

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO / PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

GUILHERME COSTA LEROY

**A DIMENSÃO OBJETIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A
POSSIBILIDADE DE UMA TUTELA DIFERENCIADA NAS DEMANDAS
INDIVIDUAIS**

Belo Horizonte

2016

GUILHERME COSTA LEROY

**A DIMENSÃO OBJETIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A
POSSIBILIDADE DE UMA TUTELA DIFERENCIADA NAS DEMANDAS
INDIVIDUAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Fernando Gonzaga Jayme.

Belo Horizonte

2016

L619d Leroy, Guilherme Costa
A dimensão objetiva do direito fundamental à saúde e a possibilidade de uma tutela diferenciada nas demandas individuais / Guilherme Costa Leroy. - 2016.

Orientador: Fernando Gonzaga Jayme
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Processo civil – Teses 2. Direito à saúde 3. Interesse individual 4. Políticas públicas – controle judicial I.Título

CDU₍₁₉₇₆₎ 347.9:614

GUILHERME COSTA LEROY

**A DIMENSÃO OBJETIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A
POSSIBILIDADE DE UMA TUTELA DIFERENCIADA NAS DEMANDAS
INDIVIDUAIS**

Dissertação apresentada junto ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais visando à obtenção do título de Mestre em Direito.

A banca examinadora da defesa de dissertação considerou o candidato _____.

Belo Horizonte, _____ de _____ de 2016.

Componentes da banca examinadora:

Professor Doutor Fernando Gonzaga Jayme (Orientador)
Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

Professor Doutor Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves
Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

Professor Doutor Maurício Ferreira Cunha
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MINAS)

Professora Doutora Juliana Cordeiro de Faria (suplente)
Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

Agradecimentos

Aos meus pais, Ana Cláudia e Marco Túlio, pelo amor e apoio incondicional e a presença constante. Meus exemplos maiores de vida e de profissão, guardando na honestidade, persistência e solidariedade seus maiores triunfos.

Ao meu irmão, Marcos Henrique, pela amizade e troca de conselhos e experiências.

A toda minha família, pelo apoio e presença nos momentos mais importantes. Em especial à minha madrinha Chel e Tia Chris pelo carinho de sempre.

Ao Professor Fernando Gonzaga Jayme pelos ensinamentos e parcerias ao longo desses anos. Pela orientação que extrapolou a academia e o tornou um exemplo de força.

Aos amigos do IDPro, em especial à Suzana Cremasco, Delio Mota, Marcelo Franco e Victor Dutra, pela confiança, oportunidades e caminhos que trilhamos juntos. Obrigado pela troca diária e apoio mútuo.

Aos amigos do Marista e da UFMG, principalmente aos de todas as horas, pelo companheirismo e amizade que carregarei a vida inteira.

Aos amigos do Brito & Maia pela recente acolhida e oportunidade.

A todos que de alguma forma contribuíram com este trabalho o meu muito obrigado!

RESUMO

O direito fundamental à saúde e sua judicialização tem sido objeto de grande importância nos debates acadêmicos e práticos, principalmente devido à crescente discussão sobre os impactos e limites do controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário e sobre o papel dos diversos atores ligados às demandas de saúde.

Nesse sentido, o processo civil deve se adaptar à nova realidade, sempre em consonância com as diretrizes constitucionais, para que possa garantir efetiva tutela dos direitos e segurança jurídica para os envolvidos. Surgem assim os questionamentos sobre o atual modelo utilizado para proteção do direito à saúde e as tendências atuais do procedimento e como outros institutos já previstos na legislação processual podem contribuir com a resolução das demandas.

A presente pesquisa, portanto, propõe a análise minuciosa da tutela individual do direito à saúde e a possibilidade de aplicação de institutos previstos no ordenamento jurídico – e em vias de implementação – para que se possa alcançar a sua adequada proteção.

Palavras-chave: Processo Civil; Direito à Saúde; Judicialização; Tutela Diferenciada.

ABSTRACT

The fundamental right to health and its *judicialization* has been of great importance in academic and practical debates, mainly due to the growing discussion on the impact and control by the Judiciary of the limits of public policy.

In this sense, the civil procedure must adapt to the new reality, always aligned with the constitutional guidelines, to ensure effective protection of the rights and to bring legal certainty for those involved. These arise some questions on the current model used for right of health protection and which institutes established in procedural legislation can contribute to the resolution of demands.

Therefore, this study proposes a detailed analysis of protection of the right to health and the possibility of applying institutions already established - or in the process of implementation - to achieve its adequate protection.

Keywords: Procedure Law; Health Rights; Judicialization; Differentiated Approach.

LISTA DE SIGLAS

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CDC – Código de Defesa do Consumidor
CEBEPEJ – Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Jurídicas
CFM – Conselho Federal de Medicina
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
CPC – Código de Processo Civil
CR – Constituição Federal
DJ – Diário de Justiça
EUA – Estados Unidos da América
FGV – Fundação Getúlio Vargas
IAC – Incidente de Assunção de Competência
IRDR – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
LIP – Litigância de Interesse Público
NAJS - Núcleos de Atendimento à Judicialização da Saúde
OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OMS – Organização Mundial da Saúde
PIB – Produto Interno Bruto
PLS – Projeto de Lei do Senado
REsp – Recurso Especial
SL – Suspensão de Liminar
STA – Suspensão de Tutela Antecipada
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
SUS – Sistema Único de Saúde
TCE – Tribunal de Contas do Estado
UFMG – Universidade Federal de Minas Gerais
USP – Universidade de São Paulo

LISTA DE PUBLICAÇÕES PARCIAIS DA PESQUISA

Conforme autorizado no Regulamento do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, segue abaixo lista de publicações e divulgações parciais da pesquisa.

Art. 65, § 4º. Ainda que em coautoria, eventuais publicações ou divulgações parciais, feitas no curso do Mestrado ou do Doutorado, conforme o caso, não impedem o ineditismo do trabalho, desde que mencionadas expressamente no texto do trabalho final.

1. LEROY, Guilherme Costa; BROCHADO, Mariah. A efetividade do direito social à saúde em perspectiva deliberativa: reflexões para além da judicialização. In: Marcus Firmino Santiago. (Org.). *Desjudicialização do Debate sobre Efetividade dos Direitos Sociais*. 1ª ed. Brasília: IDP, 2014, v. 2, p. 136-170.
2. LEROY, Guilherme Costa. Democracia Deliberativa e o Acesso à Justiça. In: XXIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2014, João Pessoa. *Anais do XXIII Encontro Nacional do CONPEDI/UFPB*, 2014.
3. LEROY, Guilherme Costa; DE MARCO, Patrícia. *Aprendizagens: Saúde, Educação e Políticas Públicas*. No prelo.
4. LEROY, Guilherme Costa; FRANCO, Marcelo Veiga. *O efeito desjudicializante dos precedentes judiciais no novo código de processo civil*. No prelo.
5. SENA, Adriana Goulart Orsini; LEROY, Guilherme Costa. *Perspectivas da utilização de meios complementares na solução de conflitos envolvendo o direito à saúde*. Artigo apresentado no simpósio “Direito e saúde: diálogos interdisciplinares latinoamericanos” durante o “IV Congresso – Ciências, Tecnologias e Culturas” na Universidade de Santiago, Chile, outubro de 2015. No prelo.
6. LEROY, Guilherme Costa. A tutela do direito à saúde e a adequada atuação do poder judiciário. In: XXIV Congresso Nacional do CONPEDI, 2015, Belo Horizonte. *Anais do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI/UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA*, 2015.

SUMÁRIO

1. Introdução	11
2. Direito fundamental à saúde no ordenamento jurídico brasileiro	13
2.1. Panorama do direito social à saúde no Brasil	17
2.2. A defesa em juízo do direito à saúde e o acesso à justiça	22
2.2.1. Reincidência dos objetos das ações individuais de saúde	32
2.3. Adequação do caráter social do direito à saúde à dimensão objetiva dos direitos fundamentais	39
2.3.1. As demandas individuais de direito à saúde e sua potencialidade coletiva	42
3. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário	47
3.1. Perspectivas da Democracia Deliberativa	58
3.2. Formas de atuação do Estado para proteção dos direitos sociais	66
4. Processo civil brasileiro e a necessidade de tutelas diferenciadas	69
4.1. Interdisciplinariedade, máxima efetividade e o interesse jurisdicional	73
5. Institutos processuais para formação da tutela diferenciada	78
5.1. Processo coletivo	80
5.1.1. A vetada conversão da ação individual em ação coletiva	83
5.1.2. Princípios do processo coletivo	90
5.2. <i>Amicus Curiae</i>	94
5.3. Estabilização da tutela antecipada	95
5.4. Teoria dos precedentes e eventual efeito desjudicializante	96
5.5. Meios alternativos de resolução de conflitos	105
6. Conclusão: Proposta de Tutela Diferenciada	117
7. Referências Bibliográficas	121

1. Introdução

A ampliação da dimensão dos direitos sociais, inserida dentre as diversas mudanças impulsionadas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, gerou efeitos diretos nas demandas que alcançam o Poder Judiciário, principalmente a partir da efetivação do acesso formal à justiça. Recentemente, o maior impacto de judicialização de conflitos relativos aos direitos sociais surge do direito à saúde.

