amicus curiae’, cabendo ao presidente decidir sobre o tempo de sustentação oral”.

Por outro lado, há ampla possibilidade de inserir sua figura no art. 7º, § 2º<sup>474</sup>, da Lei Federal nº 9.868/99<sup>475</sup>, que regula o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal foi recentemente modificado para admitir que “quaisquer terceiros” sustentem oralmente suas razões nos julgamentos perante o Plenário ou perante as Turmas (art. 131, § 2º), de modo que inexistiu razão para se excluir o *amicus curiae* de tal previsão.

O art. 31 da Lei Federal nº 6.385/1976 (CVM), o art. 89 da Lei Federal nº 8.884/1994 (CADE) e o art. 49 da Lei Federal nº 8.906/1994 (OAB), dentre outras, admitem intervenções de terceiro bastante próximas do *amicus curiae*, como forma de intervenção anômala de terceiros.

Contudo, Cassio Scarpinella Bueno<sup>476</sup> ressalta que a admissão do *amicus curiae* independe de expressa previsão legal, pois decorre do sistema processual civil, analisado em conjunto com a Constituição Federal, tendo sido a partir desta visão que o STF desenvolveu esse instituto na seara do controle concentrado de constitucionalidade (ADI, ADC, ADPF).

O *amicus curiae* tem por função levar, espontaneamente ou quando provocado pelo magistrado, elementos de fato e/ou de direito que, de alguma forma, se relacionam intimamente com a matéria *sub judice*, tratando-se, pois, de um portador de interesses institucionais a juízo, munindo o magistrado com relevantes elementos para a prolação de decisão de qualidade, que atingirá interesses não diretamente postos em juízo.

Entende-se, assim, que não há óbices para o instituto ser amplamente aproveitado e generalizado no cotidiano do foro, havendo até mesmo necessidade de alargar sua admissão<sup>477</sup>, visando suprimir o que se pode chamar de “déficit democrático da atuação do Judiciário brasileiro”.

---

<sup>474</sup> Art. 7º. “Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. § 2º. O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

<sup>475</sup> Esta Lei inseriu três parágrafos no art. 482 do ainda vigente Código de Processo Civil de 1973, fornecendo para o incidente de declaração de inconstitucionalidade (arts. 480 a 482) a mesma previsão. Também conferiu tal possibilidade ao incidente de uniformização de jurisprudência previsto na Lei Federal nº 10.259/2001 (art. 14, § 7º), que cria e disciplina o Juizado Especial Federal.

<sup>476</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. Quatro perguntas e quatro respostas sobre o *amicus curiae*. **Revista Nacional da Magistratura**, nº 5, ano II, Brasília, mai. 2008.

<sup>477</sup> “Louvável a iniciativa, neste particular, de previsão de atuação do *amicus curiae* - embora com o nome genérico de “terceiros” ou de “terceiros sem interesse estritamente jurídico” - na lei que regulamenta as

O PL nº 5.139/2009, em seu art. 22<sup>478</sup>, também prevê a exigência de um processo democrático para prover justiça à decisão. O PL nº 8.058/2014 impõe que o processo deve sujeitar-se à informação, ao debate e ao controle social, por qualquer meio adequado, processual ou extraprocessual (art. 2º, parágrafo único, inc. VII), dispondo, ainda, que tanto na fase preliminar, quanto não processo judicial, cabível a intervenção do *amicus curiae*, pessoa física ou jurídica, que poderá manifestar-se por escrito ou oralmente (art. 10, parágrafo único).

Neste cenário, o Judiciário pode consistir num relevante palco para o debate público, porquanto permite o recebimento de reclamações de todos aqueles afetados por uma decisão política, inclusive os menos favorecidos, normalmente marginalizados do processo político. Também pode exigir justificativas da Administração em relação a suas decisões, tendo as ações judiciais o condão de mostrar ao governo o descontentamento da sociedade com as políticas públicas vigentes, que merecem ser revisadas ou incrementadas.

Claro que, em sede de demandas individuais, tais resultados são mais raros, sugerindo-se, portanto, a propositura de demanda coletiva, na qual é possível superar a dicotomia *ganhador-perdedor* e buscar uma saída razoável, que envolveria mais diálogo e negociação antes os Poderes estatais.

Em suma, participação e contestação populares são importantes para legitimar as decisões governamentais em geral, inclusive em sede judicial, mostrando-se fundamentais quando se trata de escolhas que envolvem questões de políticas públicas e justiça distributiva.

#### **4.7 Coisa julgada, efeitos e cumprimento da sentença: necessidade de flexibilização e execução negociada de políticas públicas**

Como mencionado por diversas vezes no decorrer deste estudo, o processamento e o julgamento de demandas coletivas impõem a revisitação de vários institutos processuais, contexto no qual a coisa julgada e o cumprimento de sentença merecem posição de destaque.

---

“súmulas vinculantes” expedidas pelo STF (Lei n. 11.417, art. 3º, § 2º) e na regulamentação da repercussão geral para fins de admissibilidade do recurso extraordinário (art. 543-A, § 6º do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei n. 11.418/2007)”.  
<sup>478</sup> Art. 22. “Em qualquer tempo e grau de procedimento, o juiz ou tribunal poderá submeter a questão objeto da ação coletiva a audiências públicas, ouvindo especialistas no assunto e membros da sociedade, de modo a garantir a mais ampla participação social possível e a adequada cognição judicial”.

No presente tópic, se estivéssemos tratando de tema mais comumente presente em demandas coletivas (danos ao meio ambiente, aos consumidores, etc), desenhar-se-ia tão somente a esquemática tradicional do cumprimento da sentença coletiva, conforme as regras rígidas da legislação vigente.

Contudo, em se tratando de interesses essencialmente coletivos (difusos), especificamente do direito a políticas públicas de fornecimento de medicamentos, o modelo oferecido pela atual legislação se mostra bastante insuficiente ante as peculiaridades do caso.

No processo civil tradicional, a autoridade da coisa julgada<sup>479</sup> se restringe às partes, conforme prevê o art. 472 do CPC/73<sup>480</sup> (art. 506 do NCPC<sup>481</sup>), de modo que a sentença se torna lei entre elas. Mas, em se tratando de macrolides, há necessidade de se expandir os efeitos da decisão judicial<sup>482</sup>, que se reveste de inevitável peso político, à medida que impactará a coletividade como um todo ou algum segmento social, não podendo a eficácia da coisa julgada se restringir *inter partes* como ocorre na jurisdição singular, devendo expandir-se *extra autos* (*ultra partes* ou *erga omnes*, conforme o art. 103 do CDC, a depender do caso)<sup>483</sup>.

---

<sup>479</sup> Em resumo, somente para se estabelecer uma conceituação mínima, coisa julgada formal decorre da imutabilidade da sentença dentro do processo em que fora proferida, enquanto a coisa julgada material advém da imutabilidade da sentença com efeitos para fora do processo em que proferida. Quanto às gradações da influencia dos efeitos da sentença e da coisa julgada na esfera jurídica de terceiros, em se tratando de ações individuais, clássica é a teoria de Liebman, que distingue a eficácia natural da sentença, como ato estatal, operando efeitos em relação a todos, indistintamente, da autoridade da coisa julgada, que atinge tão somente as partes, jamais terceiros.

<sup>480</sup> Art. 472. “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros”.

<sup>481</sup> Art. 506. “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”.

<sup>482</sup> Nesse sentido nos acompanha Camilo Zufelato: “Com efeito, a previsão de uma coisa julgada *inter alios* própria do processo coletivo aplica-se perfeitamente às demandas envolvendo controle de políticas públicas”. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 325.

<sup>483</sup> Art. 18 da Lei Federal nº 4.717/65: “A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível ‘*erga omnes*’, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”; Art. 16 da Lei Federal nº 7.347/85: “A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”; art. 103 e incs. da Lei Federal nº 8.078/90: “Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81”.

Nesse sentido leciona Antonio Gidi<sup>484</sup>, dizendo que o regime da coisa julgada nas demandas coletivas carece de delimitação para que, satisfeitos os princípios da celeridade e economia processuais, não se afronte a garantia constitucional da ampla defesa e não ponha em risco direitos de terceiros, o que se mostra impossível com a sistemática ortodoxa conferida ao instituto pelo direito processual comum.

Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>485</sup> destaca este fenômeno de expansão dos efeitos da decisão judicial de maneira bem perspicaz:

Paralelamente ao esvaziamento da rígida separação entre os Poderes, as decisões judiciais foram, gradativamente, sendo dotadas de maior extensão subjetiva e objetiva, assim se abrindo sucessivas brechas no rígido sistema de coisa julgada, que, na jurisdição singular, aparece limitada às partes (CPC, art. 472). Essa ampliação da eficácia das decisões judiciais em direção a uma maior utilidade social foi esfumando a principal nota distintiva entre a lei, enquanto norma geral e abstrata, e a sentença, enquanto norma específica e concreta. [...] Essa gradativa expansão da eficácia das decisões judiciais se amolda, pois, à atenuação do rígido esquema de separação entre os Poderes, à medida que mais e mais tendem a se libertar do confinamento nos autos em que foram proferidas para projetar reflexos ao exterior, em face de outros jurisdicionados, e principalmente perante os demais Poderes do Estado, numa força coercitiva mais ou menos ampla, que sob esse aspecto vai aproximando os produtos legislativo e judiciário.

Além disso, no caso, é necessário que a imutabilidade da decisão ultrapasse os limites das partes processuais, porque os colegitimados para a demanda coletiva não são titulares dos interesses metaindividuais objeto da lide, diferentemente do que acontece nas ações individuais, nas quais a imutabilidade do dispositivo da sentença fica restrita às partes do processo.

Como aduz Aluísio Gonçalves de Castro Mendes<sup>486</sup>, “não haveria, ainda, sentido em se falar de proteção coletiva, com o escopo de ampliar o acesso à justiça e produzir efetiva economia processual, se as coisas permanecessem exatamente como antes, ou seja, com decisões que vinculassem apenas as partes formais do processo”.

Pois bem. Como dito, o art. 472 do atual CPC veda a extensão da coisa julgada em benefício ou prejuízo de terceiros. Em se tratando de demandas coletivas, contudo, exige-

---

<sup>484</sup> GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 14, *passim*.

<sup>485</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação civil pública: Lei 7.347/1985 - 15 anos**. São Paulo: RT, 2002.

<sup>486</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 274.

se um tratamento diferenciado<sup>487</sup>, previsto no microssistema de processo coletivo (LACP c/c CDC).

Assim, o CDC estabelece, em seu art. 103, que a coisa julgada nas ações coletivas será (i) *erga omnes*, salvo se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese na qual qualquer legitimado poderá propor nova ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, no caso de direitos ou interesses difusos (art. 103, inc. I); (ii) *ultra partes*, limitada ao grupo, categoria ou classe, exceto se houver improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar de direitos coletivos *stricto sensu* (art. 103, inc. II); e (iii) *erga omnes* no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, caso se trate de direitos individuais homogêneos (art. 103, inc. III).<sup>488</sup>

Em suma, se houver improcedência após suficiente dilação probatória, a sentença fará coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*, impedindo que qualquer legitimado reproponha a mesma demanda coletiva. Ações individuais, contudo, continuam podendo ser ajuizadas (art. 5º, inc. XXXV, CF/88). No caso de improcedência, sem que tenha havido instrução processual suficiente, a sentença não fará coisa julgada material. Por fim, em havendo procedência da demanda, a sentença operará coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*, a depender do direito tutelado, situação da qual exsurge a extensão subjetiva *secundum eventum litis* da coisa julgada para beneficiar, *in utilibus*, a esfera jurídica individual dos individualmente interessados, no caso de direitos individuais homogêneos.

De acordo com estas previsões, tem-se que a coisa julgada, no que se refere aos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, se dá *secundum eventum probationis*. Ou seja, sempre haverá ampliação subjetiva da eficácia quando a lide for julgada procedente, ao passo que o pedido julgado improcedente não vinculará todos os interessados e legitimados quando o resultado desfavorável decorrer de insuficiência probatória. Já em relação aos direitos individuais homogêneos, não há qualquer reserva, estabelecendo a lei caso de coisa

---

<sup>487</sup> Lembra Aluísio Gonçalves de Castro Mendes que, na medida em que a lei conferiu a determinados órgãos públicos e pessoas a legitimidade para atuarem em juízo em nome próprio na defesa de direito alheio, e frente à indivisibilidade do objeto, no caso dos direitos essencialmente coletivos, que exigem solução uniforme para o conflito, não haveria qualquer sentido em falar-se de tutela coletiva se a coisa julgada viesse a vincular apenas as partes formais do processo. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. pp. 273-275.

<sup>488</sup> O conceito legal para direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos é dado pelos incisos do parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor. Para melhor compreensão do tema: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. **Revista de Processo (RePro)**, nº 39, São Paulo, 1985; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010; ZUFELATO, Camilo. **Coisa julgada coletiva**. São Paulo: Saraiva, 2011.

julgada *secundum eventum litis e in utilibus*, no qual só haverá produção de efeitos *erga omnes* no caso de procedência do pedido formulado.<sup>489</sup>

Percebe-se, pelas regras apontadas, que a coisa julgada nas ações coletivas reveste-se de flexibilidade bem maior, ao menos quanto a seus limites subjetivos, que a observada no sistema geral regulado pelo Código de Processo Civil. Não haveria como ser diferente, pois a tutela dos interesses transindividuais tem contornos próprios e suscita problemas que não podem ser resolvidos pela órbita da legislação comum.

Mas mesmo com essa elasticidade prevista em lei, há outras peculiaridades dos interesses transindividuais, principalmente os difusos, que tornam imperioso mitigar ainda mais o instituto da coisa julgada, quer em processos individuais, quer em coletivos.

Por exemplo, suponhamos que, em sede de ação civil pública veiculada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, visando à implementação de novo protocolo clínico para diabetes mellitus, haja procedência da demanda. Paralelamente, tramitam ações individuais por meio das quais os cidadãos requerem o fornecimento do mesmo medicamento pedido para ser incluído nas listas oficiais naquela ACP, mas, por sua vez, são julgadas improcedentes.

A nosso ver, esses indivíduos também deveriam ser beneficiados pela sentença proferida na demanda coletiva, porque não teria sentido o Estado de São Paulo ser obrigado a fornecer determinado medicamento a todos os pacientes com diabetes mellitus, menos aos que ajuizaram demandas individuais e não obtiveram êxito na causa. Isso negaria o princípio isonômico. O CDC, contudo, prevê que a coisa julgada coletiva somente beneficiará o lesado se este tiver previamente requerido a suspensão de sua ação individual em 30 dias, a contar da ciência, nos autos, do ajuizamento da ação coletiva...

Como se nota, nos dizeres de Mauro Cappelletti, em matéria de conflitos transindividuais, os limites tradicionais (subjetivos e objetivos) da coisa julgada “caem como um castelo de cartas”<sup>490</sup>. Por exemplo, em sede de cumprimento de sentença, deve-se ultrapassar os limites subjetivos e objetivos previstos da coisa julgada no processo

---

<sup>489</sup> Essa opção legislativa com relação aos interesses individuais homogêneos é criticada por Aluísio Gonçalves de Castro Mendes: “Ao estabelecer, de modo limitado, como legitimados, apenas os órgãos públicos e as associações, a representatividade adequada foi presumida. Por conseguinte, torna-se desproporcional e despropositada a diferenciação dos efeitos *secundum eventum litis*, pois não leva em consideração, tal qual nos incisos I e II do art. 103, motivo significativo, como a falta ou insuficiência de provas, para afastar a extensão. O processo coletivo torna-se, assim, instrumento unilateral, na medida em que encontrará utilidade em benefício de uma das partes”. (MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 279).

