

A POSSIBILIDADE DE TUTELA COLETIVA DO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL À SAÚDE NO ESTADO CONSTITUCIONAL

THE POSSIBILITY OF CLASS ACTION FOR THE FUNDAMENTAL HUMAN RIGHT TO HEALTH IN A CONSTITUTIONAL STATE

TEREZA CRISTINA SORICE BARACHO THIBAU*
LUCIANA DE PAULA LIMA GAZZOLA**

RESUMO

Os direitos fundamentais assegurados em um Estado Constitucional outorgam ao indivíduo o direito a prestações estatais, fundamentando a ideia de justiciabilidade desses direitos, ora avaliados sob a égide do direito à saúde, e outorgando ao Poder Judiciário um atual papel em sua efetivação. A relevância social do direito à saúde, enquanto direito humano e fundamental, baseia-se em sua ligação umbilical com o direito à vida e com o núcleo essencial da dignidade humana. Contudo, a explosão de litigiosidade observada na matéria e os problemas advindos do vultoso número de demandas individuais neste campo colocam em risco a própria prestação igualitária e universal da saúde, de acordo com os ditames constitucionais. Diante disso, preconiza-se a possibilidade de tutela coletiva como instrumento concretizador desse direito, especialmente no que concerne à atualização das listas de medicamentos fornecidos pelo Poder Público, de acordo com a tendência contemporânea de ampliação da proteção de direitos coletivos em sentido lato.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à saúde. Tutela coletiva. Medicamentos. Poder Judiciário.

ABSTRACT

The fundamental rights ensured in a Constitutional State grant to the individual the right to state services, giving substance to the idea of these rights as being consistent with justice, currently being assessed under the umbrella of the right to health, and giving to the Judiciary Power a role in their implementation. The relevance of the right to health, a fundamental human right, is anchored in its visceral link to the right to life, and to the core of human dignity. However, the explosion of litigation that can be observed in relationship with this issue and the problems stemming from the vast number of individual demands, endanger the provision of egalitarian and universal health, according to constitutional mandates. In face of this, the possibility of class action as an instrument to materialize this right is recommended, especially regarding the updating of the list of medications provided by public institutions, according to the contemporary trend of protecting those rights that transcend the individual, in a collective perspective.

KEYWORDS: Right to health. Class action. Medications. Judiciary.

* Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora Associada da Faculdade de Direito da UFMG.
E-mail: tthibau@gmail.com.

** Discente do curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito Médico pela Escola Paulista de Direito. Médica Patologista.
E-mail: lugazzola@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O papel do Poder Judiciário na efetivação do direito fundamental à saúde vem ganhando cada vez mais importância, sobretudo devido à explosão de litigiosidade na matéria e ao grande número de decisões favoráveis aos pleitos dos cidadãos, o que torna o tema alvo de calorosos debates doutrinários.

A justiciabilidade do direito à saúde, como possibilidade de buscar a garantia ou correção da violação a esse direito por meio do acesso ao Poder Judiciário, é inegável, uma vez que é dada, aos detentores de tal direito subjetivo fundamental, a possibilidade de se exigir seu cumprimento em juízo. Contudo, a excessiva judicialização da matéria trouxe problemas e demonstrou a inefetividade parcial da jurisdição individual nessa seara, bem como a necessidade de se buscar mecanismos alternativos à litigância individual.

Não se questiona a existência de um direito fundamental individual à saúde. Entretanto, a tendência contemporânea centra-se na proteção de direitos metaindividuais na perspectiva da coletividade. Nesse espaço, portanto, o que ora se pretende é apontar a possibilidade de efetivação do direito fundamental à saúde por meio da tutela coletiva, diante das dificuldades que a excessiva judicialização em demandas individuais acarreta. Para tanto, procurar-se-á traçar, em breves considerações, os contornos do Estado Democrático de Direito no neconstitucionalismo, afirmando-se a natureza fundamental do direito à saúde e, ainda, sua proteção enquanto direito humano no plano internacional, legitimando-se a possibilidade de tutela desse direito por meio do processo coletivo. Torna-se indispensável que se dê tratamento jurídico necessariamente de forma racional ao tema, em busca de soluções justas e eficazes aos conflitos que se formam nesta seara, em razão da alta relevância social que a matéria incorpora.

1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O NEOCONSTITUCIONALISMO

Não se compreende a importância contemporânea da tutela dos direitos fundamentais sem uma pontual análise do tema sob

o prisma do Estado Democrático de Direito e sua releitura após o neoconstitucionalismo.