Já que a estrutura de fornecimento dos serviços ligados à saúde é evidentemente deficiente, a procura por outros meios de alcance dessa garantia constitucional desaguou no movimento denominado “judicialização da saúde”. Demandas e mais demandas foram propostas na tentativa de efetivar este acesso, todas em torno do fato de ser um direito constitucionalmente garantido.

O Poder Judiciário, por sua vez, tenta lidar com este movimento se valendo dos procedimentos tradicionalmente previstos em lei, sem muito sucesso – tanto que o número de ações se multiplicam e os conflitos não parecem se esgotar. Desta forma, é essencial que se analise o tratamento dado às demandas de saúde: sua finalidade, adequação e efetividade, procurando observar se o procedimento contribui concretamente para a solução dos conflitos.

Diante disso, a presente pesquisa procurou partir dos fatos e cenários relativos à judicialização da saúde, reunindo suas características essenciais e peculiares, assim como as consequências diante dos mais diversos atores envolvidos. Dentre direitos, números e decisões, traçou-se um panorama do direito à saúde no Brasil.

Em seguida, reflete-se sobre a atuação do Judiciário em relação às demandas que envolvem os direitos sociais e/ou prestações estatais, ressaltando o direito à saúde e procurando criticamente analisar os resultados. Atrela-se ainda novas perspectivas de orientação do Estado para lidar com situações e conflitos coletivos, em busca de participação efetiva dos envolvidos na questão.

Selecionadas as peculiaridades dos conflitos de saúde, as formas de sua manifestação perante o Poder Judiciário e as perspectivas de atuação dos envolvidos, parte-se para a análise dos procedimentos previstos no ordenamento jurídico e que podem influenciar na resolução das demandas.

Por fim, ao analisar, criticar e propor novas perspectivas aos institutos processuais, visualiza-se a finalidade e os resultados de cada uma, demonstrando sua essencialidade a partir da conexão ou não com as características intrínsecas à “judicialização da saúde”.

A análise interdisciplinar e coletiva do problema é ponto chave do presente estudo na tentativa de encontrar isonomia, proporcionalidade e concretização do direito à saúde, respeitando a exigência do processo justo e efetivo.

2. Direito fundamental à saúde no ordenamento jurídico brasileiro

O século XX foi marcado, dentre outras coisas, por conquistas sociais, grandes guerras, desenvolvimento econômico, globalização, encurtamento das distâncias, agrupamento de pessoas e massificação da demanda por direitos fundamentais. Seja por tais fatores ou pelo simples passar do tempo, as relações sociais se modificaram profundamente, provocando necessidade de reestruturação dos modelos para a convivência em sociedade. Para corresponder aos novos anseios em meio a tantas dificuldades e alterações nas relações sociais, novos direitos foram sendo positivados no ordenamento jurídico.

No início do século passado, os direitos de liberdade não eram mais suficientes, pois eram apenas garantias jurídicas sem correspondência na prática. O respeito à liberdade promoveu um aumento sensível da desigualdade e as classes sociais começaram a se organizar em busca de melhores qualidades de vida e trabalho. Estas pessoas reunidas em classes almejavam que a liberdade fosse materialmente assegurada e, para tanto, demandavam do Estado intervenções diretas na ordem social e na estrutura do poder econômico. O resultado foi o surgimento da segunda dimensão de direitos: os direitos sociais e econômicos.

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966¹ bem define, em seu artigo 11, os direitos sociais como *o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, incluindo à alimentação, vestimenta e moradia adequada, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida.*

Neste caminho, os direitos sociais alcançaram grande importância na redução da desigualdade material. Os direitos ao trabalho, à previdência, ao lazer, à saúde, dentre outros, foram sendo paulatinamente incluídos nos ordenamentos jurídicos durante o século XX, procurando proteger o que é indispensável para que o ser humano possa ter uma vida digna.

Por outro lado, ao contrário do que acontece com outros direitos fundamentais, os direitos sociais são caracterizados pela imprescindível atuação do Estado para concretiza-los. É próprio dos direitos sociais a exigência de uma posição estatal ativa, para diminuir os abusos na ordem social que impeçam a igualdade em

¹ Adotada pela Resolução n.2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992.

patamar satisfatório, assegurando o mínimo existencial para conferir dignidade à pessoa e propiciar-lhe o exercício das liberdades concedendo-lhe construir autonomamente o seu projeto de vida.

Os direitos sociais foram consagrados pela pioneiramente nas constituições do México em 1917, na Soviética em 1918, e na de Weimar em 1919. São considerados direitos sociais clássicos o direito ao trabalho, e relativos a este, a garantia de emprego, o direito de co-gestão das empresas, o direito à justa remuneração o direito de greve, e também os direitos à saúde e à educação. Atualmente, o art. 6º da Constituição da República de 1988² positiva o reconhecimento dos direitos sociais no Brasil, tendo sido o seu leque ampliado pela Emenda Constitucional nº 64/2010. Assim, são considerados direitos sociais pela ordem jurídica interna a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Ainda de acordo com o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, a efetivação dos direitos humanos constitui o denominado direito ao desenvolvimento e cabe ao Estado, no plano nacional, assegurá-lo mediante “*a igualdade de oportunidade, para todos, no acesso aos recursos básicos, à educação, aos serviços de saúde, à alimentação, à habitação, ao emprego e a uma justa distribuição de renda*”³.

As diretrizes de Maastricht⁴ reforçam que o Estado tem o dever agir de acordo com os recursos disponíveis para afetar a concretização dos direitos humanos. A falta de vontade política não pode se sobrepor ao já garantido, podendo gerar até responsabilidade do Estado caso não fique demonstrado que foram olvidados todos os esforços possíveis para alcançar as garantias de forma prioritária.⁵

² Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

³ COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 7. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 294.

⁴ Diretrizes de Maastricht Guidelines sobre Violações em Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Maastricht, 22-26 de Janeiro de 1997. Disponível em: https://www1.umn.edu/humanrts/instree/Maastrichtguidelines_.html . Acesso em 11 de junho de 2016.

⁵ STRAPAZZON, Carlos Luiz e QUADROS, Francielly Glovacki de. *A Exigibilidade Dos Direitos Sociais: Uma Primeira Análise Da Teoria De Christian Courtis*. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=8&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKewjE54vgo6DNAhVFCpAKHZo1AUQQFghNMAc&url=http%3A%2F%2Fpublicadireito.com.br%2Fartigos%2F%3Fcod%3D1fed4d0ad75c6f5c&usq=AFQjCNHL7julJ6WktRHMF1g6lYOPn7tOOw&bvm=bv.124272578.d.Y2I> . Acesso em 11 de junho de 2016.

Neste sentido, a concreta garantia destes direitos sociais depende da atuação estatal e, para tanto, de meios estatais disponíveis para a sua realização. Há uma natural cobrança de expansão da presença do Estado e do alcance dos direitos sociais, visto que são voltados para a qualidade de vida do ser humano. A OMS reconhece que os direitos sociais são parte essencial para a qualidade de vida, como indicado em estudo realizado pelo seu Grupo de Qualidade de Vida (Grupo WHOQOL)⁶. Basta uma simples consulta ao noticiário para perceber que as principais notícias de uma sociedade envolvem saúde, educação, segurança e trabalho.

E devido a esta grande importância, a realização dos direitos sociais é incessante por serem alvo das tecnologias e ações mais diversas das diferentes profissões. Vejamos, por exemplo, o caso do desenvolvimento da neurociência e da genética.

No âmbito da genética, procedimentos como o sequenciamento do exoma ou genoma humano, concretizados a partir do Projeto Genoma Humano,⁷ servem de suporte para análise das características genéticas do ser humano, permitindo experimentações e manipulações genéticas. Ao se entender a biologia de determinadas doenças, podem-se desenvolver estímulos específicos e tratamentos adequados, aumentando a longevidade com melhor qualidade de vida individual e coletiva.⁸ Atrelado a esse conhecimento, imagens computadorizadas, a exemplo da ressonância magnética funcional (fMRI), permitem estudar a estrutura e funcionamento do cérebro humano, fazer a associação com processos sensoriais, motores, afetivos e cognitivos,⁹ na tentativa de galgar um diagnóstico satisfatório.