<sup>490</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*. In: **Rivista di Diritto Processuale**, nº 30, 1975.



clássico, permitindo-se uma contínua revisão, avaliação e eventual modificação das políticas públicas que vierem a ser questionadas em juízo, configurando permanente processo de sua implementação.

No caso, o cumprimento da sentença precisa ultrapassar os limites subjetivos e objetivos previstos à coisa julgada do processo clássico, permitindo-se, assim, contínua revisão, avaliação e modificação da política pública discutida nos autos, configurando um permanente processo de sua implementação.

Outro ponto relevante diz respeito ao alcance territorial dos efeitos da sentença coletiva transitada em julgado. As decisões judiciais em processos coletivos, em tese, abrangem apenas o território da sede do tribunal competente, conforme dispõe o art. 16 da LACP: “A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator [...]”.

Este dispositivo legal fora modificado por meio da Medida Provisória nº 1.570/97, posteriormente convertida na atual Lei Federal nº 9.494/97. Tratou-se de uma tentativa de fragmentar a coisa julgada, intuito este bastante criticado, porque a redução do alcance territorial da coisa julgada tende a ser ineficaz: uma coisa é a competência jurisdicional, outra coisa são os limites subjetivos da coisa julgada, não podendo ser tratados em conjunto.

Como cingir, judicialmente, atos administrativos de alcance nacional ou regional cujos efeitos transcendem tais limites? Essa limitação prejudicaria tanto a sociedade, quanto a própria Administração. Além disso, ela se mostra inócua na medida em que, tanto a competência jurisdicional, quanto a coisa julgada, também é tratada pelo CDC, que não fora modificado pela referida Medida Provisória.

Pode-se afirmar, então, que essa restrição do alcance da coisa julgada é inconstitucional, porque afronta o poder de jurisdição dos magistrados, a razoabilidade e o devido processo legal, além de confundir jurisdição com competência.

Por outro lado, como o CDC não contém essa regra de limitação territorial dos efeitos da coisa julgada, a regra do art. 16 da LACP pode ser considerada tacitamente revogada, nos termos do art. 2º, § 1º, *in fine*, da LINDB, notando-se que o legislador se equivocou ao conferir nova redação a um dispositivo que não mais se encontrava em vigor<sup>491</sup>.

---

<sup>491</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 280.

O art. 2º-A da Lei Federal nº 9.494/97 seguiu a mesma tendência reducionista: “A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo, proposta por entidade associativa na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator”.

A redação do art. 16 da LACP criou dificuldades insolúveis, pelo menos na teoria, para os direitos e interesses difusos, mas isso não sensibilizou os que detêm atribuições políticas para modificá-la. Como ressalta Teori Albino Zavascki<sup>492</sup>, “a interpretação literal do art. 16 leva, portanto, a um resultado incompatível com o instituto da coisa julgada. Não há como cindir territorialmente a qualidade da sentença ou da relação jurídica nela certificado”.

O STJ possui diversos julgados nos quais corrobora a aplicabilidade do art. 16 da LACP, como o extraído do REsp 838.978, que fora interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais nos autos de agravo de instrumento, em sede de ação civil pública proposta em face do Estado de Minas Gerais, requerendo o fornecimento de determinados medicamentos a portadores de Crohn e Retocolite.

A demanda fora ajuizada na Comarca de Belo Horizonte, tendo sido distribuída perante 5ª Vara da Fazenda Pública. A propositura em Belo Horizonte deu-se tão somente porque é a sede do Estado de Minas Gerais. Este interpôs recurso de agravo de instrumento sustentando que os efeitos da decisão deveriam se circunscrever aos limites territoriais de Belo Horizonte, comarca em que proferida a decisão. Contudo, no julgamento do REsp, o STJ entendeu que não seria lógico limitar a condenação aos limites territoriais de Belo Horizonte, somente em razão de ter sido o juízo em que distribuída a ação e proferida a liminar contra a qual se insurgiu o Estado de Minas Gerais.

Entendeu o STJ, no caso, que adstringir os efeitos da coisa julgada ao Município de Belo Horizonte violaria o princípio da isonomia, porquanto beneficiaria apenas os pacientes da capital do Estado, em detrimento dos moradores de todos os outros Municípios. Sendo assim, decidiu-se que os efeitos subjetivos da coisa julgada deveriam abranger os portadores de Doença de Crohn e Retocolite Ulcerativa de todo o Estado de Minas Gerais, também em razão de este figurar no polo passivo da demanda.

---

<sup>492</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo** – Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: RT, 2006. p. 79.

Como explica Hugo Nigro Mazzilli<sup>493</sup>, o legislador de 1997 confundiu “limites da coisa julgada” com “competência”, tendo confundido, ainda, a competência absoluta com a territorial.

Não há como confundir a competência do juiz que deve conhecer e julgar a causa com a imutabilidade dos efeitos que uma sentença produz e deve mesmo produzir dentro ou fora da comarca em que foi proferida, imutabilidade essa que deriva de seu transito em julgado e não da competência do órgão jurisdicional que a proferiu (imutabilidade do *decisum* entre as partes ou *erga omnes*, conforme o caso).

Em continuação, peguemos o mesmo exemplo de ação civil pública, bem como uma daquelas citadas no subitem 3.3. Nesta, o Estado de Minas Gerais fora condenado a disponibilizar novos fármacos a pacientes acometidos pela Doença de Crohn e Retocolite Ulcerativa, de modo que apenas os cidadãos daquele Estado poderão deles se beneficiar. O mesmo se deu na ação civil pública alhures mencionada, na qual o Estado de São Paulo foi condenado a adicionar determinados medicamentos, em suas listas oficiais, para tratamento da Doença Pulmonar Obstrutiva Crônica (DPOC).

Nestes casos, o art. 16 da LACP é, ao menos na teoria, aplicável, porque a parte ré foi, respectivamente, apenas o Estado de Minas Gerais e o de São Paulo, de modo que eles deverão disponibilizar os novos fármacos em todo o território estadual, independentemente da demanda ter sido ajuizada, e julgada, em suas capitais.

Mas por que pacientes acometidos por estas moléstias, residentes noutros Estados, não poderão ter acesso a estes tratamentos? Deverão buscar os fármacos nestes Estados? Ou melhor, para que estes novos tratamentos fossem disponibilizados em todo o país, a União deveria, obrigatoriamente, figurar no polo passivo destas demandas?

Assim, como se pode notar, principalmente no caso de condenação da Administração Pública a atualizar protocolos clínicos, em demandas coletivas ajuizadas pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública, a regra contida no art. 16 da LACP não deveria ser considerada, porque tal situação enseja violação ao princípio da isonomia e universalidade, que regem o Sistema de Saúde Nacional.

Com isso, quer-se dizer que a sentença no processo coletivo, em se tratando de correção de política pública de medicamentos (direito difuso), deveria fazer coisa julgada *erga omnes*, independentemente da competência territorial do órgão prolator ou do

---

<sup>493</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa em juízo de interesses difusos**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 276

domicílio das partes processuais. Caso contrário, haveria afronta aos princípios constitucionais da igualdade (art. 5º, CF/88) e da impessoalidade (art. 37, CF/88).

A saber, o art. 32 do PL nº 5.139/2009 confere um equacionamento bem mais adequado à questão da coisa julgada, dispondo que “A sentença no processo coletivo fará coisa julgada *erga omnes*, independentemente da competência territorial do órgão prolator ou do domicílio dos interessados”. Da mesma forma determina o art. 12, § 4º, do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, segundo o qual “a competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*” e o art. 33, § 5º, do Código Modelo de Processos Coletivos, cujo teor é idêntico ao anteriormente transcrito.

Carlos Alberto de Salles<sup>494</sup> propõe algo inovador neste sentido: havendo procedência de demanda envolvendo direitos fundamentais, haveria implicitamente a obrigação do ente público condenado a cumprir a ordem judicial, em relação a todas as pessoas que se encontrassem na mesma situação fática da parte autora desta ação judicial específica, o que entende por *eficácia expandida*:

[...] quando um direito constitucional é reconhecido judicial, ainda que na esfera de uma demanda individual, a prestação por ele garantida deva ser prestada a todos que estejam na mesma situação do indivíduo beneficiado, sob pena de a administração pública, por força da decisão judicial, afrontar aos princípios constitucionais da igualdade e da impessoalidade da Administração. Sendo assim, é possível concluir que, mesmo sem alteração legislativa, se pode dar a devida consideração aos julgados estabelecendo prestações sociais constitucionais. Transitada em julgado sentença reconhecendo direito dessa ordem, o imperativo constitucional de igualdade impõe à Administração estender a prestação estabelecida em sentença individual a todas as outras pessoas em igual situação daquela do beneficiário direto da decisão, nos moldes de uma verdadeira obrigação implícita contida na decisão.

Nestes termos, não haveria risco de decisões contraditórias<sup>495</sup> acerca da mesma situação fática.

<sup>494</sup> SALLES, Carlos Alberto de. Coisa julgada e extensão dos efeitos da sentença em matéria de direitos sociais constitucionais. In: GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita. **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 150.

<sup>495</sup> “[...] em razão deste mau entendimento quanto à eficácia dos julgados versando acerca de direitos constitucionais, a iniquidade se perenizaria e, adicionalmente, desencadearia outras demandas judiciais para obtenção de benefício semelhante, gerando, ainda, o risco de decisões contraditórias” (SALLES, Carlos Alberto de. Coisa julgada e extensão dos efeitos da sentença em matéria de direitos sociais constitucionais. In: GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita. **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 150)

Essa sugestão de eficácia expandida lida com a questão da transportabilidade da coisa julgada, nos mesmos moldes do transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva, de modo que, se um cidadão estiver na mesma situação fática da parte autora da demanda julgada procedente, em se tratando de direitos fundamentais sociais, poderia promover uma espécie de “liquidação”, na qual bastaria mostrar que se encontra em circunstâncias fáticas idênticas às daquele beneficiado pela sentença transitada em julgado, por meio de perícia, por exemplo. Tratar-se-ia, assim, de uma ampliação *ope legis* do objeto do processo individual, que seria bem vinda.

Essa proposta<sup>496</sup>, aliás, fora apresentada, primeiramente, numa audiência pública realizada na sede do TRF da 3ª Região, em São Paulo (SP), pela comissão designada pelo Ministério de Justiça para coordenar o projeto do governo com vistas a alterar a LACP (o Projeto de Lei nº 5.139/2009), depois na comissão criada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo para apresentar sugestões a este projeto. Contudo, não restou contemplada.

Em continuação, no que toca à fase de execução (desde o advento da Lei Federal nº 11.232/2005, do cumprimento de sentença), o Poder Judiciário poderá determinar que o ente da Administração Pública figurante no polo passivo da demanda inclua a verba destinada a implementar ou corrigir a política pública debatida na próxima proposta orçamentária, impondo assim uma obrigação de fazer, o que é possível, vez que a lei orçamentária não é vinculante como reiteradamente sustentado pela Fazenda Pública em sede judicial, permitindo transposição de verbas.

Régis Fernandes de Oliveira<sup>497</sup> também entende que, em se tratando de intervenção judicial em políticas públicas, se houver, por exemplo, decisão determinando a construção de moradias, creches, etc, desde que transitada em julgado, o administrador deverá cumprila:

Para tanto, deverá incluir, no orçamento do próximo exercício, a previsão financeira. Esclarecerá à autoridade judicial a impossibilidade de cumprimento imediato da decisão com trânsito em julgado, diante da falta

---

<sup>496</sup> Art. 31-A. “A sentença individual transitada em julgado, ao reconhecer direito constitucional do demandante, impõe à entidade pública ré a obrigação de garantir que o mesmo direito seja prestado a outras pessoas em idêntica situação. § 1º Caso o direito constitucional reconhecido na sentença de processo individual seja negado a outra pessoa em idêntica situação, o prejudicado, para obter o mesmo benefício, necessitará demonstrar em juízo apenas a identidade de sua situação, apresentando com a inicial cópia da decisão em referência e prova da recusa. § 2º A ação de que trata o parágrafo anterior deverá ser comunicada ao Ministério Público a fim de que tome as providências cabíveis nos termos do art. 129, II, da Constituição Federal”.

<sup>497</sup> FERNANDES DE OLIVEIRA, Régis. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: RT, 2006. p. 404.

de previsão orçamentária, e obrigar-se-á a incluir na futura lei orçamentária recursos para o cumprimento da decisão.

Assim, o provimento jurisdicional há de ser ajustado no tempo, de modo a compatibilizar o orçamento público com a determinação judicial. Neste sentido, assinala Osvaldo Canela Junior<sup>498</sup>:

Admite [...] que aqueles direitos fundamentais sistematicamente violados pelo Estado sejam finalmente inseridos na sua agenda programática, erigindo o processo em instrumento de realização da democracia social. A vinculação ao orçamento, nesta linha de raciocínio, ajusta-se ao plano de cumprimento da sentença e será matizada pelo princípio da proporcionalidade, a fim de que a integralidade dos direitos fundamentais seja paulatinamente irradiada e efetivada. Ajusta, por fim, a transição do Estado liberal para o Estado social no âmbito do processo facilitando a compreensão da natureza do orçamento programático.

Deve-se ter este cuidado no trato de demandas envolvendo o controle de políticas públicas porque, em se tratando de processo coletivo envolvendo direitos essencialmente coletivos (difusos e coletivos *strictu sensu*), eventual condenação em dinheiro se mostra inoportuna e insuficiente, devendo-se, na medida do possível, atender à obrigação pleiteada *in natura*. Como menciona Marco Antonio da Costa Sabino, “a tutela jurisdicional coletiva deve equivaler à máxima coincidência entre a norma e o bem entregue ao jurisdicionado, na clássica concepção chiovendiana sobre o papel da jurisdição”.

O CDC prevê, em seu art. 84, § 1º, que o juiz deverá conceder a tutela específica da obrigação buscada pela parte autora, ou definirá as providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento da obrigação, mas, no caso de impossibilidade destas hipóteses, admitir-se-á a conversão da obrigação em perdas e danos. Contudo, não é este o real objetivo da ação coletiva que visa tutelar direitos e interesses difusos e coletivos *strictu sensu*.

Em suma, as políticas públicas dependem, para sua concretização, de recursos públicos, e estes dependem de autorização legislativa para serem despendidos, devendo haver, preferencialmente, um cumprimento de sentença negociado, sem rigidez, precipuamente no caso de promoção de direitos fundamentais sociais mediante a formulação e implementação de políticas públicas.