O Estado de Direito, enquanto forma de organização política cujo poder se vincula ao Direito e encontra limites jurídicos, revela como princípio básico o da “eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos com a conseqüente garantia de direitos dos indivíduos perante esses poderes” (CANOTILHO, 1999, p. 9).

No Estado de Direito, os direitos individuais radicados na dignidade da pessoa humana não cedem ao interesse do Estado, uma vez que a estrutura política estatal se subordina às leis e à soberania da representação popular.

Luís Roberto BARROSO (2008, p.18) afirma que a ideia de Estado Democrático de Direito

[...] é a síntese histórica de dois conceitos que são próximos, mas não se confundem: os de constitucionalismo e de democracia. Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei. Democracia, por sua vez, em aproximação sumária, traduz-se em soberania popular e governo da maioria.

Ainda analisando-se os conceitos, democracia, um dos pilares de um Estado Democrático de Direito, é instituto que existe, segundo José Afonso da SILVA (2005, pp. 132-134), para concretizar direitos fundamentais, tendo em vista se tratar de “um governo do povo, pelo povo e para o povo”. A ordem de domínio estatal articuladamente elaborada legitima-se pelo povo. Além disso, o Estado Constitucional é, primeiramente, “uma constituição limitadora do poder através do império do direito” (CANOTILHO, 1999, p. 17).

Articulando-se as duas dimensões no moderno Estado Constitucional de Direito por meio do princípio da soberania popular, segundo o qual todo poder emana do povo, compreende-se a legitimação do poder estatal pela garantia de participação na formação democrática da vontade popular.

Historicamente e indo além, o neoconstitucionalismo, inaugurado na Europa em meados do século XX, reconhecendo a força normativa da Constituição, bem como sua supremacia valorativa, impõe uma nova compreensão dos institutos jurídicos

então existentes de acordo com a tábua axiológica constitucional, momento em que se implanta um novo paradigma, o do Estado Democrático e Constitucional de Direito.

Passou a ser premissa do estudo do Direito Constitucional e, conseqüentemente, do Direito Processual, uma vez que o neoconstitucionalismo impõe a releitura dos institutos processuais sob a luz da Constituição, inaugurando o chamado neoprocessualismo, o reconhecimento de sua força normativa e do caráter vinculante de suas normas. É dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade e a atividade jurisdicional será dotada do papel de proteção destas normas.

É nesse contexto que se desenvolve e fortalece a teoria dos direitos fundamentais, que representam a aspiração de impor um mínimo ético ao Direito. O direito fundamental passa a ser visto sob duas dimensões: a dimensão objetiva, como uma norma constitucional que impõe que normas infraconstitucionais a tenham por premissa; e a dimensão subjetiva, na medida em que direitos fundamentais não são apenas normas, mas direitos vistos sob o ponto de vista do sujeito, que deve e espera ter seu direito protegido e tutelado pelo Estado.

Dirley da CUNHA JÚNIOR (2007, p. 90) assevera que

[...] na hodierna dogmática constitucional, com o reconhecimento de um direito fundamental à efetivação da Constituição, assiste-se, sem dúvida, a um deslocamento da doutrina dos direitos fundamentais dentro da reserva da lei para a doutrina da reserva da lei dentro dos direitos fundamentais, de tal modo que é incogitável negar o caráter jurídico e, conseqüentemente, a exigibilidade e acionabilidade dos direitos fundamentais sociais, que são autênticos direitos subjetivos.

O autor prossegue concluindo que

[...] essa evolução de paradigma, com o reconhecimento da centralidade das Constituições nos sistemas jurídicos e da posição central dos direitos fundamentais nos sistemas constitucionais, tem propiciado o fortalecimento da posição em defesa da efetividade dos direitos fundamentais sociais (CUNHA JR, 2007, p. 73).

Nesse paradigma, portanto, os direitos fundamentais sociais, dentre os quais se inclui o direito à saúde, caracterizados

pela dimensão positiva prestacional que lhes é inerente, reclamam do Estado um facere em benefício do indivíduo, garantindo-lhe um padrão mínimo de satisfação de suas necessidades pessoais e sociais.

2 O DIREITO À SAÚDE ENQUANTO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL

A relevância pública constitucionalmente atribuída ao direito à saúde fundamenta-se na sua ligação umbilical com o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana e com a vida. Não se olvida que o direito à saúde é direito fundamental positivado e garantido no plano interno; apesar de constituir direito social normalmente abrangido em normas constitucionais ditas programáticas, integra o mínimo existencial ao qual são atribuídas eficácia integral e aplicabilidade imediata.