Não se pode olvidar, porém, que muito antes de procedimentos tecnológicos estarem disponíveis, circunstâncias sócio-econômicas e ambientais eram, e continuam

⁶ Conceito de qualidade de vida para a OMS: *a percepção do indivíduo de sua posição na vida no contexto da cultura e sistema de valores nos quais ele vive e em relação aos seus objetivos, expectativas, padrões e preocupações* (The WHOQOL Group, 1995). In: FLECK, Marcelo Pio de Almeida. O instrumento de avaliação de qualidade de vida da Organização Mundial da Saúde (WHOQOL-100): características e perspectivas. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 33-38, 2000. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232000000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 29 fev 2016.

⁷ PROJETO Genoma Humano. Estados Unidos, 2003. DEINS: Departamento de Energia do Instituto Nacional de Saúde. Disponível em: <<http://genoma.ib.usp.br/wordpress/wp-content/uploads/2011/04/Projeto-Genoma-Humano.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

⁸ LU, Yi-Fan, et AL. Personalized medicine and human genetic diversity. *Cold Spring Harb Perspect in Medicine*. 24 jul. 2014. Disponível em:<<http://perspectivesinmedicine.cshlp.org/content/early/2014/07/24/cshperspect.a008581.long>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

⁹ MAYBERG, Helen. Does neuroscience give us new insights into criminal responsibility? In.: *A Judges's guide to Neuroscience: a concise introduction*. University of California, 2010. p. 37.

sendo, fatores que influenciam comportamentos humanos. Por tal razão, o processo educacional, por exemplo, assume estreita relação com a neurociência e com a genética. O objetivo da educação é a aquisição de novos comportamentos e conhecimentos,¹⁰ envolvendo atividades do sistema nervoso, como sensações, percepções, ações motoras, pensamentos, ideias e decisões. Como o aprendizado ocorre no cérebro, e como as atividades cerebrais são responsáveis por comportamentos, a aquisição de novos comportamentos vincula-se à estimulação cerebral e, assim, à neurociência.

Desse modo, quanto maior a interferência educacional desde a tenra idade, maiores serão os níveis de aprendizado, ainda que haja alguma deficiência, como, por exemplo, o autismo. A saúde se entrelaça umbilicalmente com a educação, e as duas com a efetivação dos demais direitos sociais.

Outro exemplo é a segurança. A literatura científica¹¹ revela que comportamentos suicidas estão associados à impulsividade, à bipolaridade, à variáveis sócio-demográficas (idade, sexo, nível de escolaridade), ao histórico familiar e ao genótipo *5-HTTLPR*.¹² A impulsividade, como característica marcante do Transtorno Bipolar e de indivíduos com comportamentos suicidas, é tida como uma ação rápida e sem julgamento consciente, podendo ser dividida nas dimensões motora, de atenção e de ação não planejada (impulsividade).¹³ Como tais comportamentos são multifatoriais, podem também sofrer influência do ambiente em que o indivíduo está inserido, de estímulos cognitivos e de fármacos.

Por mais que não se possa prever a causa exata de um comportamento, é possível identificar algumas variantes associadas aos distúrbios/desordens e, assim, modificar a qualidade dos tratamentos existentes. Melhorando a qualidade dos tratamentos ou encontrando formas de profilaxia também se alcançam novos níveis de qualidade de vida.

Toda esta complexidade da interação entre os direitos sociais fundamentais demonstra a importância e a delicadeza do tema. Tratar de saúde é também tratar de educação, segurança, trabalho, previdência, alimentação, lazer; tanto quanto de

¹⁰ COSENZA, Ramon M.; GUERRA, Leonor B. *Neurociência e educação*. Como o cérebro aprende. Porto Alegre: Artmed, 2011, p. 140.

¹¹ MALLOY-DINIZ, Leandro Fernandes; et al. The 5-HTTLPR polymorphism, impulsivity and suicide behavior in euthymic bipolar patients. *Journal of affective disorders*, 2010.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*.

direitos que ultrapassam a dimensão social, econômica e cultural¹⁴, como liberdade, propriedade, consumo e fraternidade.

Para tanto, os indivíduos precisam de meios capazes de efetivar este sistema complexo. E isto, na atual sociedade capitalista, depende fortemente da capacidade econômica. A impossibilidade econômica limita a característica própria de essencialidade destes direitos, o que aponta uma contradição insustentável na sua caracterização: são direitos incondicionalmente fundamentais, e, portanto, têm a nota da exigibilidade imediata, tal como denuncia Böckenford¹⁵, mas que dependem de fatores econômicos para seu alcance. Cabe, segundo a organização da nossa sociedade, ao Estado suprir, mediante ações objetivas de garantia dos direitos sociais, a falta de condições mínimas existenciais.

Assim, os direitos sociais *“se realizam pela execução de políticas públicas, destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres; ou seja, aqueles que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente”*¹⁶. Também nesse caminho, José Afonso da Silva afirma que estes *“são prestações positivas proporcionadas pelo Estado (...), que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.”*¹⁷

Verificada a importância dos direitos sociais na atualidade e a necessidade de atuação estatal para sua efetivação, cabe analisar como isto vem ocorrendo no Brasil. Mesmo sabendo da intrínseca ligação entre os direitos fundamentais, aqui será feito um corte específico para o direito à saúde, devido as peculiaridades que veremos a seguir, principalmente no cenário brasileiro.

2.1. Panorama do direito social à saúde no Brasil

Dentre os direitos sociais, ressalta-se o direito à saúde como fundamental à vida digna. A Constituição de 1988, impulsionando uma nova realidade jurídica, ampliou a dimensão dos direitos sociais e elencou no artigo 6º da Constituição Cidadã

¹⁴ Sobre as dimensões dos direitos humanos, dentre muitos, COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 7. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁵ BÖCKENFORDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. 1ªed., s/d, p. 217.

¹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmção Histórica dos Direitos Humanos*. 7ª ed. Rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 77.

¹⁷ *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32ª ed. Rev. E atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 286-287.

o direito à saúde como, inequivocamente, um dos mais importantes na esfera jurídica do ser humano por proteger a vida e, por isso, ser condição para o exercício dos demais direitos fundamentais. A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948¹⁸ e da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem¹⁹ universalizou-se o reconhecimento do direito à saúde como um direito fundamental.

A sua importância no atual ordenamento jurídico brasileiro é evidenciada pelo já citado artigo 6º, artigos 194, *caput*, e 196, todos da CR/88²⁰ e pelas previsões infraconstitucionais, principalmente nas leis nº 8.080/90²¹ e nº 8.142/90²² e no Estatuto da Criança²³ e do Adolescente e no Estatuto do Idoso²⁴. Entretanto, para a efetivação de tais disposições temos que levar em conta a complexidade da saúde pública brasileira, começando pelo fato do Brasil ser o único país com mais de 100 milhões de habitantes a ter sistema único de saúde universal e pública. Nem países com metade da população brasileira ousaram apostar em algo desta magnitude, sendo que aqui investimos em média 9% do PIB em saúde, enquanto os países da OCDE investem 12,6%²⁵.

¹⁸ Artigo XXV. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

¹⁹ Artigo XI. Toda pessoa tem direito a que sua saúde seja resguardada por medidas sanitárias e sociais relativas à alimentação, roupas, habitação e cuidados médicos correspondentes ao nível permitido pelos recursos públicos e os da coletividade.

²⁰ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação (...).”

“Art. 194 A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa do Poder Público e da sociedade, destinadas à assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”

“Art. 196 A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a 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.” (Grifos nossos).

²¹ Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

²² Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências.

²³ Lei nº 8.069/90 – “Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.”

²⁴ Lei nº 10.741/03 – “Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.”

²⁵ COLLUCCI, Cláudia. Saúde é vítima de falta de organização. *Folha de São Paulo*, p. 4, 14 ago 2014.

Optar pela estruturação de um sistema de acesso universal e igualitário em toda a extensão do país é desafiador para os administradores públicos. Em cada região temos pessoas, doenças e estilos de vida diferentes que implicam em ações de promoção, proteção e recuperação distintas e multidisciplinares, como na educação, no saneamento básico, nas condições de moradia, segurança e trabalho, por exemplo. Até a carga genética transferida dos antepassados é diferente. O desafio que se apresenta é equilibrar todos esses fatores a partir de políticas públicas federais.