Isso porque, no âmbito da execução negociada de políticas públicas, o Judiciário fiscalizaria o cumprimento das fases deste acordo, muito mais adequado que uma sentença

---

<sup>498</sup> CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 150.

tradicional, ensejando maior colaboração entre os Poderes estatais. Como bem lembrado por Hermes Zaneti Junior<sup>499</sup>,

O mundo não é assim ou assado porque o juiz quer, é como é. Ser agente de transformação é mais do que prometer uma solução abstrata – necessário sempre que possível prever os meios quando se elabora o pedido, acompanhar o desenvolvimento da decisão judicial e sua eficácia prática, sendo estes desdobramentos imprescindíveis do chamado *processo civil de interesse público*. Não basta mais ao exercício da jurisdição a mera intervenção através da expedição de ordens, é preciso acompanhar a efetivação das decisões.

Com efeito, o controle judicial de políticas públicas pode mostrar-se inadequado na fase de cumprimento de sentença, porque, com a determinação da obrigação de fazer, o Judiciário teria de adentrar, de modo pormenorizado, a atividade discricionária da Administração Pública.

Desta forma, recomenda-se a plasticidade, a possibilidade de adaptação, do provimento jurisdicional. Por exemplo, se a Administração Pública apresentar solução mais efetiva e eficiente que a constante da decisão judicial transitada em julgado, não estará autorizada a fazê-la? Evidente que sim.

Tratar-se-ia de nítida hipótese de relativização da coisa julgada, decorrente da sobreposição dos objetivos fundamentais do Estado (art. 3º, CF) à coisa julgada.

No presente estudo, propõe-se, assim, o cumprimento negociado do julgado, ou seja, a execução negociada de políticas públicas, por etapas, devido à baixa eficiência da solução adjudicada nos conflitos multiplexos/policêntricos envolvendo direitos e interesses difusos, consistente em comandos inflexíveis e rígidos, por vezes único.

O PL nº 8.058/2014, neste sentido, determina que o magistrado notifique a autoridade responsável pela efetivação da política pública atacada para que preste informações detalhadas, no prazo de sessenta dias, prorrogável por igual período, sobre dados do programa governamental objeto do pedido deduzido na demanda, devendo constar (i) o planejamento e a execução já existentes; (ii) os recursos financeiros previstos no orçamento para sua implementação; (iii) a previsão de recursos necessários para sua implementação/correção; (iv) a possibilidade de transposição de verbas, em caso de

---

<sup>499</sup> ZANETI JUNIOR, Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

insuficiência de recursos; (v) o cronograma necessário ao eventual atendimento ao pedido (art. 6º).

O sucesso da adjudicação de direitos sociais dependeria, assim, de uma mudança radical deste modelo de prestação jurisdicional tradicionalmente praticado pelo Poder Judiciário. Seria necessária uma transição da lógica de justiça comutativa, preocupada com a resolução de problemas privados por meio de sentenças de reparação de danos que afetam apenas as partes envolvidas no litígio, impostas exclusivamente pelo Judiciário, para uma nova lógica de justiça distributiva, com decisões prospectivas que impactam a coletividade, impondo uma agenda de reformas continuadas, cuja implementação depende de uma relação de cooperação entre Judiciário e Executivo.

Neste sentido, o PL nº 8.058/2014 determina que, de preferência, as soluções a serem adotadas em sede de controle judicial de políticas públicas sejam consensuais, construídas e executadas de comum acordo com o Poder Público (art. 2º, parágrafo único, inc. VIII). Ainda, que os comandos judiciais sejam flexíveis e progressivos, consentindo soluções justas, equilibradas e exequíveis (art. 2º, parágrafo único, inc. IX), o que se mostra bastante adequado, porque em se tratando de um problema de natureza estrutural, faz-se necessária uma atuação conjunta entre os três Poderes estatais.

Por exemplo, em dezembro de 2013, a Justiça Paulista (Câmara Especial do TJSP) determinou que a Prefeitura de São Paulo criasse cento e cinquenta mil vagas na educação infantil entre os anos de 2014 e 2016 (cinquenta por cento das vagas nos primeiros dezoito meses), sendo cento e cinco mil em creches de tempo integral e o restante na pré-escola, tendo sido esta a primeira parte do provimento jurisdicional, pautado no modelo tradicional de adjudicação que, pelo visto, de nada serviu, porque até hoje (final de 2015 e começo de 2016), estas vagas não foram incrementadas em sua totalidade.

A segunda parte do resultado do acórdão se adequa à proposta ora mencionada: o Desembargador determinou que a Prefeitura apresentasse um plano de ampliação de vagas e de construção de escolas, cujo cumprimento seria fiscalizado por uma comissão presidida pela Coordenadoria de Infância e Juventude do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e que incluísse em sua proposta orçamentária a ampliação da rede de ensino de educação infantil.

O art. 29 do PL nº 8.058/2014 parece estimular a execução negociada de políticas públicas, dispondo que o Ministério Público, bem como os outros legitimados para propor demandas coletivas, poderá, em querendo, instaurar processo coletivo versando sobre a implementação ou correção de política pública.



No caso do membro do *Parquet* entender não ser o caso de ajuizamento da ação coletiva, deveria ser aplicado, por analogia, o art. 28 do Código de Processo Penal<sup>500</sup>, com a remessa dos autos ao Procurador-Geral? Ou se o Ministério Público insistir não ser o caso de ajuizamento de demanda coletiva, o magistrado seria obrigado a acatar este posicionamento?

O art. 9º da LACP prevê que, se o órgão do Ministério Público entender pela inexistência de fundamento para propor ação civil pública, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fundamentando sua decisão. Estes autos ou peças serão remetidos ao Conselho Superior do Ministério Público (CSMP), que deverá homologar o arquivamento ou rejeitá-lo. Conclui-se, pois, que, se o CSMP insistir na promoção do arquivamento do inquérito ou das peças informativas, o magistrado deverá acatar sua decisão.

Já o § 3º do art. 30 do PL nº 8.058/2014 dispõe que, em tendo havido o ajuizamento da demanda coletiva, o juiz, entendendo ser caso de aditamento, na falta de colegitimados, emitirá ordem coercitiva para que o CSMP indique membro da instituição para assim proceder.

Nota-se aí um rompimento com a tradicional e engessada inércia do Judiciário, tornando-se o juiz um ator político corresponsável nas demandas que visam atender a comandos constitucionais. Trata-se, assim, de um mecanismo que permite que o magistrado reconheça que determinado conflito subjetivo e atomizado, na verdade, representa pequena parcela de um conflito massificado, de natureza coletiva, empoderando-se ele a chamar ao processo o conflito inteiro, molecularizando a discussão. Esta possibilidade vem prevista no PL nº 8.058/2014 em seus arts. 29 e 30<sup>501</sup>.

---

<sup>500</sup> Art. 28. “Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender”. BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>.

<sup>501</sup> Art. 29. “Na hipótese prevista no artigo 28, o juiz notificará o Ministério Público e outros legitimados às ações coletivas para, querendo, ajuizar o processo coletivo versando sobre a implementação ou correção da política pública, o qual observará as disposições desta lei”. Art. 30. “Atendido o requisito da relevância social e ouvido o Ministério Público, o juiz poderá converter em coletiva a ação individual que: [...] § 1º Determinada a conversão, o autor manterá a condição de legitimado para a ação em litisconsórcio necessário com o Ministério Público ou outro colegitimado para a ação coletiva. § 2º O Ministério Público ou outro legitimado poderão aditar ou emendar a petição inicial para adequá-la à tutela coletiva, no prazo a ser fixado pelo juiz. § 3º Se nenhum dos colegitimados aditar ou emendar a petição inicial, o juiz encaminhará os autos ao Conselho Superior do Ministério Público para que indique membro da instituição para fazê-lo”.

Indaga-se: os elementos existentes nos autos para formar a convicção dos magistrados, nos casos de tutela à saúde, mostram-se suficientes? Ou seja, as condições pelas quais os magistrados, quer monocrática, quer colegiadamente, decidem se mostram suficientes para afastar críticas? Todos os prós e contras das teses apresentadas em juízo costumam ser devida e suficientemente enfrentadas na decisão judicial? A resposta é não.

Em demandas deste tipo, o magistrado deve manter diálogo com todas as partes envolvidas (MP, Secretaria da Saúde, sociedade civil, etc), tendo, assim, apoio técnico suficiente para melhor dirimir a questão.

Neste contexto, existe a possibilidade de intervenção do *amicus curiae*, cuja participação nestes processos se consubstanciaria em condição de legitimação da decisão judicial, tendo o condão de desempenhar o inafastável papel de *contraditório presumido* ou *contraditório institucionalizado*.

Ainda em relação ao apoio técnico aos magistrados, visando ao oferecimento de informações da área da saúde a magistrados (1ª e 2ª instâncias), o Tribunal de Justiça de São Paulo e a Escola Paulista da Magistratura (EPM) disponibilizaram, por determinado tempo, um sítio virtual para solicitação de consultas técnicas<sup>502</sup>. Em 2012, o Tribunal de Justiça de São Paulo, a Escola Paulista da Magistratura e o Estado de São Paulo celebraram termo de cooperação técnica visando à disponibilização de ferramentas de apoio e informações técnicas da área da saúde e do direito sanitário aos magistrados de 1ª e 2ª instâncias para que pudessem melhor apreciar pedidos de concessão de provimentos jurisdicionais correlatos. Tais iniciativas atenderam ao previsto na Recomendação nº 31/2010 do CNJ, que orienta os Tribunais a celebrarem convênios que permitam a participação de médicos e farmacêuticos no fornecimento de informações científicas aos juízes<sup>503</sup>.

No Estado do Rio de Janeiro, nas Varas da Fazenda Pública da capital, adotou-se um procedimento segundo o qual servidores da área da saúde elaboram um relatório técnico sobre as demandas judiciais iniciadas e o apresentam aos julgadores. Pode até ser

---

<sup>502</sup> No sítio eletrônico, o magistrado utiliza seu *login* e senha do e-mail institucional para solicitar a consulta técnica, onde preenche formulário com dados identificadores do paciente, da doença e do profissional de saúde que solicitou o medicamento. Além disso, o juiz envia os questionamentos ao especialista – como, por exemplo, se há evidência científica da eficácia do tratamento proposto – e cópia digitalizada da receita médica. O material é encaminhado, por via eletrônica, à Secretaria Estadual da Saúde, que repassa a demanda a instituições públicas de ensino e pesquisa, como Universidade de São Paulo (USP) e Universidade Estadual Paulista (Unesp). A resposta com o parecer é fornecida em até 48 horas. BRASIL. **Conitec**. Direito e Saúde. Disponível em: <<http://conitec.gov.br/index.php/direito-e-saude#ficha>>. Acesso em: 07. dez. 2015.

<sup>503</sup> Enunciado nº 18 aprovado na I Jornada de Direito da Saúde: “Sempre que possível, as decisões liminares sobre saúde devem ser precedidas de notas de evidência científica emitidas por Núcleos de Apoio Técnico em Saúde – NATS”.

que este procedimento diminua o número de litígios sobre este tema, bem como supra a ausência de contraditório nas decisões de concessão de tutela antecipada e liminar *inaudita altera parte*, porquanto o juiz é prontamente subsidiado com informações técnicas. Contudo, em se tratando de funcionários vinculados à Administração Pública, seus relatórios são, em última análise, emitidos pelo próprio ente que figura no polo passivo da demanda, o que, de início, gera suspeita quanto à orientação exarada.

Ainda neste âmbito, há também uma parceria entre a CONITEC (Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS) e o CNJ, por meio da qual aquela disponibiliza um canal direto (correio eletrônico<sup>504</sup>) para responder a questionamentos dos magistrados sobre incorporação de medicamentos, produtos ou procedimentos no SUS.

Além disso, a CONITEC formulou fichas técnicas contendo informações precisas sobre medicamentos e produtos para a saúde no SUS, constando todas de seu sítio eletrônico.

Neste diapasão, o PL nº 8.058/2014 prevê que o magistrado poderá ser orientado por técnicos especializados para assessorá-lo na análise das informações prestadas pela autoridade competente para implementar a política pública objeto do pedido deduzido em juízo (art. 8º, § 2º) e que cada circunscrição judiciária terá uma comissão de especialistas para assessorar os magistrados no que toca a aspectos de políticas públicas (art. 28, parágrafo único).

Releva-se, assim, a grande importância do apoio técnico-científico aos magistrados, sugerindo-se que seja prestado por profissionais não ligados à esfera da Administração Pública constante do polo passivo da demanda, para que não haja promoção dos interesses desta.

Por fim, o magistrado deveria requerer que o ente federado apresente em juízo, em prazo razoável a ser por ele fixado, um plano de execução de determinada política pública, homologando, se for o caso, acompanhamento seu cumprimento, de modo que a execução do projeto será periodicamente avaliada pelo juiz, termos nos quais o controle judicial de políticas públicas obedeceria ao comando constitucional da harmonia, para além da independência, entre os Poderes estatais, gerando diálogo, cooperação e colaboração entre eles.

No que toca à flexibilidade a ser adotada em processos coletivos envolvendo a concretização de direitos fundamentais por meio da implementação de políticas públicas,

---

<sup>504</sup> A saber: [conitec@saude.gov.br](mailto:conitec@saude.gov.br).

importante previsão contém o PL nº 8.058/2014, segundo o qual o magistrado poderá alterar a decisão na fase de execução, ajustando-a às peculiaridades do caso concreto, por exemplo se o ente público promover políticas públicas mais adequadas que as determinadas na decisão, ou se estas se mostrarem inadequadas ou ineficazes. Neste sentido, “haverá indevida intromissão judicial na discricionariedade administrativa se o juiz se propuser a sobrepor seu critério pessoal a outro critério igualmente admissível e razoável, adotado pelo administrador”<sup>505</sup>, o que equivaleria a uma conduta típica de ativismo judicial, nos moldes negativos em que costuma ser compreendido.

Ainda, em obediência ao princípio da congruência ou da correlação, o juiz deve decidir a lide dentro dos limites do pedido, podendo-se, inclusive, dizer que a petição inicial é o rascunho da sentença. Quando se trata de demanda individual, a sentença deve ser certa, tornando indubitável aquilo a que condena a parte ré ou o que declara, nos casos, respectivamente, de sentença condenatória e declaratória.

Nas ações coletivas, contudo, a lei admite condenações genéricas, conforme dispõe o art. 95 do CDC: “Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados”. Como anota Hugo Nigro Mazzilli<sup>506</sup>, “o fato de a condenação ser genérica não lhe retira, porém, o caráter de certeza e liquidez (existência e determinação do objeto)”.

No caso de um processo coletivo visando ao controle judicial de política pública, a condenação genérica se torna ainda mais necessária. Por exemplo, a parte ré (ente federativo) apresentaria um plano de execução que seria executado em tanto tempo; o magistrado obrigaria o ente a incluir no orçamento o numerário necessário à implementação do programa em tanto tempo, etc.

O PL nº 8.058/2014 elenca, exemplificativamente, as obrigações sucessivas que o magistrado poderá determinar à parte ré, a saber: (i) apresentação do planejamento necessário à implementação/correção da política pública objeto da demanda, com o respectivo cronograma, que será debatido entre o juiz, o ente público, o autor e representantes da sociedade civil; e (ii) determinação de inclusão de créditos especiais no orçamento do ano em curso ou determinada verba no orçamento futuro (art. 18).