Sob o ponto de vista filosófico e em sentido amplo, um direito fundamental se refere ao direito mínimo reconhecido ao ser humano pelo simples fato de sua existência racional. Contudo, contemporaneamente, compreende-se a expressão como um direito positivado e acolhido no plano estatal interno, sobretudo constitucional, enquanto elemento essencial do ordenamento jurídico nacional.

No plano internacional, os direitos humanos são aqueles reconhecidos nos instrumentos de Direito Internacional Público, inerentes ao ser humano por sua própria existência, ideia que, antes de se opor ao conceito de direito fundamental, traz um sentido de complementaridade, pois ambos constituem expressões que se reportam a distintas esferas de positivação.

É de extrema clareza a explanação de Ingo Wolfgang SARLET (2006, p. 35), que afirma que

[...] importa considerar a relevante distinção quanto ao grau de efetiva aplicação e proteção das normas consagradoras dos direitos fundamentais (direito interno) e dos direitos humanos (direito internacional), sendo desnecessário aprofundar, aqui, a ideia de que os primeiros – ao menos em regra – atingem (ou, pelo menos, estão em melhores condições para isto) o maior grau de efetivação, particularmente em face da existência de instâncias (especialmente

as judiciárias) dotadas do poder de fazer respeitar e realizar esses direitos.

CANOTILHO (1999, p. 33) também ressalta tal diferenciação, ao argumentar que

[...] os direitos fundamentais, tal como estruturam o Estado de direito no plano interno, surgem também, nas vestes de direitos humanos ou de direitos do homem, como um núcleo básico do direito internacional vinculativo das ordens jurídicas internas. Estado de direito é o Estado que respeita e cumpre os direitos do homem consagrados nos grandes pactos internacionais.

Seguindo a mesma distinção já explicitada, Valerio MAZZUOLI (2009, p. 739) arrola, como algumas das características dos direitos humanos, a universalidade, a vedação do retrocesso e a essencialidade, ressaltando a prevalência da dignidade humana como núcleo fundante da proteção de tais direitos em seu âmbito material, estando os Estados proibidos de proteger menos do que já protegem ou impor restrições que diminuam direitos já assegurados tanto no plano interno como no internacional.

A saúde é direito fundamental e direito humano protegido em diversos tratados internacionais que já se encontram ratificados pelo Brasil, que tutelam, sobretudo, a integridade física, psíquica e moral da pessoa, pertencentes ao conceito amplo do que se denomina saúde.¹

Por fim, a inter-relação dos direitos fundamentais no plano interno com o pluralismo jurídico multicultural e a transconstitucionalidade não pode ser ignorada, uma vez que o multiculturalismo constitui historicamente a sociedade brasileira, como demonstra Miracy GUSTIN (2010, p. 421):

Os direitos humanos na diversidade do culturalismo pátrio e a transconstitucionalização de sua aplicação levará, possivelmente, o

1 Dentre os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, que expressamente consagram a proteção da saúde, na forma de um direito humano fundamental e como um estado de bem-estar amplo, sobretudo biopsicossocial, destacam-se a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) e a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989).

ordenamento jurídico a ampliar o processo de compreensão acerca do humano, de suas várias culturas como uma das dimensões da natureza e de suas normas como dimensão dialógica de seu ser com sua alteridade. Não se pode entender, assim, os direitos humanos tão só como uma criação estatal, eles são uma construção das sociedades em cada período histórico e segundo suas necessidades e demandas.

Segundo a linha de entendimento da autora, à qual ora se filia, a proteção constitucional interna dos direitos fundamentais é deveras influenciada pela mundialização das relações, tornando necessário reconhecer a indispensabilidade de novos modelos jurídicos e processuais que se voltem à plena efetivação de direitos e à interpretação do complexo fenômeno jurídico atual.

É nesse contexto que o direito à saúde, enquanto direito fundamental e humano transnacional, se insere, reclamando proteção que se expande para além das fronteiras nacionais e exigindo atuação estatal que envolva solidariedade e procura de soluções para a efetivação dos complexos problemas observados na temática.

3 A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS POR MEIO DO PROCESSO

A partir da compreensão das premissas do Estado Constitucional, do neoconstitucionalismo e da afirmação do direito à saúde enquanto direito humano e fundamental, essencial se torna a análise das formas de efetivação e garantia desse direito.