Por mais que o governo federal esteja tenha se esforçado para ampliar o investimento em saúde – o orçamento executado pelo Ministério da Saúde mais que triplicou em uma década, passando de R\$ 28,3 bilhões (2002) para R\$ 92,7 bilhões (2013)²⁶ – algumas entidades de classe da área de saúde ainda afirmam que os investimentos são insuficientes e que existe espaço para crescimento: em 2013, os investimentos públicos em saúde representaram apenas 8% do total de investimentos do governo, sendo que o Conselho Federal de Medicina afirma que boa parte destes recursos foram autorizados, mas não pagos²⁷. Vejamos gráfico elaborado pela CFM a partir de informações do SIAFI (Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal) e divulgado pela UOL²⁸:

Investimentos Ministério da Saúde*			
Ano	Dotação Autorizada	TOTAL PAGO**	TOTAL PAGO - Dotação Autorizada
2001	7.459.780.323,29	3.037.391.932,96	-4.422.388.390,32
2002	5.368.371.794,08	4.150.344.442,80	-1.218.027.351,28
2003	2.579.319.830,22	1.233.137.547,85	-1.346.182.282,38
2004	4.124.665.049,01	2.008.889.630,36	-2.115.775.418,65
2005	4.036.913.152,10	1.494.711.651,23	-2.542.201.500,87
2006	5.083.045.587,63	2.338.612.074,06	-2.744.433.513,57
2007	6.876.138.115,63	2.035.461.431,16	-4.840.676.684,47
2008	5.166.114.574,41	1.624.668.086,13	-3.541.446.488,27
2009	5.491.206.814,49	2.080.112.079,84	-3.411.094.734,65
2010	5.588.995.279,72	2.776.670.549,32	-2.812.324.730,40
2011	6.466.850.119,68	2.675.293.700,22	-3.791.556.419,47
2012	12.881.102.956,33	3.713.428.530,36	-9.167.674.425,97
2013	9.382.218.738,00	3.889.387.748,08	-5.492.830.989,92
TOTAL	80.504.722.334,60	33.058.109.404,37	-47.446.612.930,23

Fonte: SIAFI / Elaboração: CFM. * Valores atualizados pelo IGP-DI, da FGV.

** Inclui os restos a pagar pagos

²⁶ <http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2014/02/24/saude-representa-so-8-do-total-de-investimentos-publicos-no-pais-diz-cfm.htm> Acesso em: 29 fev. 2016.

²⁷ *Idem.*

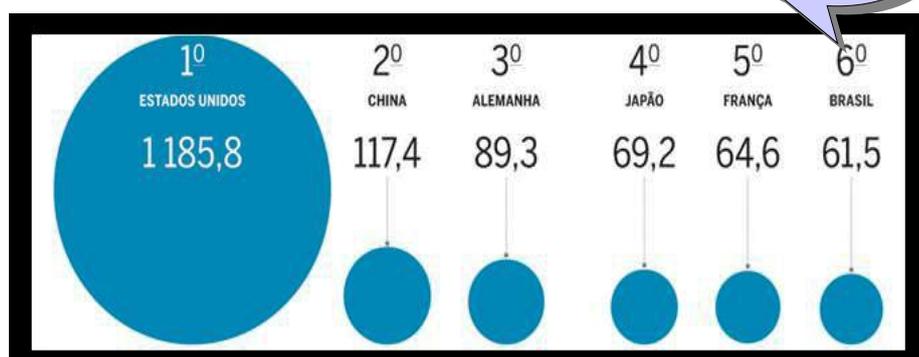
²⁸ *Ibidem.*

Esse panorama já era problemático mesmo antes do Brasil da atual crise econômica e das doenças epidêmicas como a zika, a dengue, AIDS e a gripe H1N1.

Além das questões relativas ao investimento estatal, mesmo ocupando o lugar de 3º maior sonho de consumo do brasileiro – atrás apenas de educação e da casa própria –, a contratação de plano de saúde não necessariamente auxilia na garantia do direito, pois onde há maior cobertura (regiões sudeste e sul), há também maior registro de judicialização de conflitos que envolvam a saúde²⁹.

Ainda que o Brasil tenha um dos maiores mercados privados de saúde, as pressões do capital direcionam o investimento para determinados setores – principalmente o setor terciário, que envolve medicina de alta complexidade e mais lucrativa – conforme ilustrado nos gráficos abaixo³⁰.

O Brasil era o 6o. Maior Mercado Privado de Saúde ao Nível Mundial em 2008 (Em R\$ bilhões de 2008)

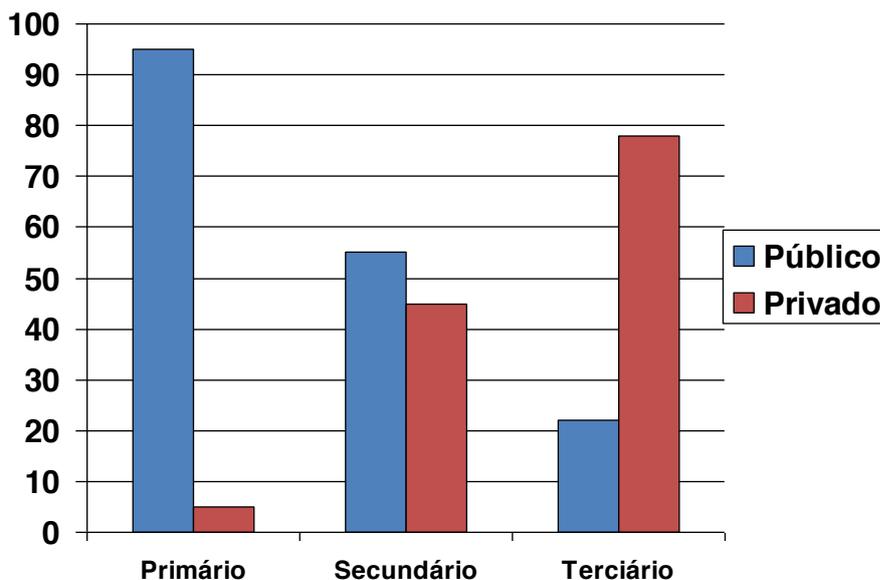


Fonte: ANS, Anahp, Abimo, IMS Health e Exame. Extraído da apresentação de Luciana S. da Silveira, Superintendente de Regulação da UNIMED Brasil no 20º Simpósio das UNIMEDS do Paraná, Foz do Iguaçu, 29 de Abril de 2012.

Slide produzido por Claudia Osorio de Castro

²⁹ COLLUCCI, Cláudia. Judicialização faz desigualdade avançar. *Folha de São Paulo*, p. 10, 14 ago 2014.

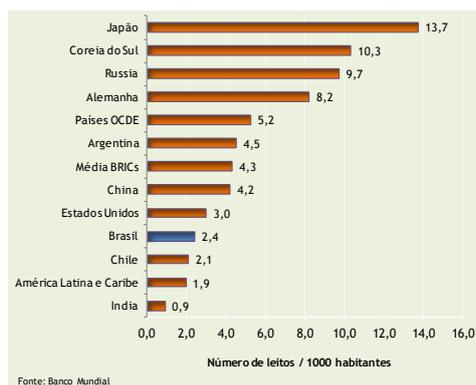
³⁰ Gráficos apresentados em palestra pela Dra. Vera Lúcia Edais Pepe, dia 25/08/2014, no 1º Congresso Brasileiro de Saúde, Direito e Gestão Hospitalar. Disponível em: <http://www.ibdpis.com.br/Noticia/Noticia-63/>. Acesso em: 15 de setembro de 2014.



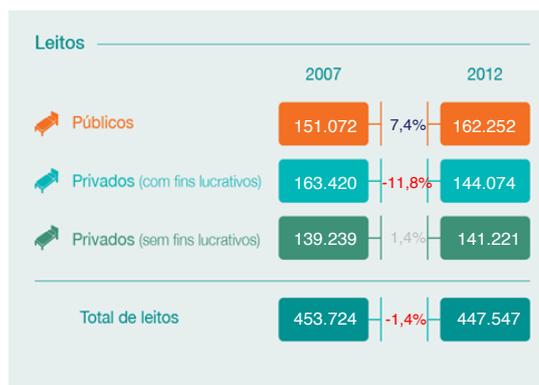
Exemplo disso é a situação dos leitos hospitalares nos hospitais privados. O aumento do número de leitos públicos devido aos investimentos realizados entre 2007 e 2013, pressionou os valores dos leitos privados. Dessa forma, a oferta de leitos privados diminuiu e, no total, o número de leitos hospitalares no Brasil diminuiu, mesmo depois de investimento público, conforme indicado no gráfico abaixo³¹.

I - Breve visão do setor: Hospitais

Leitos Hospitalares/1000 hab - 2009
Países selecionados



Brasil - Leitos Hospitalares
Evolução 2007 a 2013



Enquanto o número de usuários de plano de saúde cresceu, em média, 4,1% ao ano, desde 2007, cerca de 11,2% dos leitos privados em nosso país foram fechados neste mesmo período (18.322 leitos)

Fonte: Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde – Ministério da Saúde, OMS e Banco Mundial. Elaborado pela ANAHP



³¹ Gráfico apresentado em palestra pelo Dr. Henrique Salvador, Diretor do Hospital Mater Dei, dia 25/08/2014, no 1º Congresso Brasileiro de Saúde, Direito e Gestão Hospitalar. Disponível em: <http://www.ibdpis.com.br/Noticia/Noticia-56/>. Acesso em: 15 de setembro de 2014.