Esse PL também faculta ao magistrado requerer um colaborador (comissário), custeado pelo ente público constante do polo passivo da demanda, para acompanhar o

---

<sup>505</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Controle judicial dos atos administrativos. **Revista de Direito Público**, nº 65, ano 16, jan.-mar. 1983.

<sup>506</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 134.

cumprimento destas decisões (“pessoas físicas ou jurídicas, órgãos ou instituições, pertencentes ou não ao Poder Público, que deverão atuar sob a supervisão do juiz e em estreito contato com ele”, art. 2º, parágrafo único, inc. XI).

Neste contexto, pois, a condenação não pode ser estritamente rígida e inflexível, como de costume ocorre em demandas individuais tradicionais e bilaterais, até mesmo em demandas coletivas, não sendo suficiente a mera adjudicação judicial, com a respectiva imposição de sanções punitivas e coercitivas<sup>507</sup>.

O art. 18 do PL nº 8.058/2014 vai ao encontro do ora mencionado, dispondo que o magistrado poderá determinar o cumprimento de obrigações de fazer sucessivas, abertas e flexíveis, independentemente do pedido da parte autora, tornando claro seu papel de coautor da concretização de direitos fundamentais, aqui se encontrando uma dificuldade enfrentada pelo Poder Judiciário, que discute política ainda sob o manto do confronto de vontades, de atores individualizados, nos moldes do processo tradicional individual.

Numa tentativa de alterar este cenário, Marcos Paulo Veríssimo<sup>508</sup> relata a existência de pelo menos três posturas diferenciadas a serem assumidas pelo Judiciário em processos que envolvem sua intervenção em políticas públicas, ou seja, em sede de contencioso de direito público.

O primeiro modelo formulado teria sido o *Modelo Colin Diver* (1979), identificado no Brasil por Luiz Werneck Vianna, Marcelo Baumann Burgos e Paula Martins Salles. Tal modelo define a função judicial como intermediadora do poder político, de modo que o juiz passa a agir como um *political powerbroke*, figurando como mais um componente no processo contínuo de barganha política para se definir uma política.

Neste modelo, releva mais confiar na troca que na coação, deixando a ação judicial de ser um evento externo ao processo político para se tornar parte dele, de modo que a decisão judicial passa a ser secundária. Assim, o magistrado passa a confiar muito mais na barganha que na adjudicação, assumindo o papel de um gerenciador de poder político.

Marcos Paulo Veríssimo, explicando a formulação de Colin Diver, diz que o objetivo do modelo sugerido é rearranjar as forças políticas de forma a permitir uma solução externa em bases mais democráticas e equitativas. Neste ponto, releva um

---

<sup>507</sup> Marcos Paulo Veríssimo, citando Lon Fuller, aponta que a adjudicação possui um viés retrospectivo, ao passo que o processo legislativo olha ao futuro. “o objetivo da adjudicação não é o de estabelecer direitos, mas o de verificar se os direitos já estabelecidos foram ou não respeitados em uma dada relação bilateral [...]”.

<sup>508</sup> VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2006.

elemento tão importante quanto a participação: a racionalização do debate coletivo, decorrente de sua judicialização.

O segundo modelo, encabeçado por Charles Sabel e William Simon, parte da ideia dos “direitos de desestabilização” de Roberto Mangabeira Unger<sup>509</sup>, deixando de proceder a regulações, baseadas em comandos, para se tornar um modelo experimental de intervenção, caracterizado pela flexibilidade, pelo caráter provisório de suas normas e por procedimentos hábeis a ensejar constante participação dos interessados, bem como a responsabilização (*accountability*) dos agentes públicos envolvidos.

Neste modelo, a decisão judicial também releva, mas no sentido de fornecer os *standards* segundo os quais as políticas deverão, autônoma e negociadamente, ser realizadas, passando o Judiciário a desempenhar um papel de facilitador do processo de deliberação e negociação entre os interessados. Marcos Paulo Veríssimo explica que deste modelo policêntrico ainda decorre uma externalidade positiva: à medida que os tribunais atuam para desestabilizar instituições não responsivas, seus efeitos as ultrapassarão, atingindo também outras instituições.

Em ambas as formulações sugeridas, uma das virtudes deste processo de implementação dos direitos de desestabilização é forçar o Poder Público a responder aos interesses de grupo anteriormente excluídos do debate político. Nítido é que uma política pública somente pode ser compreendida numa referência plurilateral, como também resta claro que muitas questões correlacionadas a este tema o sistema representativo brasileiro e a sociedade não têm conseguido solucionar.

Samuel Meira Brasil Junior e Juliana Justo Botelho Castello<sup>510</sup> trazem alguns exemplos concretos de atuação judicial no sentido ora defendido, entendendo que, de fato, faz-se mister uma postura criativa, flexível e participativa dos juízes e tribunais para que se dê um verdadeiro *enforcement* das decisões judiciais relativas às políticas públicas.

O primeiro exemplo que mencionam é o precedente *Wyatt v. Stickney*, caso em que um grupo de ex-empregados do *Bryce Hospital* e alguns pacientes internados no referido estabelecimento ingressaram com uma ação judicial em face do Estado do Alabama, do Conselho de Saúde Mental e de outras agências estatais, sustentando a ilegal redução do

---

<sup>509</sup> Direitos à desestruturação de instituições que sistematicamente falham no atendimento de seus objetivos, que acabaram por imunizar-se aos processos normais de responsabilização política.

<sup>510</sup> BRASIL JUNIOR, Samuel Meira; CASTELLO, Juliana Justo Botelho. O *enforcement* das decisões judiciais no tocante às políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

número de empregados na instituição, que se deu em razão de corte orçamentário realizado pelo governo do Alabama.

Os autores da demanda alegaram que a redução da equipe de funcionários prejudicou a qualidade do atendimento médico, em razão do que pleitearam (i) a interdição do estabelecimento a novos ingressos; e (ii) a nomeação de um especialista (*master*) que deveria avaliar os programas levados a efeito pelo hospital e promover a adequação do estabelecimento aos parâmetros constitucionais.

A Corte de Justiça, por sua vez, passou a acompanhar o projeto apresentado pela administração estadual no tocante a esta política pública. O magistrado *Chief Judge Johnson* determinou que os réus implementassem, em seis meses, seus próprios planos para elevar o nível de atendimento médico, determinando que confeccionassem relatórios completos e minuciosos (prazo, ações, recursos financeiros, etc) e os remetessem ao juízo.

No caso, se o planejamento administrativo apresentado em juízo lograsse êxito, os pedidos deduzidos na demanda judicial restariam prejudicados. Contudo, se não obtivesse sucesso, os relatórios anteriormente enviados ao juízo auxiliariam o magistrado a determinar a forma de implementação/correção dessa política pública.

O juiz do caso convidou, inclusive, o Departamento de Saúde, Educação e Bem-estar para auxiliá-lo na avaliação do projeto apresentado pela administração estadual, tendo ordenado, ainda, que uma comissão de direitos humanos fosse instituída junto ao hospital. No que toca aos recursos financeiros, em eventual escassez, determinou a venda de pequenas porções de terra titularizadas pelos réus.

Especificamente neste exemplo fático, o magistrado concluiu que os réus haviam fracassado, passando a determinar a realização de condutas para melhorar a política pública discutida, indicando um especialista (*master*) para gerir as atividades. Com este exemplo, quer-se mostrar que, num primeiro momento, em sede de controle judicial, deve-se investir numa execução negociada de política pública.

O segundo exemplo trazido pelos autores é o caso *Martin Luther King Elementary School Children v. Ann. Harbor School District Board*. Neste, nove estudantes afrodescendentes ajuizaram uma demanda em face do Conselho Escolar de *Ann Arbor*, sustentando que esta havia deixado de diligenciar sobre a adoção de medidas para possibilitar a superação da barreira linguística, decorrente do uso do *black dialect*, que impedia o progresso escolar dos alunos negros. Houve procedência do pedido, mas o Judiciário não procedeu ao acompanhamento das ações a serem promovidas pela parte ré para cumprir a decisão judicial.

Neste caso, ainda que a escola fornecesse professores treinados a propiciar a inclusão pleiteada, com o passar dos anos letivos os alunos mudariam de turma, de modo que seria necessário contratar e treinar novos professores, ano a ano. Assim, visando ao atendimento da demanda, o magistrado estabeleceu um padrão de conduta a ser observado pela ré: em vez de determinar a identificação e o treinamento dos professores dos nove alunos constantes do polo ativo da demanda, determinou que isso fosse feito em relação a todos os professores da escola, de uma vez por todas. Tratou-se, assim, de uma reforma estrutural, não pontual, envolvendo um conflito de largo espectro social.

Um outro caso bastante famoso nesta seara foi o *Brown v. Board of Education (Brown II)*. No caso, treze pais ajuizaram uma ação coletiva contra o Município de Topeka sustentando sua reprovação em relação à política de segregação racial permitida nas escolas fundamentais da cidade. Após longa tramitação e amplo debate, a Suprema Corte, de forma unânime, concluiu pela inconstitucionalidade da prática guerreada, por violar a 14ª Emenda à Constituição dos EUA, determinando que fosse colocado termo à prática até então autorizada da doutrina dos "separados mais iguais" (*separate but equal*).

Um ano depois, diante da reclamação de várias escolas quanto às dificuldades para implementar a nova política (de não discriminação), a Suprema Corte norte-americana viu-se forçada a reexaminar a questão, originando a decisão conhecida por *Brown v. Board of Education II*, pela qual ordenou que a implementação da ordem deveria ser feita pela progressiva adoção de medidas que eliminassem os obstáculos criados pela discriminação, sob a supervisão das Cortes locais.

Em outras palavras, considerando as dificuldades para satisfazer de plano a ordem judicial, frente aos problemas enfrentados pelas escolas locais, autorizou a criação de planos, cuja execução seria acompanhada pelo Judiciário local, que tendessem à eliminação de toda forma de discriminação nas escolas, que deveriam se conformar às peculiaridades de cada lugar.

Nestes moldes, logrou-se uma decisão mais adequada à realidade de cada lugar e realizável na prática. Por óbvio que a questão da segregação racial nos Estados Unidos não foi eliminada (nem com essas, nem com outras decisões judiciais), mas o modelo empregado neste julgamento permitiu a construção da base para a ideia das *structural injunctions*, como instrumento maleável e dialogado de solução das controvérsias.

Nota-se que é inviável propor uma espécie de cartilha, geral e abstrata, para se aplicar a todos os casos de intervenção judicial em políticas públicas indistintamente,



porque a postura a ser adotada pelo magistrado deve ser condicionada a cada caso concreto, dependendo dos interesses envolvidos.

As questões tipicamente suscitadas nos litígios estruturais abrangem valores amplos, e em muitas das vezes, caros da sociedade, no sentido não apenas de haver vários interesses, concorrentemente, em jogo, mas também de que a esfera jurídica de vários terceiros ser passível de ser afetada pela decisão judicial.

Por isso, decisões em demandas essencialmente coletivas exigem soluções que vão além de simples determinações a respeito de relações lineares entre as partes, exigindo-se respostas difusas, contendo várias imposições e/ou medidas que sejam gradativamente efetuadas, orientando-as para cumprimento futuro.

Da análise dos exemplos supracitados, infere-se que a conduta judicial não consiste em ativismo quando o magistrado atua dentro de determinados critérios, sendo o mais importante deles o da razoabilidade, conforme análises casuísticas. Carecem de aumento, isso sim, os poderes do juiz, no sentido de se proceder a flexibilizações, inclusive das normas processuais, afinal o Judiciário também tem sido corresponsável pela concretização de direitos fundamentais sociais, acabando por exercer um importante papel político.

Assim, o juiz deveria ter autorização para adaptar as normas processuais às necessidades e peculiaridades da controvérsia, levando em consideração fatores como o valor e o tipo da pretensão, interpretando a legislação correlata de forma criativa e aberta, evitando-se, com isso, aplicações extremamente técnicas da lei, incompatíveis com a tutela dos direitos difusos, especialmente dos fundamentais sociais, a ser concretizados originariamente por meio de políticas públicas destinadas à sociedade como um todo.

No campo da flexibilização de normas processuais, o PL nº 5.139/2009 sugere adaptações bastante adequadas, como a constante do § 1º de seu art. 10, segundo o qual até a prolação da sentença, “o juiz poderá adequar as fases e atos processuais às especificidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico coletivo, garantido o contraditório e a ampla defesa”, bem como a prevista em seu art. 16, segundo o qual o juiz, em demandas coletivas, poderá permitir a alteração do pedido ou da causa de pedir, a requerimento do autor, se realizada de boa-fé e não importar prejuízo à parte contrária, “devendo ser preservado o contraditório, mediante possibilidade de manifestação do réu no prazo mínimo de quinze dias, facultada prova complementar”.

Assim, nesta seara, exigir que o executado simplesmente cumpra o teor da decisão em dado prazo (postura típica e negativamente formalista), sem acompanhar este

cumprimento, seja diretamente, por meio de técnico nomeado para tal finalidade<sup>511</sup>, ou sem que a Administração Pública possa participar desta decisão, torna as chances de êxito da execução bastante pequenas, vez que ela carece da elaboração de um plano específico, mas flexível, sujeitando-se a eventuais adaptações que se fizerem necessárias ao longo do tempo. Este seria a conduta esperada de um juiz estrategista.

Eduardo José da Fonseca Costa<sup>512</sup> adota este entendimento, sugerindo, de forma sintetizada, que:

[...] na implantação judicial de políticas públicas, a mediação é algo novo e desafiador mesmo para quem está habituado a esse método alternativo de solução de controvérsias [...]. Ademais, o juiz é obrigado a sincronizar-se com três formas de diálogo estruturalmente distintas, mas funcionalmente interdependentes: precisa interagir (a) com os agentes políticos para que a atuação dos técnicos seja politicamente orientada (ou seja, para que essa atuação ganhe legitimidade tética); b) com o *staff* técnico para que a ação dos políticos receba diretriz técnica (isto é, para que essa ação ganhe legitimidade tectônica); (c) com os destinatários e os demais interessados na ação governamental para que a atuação dos técnicos e políticos esteja sintonizada com os anseios gerais da população (ou seja, para que a ação tética tectônica também ganhe legitimidade tópica).

No tocante à fiscalização da atuação administrativa pelo Judiciário, Owen Fiss<sup>513</sup> ilustra de maneira bastante elucidativa:

As limitações do nosso conhecimento sobre o comportamento organizacional, aliada à capacidade das organizações de adaptarem-se às intervenções por meio do restabelecimento das relações de poder preexistentes, resultam invariavelmente em uma série de intervenções – ciclo após ciclo de medidas suplementares. Uma relação de supervisão duradoura desenvolve-se entre juiz e a instituição, pois seu desempenho deve ser monitorado e novas estratégias devem ser criadas para se ter certeza de que a operação da organização permanecerá dentro de limites constitucionais. O juiz pode, ainda, criar novas estruturas administrativas – novamente o *special master* – para dar assistência a essas tarefas. Ao fazê-lo, ele demonstra tanto dúvidas sobre a capacidade dos litigantes pro desempenho dessas tarefas, quanto consciência acerca da magnitude delas.