Diante da amplitude do tema e da necessidade de delimitação do objeto de análise, o que ora se propõe é o enfoque específico da possibilidade de efetivação do direito à saúde por meio do processo, sobretudo do processo coletivo, tendo em vista o que há muito se conhece como “judicialização da saúde” no Brasil e explosão de litigiosidade em demandas individuais que pleiteiam prestações do poder público nesse campo.

Trata-se de um âmbito específico de processualização, dentro do que se compreende por judicialização de políticas públicas e das discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca do controle judicial das metas e programas eleitos pelos administradores públicos e

pelo legislador como formas de se realizar os fins constitucionais (THIBAU, 2009, p. 33).

Frente a este cenário, não se ignoram as profundas mudanças havidas na ciência jurídica como um todo, sobretudo a partir do neoconstitucionalismo, que impõe uma releitura de institutos jurídicos clássicos, influenciando, sobremaneira, a compreensão do processo individual e coletivo.

Reconhece-se a força normativa da Constituição da República de 1988, que passa a influenciar diretamente a realidade social. Desenvolve-se a teoria dos direitos fundamentais, compreendidos como imperativos de tutela e efetivamente garantidos pela Constituição, aprimorando-se a jurisdição constitucional. Reforçam-se os aspectos éticos do processo, que será interpretado a partir dos princípios, dos valores e da força normativa da Constituição. Impõe-se, em consequência, a necessidade de se repensar as formas de pacificação dos crescentes conflitos em matéria de direito à saúde e prestações positivas estatais.

A temática versada no presente estudo reveste-se de importância constitucional e envolve garantia de princípios fundantes da República, como a dignidade da pessoa humana, em sua ligação umbilical com o direito à vida e à saúde.

Nesse contexto, inviável afastar a possibilidade de proteção de direitos de tal monta pelo Poder Judiciário. Não se olvida que os parâmetros estabelecidos pelo magistrado em um processo judicial são mais estreitos que os utilizados pelo legislador, nos quais se norteia a atividade do administrador público. Contudo, julgamentos que envolvem a matéria em discussão “não perdem a legitimidade à luz do Estado Democrático de Direito, pois impõe-se aperceber que os espaços de discussão acerca dos objetivos da sociedade também se estendem ao processo judicial” (THIBAU, 2009, p. 35). Tal legitimidade faz-se presente, sobretudo, nas ações judiciais coletivas e no exercício do contraditório e da efetiva participação dos litigantes no processo de formação do convencimento motivado do julgador.

O direito à saúde assegurado constitucionalmente outorga ao indivíduo o direito a prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente. A ideia de justiciabilidade do direito

à saúde aponta diretamente para o reconhecimento de situações jurídicas a favor do titular desse direito, seja no sentido de exigir respeito e não interferência (caráter negativo defensivo), seja no que se refere a pretensões positivas de caráter prestacional e demandas por proteção, ainda que pelo recurso à via judicial.

Com base nesse entendimento, o Poder Judiciário apresenta-se como o ponto de comunicação entre Estado e sociedade, tornando-se um instrumento de mudança social. No que concerne ao direito à saúde e no âmbito de sua dupla dimensão individual e coletiva, não é difícil observar que os juízes, Tribunais e membros do Ministério Público têm adquirido crescente visibilidade social: é notório que eles não são a única via para a efetivação de interesses legítimos; contudo, a sociedade os enxerga como titulares da obrigação de colaborar com o restante do Estado na efetivação de políticas públicas e promoção da inclusão social.

Suprindo as lacunas legislativas ou impondo a atuação positiva do Executivo quanto à promoção da saúde dos cidadãos, o Poder Judiciário e seus partícipes buscam equilibrar a ordem constitucional, sempre que necessário.

Lenio Luis STRECK (2003, p. 203) sustenta o relevante papel a ser desempenhado pelo Judiciário ao afirmar que

[...] a toda evidência, quando estou falando de uma função intervencionista do Poder Judiciário, não estou propondo uma (simplista) judicialização da política e das relações sociais (e nem a morte da política). Quando clamo por um ‘intervencionismo substancialista’, refiro-me ao cumprimento dos preceitos e princípios ínsitos aos Direitos Fundamentais Sociais e ao núcleo político do Estado Social previsto na Constituição de 1988. Ou seja, como bem salienta Krell [Andreas J. Krell], ali ‘onde o processo político (Legislativo, Executivo) falha ou se omite na implementação de políticas públicas e dos objetivos sociais nela implicados, cabe ao Poder Judiciário tomar uma atitude ativa na realização desses fins sociais através da correção de prestação dos serviços sociais básicos’.