Acresce a isto, a complexidade das relações que envolvem o direito à saúde no Brasil: a estrutura do SUS e da Vigilância Sanitária; a forma como são escolhidos os procedimentos e medicamentos que irão integrar a prestação pública da saúde; os riscos hospitalares e os erros médicos; e, o mais óbvio, ter conhecimento especializado na Medicina – ou algum modo de acesso a ele – para que seja possível enxergar quais são os tratamentos mais adequados.

Esse complicado cenário acarreta muitos resultados negativos nos serviços de saúde. Basta acompanhar os noticiários para encontrar notícias de hospitais sem materiais básicos para a atuação dos profissionais, centros de saúde abandonados, filas de espera por atendimento médico inesgotáveis e outras mais. E, uma vez que a estrutura de fornecimento dos serviços ligados à saúde é evidentemente deficiente, a insatisfação com as políticas públicas de saúde é generalizada na sociedade brasileira.

A deficiência na prestação dos serviços, a urgência de boa parte dos casos, aliadas à insatisfação e insuficiência das políticas públicas de saúde promovem verdadeira inundação de ações judiciais pleiteando a efetiva prestação do serviço ou a reparação de danos decorridos das falhas do sistema. Seja a favor ou contra o posicionamento de ativismo judicial, ninguém nega a extrema necessidade de melhoria do nosso sistema de saúde, concretizando as normas constitucionais a respeito.

2.2. A defesa em juízo do direito à saúde e o acesso material à justiça

A procura por exames ou tratamentos de ponta exemplifica bem a dificuldade de tomar decisões judiciais que desafiam as políticas públicas em um país continental como o Brasil. No norte do país encontramos casos de pacientes que procuram tratamento na cidade de São Paulo. Já no Sudeste, a procura passa a ser por tratamentos no exterior, principalmente nos Estados Unidos.

Para os fornecedores da tecnologia, este é um movimento extremamente lucrativo e interessante, até para a continuação dos estudos e melhoria dos aparatos técnicos. Para a população em geral, nem tanto. Verificando que apenas 25% da população possui plano de saúde é possível ter noção da ínfima quantidade de

brasileiros que têm oportunidade de receber tratamento no estrangeiro ou com tecnologia de ponta³².

É intrigante perceber que o objetivo de melhoria da qualidade de vida do ser humano se perde durante o caminho de desenvolvimento da tecnologia na lógica capitalista. A melhoria de vida parece estar sempre atrelada aos onerosos tratamentos, disponíveis apenas para os que têm capacidade de arcar com os elevados custos ou de demandar reivindicando-os. E, esta é uma das causas do fenômeno da judicialização do direito à saúde.

Ao Estado cabe tentar equalizar estas desigualdades. Conforme o disposto no art. 196 da Constituição da República, o acesso à saúde universal e igualitária é dever do Estado, nos três níveis dos entes federativos, mediante a instituição de políticas sociais e econômicas adequadas. São os poderes legislativos e executivos os primariamente responsáveis pela criação e execução das políticas públicas. Todavia, como já visto, as dificuldades são múltiplas e diversas.

A população, insatisfeita com as políticas públicas executadas no Brasil, recorre à Justiça como última alternativa para tentar usufruir do direito à saúde de forma integral, mediante o acesso a certos tratamentos e tecnologias. Tendo em vista que a atuação do Poder Judiciário foi atrelada à questão da efetivação das determinações constitucionais frente à nova leitura do ordenamento jurídico introduzida pelo modelo de Estado Democrático de Direito, a *judicialização* se tornou a principal forma de resolução dos conflitos envolvendo direitos à saúde.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso³³:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.

(...)

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

³² COLLUCCI, Cláudia. Judicialização faz desigualdade avançar. *Folha de São Paulo*, p. 10, 14 ago 2014.

³³ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em:

https://www.google.com.br/?gws_rd=ssl#q=Judicializac%CC%A7a%CC%83o%2C+ativismo+judicial+e+legitimidade+democra%CC%81tica. Acesso em: 10 abril 2016, p. 3 e 4.

prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas.

Até porque, a partir da visão atual de constitucionalização do direito, é necessário garantirmos a execução da função primeira do processo, a efetivação da Constituição³⁴, e, por consequência específica, do acesso à saúde.

Ensina Humberto Theodoro Júnior³⁵:

Na ordem global, enraizada sobretudo nas bases constitucionais, há um dever de tutela, que é de acesso amplo e de caráter cívico, que vem a ser a garantia fundamental de que nenhum direito subjetivo violado ou ameaçado ficará privado do acesso à tutela da Justiça (CF, art. 5º, XXXV). O estudo moderno do direito processual não pode deixar de registrar essa conexão importantíssima, no Estado de Direito Democrático, entre a ordem jurídico-constitucional e o direito processual.

Com o crescimento da *judicialização* dos conflitos sanitários, demandas e mais demandas são propostas na tentativa de efetivar individualmente o acesso à saúde, sempre respaldadas na garantia constitucional. O Poder Judiciário, devido ao resultado insatisfatório das ações de governo apresentadas pelos outros poderes, passou a atuar em função atípica de controle das políticas públicas para averiguação da efetivação dos direitos sociais. O intuito é atender a função social, mesmo que acabe, para alguns, exorbitando a sua função jurídica.

Há um entrelaçamento entre o acesso à justiça e os direitos sociais quando o Poder Judiciário é eleito o principal caminho de concretização destes direitos fundamentais. Se adotarmos a teoria de Cappelletti e Garth³⁶ sobre as ondas de acesso à justiça, é possível identificar o envolvimento dos direitos sociais em cada um delas. A garantia de assistência judiciária gratuita, a proteção dos direitos coletivos *lato sensu* e a necessidade de um novo enfoque ao acesso à justiça material alteram significativamente a forma de interdependência dos três poderes da República: chegam ao Poder Judiciário as mais amplas e diversas demandas, inclusive quando oriundas de omissões do Legislativo e do Executivo.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, sua dimensão organizatória e procedimental e o direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 175, ano 34, set. 2009, p. 11.

³⁵ Theodoro Júnior, Humberto. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Volume I – Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 4.

³⁶ *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Editora Fabris, 1988.

A primeira das ondas de acesso à justiça é a que procura efetivar a possibilidade de acesso de todos ao Poder Judiciário, garantindo alguma forma de assistência judiciária para os necessitados. Nos EUA, por exemplo, adotou-se o sistema do *Judicare*, no qual o poder público arcava com o custos dos advogados designados para atuação. Já no Brasil, temos a Lei nº 1.060 de 1950 que isenta os necessitados dos pagamentos de custos e taxas quando usufruírem dos serviços da Justiça e, mais recentemente, a criação das Defensorias Públicas e seu constante fortalecimento.

O segundo movimento pelo acesso à justiça amplo e concreto envolve a proteção dos direitos coletivos *lato sensu*, cuja principal vertente seria o estabelecimento da forma adequada de representação de tais direitos frente ao ordenamento jurídico. No cenário nacional admite-se a existência do *microssistema de processo coletivo*, que é composto por diversas leis esparsas e prevê as peculiaridades que devem ser observadas para a tutela de direitos coletivos. Entretanto, destacam-se a Lei da Ação Popular (nº 4.717 de 1965), a Lei da Ação Civil Pública (nº 7.347 de 1985) e o Código de Defesa do Consumidor (nº 8.078 de 1990) como principais propulsores deste escopo.

Por mais que os pontos anteriores estejam sempre necessitando de revisitação para que sejam alcançados os melhores níveis de acesso à justiça, não apenas formal, mas também material, a terceira onda proposta, até por englobar as outras duas, deve receber especial atenção no cenário jurídico atual por tratar da necessidade de um novo enfoque do acesso à justiça. Tal enfoque deve abarcar os diversos valores e barreiras envolvidos, assim como a criação de institutos e instituições capazes de respeitá-los e enfrentá-los.

A partir destas ferramentas, a atuação da justiça na proteção da Constituição se amplia e a possibilidade de interferência nos demais poderes, adequada ou não, fica mais evidente e fácil. O Poder Judiciário deve estar ciente de que qualquer decisão interventiva na atuação estatal, por mais que garanta direitos particulares, repercute coletivamente, que, por sua vez, podem gerar novos conflitos caso não observem o problema em sua globalidade.

No caso do direito à saúde, a importância dos direitos envolvidos e a intrínseca necessidade de urgência – em maior ou menor grau – envolve o processo judicial em dilemas morais e jurídicos. Se já é difícil equilibrar as carências individuais – muitas vezes envolvendo o direito à vida – e a capacidade estatal em

processos que seguem seu natural ritmo, quando há concessões de tutelas provisórias satisfativas, o peso da decisão do juiz se torna ainda maior e mais delicado. O Poder Judiciário passa a definir, seletivamente, os indivíduos e/ou tratamentos a serem atendidos pelo Estado.