<sup>511</sup> O PL nº 8.058/2014 prevê, em seu art. 19, prevê: “Para o efetivo cumprimento da sentença ou da decisão de antecipação da tutela, o juiz poderá nomear comissário, pertencente ou não ao poder público, que também poderá ser instituição ou pessoa jurídica, para a implementação e acompanhamento das medidas necessárias à satisfação das obrigações, informando ao juiz, que poderá lhe solicitar quaisquer providências”.

<sup>512</sup> COSTA, Eduardo Jorge da Fonseca. *A execução negociada* de políticas públicas em juízo. **Revista de Processo (RePro)**, vol. 212, out. 2012.

<sup>513</sup> FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Trad. por Daniel Porto Godinho da Silva. Coord.: Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2004. p. 64.

Nestes moldes, em se tratando de tutela jurisdicional de interesses difusos, não basta a mera adjudicação judicial reconhecendo um direito e determinando o que deve ser feito, inclusive com a imposição de medidas coercitivas, sem que haja diálogo e cooperação entre os Poderes estatais, porque, especificamente em relação às políticas públicas, deve haver um conjunto de fatores para que sua realização seja possível (recursos financeiros, planejamento, dentre outros), demandando atividade conjunta dos Poderes, com a fiscalização permanente do Judiciário, direta ou indireta.

#### **4.8 Concorrência entre ações individuais e coletivas e entre ações coletivas: caso de litispendência?**

Da mesma forma que o instituto da coisa julgada, a litispendência também merece posição de destaque no contexto de releitura dos institutos processuais em sede de demanda coletiva, especialmente envolvendo direitos difusos, vez que intimamente relacionado com as partes do processo.

O art. 104 do CDC determina que as ações coletivas veiculando direitos/interesses difusos e coletivos *strictu sensu* não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* não beneficiarão os autores das ações individuais se eles não requererem a suspensão de suas demandas em até trinta dias a contar da ciência, nos autos, do ajuizamento da ação coletiva. Carlos Alberto de Salles<sup>514</sup> ensina que

O resultado da ausência de uma disciplina mais abrangente quanto à coordenação entre pleitos individuais e coletivos deixa em aberto a possibilidade de interferências negativas de postulações individuais no âmbito de direitos cuja consideração mais adequada seria feita em um plano coletivo. As ações individuais podem ter efeito disfuncional sob três aspectos fundamentais: (1) conduzindo a uma apreciação judicial incompleta, decorrente da não valoração daqueles fatores relacionados à faceta coletiva na qual o direito individual se insere; (2) criando assimetrias entre sujeitos em idêntica situação, por exemplo, ao conceder um benefício para o autor para o qual outros sujeitos estavam credenciados; (3) desorganizando políticas públicas previamente

---

<sup>514</sup> Duas faces da proteção judicial dos direitos sociais no Brasil. In: SALLES, Carlos Alberto de (Coord.). **As grandes transformações do processo civil brasileiro**. São Paulo: Quantier Latin, 2009. pp. 805-806.

existentes ao fazer prevalecer critérios diversos daqueles adotados por seu gestor.

Este dispositivo legal, contudo, tratou tão somente da concomitância entre uma ação coletiva e ações individuais, não cuidando da concorrência entre ações coletivas tratando do mesmo objeto.

Nesta hipótese, se demandas coletivas contiverem o mesmo pedido e a mesma causa de pedir, sendo diferente apenas o legitimado constante do polo ativo, é de ser reconhecida a litispendência, porque os titulares do direito deduzido são os mesmos, independentemente da figura que consta formalmente do polo ativo do processo. Do contrário, raramente haveria litispendência entre demandas coletivas com o mesmo objeto.

Além disso, em se tratando de direitos/interesses essencialmente coletivos, o ideal é que haja uma solução uniforme a todos seus titulares, tornando descabida a convivência entre ações veiculando pretensões e fundamentos idênticos.

Neste ponto, suponhamos que haja duas ações civis públicas, uma ajuizada pelo Ministério Público, outra pela Defensoria Pública, tendo ambas como causa de pedir a insuficiência de medicamentos fornecidos à população, pela União, para tratar infecções oculares, e como pedido a implementação de novo protocolo clínico. No caso, de rigor o reconhecimento de litispendência, vez que eventuais ordens judiciais antagônicas restarão impraticáveis, acrescentando Antonio Gidi<sup>515</sup> que, em razão de não se tratar empiricamente das mesmas pessoas, para efeito de legitimidade, litispendência, efeitos da sentença e sua imutabilidade, trata-se, juridicamente, da mesma parte.

*In casu*, a ação civil pública ajuizada em segundo lugar deve ser extinta por reconhecimento de litispendência, nos termos do art. 267, inc. V, CPC/73 e art. 485, inc. V, do NCPC, até mesmo por falta de interesse processual de agir do segundo legitimado, em razão da eficácia *erga omnes* da decisão tomada nos autos da demanda coletiva primeiramente ajuizada, no caso de sua procedência ou improcedência após cognição exauriente. O primeiro feito prosseguiria no juízo prevento, restando à entidade autora da segunda demanda a possibilidade de intervir no processo remanescente como assistente litisconsorcial.

De qualquer forma, a parte ré deveria informar nos autos sobre a propositura anterior de outra demanda coletiva relacionada ao mesmo objeto, de modo a colaborar com

---

<sup>515</sup> GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 219.

o juízo, evitando tramitações processuais desnecessárias e eventuais decisões contraditórias.

Por exemplo, suponha-se eventual tramitação concomitante entre uma ação civil pública buscando a implementação de novo protocolo clínico para diabetes mellitus perante o Estado de São Paulo e uma outra ação civil pública visando ao mesmo provimento jurisdicional perante o Estado do Rio de Janeiro. Ou entre aquela primeira ação e uma outra ajuizada perante a Justiça Federal, contendo o mesmo pedido.

Anote-se, contudo, que não haverá litispendência entre duas demandas coletivas, contendo a mesma causa de pedir, se não visarem ao mesmo provimento jurisdicional. Por exemplo, se uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público visar à implementação de nova política pública de medicamentos para tratar a fibromialgia, não haverá litispendência em relação a uma ação civil pública proposta pela Defensoria Pública que vise à indenização por danos morais aos portadores de fibromialgia em razão da insuficiente ou inexistente política pública correlata. Isso porque naquela primeira se busca um provimento jurisdicional declaratório e constitutivo, e nesta segunda, um condenatório.

Em relação à concorrência entre uma ação coletiva e ações individuais, Kazuo Watanabe<sup>516</sup> pontua que pode haver dificuldade para que sejam coordenadas em havendo objetos total ou parcialmente coincidentes.

O Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, admite que o tribunal, de ofício ou a requerimento, após o devido contraditório, determine a suspensão do curso de ações individuais postulantes de direitos referentes à relação jurídica substancial incindível, desde que haja ajuizamento de ação coletiva com igual objeto (art. 7º, § 3º).

Não há, assim, configuração de litispendência, não havendo obrigatoriedade de extinção das demandas individuais. Mas, conforme a legislação vigente, a pessoa que propuser ação individual, notificada do ajuizamento da demanda coletiva, que não requerer o sobrestamento de seu processo em até 30 dias, havendo procedência da demanda coletiva, não poderá ser beneficiada pelo provimento jurisdicional.

Aluísio Gonçalves de Castro Mendes<sup>517</sup> entende que esta determinação, prevista no art. 104 do CDC, somente se aplica aos direitos e interesses individuais homogêneos, em razão de sua cindibilidade, e mesmo assim analisa esta previsão com reservas. Contudo,

---

<sup>516</sup> WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. **Revista de Processo (RePro)**, nº 139, set. 2006, pp. 28-35.

<sup>517</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 276.

ousando divergir do processualista citado, o art. 104 do CDC também seria praticável quando deduzidos direitos e interesses difusos e coletivos *strictu sensu*, se possível o ajuizamento tanto de demanda coletiva, quanto de individual.

Por exemplo, no caso do direito à saúde, a uma política de medicamentos mais eficiente, se o Ministério Público propõe ação civil pública buscando a revisão de determinados protocolos clínicos de certas moléstias (v. g., diabetes mellitus, hepatites, carcinoma, etc), tal demanda poderá conviver com diversas ações individuais por meio das quais cidadãos pleiteiem o fornecimento dos mesmos medicamentos pedidos para serem incluídos nas listas oficiais por meio da demanda coletiva.

No caso de procedência da demanda coletiva, mesmo se os cidadãos que ajuizaram demandas individuais não lograrem êxito em suas ações, serão beneficiados pelo julgado da ação coletiva, porque o direito lá veiculado possui natureza difusa, envolvendo todos aqueles que estiverem precisando ou que precisarão destes fármacos, até porque todos poderão usufruir do novo protocolo clínico.

Neste aspecto, o PL nº 5.139/2009 se mostra adequado, dispondo seu art. 37 que “O ajuizamento de ações coletivas não induz litispendência para as ações individuais que tenham objeto correspondente, mas haverá a suspensão destas, até o julgamento da demanda coletiva em primeiro grau de jurisdição”. E segue em seu §1º: “Durante o período de suspensão, poderá o juiz perante o qual foi ajuizada a demanda individual, conceder medidas de urgência”.

O STJ já suspendeu, *ex officio*, ações individuais versando sobre o mesmo tema tratado em ação coletiva, como se deu no julgamento do REsp 1.110.549/RS<sup>518</sup>, no qual manteve a suspensão de ações individuais enquanto tramitava ação coletiva sobre o mesmo objeto, tendo sustentado esta ordem de sobrestamento afirmando que é facultado ao magistrado, em casos multitudinários, suspender processos individuais contendo a mesma lide versada em processo coletivo até o trânsito em julgado da sentença neste proferida. Ainda, que a suspensão dos processos individuais não nega vigência aos arts. 51, inc. IV e

---

<sup>518</sup> “RECURSO REPETITIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA. MACRO-LIDE. CORREÇÃO DE SALDOS DE CADERNETAS DE POUPANÇA. SUSTAÇÃO DE ANDAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. POSSIBILIDADE. 1- Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva. 2- Entendimento que não nega vigência aos arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672, de 8.5.2008). 3.- Recurso Especial improvido”. (REsp 1.110.549/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 28/10/2009, Segunda Seção, DJe de 14/12/2009)

§ 1º, 103 e 104 do CDC; 122 e 166 do Código Civil; 2º e 6º do CPC, com os quais apenas de harmoniza, atualizando sua interpretação conforme sua potencialidade.

Contudo, na prática, em havendo procedência da demanda coletiva envolvendo direitos e/ou interesses difusos, e improcedência de demandas individuais versando sobre o mesmo objeto, impossível a coisa julgada coletiva não influir nos casos individuais.

Por exemplo, em havendo procedência da demanda, confirmada por acórdão transitado em julgado, de pedido veiculado em ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público Estadual em face do Estado de São Paulo, por meio da qual visou à implementação de novo protocolo clínico para o tratamento de hepatite C, e improcedência de demandas individuais, nas quais os autores buscaram o fornecimento destes fármacos, após a regular disponibilização destes medicamentos na rede pública estadual de saúde, questiona-se: estes pacientes restarão excluídos do fornecimento nos postos de saúde em razão da improcedência de suas demandas individuais?

Certamente a resposta é não, porque, com a implementação ou melhoria da política pública de saúde, a população como um todo poderá fazer uso dela, em razão do princípio da universalidade que rege o SUS.

Nota-se, assim, um grande distanciamento entre as regras processuais e o objeto tratado na demanda coletiva, concluindo-se, inevitavelmente, que as normas deveriam ser flexibilizadas e adaptadas conforme a natureza da pretensão veiculada na demanda, de modo a corresponder ao objeto pretendido.

#### **4.9 Conclusões parciais**

1. O Judiciário tornou-se palco de discussão de conflitos multiplexos, em que pese sua tradicional visão reducionista, no sentido da petição inicial dever conter determinados requisitos, o que já enseja certa limitação, a defesa dever ser restrita aos termos da exordial, em atenção ao princípio da eventualidade, a sentença não poder ser *extra* ou *ultra petita*, dentre outros aspectos.

2. Neste contexto, vislumbra-se a necessidade de adequação da técnica processual, bem como dos elementos processuais, ao direito material tutelado, principalmente em se tratando de direitos sociais, porque, para que o processo judicial seja devido, precisa ser adequado, sendo o princípio da adequação processual corolário do devido processo legal.

3. Em se tratando de ação civil pública visando-se à revisão de política pública de saúde, cuidando-se de direitos difusos, mister a adequação dos institutos processuais, a flexibilização do procedimento e a assunção, pelo juiz, do papel de gestor e coparticipante da concretização de direitos sociais fundamentais.

4. Analisando-se o microsistema de tutela coletiva, por exemplo, tem-se que as demandas coletivas devem ser propostas no foro do local onde ocorrer o dano. Na teoria, a questão é simples: se o dano for local, a competência recairá no foro do lugar onde ele ocorreu/deva ocorrer; se for regional ou nacional, a competência concorrerá entre o foro da capital do Estado ou do Distrito Federal. Contudo, não se costuma analisar a questão do foro processual competente sob a ótica da natureza do direito veiculado pela demanda judicial. Nesse sentido, ainda não se descobriu o exato sentido e alcance das expressões *dano local*, *dano regional* e *dano nacional*.

5. No caso de uma ação civil pública buscando a correção de política pública de fornecimento de medicamentos pelo Estado (genérico), o dano é, no mínimo, regional, podendo ser também de âmbito nacional, não se justificando, contudo, que seja ajuizada perante a Justiça do Distrito Federal, não havendo neste foro maior publicidade, contraditório e ampla defesa.

6. No que toca à legitimidade ativa em ação coletiva, o objeto por estas tutelado, de natureza metaindividual, é indivisível, não possuindo, pois, titularidade única. Da atual LACP, constam como legitimados para propor a demanda principal e a cautelar: (i) o Ministério Público; (ii) a Defensoria Pública; (iii) a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (iv) a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; e (v) associações temáticas, tendo-se abandonado a ideia inicial de deixar-se a critério do juiz a verificação da representatividade adequada da associação autora, tratando-se, pois, do sistema do *ope legis*, exceto em relação à legitimidade ativa dos sindicatos, das associações civis, das entidades e dos órgãos da Administração Pública direta e indireta, além da questão da legitimidade ativa da Defensoria Pública para tutelar interesses individuais homogêneos.



7. Na mesma linha, o art. 82 do CDC elenca os legitimados ativos à demanda coletiva: (i) o Ministério Público; (ii) a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; (iii) as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica; (iv) as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear.

8. A legitimação ativa nas demandas coletivas é *extraordinária, autônoma, exclusiva, concorrente e disjuntiva*.

9. O Ministério Público possui como função institucional a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. O *Parquet* federal por formar litisconsórcio ativo com os Ministérios Públicos Estaduais, inclusive para que haja harmonização entre as necessidades e peculiaridades nacionais e regionais.

10. A Defensoria Pública também é legitimada para ajuizar ação civil pública visando à tutela de direitos difusos, porque não se pode considerar como hipossuficientes apenas os financeiramente insuficientes, como também os hipossuficientes organizacionais, como nova categoria de necessitados. Defender posicionamento contrário vai de encontro às linhas evolutivas básicas do direito brasileiro.