Dessa forma, não há como afastar, em um Estado Constitucional, a apreciação da questão pelo Poder Judiciário, assim como a possibilidade de efetivação do direito à saúde por

meio do processo, tendo em vista a incontestável afirmação de que “os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica” (BARROSO, 2008, p. 14).

Contudo, diante da crescente complexidade social e, conseqüentemente, das demandas judiciais que versam sobre a matéria, há que se considerar os problemas que a excessiva judicialização acarreta, colocando em risco a própria continuidade das políticas de saúde e impedindo uma alocação justa, adequada e racional dos recursos públicos.

4 OS PROBLEMAS ADVINDOS DA EXCESSIVA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Apesar da incontestável possibilidade de processualização do direito à saúde como forma de sua garantia, os casuísmos e a explosão de litigiosidade na matéria têm demonstrado a existência de problemáticos excessos e incongruências, sintomáticos da falta de razoabilidade e do descompasso entre os órgãos do Poder Público envolvidos na questão.

É inegável que o Poder Judiciário tem legitimidade para assegurar o cumprimento de disposições constitucionais que garantem direitos fundamentais, sobretudo controlando a legalidade de políticas públicas e corrigindo omissões inconstitucionais do Poder Público na prestação e garantia de direitos. Contudo, “deve a atividade jurisdicional ser parcimoniosa, respeitando as opções legislativas e administrativas formuladas acerca da matéria pelos órgãos institucionais competentes” (BARROSO, 2008, p. 26).

A doutrina tece numerosas críticas sobre um possível exacerbado ativismo judicial em matéria de judicialização da saúde, sobretudo no que concerne ao fornecimento de medicamentos pelo Poder Público. Enumeram-se, no presente tópico, algumas dessas críticas, com o propósito tão somente de justificar a proposta de que se busquem novos meios de resolução de tais conflitos, sem o objetivo de referendar ou combater os argumentos expostos.

Luís Roberto BARROSO (2008, pp. 26-30), em artigo específico sobre a matéria, afirma que a crítica mais frequente diz

respeito ao fato de que a norma constitucional que assegura o direito à saúde ser considerada uma norma programática. O constituinte, além disso, teria optado por garantir o direito à saúde por meio de políticas econômicas e sociais determinadas pelo Poder Executivo, órgão que possui a adequada visão das possibilidades e equilíbrio entre as finanças públicas e as necessárias prestações estatais. Dessa forma, não haveria prerrogativa ou legitimidade democrática do Poder Judiciário em decidir de que modo devem ser alocados os recursos públicos.

Outro argumento frequentemente trazido à baila gravita em torno do princípio da reserva do possível, que diz respeito às possibilidades financeiras do Estado, que deve, diante de decisões difíceis e com recursos escassos, decidir com vistas a atender às demandas sociais dentro de suas possibilidades orçamentárias, considerando argumentos de análise econômica do Direito.

Dessa forma, afirma-se que decisões judiciais que deferem, de forma desarrazoada e sempre tendente a beneficiar o cidadão, a prestação de medicamentos e tratamentos de alto custo pelo Estado, provocam uma desorganização administrativa do Poder Público, privando a Administração da possibilidade de se planejar e otimizar suas prestações e políticas públicas.

Há, por fim, uma crítica que se refere à incapacidade técnica de o Poder Judiciário avaliar a real necessidade do tratamento pleiteado, frequentemente em cognição sumária e não exauriente. “O juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a micro-justiça, ao invés da macro-justiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública”, conclui BARROSO (2008, p. 31).

Pode-se afirmar, dessa forma, que o notório excesso de processos judiciais pleiteando prestações que envolvem a garantia de direitos fundamentais revela-se como uma patologia do Estado Democrático de Direito e uma demonstração de sua falência, uma vez que a premissa neoconstitucionalista de centralidade dos direitos fundamentais não vem sendo assegurada e efetivada, conforme preconizada na Constituição da República de 1988.

Não há sentido em se proteger constitucionalmente os direitos fundamentais sem meios de efetivá-los. E, diante dos problemas elencados, bem como da necessidade de se buscar meios

racionais para tutelar o direito à saúde, o processo coletivo se mostra como possibilidade concretizadora e ampliadora de garantias fundamentais ao cidadão, também nessa matéria.