Vejam os exemplos. A indústria farmacêutica investe em pesquisas objetivando a descoberta de novas terapêuticas e, quando consegue, espera o retorno financeiro e a obtenção de lucros decorrente do investimento realizado. Com efeito, os laboratórios fazem *lobby* junto à classe médica para que seus medicamentos sejam indicados para tratamento nos diversos países ou disponibilizados nos sistemas públicos.

Como em toda ciência, existem estudos sobre um mesmo medicamento que apontam, de um lado sua capacidade de ação e de outro, contrariamente, sua ineficácia. Entretanto, as promessas da indústria encontram a esperança da cura ou da melhoria da qualidade de vida e, no caso do Brasil, desaguam no Poder Judiciário. A partir disso, a incorreta atuação dos magistrados pode gerar efeitos extremamente danosos para a sociedade por retirar do Estado recursos, incapacitando-o de investir plenamente em políticas públicas de saúde.

Gasto estadual com ações judiciais e pedidos administrativos sem evidência clínica. Estado de São Paulo, 2006-2007.

Fármaco	Gastos (R\$)		% de pedidos sem evidência		Gastos com pedidos sem evidência (R\$)	
	2006	2007	2006	2007	2006	2007
Bevacizumabe	4.618.108,74	6.463.859,07	28,1	31,4	1.297.688,56	2.029.651,75
Capecitabina	136.796,79	292.231,23	17,4	19,2	23.802,64	56.108,40
Cetuximabe	3.001.670,98	4.046.478,75	13,9	10,1	417.232,27	408.694,35
Erlotinibe	1.852.682,80	4.352.155,20	2,8	4,4	51.875,12	191.494,83
Imatinibe	1.402.226,16	8.543.003,08	10,4	14,2	145.831,52	1.213.106,44
Rituximabe	460.168,58	1.301.591,20	5,8	25,2	26.689,78	328.000,98
Temozolomida	1.232.857,38	3.079.281,75	20,0	14,1	246.571,48	434.178,73
Total	12.704.511,43	28.078.600,28	-	-	2.209.691,36	4.661.235,47

Fonte: Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo

O gráfico acima indica que o gasto com fármacos sem evidência clínica comprovada mais que duplicou no biênio 2006/2007 no Estado de São Paulo.

O recente caso envolvendo a substância Fosfoetanolamina, estudada pelo Prof. Dr. Gilberto Orivaldo Chierice, químico e professor aposentado da USP, demonstra o poder que novas descobertas ou promessas podem ter sobre a sociedade.

A Fosfoetanolamina é uma substância presente em diversos mamíferos, atua na formação de membranas celulares e, segundo a pesquisa realizada por Chierice, teria função antitumoral, ajudando a prevenir a proliferação de células cancerígenas. Em face disso, o químico distribuiu a fosfoetanolamina para diversos pacientes de forma gratuita e obteve relatos de melhoras significativas e até de cura de câncer. Entretanto, o medicamento está em fase experimental, uma vez que não há autorização da ANVISA e da USP para utilização da substância por falta de comprovação que siga os trâmites padronizados cientificamente. Assim, uma portaria da USP proibiu em 2014 a distribuição do medicamento, justamente pela falta de testes, pesquisas, registro e autorização da Anvisa³⁷.

Com a proibição e a notoriedade do medicamento promovida pela mídia nacional, fez com que o caminho encontrado por aqueles que tinham esperança de cura pelo tratamento experimental foi a judicialização. O impacto foi tão grande que é possível encontrar na internet modelos prontos de petições iniciais para requerimento da substâncias³⁸. Além disso, o TJSP teve que suspender mais de 360 antecipações de tutela concedidas³⁹. Em seguida, a USP e a ANVISA também prestaram esclarecimentos públicos para tentar impedir novas tentativas de utilização da substância com finalidade medicamentosa⁴⁰.

³⁷ PAIVA, Victor. *Fosfoetanolamina: a droga brasileira que promete curar o câncer*. Disponível em: <http://www.hypeness.com.br/2016/01/fosfoetanolamina-a-droga-brasileira-que-promete-curar-o-cancer/> acesso em 05 de março de 2016.

³⁸ SILVA, Marco Aurélio Leite da. Disponível em: <http://malsilva.jusbrasil.com.br/modelos-pecas/257131909/modelo-para-pedido-judicial-de-fosfoetanolamina-justica-federal> Acesso em 05 de março de 2016.

³⁹ *TJ suspende mais de 360 liminares para entrega de fosfoetanolamina*. Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/sao-carlos-regiao/noticia/2015/09/tj-suspende-mais-de-360-liminares-para-entrega-de-fosfoetanolamina.html> Acesso em 05 mar 2016.

⁴⁰ Esclarecimentos disponíveis em: <http://www5.iqsc.usp.br/esclarecimentos-a-sociedade/> e https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=6&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKewiN3sqVsKrlAhUGEJAKHSAmA_AQFghAMAU&url=http%3A%2F%2Fportal.anvisa.gov.br%2Fwps%2Fwcm%2Fconnect%2F087adf004a38e24a8c7fcc4eff144ba1%2FNT_56_2015%2BSUMED%2B-%2Bfosfoetanolamina.pdf%3FMOD%3DAJPERES&usq=AFQjCNFMtW15qCCZaE2cb6bTXBmtLQNTJQ&sig2=uk9qiEEmiNiyC5v55MsyMQ. Acesso em: 05 mar 2016.

No mês de março de 2016 foi divulgada⁴¹ pesquisa do Grupo de Pesquisa montado pelo Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação para análise do medicamento, cuja conclusão apontou para a falta de padrão de qualidade das pílulas – composta de apenas 32,2% da substância pura e o restante de substâncias variáveis. Além disso, os primeiros testes realizados por diversos centros de estudos pelo Brasil não apontaram eficácia no combate às células cancerígenas⁴². Todavia, o Congresso Nacional aprovou projeto de lei que permite a fabricação, distribuição e o uso da Fosfoetanolamina, mesmo sem aprovação da Anvisa – em seguida a lei foi sancionada pela Presidência da República⁴³. Em resposta às mais diversas provocações, o Supremo Tribunal Federal suspendeu a lei e, conseqüentemente, a produção e distribuição do fármaco⁴⁴.

Também não é raro identificar eventos patrocinados e propagandas para divulgação de medicamento e ampliação do mercado, interferindo no caminhar próprio do desenvolvimento da ciência farmacêutica e da cobertura de saúde proporcionada pelo Estado e pelos planos de saúde. O fomento das pesquisas é uma questão natural do ramo farmacêutico, mas a mercantilização irresponsável ou inconsequente não pode prosperar para manter o índice de retorno dos laboratórios.

O alto custo também restringe o amplo acesso aos medicamentos. Percebe-se assim que, em curto prazo, a grande maioria das inovações na área de saúde alcançam apenas uma parte da sociedade: os que possuem melhor acesso à saúde e, portanto, tem melhores condições financeiras.

Reitera-se que as políticas públicas atuais não conseguem ampliar esse acesso e o Poder Judiciário, mesmo eleito pelos indivíduos como caminho alternativo (movimento de judicialização), também não altera o quadro.

O acesso à justiça teoricamente deveria alcançar todos os indivíduos da mesma forma. Porém, há também desigualdades nesta política pública brasileira. O

⁴¹ RODRIGUES, Ana Helena. Disponível em: <http://epoca.globo.com/vida/noticia/2016/03/fosfoetanolamina-primeiros-testes-nao-mostram-acao-anticancer.html> Acesso em: 24 mar 2016.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ G1, Globo.com. Disponível em: <http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2016/04/para-evitar-desgaste-dilma-sanciona-lei-que-libera-pilula-do-cancer.html> . Acesso em: 11 jun 2016.

⁴⁴ RAMALHO, Renan. G1, Globo.com. Disponível em: <http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2016/05/supremo-suspende-lei-que-autoriza-uso-da-pilula-do-cancer.html> . Acesso em: 11 jun 2016.

número de processos de saúde em cada Tribunal do país, conforme dados do CNJ⁴⁵, deixa claro como o acesso à justiça também é desigual.

Número de ações em cada Tribunal Federal:

Tribunal Federal	1o Grau	2o Grau	TOTAL
TRF-1	10.194	5.608	15.802
TRF-2	4.919	1.567	6.486
TRF-3	3.126	1.579	4.705
TRF-4	24.229	11.058	35.287
TRF-5	7	4	11

TOTAL: 62.291

Número de ações em cada Tribunal Estadual:

Tribunal Estadual	Número de ações	População	Proporção (aprox.)
TJSP	44.690	44.396.484	993
TJAC	7	803.513	114.787
TJAP	76	766.679	10.087
TJAL	6.303	3.340.932	530
TJBA	841	15.203.934	18.078
TJAM	- (não informado)	3.938.336	-
TJCE	8.344	8.904.459	1.067
TJDFT	2.575	2.914.830	1.131
TJES	8.991	3.929.911	437
TJMG	66.751	20.869.101	312
TJPA	19	8.175.113	430.269
TJGO	309	6.610.681	21.393
TJMS	1.081	2.651.235	2.452
TJMA	668	6.904.241	10.335
TJMT	6.664	3.265.486	490
TJPE	- (não informado)	9.345.173	-
TJRJ	46.883	16.550.024	353
TJRR	64	505.665	7.901
TJPI	229	3.204.028	13.991
TJRN	452	3.442.175	7.615
TJPR	2.609	11.163.018	4.278
TJRO	595	1.768.204	2.971
TJRS	113.953	11.247.972	98
TJSC	18.188	6.819.190	374
TJTO	149	1.515.126	10.168
TJSE	189	2.242.937	11.867
TJPB	- (não informado)	3.972.202	-
Total:	330.630	206.013.860	623

⁴⁵ Relatório encontrado na página: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/forum-da-saude/quantidade-de-demandas-nos-tribunais>, com dados até junho de 2014. Acesso em 24 de março de 2016.