11. As associações civis também têm participado da defesa de interesses transindividuais, principalmente porque o Estado não tem tido capacidade de atender toda a necessidade da coletividade, que demanda prestações materiais quase que constantes. Em relação à necessidade ou não de autorização expressa por parte de seus associados, o STJ assentou recentemente que há exigência de representação específica, não alcançando previsão genérica do estatuto da associação a revelar a defesa dos interesses dos associados, de modo que as balizas subjetivas do título executivo judicial formado são definidas pela representação no processo de conhecimento, presente a autorização expressa dos associados e a lista destes juntada à inicial.

12. Ainda em relação às associações civis, precisam deter representatividade adequada do grupo que pretendem tutelar em juízo, decorrente do preenchimento de dois requisitos: (i) pertinência temática, segundo o qual o interesse a ser judicialmente defendido deve

corresponder a uma das finalidades da instituição; e (ii) pré-constituição há pelo menos um ano, nos termos da lei civil, requisito este dispensável pelo magistrado em razão do interesse social vislumbrado, consoante a dimensão ou as características do dano.

**13.** A legislação brasileira não confere legitimidade ao cidadão para ajuizar ação visando à proteção de interesse coletivo, tendo-se como única exceção a ação popular. O NCPD previu a conversão da ação individual, que tivesse alcance coletivo em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo (afetação concomitante das esferas jurídicas individual e coletiva), em ação coletiva, salvo se se tratasse de direito/interesse individual homogêneo. Contudo, tal previsão fora vetada pelo Poder Executivo Federal.

**14.** Em sede de ação civil pública veiculando pedido de revisão de políticas públicas de saúde, desnecessário o litisconsórcio passivo necessário entre todos os entes federados solidariamente responsáveis pela prestação de serviços de saúde. Em relação ao fornecimento de medicamentos essenciais, todos eles devem elaborar suas listas próprias, conforme as necessidades epidemiológicas locais, servindo a RENAME como parâmetro. A União apenas repassa verbas aos outros entes para aquisição de medicamentos essenciais em situações especiais.

**15.** Em regra, a demanda poderia ser proposta em face de qualquer dos entes federados, até porque, se houver necessidade, possibilita-se a compensação de gastos entre eles, porque o responsável por proporcionar meios para promover a saúde é o Estado, enquanto gênero.

**16.** Recomenda-se, contudo, sempre que possível, observar as regras de repartição de competência administrativa entre os gestores públicos, determinadas pela Lei Federal nº 8.080/90.

**17.** Numa ação civil pública visando à correção de políticas públicas de saúde, ter-se-ia como pedido imediato um provimento jurisdicional que condenasse a parte ré (União, Estados e/ou Municípios) a implementar nova política pública, referente à assistência de medicamentos, ou à revisão, com posterior correção, de política pública já existente, consistindo-se numa sentença declaratória do interesse da sociedade e condenatória em obrigação de fazer, eventualmente mandamental, tratando-se de hipótese de dedução de

pedidos imediatos cumulados. Como pedido remoto, ter-se-ia, então, a implementação ou correção de política pública de assistência farmacêutica, consistindo em pedido simples.

**18.** Já a causa de pedir, consistindo nos fundamentos de fato e de direito em que se baseia a ação judicial, sendo os fundamentos fáticos a causa de pedir próxima e os fundamentos jurídicos a causa de pedir remota, ter-se-ia como causa de pedir próxima a omissão e/ou a ineficiência estatal na promoção de políticas públicas de saúde, e como causa de pedir remota a violação aos arts. 1º, inc. IV; 5º, *caput*; 3º, inc. IV; 6º, *caput*; e 196, todos da Constituição Federal.

**19.** Em se tratando de demanda coletiva envolvendo direito à saúde, tanto o(s) pedido(s), quanto a(s) causa(s) de pedir, deve ser feito de forma ampla, ou pelo menos de forma não tão restrita, já que, no caso, não se aplica a ideia de que a petição inicial é o rascunho da sentença, como se dá nos processos individuais, regidos pelo CPC.

**20.** No caso de uma ação civil pública ser proposta visando-se à implementação de novo protocolo clínico ou à correção de política pública de saúde já existente, a dilação probatória seria composta por (i) amplo debate, com setores da sociedade civil e autoridades sanitárias, (ii) informações a respeito do orçamento, das técnicas medicamentosas disponibilizadas pelo SUS e efeitos das moléstias, e (iii) informações a respeito das ações tomadas pelo Executivo com relação a dada doença. Com estes dados, os magistrados poderão avaliar os três paradigmas fundamentais que devem nortear qualquer intervenção judicial nas políticas públicas de saúde: *mínimo existencial*, a *reserva do possível* e a razoabilidade. Claro que, em se tratando de situações emergenciais, não haverá como seguir essa proposta.

**21.** A participação popular nas escolhas públicas, em sede de processo judicial coletivo, confere maior legitimidade democrática às decisões proferidas pelo Judiciário, porque representa uma forma de exercício da cidadania e da democracia. Neste contexto da participação popular em políticas públicas, em sede judicial, encaixam-se as figuras do *amicus curiae* e das audiências públicas.

**22.** As audiências públicas se enquadram no conceito de *democracia sanitária*, que significa a participação popular na fixação dos objetos da política pública de saúde e no

controle das ações e serviços que constituem esta política. Já o *amicus curiae* consiste num agente do contraditório à luz de uma sociedade e de um Estado plural, contraditório este no sentido de cooperação, cooperação e colaboração.

**23.** No processo civil tradicional, a autoridade da coisa julgada se restringe às partes processuais, de modo que a sentença se torna lei entre elas. Mas, em se tratando de macrolides, há necessidade de se expandir os efeitos da decisão judicial, que se reveste de inevitável peso político, à medida que impactará a coletividade como um todo ou algum segmento social, não podendo a eficácia da coisa julgada se restringir *inter partes* como ocorre na jurisdição singular, devendo expandir-se *extra autos* (*ultra partes* ou *erga omnes*, conforme o art. 103 do CDC, a depender do caso).

**24.** Assim, a coisa julgada nas ações coletivas reveste-se de flexibilidade bem maior, ao menos quanto a seus limites subjetivos, que a observada no sistema geral regulado pelo CPC. Não haveria como ser diferente, pois a tutela dos interesses transindividuais tem contornos próprios e suscita problemas que não podem ser resolvidos pela órbita da legislação comum.

**25.** Mas mesmo com essa elasticidade prevista em lei, há outras peculiaridades dos interesses transindividuais, principalmente os difusos, que tornam imperioso mitigar ainda mais o instituto da coisa julgada.

**26.** Outro ponto relevante diz respeito ao alcance territorial dos efeitos da sentença coletiva transitada em julgado. As decisões judiciais em processos coletivos, em tese, abrangem apenas o território da sede do tribunal competente, conforme dispõe o art. 16 da LACP: “A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator [...]”. Mas como cingir, judicialmente, atos administrativos de alcance nacional ou regional cujos efeitos transcendem tais limites? Essa limitação prejudicaria tanto a sociedade, quanto a própria Administração. Além disso, ela se mostra inócua na medida em que, tanto a competência jurisdicional, quanto a coisa julgada, também é tratada pelo CDC, que não fora modificado pela referida Medida Provisória.

**27.** Havendo procedência de demanda envolvendo direitos fundamentais, haveria implicitamente a obrigação do ente público, condenado a cumprir a ordem judicial, em

relação a todas as pessoas que se encontrassem na mesma situação fática da parte autora desta ação judicial específica, o que se entende por *eficácia expandida* do julgado.

**28.** Em sede de cumprimento de sentença, o Poder Judiciário poderá determinar que o ente da Administração Pública figurante no polo passivo da demanda inclua a verba destinada a implementar ou corrigir a política pública debatida na próxima proposta orçamentária, impondo assim uma obrigação de fazer, o que é possível, vez que a lei orçamentária não é vinculante como reiteradamente sustentado pela Fazenda Pública em sede judicial, permitindo transposição de verbas.

**29.** Sugere-se um cumprimento negociado da sentença, ou seja, a execução negociada de políticas públicas, por etapas, devido à baixa eficiência da solução adjudicada nos conflitos multiplexos/policêntricos envolvendo direitos e interesses difusos, consistente em comandos inflexíveis e rígidos, por vezes único.

**30.** Neste diapasão, o Projeto de Lei nº 8.058/2014 determina que o magistrado notifique a autoridade responsável pela efetivação da política pública atacada para que preste informações detalhadas, no prazo de sessenta dias, prorrogável por igual período, sobre dados do programa governamental objeto do pedido deduzido na demanda, devendo constar (i) o planejamento e a execução já existentes; (ii) os recursos financeiros previstos no orçamento para sua implementação; (iii) a previsão de recursos necessários para sua implementação/correção; (iv) a possibilidade de transposição de verbas, em caso de insuficiência de recursos; (v) o cronograma necessário ao eventual atendimento ao pedido (art. 6º).

**31.** O sucesso da adjudicação de direitos sociais depende, assim, de uma mudança radical deste modelo de prestação jurisdicional tradicionalmente praticado pelo Poder Judiciário. Seria necessária uma transição da lógica de justiça comutativa, preocupada com a resolução de problemas privados por meio de sentenças de reparação de danos que afetam apenas as partes envolvidas no litígio, impostas exclusivamente pelo Judiciário, para uma nova lógica de justiça distributiva, com decisões prospectivas que impactam a coletividade, impondo uma agenda de reformas continuadas, cuja implementação depende de uma relação de cooperação entre Judiciário e Executivo.

**32.** Faz-se uma postura criativa, flexível e participativa dos juízes e tribunais para que se dê um verdadeiro *enforcement* das decisões judiciárias relativas às políticas públicas. Mostra-se inviável, por outro lado, propor uma espécie de cartilha, geral e abstrata, para se aplicar a todos os casos de intervenção judicial em políticas públicas indistintamente, porque a postura a ser adotada pelo magistrado deve ser condicionada a cada caso concreto, dependendo dos interesses envolvidos.

## CAPÍTULO 5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente estudo, concluiu-se que a postura ineficiente por parte do Estado abre caminho à judicialização da política, porque o Judiciário, visto como instância derradeira quando as outras falham, atrai demandas reprimidas. E mesmo que seus membros tenham sido habilitados originariamente a dirimir apenas conflitos tradicionais (*Caio versus Tício, tudo ou nada, jogo de soma zero*), possui legitimidade para lidar com controvérsias multiplexas quando se tratar da concretização de direitos fundamentais, consoante os objetivos da República Federativa do Brasil insculpidos no art. 3º da Carta Política.

Esse retrato da judicialização da política no Brasil relaciona-se intimamente, também com a garantia de acesso à Justiça, prevista no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal de 1988, segundo a qual qualquer lesão ou ameaça a direito pode ser apreciada pelo Poder Judiciário.

As políticas públicas, instrumentos empregados na concretização de direitos fundamentais sociais, podem e devem ser questionadas quando se mostrarem insuficientes ou inexistentes, também em sede judicial, porque quanto há disfunção dos Poderes Legislativo e Executivo, o Judiciário possui legitimidade para intervir em assuntos originariamente a serem discutidos na esfera política.

O controle jurisdicional de políticas públicas pode dar-se tanto por meio do ajuizamento de ações individuais, quanto de coletivas. O que mais frequentemente ocorre é a propositura de demandas individuais visando à satisfação de direitos subjetivos, porquanto os direitos sociais são cindíveis em parcelas atribuíveis a vários sujeitos.

No caso da judicialização do direito à saúde, cidadãos ajuízam ações individuais (ação ordinária ou mandado de segurança) pleiteando o fornecimento gratuito pelo Estado de medicamentos não constantes das listas oficiais do SUS, alegando, em regra, que o tratamento oferecido não se mostra adequado ao seu quadro clínico. Na maioria das vezes, o Judiciário julga procedente a demanda, determinando o ente público figurante do polo passivo da demanda que forneça os fármacos indicados na exordial, normalmente com fulcro mais em motivos emocionais que técnicos, seguindo o argumento linear conforme o qual a saúde deve ser prestada integralmente, consoante o texto do art. 196 da Carta Política.

Contudo, em que pese a possibilidade de se ajuizar demanda individual buscando a prestação de serviços de saúde pelo Estado, observa-se que apenas os cidadãos que

possuem condições de superar os custos do processo - custos estes financeiros, sociais, culturais, psicológicos, de informação, dentre outros – acabam tendo a chance de obter estes tratamentos diferenciados, mais recentes no mercado, o que engendra tratamento anti-isonômico, indo de encontro, inclusive, à previsão constitucional segundo a qual o direito a política pública de saúde (SUS) deve ser regido pela universalidade.

Assim, propõe-se que a intervenção judicial em políticas públicas se mostra mais adequada por meio do processo coletivo, no qual o magistrado passará a ter elementos mais apropriados para proferir sua decisão, especificamente porque, em havendo procedência da demanda coletiva, toda a sociedade poderá se beneficiar da nova política pública implementada.

No modelo proposto neste trabalho, mostrou-se que a solução tradicionalmente trazida pelo Judiciário, solução adjudicada, não é adequada para dirimir megaconflitos, envolvendo direitos e interesses coletivos, especificamente os difusos, porquanto não basta, nestes casos, a mera determinação judicial que obrigue o ente público a realizar esta ou aquela conduta. Tem-se a necessidade, *in casu*, de se cumprir o definido em sentença de modo negociado, por meio de acordos entre os setores envolvidos e homologação judicial dos projetos da Administração Pública, mostrando-se o processo judicial coletivo como verdadeiro *locus* de participação.

Defende-se que a efetiva concretização do direito à saúde deve ser promovida, originária e preferencialmente, por meio da implementação de políticas públicas, conforme dispõe o art. 196 da Constituição Federal. Assim, uma sentença de procedência proferida nos autos de ação civil pública visando ao controle de políticas públicas ensejaria a correção/criação de políticas, destinando-se à coletividade como um todo. Já as ações individuais não possuem este condão, sendo que a sentença nelas proferida opera efeitos apenas *inter partes*.

Assim, por meio do ajuizamento de ação civil pública, visando-se à correção, implementação ou efetivação de política pública, o Estado possui a oportunidade de solucionar o conflito, dialogando com os interessados, em vez de apenas dirimir a lide, nos moldes do *tudo ou nada*.

Na temática ora analisada, verdadeira harmonia entre os três Poderes estatais, consoante prevê o art. 2º da Constituição Federal, se alcançaria com a criação de programas pelo Executivo, conforme as normas editadas pelo Legislativo, devidamente homologados pelo Judiciário, com sua fiscalização, direta ou indireta, sem que haja atropelamento de um por outro.



## REFERÊNCIAS

ACEITUNO, Jair. Presos fraudadores que deram golpe de R\$ 63 mi na Saúde em SP. **O Estado de São Paulo**, 01 set. 2008. Disponível em: <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,presos-fraudadores-que-deram-golpe-r-63-mi-na-saude-em-sp,234443>>.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). **Direitos Sociais**: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. *Taking from the poor to give to the rich: the individualistic enforcement of social rights. Workshop 13, Rutger Law School*. Disponível em: <<http://camlaw.rutgers.edu/statecon/workshop11greece07/workshop13/Afonso.pdf>>.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro**: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALONSO, Hamilton Junior. **A ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2005.

ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O problema da eficácia da sentença. **Revista de Processo (RePro)**, nº 112, São Paulo, out.-dez. 2003.

ALVIM, Eduardo Arruda. A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF impõe limites à ação civil pública e ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor. In: MILARÉ, Édis (Coord.). **Ação civil pública - Lei 7.347/85**. Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: RT, 1995.

\_\_\_\_\_. A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF impõe limites à ação civil pública e ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor. In: MILARÉ, Édis (Coord.). **Ação civil pública - Lei 7.347/85**. Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: RT, 1995.

\_\_\_\_\_ et al. **Código do Consumidor comentado**. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. São Paulo: Renovar, 2001.

ANNONI, Danielle. **A responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ANTONIO, Nilva Maria Leonardi. O controle jurisdicional de políticas públicas como controle de constitucionalidade e seus limites. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2008.

\_\_\_\_\_. Um negócio de bilhões. **Espaço Vital**, Porto Alegre, fev. 2009. Disponível em: <[www.espacovital.com.br](http://www.espacovital.com.br)>.

AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**, São Paulo: Loyola, 2005, vol. 6.

ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder Judiciário. **Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**, nº 1, ano I, 2009.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. e notas de Antonio de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009.

BALIARDO, Rafael. Barbosa diz que judicialização da saúde é tema superlativo. **Revista Consultor Jurídico**, 03. jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-03/joaquim-barbosa-judicializacao-saude-problema-superlativo>>.

BARBOSA RAMOS, Paulo Roberto. O Ministério Público e a efetividade das políticas públicas, **Lex – Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**, nº 288, ano 24, São Paulo, dez. 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político social e o controle jurídico no espaço democrático. **Revista de Direito do Estado**, nº 3, ano 1, Rio de Janeiro, 2006.

\_\_\_\_\_. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. O Direito a prestações de saúde: complexidade, mínimo existencial e o valor das abordagens coletivas e abstratas. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Breves considerações sobre o princípio do acesso à justiça no direito brasileiro. **Revista de Direito do Trabalho (RDT)**, nº 134, abr.-jun. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Atualidades Jurídicas, **Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB**, nº 04, jan.-fev. 2009.

\_\_\_\_\_. A proteção do meio ambiente na Constituição brasileira. **Revista Forense**, vol. 317.

BATISTA DE ALMEIDA, João. **Aspectos controvertidos da ação civil pública.** São Paulo: RT, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. **Efetividade do processo e técnica processual.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BEDÉ, Américo Freire Junior. **O controle judicial das políticas públicas.** São Paulo: RT, 2005.

BERMUDEZ, Jorge Antônio Zepeda; OLIVEIRA, Maria Auxiliadora; CASTRO, Garcia Serpa Osorio de. **Assistência Farmacêutica e Acesso a Medicamentos.** Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

BEZERRA, Paulo César Santos. **Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch.* New Haven: Yale University Press, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8437.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8437.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8142.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8142.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6360.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6360.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L4717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4717.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 338, de 06 de maio de 2004**. Disponível em: <[http://www.saude.sp.gov.br/resources/ses/perfil/gestor/assistencia-farmaceutica/resolucao\\_n\\_338\\_06\\_05\\_2004.pdf](http://www.saude.sp.gov.br/resources/ses/perfil/gestor/assistencia-farmaceutica/resolucao_n_338_06_05_2004.pdf)>.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012.** Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp141.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Portaria nº 01, de 22 de janeiro de 2008.** Disponível em:  
<[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sctie/2008/prt0001\\_22\\_01\\_2008.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sctie/2008/prt0001_22_01_2008.html)>. Acesso em 16. abr. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.008, de 21 de março de 1995.** Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9008.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9008.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011.** Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/decreto/D7508.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/D7508.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998.** Disponível em:  
<[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916\\_30\\_10\\_1998.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html)>.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.** Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963.** Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4215.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4215.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 1.134, de 14 de junho de 1950.** Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L1134.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1134.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Mensagem nº 56, de 16 de março de 2015.** Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm).

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 1.306, de 09 de novembro de 1994.** Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D1306.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1306.htm)>

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.** Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011.** Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981.** Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp40.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp40.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993.** Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8625.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Câmara dos Deputados.** Projeto de Lei nº 8.058, de 04 de novembro de 2014.  
Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Projeto de Lei nº 5.139/2009. Disponível em: <[www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)>.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Jurista defende ações judiciais para garantir tratamentos de saúde.  
Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br>>.

\_\_\_\_\_. **Conselho Federal de Medicina.** Resolução CFM nº 1.931, de 24 de setembro de 2009. Disponível em:  
<[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931\\_2009.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal.** Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Rel. Mim. Celso de Mello, j. 29/04/2004, p. 04/05/2004. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Informativo 798. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>>.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Rel. Mim. Celso de Mello, j. 29/04/2004, p. 04/05/2004. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Regimento Interno: [atualizado até janeiro de 2015] – consol. e atual. até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF, 2015. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>.

\_\_\_\_\_. **Ministério da Saúde**. Manual de Glosas do Sistema Nacional de Auditoria. Disponível em: <<http://sna.saude.gov.br/>>.

\_\_\_\_\_. **Anvisa**. Novo medicamento para tratamento da hepatite C é aprovado pela Anvisa. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br>>.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Como a ANVISA vê o uso *off label* de medicamentos. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br>>.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Medicamentos órfãos - Medicamentos utilizados em doenças raras, cuja dispensação atende a casos específicos. Disponível em: [http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/glossario/glossario\\_m.htm](http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/glossario/glossario_m.htm).

\_\_\_\_\_. **Conitec (Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS)**. Disponível em: <<http://conitec.gov.br/>>.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Direito e Saúde. Disponível em: <<http://conitec.gov.br/index.php/direito-e-saude#ficha>>.

\_\_\_\_\_. **Conselho Nacional de Secretários de Saúde**. Assistência Farmacêutica: Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional. Brasília: Conass, 2004. p. 18. Disponível em: <<http://bvsmms.saude.gov.br>>.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Judicialização da saúde será tema da primeira pesquisa da Enfam e escolas judiciais. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/2015/03/judicializacao-da-saude-sera-tema-da-primeira-pesquisa-da-enfam-e-escolas-judiciais/>>.

\_\_\_\_\_. **Conselho Nacional de Justiça**. Resolução nº 107, de 06 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Recomendação nº 43, de 20 de agosto de 2013. Disponível em: <[www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br)>.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Resolução nº 159, de 17 de outubro de 2012. Disponível em: <[www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br)>.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. I Jornada de Direito da Saúde. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Experiência brasileira de democracia sanitária serve de exemplo a outros países. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/dmch>>.

\_\_\_\_\_. **Ministério da Saúde**. NOAS – SUS (Norma Operacional de Assistência à Saúde) nº 01/2002. Gestão atinente aos medicamentos excepcionais - Portarias GM nº 2.577/06 e 204/07. Disponível em: <<http://www.saude.se.gov.br>>.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME). 9. ed. Disponível em: <<http://bvsms.saude.gov.br/>>.

\_\_\_\_\_. **Senado Federal**. DRU. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/dru>>.

BRASIL JUNIOR, Samuel Meira; CASTELLO, Juliana Justo Botelho. O *enforcement* das decisões judiciais no tocante às políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. Políticas públicas e direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, nº 133, ano 34, Brasília, jan.-mar. 1997.



\_\_\_\_\_. (Org.). O conceito de política pública em Direito. In: **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. Quatro perguntas e quatro respostas sobre o *amicus curiae*. **Revista Nacional da Magistratura**, nº 5, Ano II, Brasília, mai. 2008.

BURGO, Vitor. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

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

CAMBRICOLI, Fabiana. Governos gastam R\$ 314 milhões com remédio importado. **O Estado de São Paulo**, 24 mai. 2015. Disponível em: <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,governos-gastam-r-314-milhoes-com-remedio-importado,1693438>>.

CAMARGO FERRAZ, Antonio Augusto Mello de. Inquérito civil: dez anos de um instrumento de cidadania. In: MILARÉ, Édís (Org.). **Ação civil pública**. São Paulo: RT, 1995.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os Desafios do Judiciário: Um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.

CANCIAN, Natália. Ação judicial para acesso ao SUS explode em cinco anos. **Folha de São Paulo**, 07. mar. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/03/1599582-acao-judicial-para-acesso-ao-sus-explode-em-cinco-anos.shtml?cmpid=%22facefolha%22>>.

CANELA JÚNIOR, Oswaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. O orçamento e a *reserva do possível*: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. (Org.). Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais. In: **Temas de direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004.

\_\_\_\_\_. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contribuição para compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

\_\_\_\_\_. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1. ed. brasileira. 2. ed. portuguesa. São Paulo: RT. Portugal: Coimbra Editora, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*. In: *Le azioni a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio*. Padova: Cedam, 1976.

\_\_\_\_\_. *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*. In: *Rivista di Diritto Processuale*, nº 30, 1975.

\_\_\_\_\_; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. pela então Ministra do STF Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARLINI, Angélica. **Judicialização da saúde pública e privada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **O Ministério Público no processo civil e penal**: promotor natural, atribuição e conceito com base na Constituição de 1988. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública**: comentários por artigo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

CEBEPEJ; FGV. **Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde**. GRINOVER, Ada Pellegrini; SICA, Ligia Paula Pires Pinto (Coords). São Paulo, 2014.

CÉZAR DE SOUZA, Artur. **A parcialidade positiva do juiz**. São Paulo: RT, 2008.

CLÉVE, Clémerson Merlin. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. In: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, 2003.

COLLUCCI, Cláudia. Triplicaram as ações judiciais para obter medicamentos. **Folha de São Paulo**, 09 jan. 2009. Disponível em:  
<<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/saude/sd0901200901.htm>>.

COMPARATO, Fábio Konder. O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos. In: **Direitos Humanos: visões contemporâneas**. Associação Juízes para a Democracia. São Paulo, 2001.

\_\_\_\_\_. SALOMÃO FILHO, Calixto. Pra que tanta celeuma quanto a participação social? **Carta Capital**, 04 set. 2014. Disponível em:  
<<http://www.cartacapital.com.br/revista/815/pra-que-tanta-celeuma-artigo-6905.html>>.

CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. A execução forçada de políticas públicas em juízo. **Revista de Processo (RePro)**, vol. 212, out. 2012.

COURTIS, Christian; ABRAMOVICH, Victor. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2004.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2006.

CUNHA JUNIOR, Dirley. **Controle judicial das omissões do Poder Público**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DAMIÃO, Silvia Vieira. A efetivação das políticas públicas de saúde pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário. **De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais**, nº 15, jul.-dez. 2010.

DANIEL, Juliana Maia. Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Philosophie du Droit*. Paris: Dalloz, 1953.

DEMAREST, Maria Verônica Melo; ESPER, Vivian Maria; MOLIN, Carina Dal. Os provimentos judiciais para intervenção em políticas públicas: obrigações de fazer e não fazer, tutela antecipada e sentença condenatória. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Direito à inafastabilidade do Poder Judiciário. In: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coords.). **Direitos constitucionalizados**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_; ZANETI JUNIOR, Hermes. Princípio da adequação jurisdicional do processo coletivo – Benfazeja proposta contida no projeto de nova lei de ação civil pública. In: GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita. **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, vol. 2.

\_\_\_\_\_. Súmulas vinculantes. **Revista Forense**, vol. 347, jul.-set. 1999,

DUARTE NUNES, Everardo. Sobre a história da saúde pública: ideias e autores. **Revista Ciência & Saúde Coletiva**, nº 02, vol. 05, 2000.

DURAN-FERREIRA, Camila et al. **O Judiciário e as políticas públicas de saúde no Brasil: o caso AIDS**. In: Prêmio IPEA 40 anos: monografias premiadas. Brasília: IPEA, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA (EPM). **Cadernos Jurídicos – Saúde**, nº 36, ano 14, São Paulo, jan.-abr. 2013.

ESTADO DE SÃO PAULO. **Procuradoria Geral do Estado**. Palestra de Celso Lafer, Globalização econômica, políticas neoliberais e os direitos econômicos, sociais e culturais. 1º Encontro Brasileiro de Direitos Humanos, São Paulo, 01º a 04 dez. 1999. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/seminario/painel1.htm>>.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar nº 734, de 26 de novembro de 1993**. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/1993/alteracao-lei.complementar-734-26.11.1993.html>>.

\_\_\_\_\_. **Constituição Estadual**. Disponível em: <<http://www.legislacao.sp.gov.br/legislacao/dg280202.nsf/a2dc3f553380ee0f83256cfb00501463/46e2576658b1c52903256d63004f305a?OpenDocument>>.

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.

\_\_\_\_\_. **Direito e economia na democratização brasileira**. São Paulo: Malheiros, 1993.

FERNANDES DE OLIVEIRA, Régis. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: RT, 2006.

FERRARESI, Eurico. O papel do Ministério Público no controle das políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

\_\_\_\_\_. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: RT, 2007.

\_\_\_\_\_. **Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo: instrumentos processuais coletivos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. Direito processual coletivo. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). **Tutela coletiva**. São Paulo: Atlas, 2006.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabíola Supino. Direito à saúde, políticas públicas e desigualdades sociais no Brasil: equidade como princípio fundamental. **Revista Dados**, nº 1, vol. 52, 2009.

\_\_\_\_\_. Direito à saúde, escassez e Judiciário. **Folha de São Paulo**, 10 ago. 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz1008200709.htm>>.

\_\_\_\_\_; WANG, Daniel Wei Liang. **Fosfoetanolamina** - A proteção judicial à medicina sem base em evidência. **JOTA**, 08 nov. 2015. Disponível em: <<http://jota.info/a-protecao-judicial-a-medicina-sem-base-em-evidencia>>.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Judicialização da saúde tem criado SUS de duas portas. **Revista Consultor Jurídico**, 22 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-22/judicializacao-saude-criado-sus-duas-portas>>. Acesso em 23. jun. 2015.

FERREIRA, Éder. As ações individuais no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FISS, Owen. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Trad. por Daniel Porto Godinho da Silva. Coord.: Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2004.

FLÁVIO DE OLIVEIRA, Luiz. **A razoável duração do processo na perspectiva dos direitos humanos** – A reforma do Poder Judiciário. Campinas: Millennium, 2006.

FLUMINHAN, Vinícius Pacheco. **SUS versus Tribunais** - Limites e Possibilidades para uma Intervenção Judicial Legítima. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

FONSECA, Bruno Gomes Borges da; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Acesso à justiça e ações pseudoindividuais:(i)legitimidade ativa do indivíduo nas ações coletivas. **Revista de Processo (RePro)**, vol. 203, jan. 2012, São Paulo.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. **A ação civil pública e o princípio da separação dos poderes**: estudo analítico de suas possibilidades e limites. São Paulo: RT, 2005.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide (artigo 285-A do CPC). In: SALLES, Carlos Alberto de (Coord.). **As grandes transformações do processo civil brasileiro** – Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos** – Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. A evolução das ideias de acesso à Justiça. **Revista Autônoma de Processo**, nº 3, abr.-jun. 2007.

GARCIA DE SOUSA, José Augusto. A legitimidade coletiva da Defensoria Pública à luz do princípio da generosidade. In: GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita. **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos** – As ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: RT, 2007.