5 A TUTELA COLETIVA COMO SOLUÇÃO E INSTRUMENTO CONCRETIZADOR DO DIREITO À SAÚDE

De acordo com obra clássica de Mauro CAPPELLETTI e Bryant GARTH (1988, p. 31), o entendimento acerca do acesso à justiça vem sofrendo significativas transformações, o que demanda uma nova compreensão do tema, bem como a utilização de novos procedimentos que visem solucionar a crise de acesso à justiça, como mecanismos de assistência judiciária e solução alternativa de conflitos, reformas tendentes a proporcionar solução jurídica para interesses metaindividuais e um enfoque amplo de acesso à justiça como acesso a uma ordem jurídica justa e igualitária.

A concepção tradicional de acesso à justiça no âmbito processual, na qual ora se inclui a dimensão processual do direito à saúde, foi construída com base na proteção e formação individual da lide, norteados o instrumental processual jurídico direcionado à matéria.

A excessiva judicialização do direito à saúde na esfera individual, entretanto, desnudou a crise da justiça e do acesso a este direito fundamental, bem como a inefetividade da jurisdição nos conflitos formados neste campo.

Ademais, com o progressivo fenômeno da coletivização dos interesses e, sobretudo, dos denominados direitos sociais, o Direito Processual se viu obrigado a ampliar as formas de proteção jurídica que visem efetivar interesses coletivos em sentido lato, como pode ser considerado o direito à saúde, por sua legítima relevância social.

Pode-se afirmar que:

a ação vai se desprendendo do enfoque individualista, sem dele se descuidar, e alcançando relevante expressão na tutela dos direitos e interesses metaindividuais, nos vastos espaços que o universo coletivo abre. O processo vai abandonando a visão tradicional de uma relação jurídica entre Estado e jurisdicionado, passando a operar como instrumento idôneo a alcançar uma ordem jurídica

mais justa e efetiva na tutela dos direitos e interesses da sociedade como célula universalizada (THIBAU, 2003, p. 271).

A tutela coletiva de interesses difusos em sentido amplo tem se mostrado alvo de pesquisas doutrinárias e foco de grande atenção da comunidade jurídica. No âmbito da saúde, sobretudo, as ações coletivas permitem uma discussão mais abrangente do contexto geral das políticas públicas, proporcionando uma ideia mais realista das dimensões da necessidade e da quantidade de recursos disponíveis.

Ademais, nas questões que envolvem o direito à saúde, está presente a nota da marcante conflituosidade – derivada do fato de que tal interesse envolve escolhas de caráter político –, característica dos interesses difusos passíveis de serem discutidos no âmbito das ações coletivas, como assevera Rodolfo de Camargo MANCUSO (2004, p. 110). O autor afirma, ainda, o caráter fluido desse direito, “decorrente do fato de que esses interesses exsurtem de situações fáticas variáveis no tempo e no espaço”.

Corroborando a inclusão do direito à saúde em uma categoria de direitos fundamentais de caráter transindividual e que não pode ser considerado interesse meramente individual nem mesmo interesse público primário – manifestação de vontade social, da coletividade – ou interesse público secundário – vontade de ação do Estado, forma como ele age interpretando a vontade social e, supostamente, visando alcançar um benefício coletivo –, Dirceu Pereira SIQUEIRA (2011, p. 115) sustenta que

[...] nesse sentido, temos o direito à saúde que, quando lesado ou ameaçado de lesão, tem uma abrangência extremamente gravosa a um número realmente indeterminado de pessoas, ou seja, a omissão estatal, quando da efetividade do direito à saúde, poderá atingir um número imensurável de pessoas, de forma que não poderia este direito ser considerado privado, nem mesmo público, pelo simples fato de dizer respeito a toda a coletividade.

Além disso, a importância da tutela jurisdicional do direito à saúde reside, ainda, nas significativas vantagens que ela proporciona, sobretudo no que tange à economia processual, à implementação do acesso à justiça e à efetividade do direito material (SIQUEIRA, 2011, pp. 121-130).

No âmbito da compreensão do direito à saúde como um direito de natureza difusa e/ou coletiva de relevância pública, os Tribunais pátrios têm admitido a legitimidade do Ministério Público na propositura de ação civil pública em defesa da saúde, com produção de efeitos erga omnes, o que proporciona, sobretudo, a igualdade e universalidade no atendimento à saúde da população, de acordo com os ditames constitucionais.²

Alguns parâmetros objetivos de atuação no âmbito das ações coletivas para proteção do direito à saúde vêm sendo propostos pela doutrina especializada, sobretudo no que tange à possibilidade de alteração das listas de medicamentos a serem dispensados pelo Poder Público.

Após a Audiência Pública sobre Direito à Saúde realizada no Supremo Tribunal Federal em abril de 2009 e, sobretudo, considerando o que restou decidido no bojo da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175³ – que definiu parâmetros para a solução

-
- 2 São representativos da jurisprudência pátria os seguintes acórdãos:
“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DE INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTE DO STJ. 1. O Ministério Público possui legitimidade ad causam para propor Ação Civil Pública visando à defesa de direitos individuais homogêneos, ainda que disponíveis e divisíveis, quando a presença de relevância social objetiva do bem jurídico tutelado a dignidade da pessoa humana, a qualidade ambiental, a saúde, a educação. 2. Recurso especial provido.” (STJ, Segunda Turma, REsp 945785/RS, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJe 11/06/2013).
“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. O Ministério Público é parte legítima para propor ação civil pública em defesa da vida e da saúde, direitos individuais indisponíveis, tendo por objeto o fornecimento de cesta de alimentos sem glúten a portadores de doença celíaca, como medida de proteção e defesa da saúde. Agravo regimental improvido.” (STJ, Segunda Turma, AgRg no AResp 91114/MG, Relator Ministro Humberto Martins, DJe 19/02/2013).
 - 3 O acórdão paradigmático do entendimento do Supremo Tribunal Federal assim restou ementado:
“Suspensão de Segurança. 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

judicial de casos concretos que envolvem direito à saúde –, afirmou-se a impossibilidade, em regra, de que juízes defiram a litigantes individuais a concessão de medicamentos que não constem das listas oficiais. Contudo, isso não impede que as próprias listas e sua atualização de acordo com a evolução do conhecimento técnico-científico em medicina (mais veloz que o demorado tempo processual) sejam discutidas no bojo de uma ação coletiva para que, a título de exemplo, seja determinada a inclusão de certo medicamento de eficácia comprovada em lista, com efeitos erga omnes.

Em discussões coletivas travadas com o intuito de modificação e atualização das listas, a doutrina propõe algumas diretrizes. Preconiza-se, nos dizeres de Luís Roberto BARROSO (2008, p. 36), que:

[...] o Judiciário só deve determinar que a Administração forneça medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos. Ademais, o Judiciário deve, como regra, optar por substâncias disponíveis no Brasil e por fornecedores situados no território nacional. Por fim, dentre os medicamentos de eficácia comprovada, deve privilegiar aqueles de menor custo, como os genéricos.

Mariana Filchtiner FIGUEIREDO (2007, pp. 213-215) traz ainda a possibilidade de controle de segurança dos medicamentos, bem como a implementação de políticas de redução dos custos dos remédios e proteção de patentes, todos por meio da tutela coletiva, com inegáveis e benéficos efeitos na efetividade material do direito à saúde e na potencial redução de demandas individuais.

Não se olvide, por fim, a proteção consumerista aos direitos dos usuários de planos de saúde, no que tange à discussão coletiva acerca da limitação de tempo de internação hospitalar, à exclusão de cobertura de doenças preexistentes e de acidentes de trabalho, e

saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STF, Tribunal Pleno, STA 175 AgR/CE, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe 30/04/2010).

à variação de preços das mensalidades e aumentos por mudanças de faixa etária. À luz do Código de Defesa do Consumidor e sob o prisma da tutela coletiva, diversas práticas contratuais abusivas presentes nos contratos de assistência privada à saúde têm sido condenadas pelo Poder Judiciário, o qual vem se mostrando, em muitos casos, a única alternativa dos cidadãos para o acesso ao direito fundamental à saúde.

CONCLUSÕES

O paradigma neoconstitucionalista de Estado e a compreensão das normas constitucionais como regras e princípios dotados de força normativa e obrigatoriedade impuseram uma releitura dos institutos jurídicos tendentes a garantir e efetivar direitos fundamentais, alçados ao centro do sistema constitucional.

Com a reafirmação dos direitos fundamentais e sua compreensão como imperativos de tutela, a ciência do processo se atualiza a partir das renovações havidas na ciência jurídica como um todo. Reforçam-se os aspectos éticos do processo e a tutela coletiva ganha relevo à luz desse novo paradigma.

As transformações sociais impulsionadas pela afirmação de uma sociedade plural e democrática e pelo maior reconhecimento de direitos ocasionaram um vertiginoso aumento da litigação em juízo, sobretudo no que diz respeito aos direitos de cunho social, nos quais se insere o direito à saúde.