\_\_\_\_\_. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. t. I.

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Trad. de Antonio López Pina. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

\_\_\_\_\_. O magistério de Enrico Tullio Liebman no Brasil. **Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul**, nº 39, vol. 14, Porto Alegre, mar. 1987.

\_\_\_\_\_. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**, nº 7, vol. 7, 2010.

\_\_\_\_\_. **O Processo em Evolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

\_\_\_\_\_. Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos. **Revista da Faculdade de Direito**, vol. 79, Universidade de São Paulo, jan. 1984. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67016>>.

\_\_\_\_\_. Direito processual coletivo. In: LUCON, Paulo Henrique Santos (Coord.). **Tutela coletiva**. São Paulo: Atlas, 2006.

\_\_\_\_\_. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, **Revista de Processo (RePro)**, vol. 164, São Paulo, 2008.

\_\_\_\_\_. Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos. **Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, nº 13, 1984.

\_\_\_\_\_. WATANABE, Kazuo (Coords.). **Seminário e debate sobre o Anteprojeto de lei Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, 19/06/2012.

\_\_\_\_\_. Parecer escrito a pedido da ANADEP-Associação Nacional dos Defensores Públicos, anexo aos autos da ADI nº 3943. In: GARCIA DE SOUSA, José Augusto (Coord.). **Uma nova Defensoria Pública pede passagem**: reflexões sobre a Lei Complementar 132/2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. A judicialização é a insatisfação do povo com o que não obtém administrativamente. **Migalhas**, 21 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/>>.



GUIMARÃES, Jader Ferreira; WITZEL, Wilson José. Limitações processuais à tutela judicial do direito à saúde. **Revista de Processo**, vol. 179, jan. 2010, São Paulo.

HENRIQUES DA COSTA, Susana. O Poder Judiciário no controle de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

\_\_\_\_\_. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Orgs.). **O processo em perspectiva**. Jornadas Brasileiras de Direito Processual. São Paulo: RT, 2013.

\_\_\_\_\_. Ética e Ministério Público: uma reflexão em três momentos. In: LIVIANU, Roberto (Coord.) **Justiça, cidadania e democracia** [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. pp. 229- 238. Disponível em: <<http://books.scielo.org>>.

JACOB, Cesar Augusto Alckmin. *A reserva do possível*: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

KNOPLOCH, Carol. Anvisa muda postura e só autoriza canabidiol para epilepsia. **O Globo**, 03 set. 2015. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/saude/anvisa-muda-postura-so-autoriza-canabidiol-para-epilepsia-17386220>>.

LACERDA, Galeno. O Código como sistema legal de adequação do processo. **Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul**, comemorativa do cinquentenário 1926-1976, Porto Alegre.

LAGE, Lívia Regina Savergnini Bissoli. O novo papel do Judiciário e a teoria da separação dos poderes: judicialização de direitos? **Revista de Processo (RePro)**, nº 184, 2010, jun.-2010.

LAZZARINI, Marilena. As investidas contra as ações civis públicas. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). **Tutela coletiva**. São Paulo: Atlas, 2006,

LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas**. São Paulo: RT, 2014.

\_\_\_\_\_. A ação civil pública e a ideologia do Poder Judiciário: o caso do Distrito Federal, **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, nº 35, 1995.

LEITE, Fabiane. Estados tentam barrar remédio via Justiça. **Folha de São Paulo**, 03 out. 2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0310200512.htm>>.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

LEONEL, Ricardo de Barros. Ações coletivas: nota sobre competência, liquidação e execução. **Revista de Processo (RePro)**, vol. 132, fev. 2006.

\_\_\_\_\_. Causa de pedir e pedido nos processos coletivos: uma nova equação para a estabilização da demanda. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Direito processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: RT, 2007, vol. 01.

\_\_\_\_\_. Novos desafios do Ministério Público na tutela coletiva. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **A ação civil pública após 25 anos**. São Paulo: RT, 2010.

\_\_\_\_\_. **Manual do processo coletivo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

LIMA, George Marmelstein. **Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Dissertação (Mestrado) - UFC, Ceará, 2005. Disponível em <<http://direitosfundamentais.net>>.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006.

\_\_\_\_\_. Em torno da *reserva do possível*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: Orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; GABBAY, Daniela Monteiro; ALVES, Rafael Francisco; ANDRADE, Tathyana Chaves de. Interpretação do pedido e da causa de pedir nas demandas coletivas (conexão, continência e litispendência). In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). **Tutela coletiva**. São Paulo: Atlas, 2006.

LUNA, Ana Claudia Vergamini. **Direitos sociais:** controle jurisdicional de políticas públicas, limites e possibilidades. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2012.

LUZ, Madel Therezinha. **As instituições médicas no Brasil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

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. 13. ed. São Paulo: RT, 2014.

\_\_\_\_\_. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação civil pública:** Lei 7.347/1985 - 15 anos. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.

\_\_\_\_\_. **Acesso à justiça** – Condicionantes legítimas e ilegítimas. 2. ed. São Paulo: RT, 2015.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição coletiva e coisa julgada:** teoria geral das ações coletivas. 3. ed. São Paulo: RT, 2012.

\_\_\_\_\_. O direito à tutela jurisdicional: o novo enfoque do art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal. **Revista dos Tribunais**, ano 101, vol. 926, dez.-2012.

\_\_\_\_\_. A concomitância entre ações de natureza coletiva. In: GRINOVER, Ada; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.** São Paulo: RT, 2007.

\_\_\_\_\_. **Interesses difusos:** conceito e legitimação para agir. 8. ed. São Paulo: RT, 2013.

\_\_\_\_\_. A projetada participação equânime dos colegitimados à propositura da ação civil pública: da previsão normativa à realidade forense. **Revista dos Tribunais**, nº 796, fev. 2002.

\_\_\_\_\_. Transposição das águas do rio São Francisco: uma abordagem jurídica da controvérsia. In: MILARÉ, Edis (Org.). **A ação civil pública após 20 anos:** efetividade e desafios. São Paulo: RT, 2005.

\_\_\_\_\_. **Ação popular** - Proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. 7. ed. São Paulo: RT, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Processual Civil**, nº 28, vol. 8, Curitiba, abr.-jun. 2003.

\_\_\_\_\_. ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

MAZZA, Fábio Ferreira. **Os impasses entre a judicialização da saúde e o processo orçamentário sob a responsabilidade fiscal: uma análise dos fundamentos decisórios do Supremo Tribunal Federal**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2013.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. São Paulo: RT, 1993.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo moderno**. 14. ed. São Paulo: RT, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. **Mandado de segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social**. Tese apresentada à IX Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Florianópolis, 1982.

\_\_\_\_\_. Controle judicial dos atos administrativos. **Revista de Direito Público**, nº 65, ano 16, jan.-mar. 1983.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis. In: GRINOVER, Ada; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: RT, 2007.

\_\_\_\_\_. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

\_\_\_\_\_; SILVA, Larissa Clare Pochmann. Restrições à tutela de urgência em face da Fazenda Pública em demandas individuais e coletivas. **Revista de Processo (RePro)**, vol. 242, abr. 2015.

MENDONÇA, Priscila Faricelli de. O papel do juiz na efetiva implementação da política pública. Como administrar a implementação? AFONSO DA SILVA, Virgílio. O Judiciário e as políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). **Direitos Sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito vigente ao direito projetado. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: RT, 2007.

MOLIN, Carina Gomes dal; MELO, Maria Veronica Monteiro de; ESPER, Vivian Maria. Os provimentos judiciais para intervenção em políticas públicas: obrigações de fazer e não fazer – Tutela antecipada e sentença condenatória. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição de 1988. **Revista de Processo**, nº 61, vol. 16.

\_\_\_\_\_. A proteção jurídica dos interesses coletivos. A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: **Temas de direito processual**, terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

\_\_\_\_\_. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. **Revista de Processo (RePro)**, nº 39, São Paulo, 1985.

MOURA, Humberto Fernandes. Ativismo judicial e a *coletivização* de ação individual. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro (RIDB)**, nº 3, ano 1, Lisboa, 2012. Disponível em: <www.idb-fdul.com>. Disponível em: 20. dez. 2014.

NERY JUNIOR, Nelson. O Ministério Público e sua legitimação para a defesa do consumidor. **Justitia**, nº 160, vol. 54, out.-dez. 1992.

\_\_\_\_\_; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 14. ed. São Paulo: RT, 2014.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 5. ed. São Paulo: RT, 2001.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, Flávio Luís de. Princípio do acesso à justiça. In: LOPES, Maria Elisabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Coords). **Princípios processuais civis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**. Curitiba: Juruá, 2008.

ONODERA, Vinicius Kiyoshi. O controle judicial das políticas públicas por meio do mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e arguição de descumprimento de preceito fundamental. Contornos e perspectivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU), **Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**, 1966. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm)>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU), **Declaração Universal dos Direitos do Homem (D.U.D.H)**, 1948. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>.

PAIM, Jairnilson Silva. **O que é o SUS**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2009.

PARIS. ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/declaracao/>>.

PERLINGEIRO, Ricardo. A tutela judicial do direito público à saúde no Brasil. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, nº 41, jul.-dez. 2012.

PIOVESAN, Flavia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coords.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_; VIEIRA, Renato Stanzola. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. *Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades*, nº 15, año 8, Sevilla, abr.-2006.

POSSAS, Cristina de Albuquerque. **Saúde e trabalho**: a crise da previdência social. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1981.

PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial** - Parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. Eficácia de normas constitucionais, implementação de direitos fundamentais e ativismo judiciário. In: FRANCISCO, José Carlos (Coord.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional**: do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2012.

\_\_\_\_\_. Controle jurisdicional de políticas públicas: a efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição brasileira de 1988. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, vol. 102, jan.-dez. 2007.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1975, vol.1.

ROCHA JUNIOR, Paulo Sergio Duarte da. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2009.

RODRIGUEZ NETO, Eleutério. **Saúde** – Promessas e limites da Constituição. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Abril, 1973.

RUIZ, Urbano. A utilização do Judiciário para questionar e obrigar a Administração a desenvolver políticas públicas. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, nº 1, ano 6, jul.-dez. 2005.

SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais: o caso da saúde. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

\_\_\_\_\_. O processo judiciário como meio de tomada de decisões (sempre?). *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 75, jun. 2009.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. São Paulo: Forense, 2013.

\_\_\_\_\_. Judiciário: mudanças e reformas. **Estudos Avançados**, nº 51, vol. 18, mai.-ago. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/>>.

\_\_\_\_\_; ARANTES, Rogério Bastos. A crise do Judiciário e a visão dos juízes. **Revista USP**, nº 21, mar.-abr.-mai. 1994.

\_\_\_\_\_. Judiciário: mudanças e reformas. In: **Estudos Avançados**, nº 51, vol. 18, 2004.

SALLES, Carlos Alberto de. **Políticas Públicas e a Legitimidade para defesa de interesses difusos e coletivos**. São Paulo: RT, 2005, vol. 121.

\_\_\_\_\_. (Coord.). Duas faces da proteção judicial dos direitos sociais no Brasil. In: **As grandes transformações do processo civil brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

\_\_\_\_\_. Coisa Julgada e extensão dos efeitos da sentença em matéria de direitos sociais constitucionais. In: GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita (Coords.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Execução judicial em matéria ambiental**. São Paulo: RT, 1998.



SANTANA, Izaias José de. **O Poder Judiciário e o controle do conteúdo das políticas públicas de saúde**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2011.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 27. ed. Atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Kohnen. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. I.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais** 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: Orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, nº 67, 2008.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais: Orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. **Interesse Público**, nº 32, vol. 7, jul.-ago. 2005.

SHIMURA, Sérgio. O reexame necessário nas ações coletivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: RT, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA DINAMARCO, Pedro da. **Ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2001.

SOUZA DE OLIVEIRA, Fábio Corrêa. **Por uma teoria dos princípios**: o princípio da razoabilidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SOUSA SANTOS, Boaventura. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 11. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SUNSTEIN, Cass. *Health-health trade-offs*. In: **Free Markets and Social Justice**. New York: Oxford University Press, 1997.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Conceito, 2011.

TERRAZAS, Fernanda Vargas. **O poder judiciário como voz institucional dos pobres**: o caso das demandas judiciais por medicamentos. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil - Procedimentos especiais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, vol. 3.

\_\_\_\_\_; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. **Revista de Processo (RePro)**, nº 189, nov. 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais**: Orçamento e *reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. Judicialização não é sinônimo de ativismo judicial. **Revista Consultor Jurídico**, 01. dez. 2012. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2012-dez-01/diario-classe-judicializacao-nao-sinonimo-ativismo-judicial>>.

VARELLA, Drauzio. O preço da saúde. **Dr. Drauzio**, 07 abr. 2014. Disponível em: <<http://drauziovarella.com.br/noticias/o-preco-da-saude/>>. Acesso em 23. nov. 2015.

VASCONCELOS, Manuel Antonio Sandoval; GARCIA, Manuel Enriquez. **Fundamentos da Economia**. São Paulo: Saraiva, 2002.

VENTURI, Elton. A competência jurisdicional na tutela coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: RT, 2007.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2006.

\_\_\_\_\_. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial à brasileira. **Revista Direito GV**, São Paulo, jul.-dez. 2008.

VIEIRA, Fabíola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Revista de Saúde Pública**, nº 2, vol. 41, 2007.

VIGLIER, José Marcelo Menezes. **Tutela jurisdicional coletiva**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

VILHENA VIEIRA, Oscar. Supremocracia. **Revista Direito GV**, nº 4, São Paulo, jul.-dez. 2008.

VIOTTI, Ana Carolina. de Carvalho. **As práticas e os saberes médicos no Brasil colonial (1677-1808)**. Dissertação (Mestrado) - UNESP, Franca, 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Anotações sobre a liquidação e a execução das sentenças coletivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: RT, 2007.

WANG, Daniel Wei Liang. **Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde**. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2009.

WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

\_\_\_\_\_. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. **Revista de Processo (RePro)**, vol. 139, set. 2006.

\_\_\_\_\_. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimidade para agir. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonad, 1984.

\_\_\_\_\_. Controle jurisdicional das políticas públicas – *Mínimo existencial* e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

\_\_\_\_\_. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: RT, 2007.

\_\_\_\_\_ et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e Federação na Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. O direito social e o direito público subjetivo à saúde – O desafio de compreender um direito com duas faces. **Revista de Direito Sanitário**, nº 02, vol. 09, jul.-out. 2008.

YOSHINAGA, Juliana Yumi. Judicialização do direito à saúde: a experiência do Estado de São Paulo na adoção de estratégias judiciais e extrajudiciais para lidar com esta realidade. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 24, dez.-jan.-fev./2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com>>.

ZANATTA, Mauro. Saúde, o gasto público insuficiente. **Jornal GGN**, 04 mai. 2010. Disponível em: <<http://jornalgggn.com.br/blog/luisnassif/saude-o-gasto-publico-insuficiente>>.

ZANETI JUNIOR, Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo** – Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: RT, 2006.

\_\_\_\_\_. **Antecipação de Tutela**. São Paulo: Saraiva, 1999.

ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

\_\_\_\_\_. **Coisa julgada coletiva**. São Paulo: Saraiva, 2011.