A justiciabilidade do direito à saúde, direito fundamental e humano fortemente protegido nos planos interno e internacional, respectivamente, está longe de encontrar uma solução realmente definitiva.

No que concerne ao direito à saúde e no âmbito da sua dupla dimensão individual e coletiva, não é difícil observar que os Tribunais têm adquirido crescente visibilidade social. Entretanto, os juízes e Tribunais não devem ser a única via para a efetivação dos interesses legítimos. A sociedade contemporânea visualiza na figura dos juízes, dos membros do Ministério Público e dos Tribunais Superiores, os titulares da obrigação, em colaboração com o Estado-administrador, de formular políticas públicas, promovendo-as em

conjunto com o Poder Executivo, enquanto meio efetivo de inclusão social.

Contudo, a excessiva judicialização observada nessa matéria demonstra, de certa forma, a falência do Estado Democrático e Constitucional de Direito garantidor de direitos fundamentais, demandando a busca de soluções alternativas à judicialização dos conflitos. Pode-se apontar a tentativa de se criar uma cultura menos judicialista e o maior reconhecimento espontâneo dos direitos, com menor necessidade de intervenção judicial, como o caminho ideal à promoção do verdadeiro Estado Constitucional.

Tal necessidade demanda uma mudança de comportamento e educação jurídica no país, o que leva um longo tempo, absolutamente incompatível com o tempo curto que os demandantes de prestações de saúde frequentemente detêm. Há direitos que precisam de uma tutela mais rápida e pronta que outros, a fim de que o pleito judicial não configure um natimorto: o direito à saúde é expressão clara desse tipo de direito.

Enquanto não se afigura presente o desenvolvimento de uma mentalidade social menos individualista e judicialista, a resolução de conflitos por meio da tutela coletiva judicial e pré-processual pode se revelar como uma das possíveis soluções para o aumento exponencial da procura judiciária aliado à crescente complexidade da litigância em matéria de saúde.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Jurídica UNIJUS**. Universidade de Uberaba, Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Vol. 11, n. 15, p. 13-38, nov. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 91.114 de Minas Gerais**. Relator Ministro Humberto Martins, Brasília, 19 de fevereiro de 2013. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201102856309&dt_publicacao=19/02/2013> Acesso em 24 de jun. de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 945.785 do Rio Grande do Sul**. Relatora Ministra Eliana Calmon, Brasília, 11 de junho de 2013. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200700945697&dt_publicacao=11/06/2013> Acesso em 24 de jun. de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 do Ceará**. Relator Ministro Gilmar Mendes, Brasília, 30 de abril de 2010. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>> Acesso em 24 de jun. de 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. **Cadernos Democráticos**. Lisboa: Gradiva Publicações, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Trad. Ellen Gracie Northfleet. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CUNHA JR., Dirley. Neoconstitucionalismo e o novo paradigma do Estado Constitucional de Direito: um suporte axiológico para a efetividade dos direitos fundamentais sociais. In CUNHA JR., Dirley; Pamplona Filho, Rodolfo (org.) **Temas de Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2007.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde. Parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GUSTIN, Miracy B. S. Reflexões sobre os direitos humanos e fundamentais na atualidade: transversalidade dos direitos, pluralismo jurídico e transconstitucionalismo. In: SALIBA, Aziz Tuffi; ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JR, Luiz Manoel (org.) **Direitos Fundamentais e a função do Estado nos planos internos e internacional**. Vol. 02. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang et. al. **Observatório do direito à saúde: democracia, separação de poderes e o papel do Judiciário brasileiro para a eficácia e efetividade do direito à saúde**. Relatório final da pesquisa. Porto Alegre, 2010. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/55840730/Relatorio-Observatorio-do-Direito-a-Saude-Democracia-Separacao-de-Poderes-e-o-Papel-do-Judiciario-Brasileiro-para-a-Eficacia-e-Efetividade-do-Direit>>. Acesso em 14 dez. 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **Tutela coletiva do direito à saúde**. Franca: Lemos e Cruz, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. **A legitimação ativa nas ações coletivas: um contributo para o estudo da substituição processual**. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 2003.

_____. As ações coletivas e a judicialização de políticas públicas no Estado Democrático de Direito: possibilidades e limites. **Revista MPMG Jurídico**. Nº 17, jul/ago/set 2009. Belo Horizonte, p. 33-36.

Recebido em 20/07/2014.

Aprovado em 13/10/2014.