Enquanto o Tribunal de Justiça do Pará possuía apenas 19 ações envolvendo o direito à saúde em 2014, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tramitavam 113.953 ações.

Neste sentido Daniel Sarmiento reflete a atuação do Poder Judiciário⁴⁶:

Adicione-se a este panorama a constatação de que o acesso à justiça no Brasil está longe de ser igualitário. Por diversas razões, os segmentos mais excluídos da população dificilmente recorrem ao Judiciário para proteger os seus direitos. Daí resulta um delicado paradoxo, uma vez que, quando não pautado por certos parâmetros, o ativismo judicial em matéria de direitos sociais – que deveriam ser voltados à promoção da igualdade material – pode contribuir para a concentração da riqueza, com a canalização de recursos públicos escassos para os setores da população mais bem aquinhoados.

Outro aspecto relevante é a percepção das discriminações que a própria justiça causa em reflexo ao sistema que está inserido, por mais que esta já tente reduzir os excessos mais fortes e visíveis. A própria linguagem do direito, o local e o vestuário dos envolvidos favorecem mais aos detentores do poder⁴⁷. É verdade que as discriminações não acontecem em todos os momentos, nem com a mesma intensidade, mas estão presentes na rotina da Justiça devido à formalidades muitas vezes desnecessárias.

O tecnicismo afasta, por exemplo, a possibilidade de ações interdisciplinares, os meios alternativos de solução de conflitos e a própria participação da comunidade na administração da justiça. O caminho de aproximação do direito com as demais searas de conhecimento – principalmente das ciências humanas – em busca das causas e consequências do conflito, assim como a influência das decisões no próprio indivíduo e em suas relações, deixou evidente que muitas vezes é a própria organização do Poder Judiciário que impede o tratamento da relação jurídica com humanidade e não apenas como um objeto.

Surgiram nos últimos anos algumas medidas práticas que procuraram diminuir o distanciamento entre o julgador e os envolvidos no conflito, como reformas de procedimentos em geral, meios autônomos de resolução de conflito, a especialização de tribunais, entre outros. Mas estas precisam ser acompanhadas de adequado nível de preparação da advocacia e da magistratura.

⁴⁶ A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: alguns parâmetros Ético-Jurídicos. In. *Por um Constitucionalismo Inclusivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 4.

⁴⁷ VIANA, Márcio Túlio. O dia-a-dia do juiz e as discriminações que o acompanham. *Discriminação*. São Paulo: LTR, 2000, p. 271-274.

Os julgadores, solitariamente, não dispõem de recursos intelectuais para tratar de lides tão amplas como as em questão, que envolvem ciências políticas, sociologia, economia, administração pública. A metodologia jurídica de resolução de conflitos individuais não é suficiente, nem adequada. Todavia, o Poder Judiciário não pode deixar de dar a resposta às demandas e ficar silente e inerte, enquanto na sociedade, plural e complexa como a nossa, se vê cotidianamente reiterados desrespeitos aos direitos humanos. Boaventura dos Santos exemplifica a ineficiência do posicionamento tradicional apontando que no Brasil morreram mais indígenas depois da independência do que antes, mesmo com a presença do Estado organizado sob a estrutura clássica de separação de poderes⁴⁸.

A disseminação da atividade anômala de controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, ao invés de garantir a utilização de forma contramajoritária para preservar os marginalizados, pode apenas reforçar o poder dos grupos econômicos hegemônicos que já possuem acesso privilegiado às arenas políticas e vêm consolidando sua influência no campo judicial⁴⁹.

Como já evidenciado, ter saúde é uma forma de melhoria da qualidade de vida e do comportamento humano. Portanto, há um ciclo de perpetuação dos que possuem melhor condição econômica, frente ao maior acesso à educação, saúde, tecnologias e à justiça – ainda mais quando as quatro andam juntas, como no caso das novidades tecnológicas no ramo da Medicina.

O Poder Judiciário deve reavaliar os seus métodos para, ao invés de reforçar a perpetuação destes padrões, permitir o pleno e concreto acesso material à justiça. É necessário estar em alerta para que existam critérios norteadores da atividade jurisdicional em face das políticas públicas. Apenas com a inter e multidisciplinariedade profissional instrumentalizando o processo para promover a efetiva tutela de direitos é que serão retirados os obstáculos que se opõem ao acesso efetivo à Justiça.

Boaventura dos Santos afirma que o protagonismo dos tribunais gera transformação do estado quando objetiva estabilidade dos negócios econômicos e o combate à precariedade dos direitos sociais. Para o autor, exemplo disso seriam os casos da Suécia e da Holanda, que possuem bom controle da economia, ótimos níveis

⁴⁸ Exemplo fornecido em palestra constante no endereço eletrônico: <http://www.youtube.com/watch?v=ru3liW8CtxA>. Acessado em 30 de outubro de 2014.

⁴⁹ NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. Acesso à justiça democrático. Brasília: Gazeta jurídica, 2013, p. 88.

de desenvolvimento humano e, conseqüentemente apresentam os menores índices de judicialidade⁵⁰.

Para tanto, o primeiro passo após identificar o conflito posto, é enxergar quais de suas facetas alcançam a Justiça e qual será o instrumento utilizado para pacificação social.

2.2.1. Reincidência dos objetos das ações individuais de saúde

Para entender as demandas que envolvem o direito à saúde e tentar extrair algum padrão que norteie os instrumentos processuais é preciso perceber o impacto de algumas peculiaridades intrínsecas a elas. Como base de dados será utilizado o Projeto “Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde”⁵¹, do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais – CEBEPEJ e do Centro de Pesquisa Jurídica Aplicada da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, executado pelos professores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Maria Tereza Sadek, José Reinaldo de Lima Lopes, Lígia Paula Pires Pinto Sica, Luciana de Oliveira Ramos, Natalia Langenegger, Vivian Maria Pereira Ferreira, Marcelo José Magalhães Bonício, Heitor Vitor Mendonça Sica e Lucélia de Sena Alves. O projeto coletou dados sobre a tutela judicial do direito à saúde a partir de acórdãos de segunda instância dos Tribunais de Justiça estaduais e federais dos Estados de São Paulo e de Minas Gerais, entre 2010 e 2012. Além disso, algumas conclusões também serão retiradas a partir da Dissertação de Mestrado de Lucélia de Sena Alves⁵², *A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E SEU IMPACTO NO ORÇAMENTO: em busca de uma tutela adequada a partir do caso do estado de Minas Gerais*, uma das pesquisadoras do projeto.

A primeira das peculiaridades é a importância dos bens que se almeja proteger. A saúde se interliga com, por exemplo, a vida, a dignidade da pessoa humana, o ambiente, a moradia, a privacidade, o trabalho, a propriedade, a seguridade

⁵⁰ Exemplo fornecido em palestra constante no endereço eletrônico: <http://www.youtube.com/watch?v=ru3liW8CtxA>. Acessado em 30 de outubro de 2014.

⁵¹ Disponível em: https://www.google.com.br/?gws_rd=ssl#q=Avalia%C3%A7%C3%A3o+da+prest%C3%A7%C3%A3o+jurisdicional+coletiva+e+individual+a+partir+da+judicializa%C3%A7%C3%A3o+da+sa%C3%B4de Acesso em: 21 de abril de 2016.

⁵² ALVES, Lucélia de Sena. *A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E SEU IMPACTO NO ORÇAMENTO: em busca de uma tutela adequada a partir do caso do estado de Minas Gerais*. Dissertação de Mestrado. Pós-Graduação em Direito da Universidade de Itaúna. 2014.

social, proteção do consumidor, e as pessoas a nossa volta, principalmente a família e os mais sensíveis como crianças, adolescentes, idosos e deficientes⁵³.

Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo dividem as preocupações e conseqüentes tentativas de proteção ao direito à saúde em duas dimensões⁵⁴:

(...) uma dimensão defensiva, no dever de proteção da saúde, que se revela, por exemplo, pelas normas penais de proteção à vida, à integridade física, ao meio ambiente, à saúde pública, bem como em diversas normas administrativas no campo da vigilância sanitária, que regulam desde a produção e a comercialização de diversos tipos de insumos e produtos até o controle sanitário de fronteiras; e uma dimensão prestacional lato sensu, no dever de promoção à saúde, concretizada pelas normas e políticas públicas de regulamentação e organização do SUS, especialmente no que concerne ao acesso ao sistema, à participação da sociedade na tomada de decisões e no controle das ações de saúde e ao incentivo à adesão aos programas de saúde pública.

O cenário caótico que se apresentou até aqui foi gerado principalmente do choque entre estas duas dimensões, representadas: (a) pela vontade, necessidade e luta pela defesa e efetivação do direito à saúde; e (b) pela insatisfação com a prestação estatal, evidenciada pela diferença entre a forma de garantia proposta pelo Estado e àquela visível aos cidadãos.

É possível traçar nexos causais do atual cenário até com o senso de convivência em sociedade, de solidariedade e de preservação da espécie. A primeira e inerente reação que temos em face de problemas de saúde é a luta e a colaboração pela sobrevivência. Isto já seria o bastante para dificultar a atuação do magistrado em busca do equilíbrio de direitos individuais e coletivos. Enquanto a situação concreta de uma pessoa é relatada a sua frente, o âmbito coletivo e social permanece abstrato e longínquo, como algo que seria possível adequar no futuro.

A outra peculiaridade intrínseca à defesa em juízo do direito à saúde é a urgência. Qualquer minuto, hora ou dia pode ser definidor em certas intervenções médicas e, mesmo quando não é preciso obter resposta instantânea, é imprescindível que as ações durem bem menos que a média de todo o Poder Judiciário. A qualquer momento a situação pode se complicar e intensificar a necessidade de interferência.

É por isso que a grande maioria das ações de saúde envolvem a concessão de tutelas antecipadas ou, como denominada pelo CPC/2015, tutelas provisórias de

⁵³ SARLET, Ingo; FILCHTINER, Mariana. 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*, v. 67, p. 125-172, 2008, p. 3 e 4.

⁵⁴ Idem, p. 6 e 7.

urgência. Segunda a pesquisa do CEBEPEJ-FGV, no universo de 280 ações com dados relativos à urgência, 276 tiveram pedido de tutela antecipada, representando 98,5% do total⁵⁵. Apenas 4 ações não tiveram requerimento de urgência.

Dentre todos os processos pesquisados, contando inclusive os que não incluíam pedido de tutela de urgência, 97% tiveram a concessão de medida liminar antecipatória da pretensão.

É a reunião da importância do direito a ser tutelado com a necessidade de urgência que torna a resolução dos casos envolvendo a tutela do direito à saúde tão delicada. A resposta processual imediata para casos que envolvam bens jurídicos de alta relevância é o aprofundamento da cognição mediante a expansão do contraditório, da ampla defesa e da produção de provas.

O CPC/2015 deixa claro em suas normas fundamentais o prestígio do contraditório como forma de assegurar o acesso ao processo justo. Nas palavras de Fernando Jayme e Marcelo Franco:

E assim é que, finalmente, constrói-se o conceito de contraditório adequado ao Estado Democrático de Direito, considerando a sua *tridimensionalidade*. O contraditório é, assim, integrado pelos seguintes elementos:

- a) direito das partes à ciência, informação e participação no processo em simétrica paridade (dimensão estática ou formal);
- b) prerrogativa de influência e de controle das partes na construção do conteúdo da decisão judicial (dimensão dinâmica ou material);
- c) direito de as partes terem analisados e considerados os seus argumentos e provas, em correlação com o dever do órgão jurisdicional de efetivamente apreciar todas as questões deduzidas pelas partes, resolvendo o caso concreto unicamente com base nos resultados decorrentes da atividade dos interessados ao provimento (dimensão participativa, na qual a motivação decisória é elemento do contraditório).⁵⁶

Exemplo disso são as previsões de realização de audiência pública⁵⁷, ampliação da possibilidade de participação de *amicus curiae*⁵⁸ e de flexibilidade processual⁵⁹ no CPC/2015.

⁵⁵ Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais – CEBEPEJ; 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*. 2014. Disponível em: https://www.google.com.br/?gws_rd=ssl#q=Avalia%C3%A7%C3%A3o+da+prest%C3%A7%C3%A3o+jurisdicional+coletiva+e+individual+a+partir+da+judicializa%C3%A7%C3%A3o+da+sa%C3%B Ade Acesso em: 21 de abril de 2016, p. 66.

⁵⁶ JAYME, Fernando Gonzaga; FRANCO, Marcelo Veiga. O princípio do contraditório no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 227, 2014, p. 349-350.

⁵⁷ Art. 983. (...)

§ 1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.

⁵⁸ Art. 138. 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

Por outro lado, a urgência requer do procedimento medidas efetivas no combate ao perigo existente, implicando em decisões rápidas e que afetem o mérito da questão. O contraditório pode ser postergado para que não se torne um empecilho à efetividade, uma vez que uma decisão tardia pode não ser mais útil. Desta forma, o contraditório será diferido, resguardando o direito de participação e influência logo após a redução do perigo do tempo.

Do choque entre a importância do direito e a urgência da prestação jurisdicional surgem direções opostas quanto ao procedimento. Enquanto uma pode precisar postergá-lo, a outra necessita da sua presença para aprofundar a cognição e conceder ao magistrado elementos suficientes para seu convencimento.

Como não é possível compatibilizar essas pressões opostas, a urgência tem ganhado preferência em face do aprofundamento da cognição. Lucélia Alves⁶⁰ evidencia que, dentre os acórdãos que informaram a existência de pedido de tutela de urgência liminar em 1ª instância, constatou-se que 98,5% foram deferidas segundo a pesquisa do CEBEPEJ-FGV, e 89% foram deferidas conforme banco de dados da SPDIsa. Além disso, a maioria dos pedidos que envolvem o direito à saúde são irreversíveis, mesmo existindo a proibição expressa constante do §3º do artigo 300 do CPC⁶¹.

Ao tratar da irreversibilidade, o dispositivo tem a intenção de apontar a irreversibilidade da pretensão material e não a impossibilidade de reversão da medida concedida. Ora, se a antecipação da tutela é caracterizada pela provisoriedade, claro está que existem meios de extinguir seus efeitos, seja por recurso, sentença ou decisão interlocutória que a revogue. O perigo de irreversibilidade tratado em lei recai sobre a pretensão material e suposta criação de “*fato consumado e definitivo, sem*

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.

⁵⁹ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...)

VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

⁶⁰ A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E SEU IMPACTO NO ORÇAMENTO: em busca de uma tutela adequada a partir do caso do estado de Minas Gerais. Dissertação de Mestrado. Pós-Graduação em Direito da Universidade de Itaúna. 2014, p 68.

⁶¹ Art. 300. § 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

possibilidade de retornar ao status quo ante”⁶², que a revogação da medida não possa desfazer.

A reversibilidade é necessária para que, caso a parte inicialmente prejudicada pela decisão sumária saia vitoriosa no julgamento da lide ou cessem os requisitos da tutela provisória, seja revertido o provimento para o estado anterior, mantendo a proporcionalidade na atuação do Poder Judiciário.

Entretanto, existem demandas urgentes de saúde cuja satisfação sumária é irreversível. Cirurgias e entrega de medicamentos são os exemplos clássicos e vistos diariamente na prática. Para respeitar os direitos fundamentais que envolvem as demandas de saúde e outros de mesma natureza jurídica, a doutrina relativizou a vedação de concessão de tutela antecipada irreversível, quando a negativa de seu provimento possa gerar um “mal-maior”. Se ambas as hipóteses podem gerar resultados práticos irreversíveis – como é o caso de cirurgias e procedimentos que se não forem realizados podem levar à morte do demandante –, o aplicador do direito deve valer-se do princípio da proporcionalidade para verificar o que é mais importante no caso concreto e decidir pela concessão ou não da tutela.

A denominada “irreversibilidade recíproca”⁶³ é uma exceção à vedação do §3º do artigo 300 do CPC porque a literalidade da lei não pode se sobrepôr às diretrizes constitucionais de resguardo aos direitos fundamentais. No entanto, o emprego do princípio da proporcionalidade requer a configuração concreta da urgência oriunda de perigo de dano iminente que não possa aguardar o normal desenvolvimento da lide. Não basta envolver o direito à saúde, a situação deve ser realmente delicada para que se permita abrir tantas exceções no procedimento.

Exemplo disso é a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que negou a antecipação de tutela que objetivava realização de cirurgia para corrigir deformações corporais causadas por doença que não poderiam piorar o estado de saúde da parte⁶⁴. Por outro lado, o mesmo Tribunal já permitiu, no julgamento do

⁶² LOPES, João Batista. TUTELA ANTECIPADA no processo civil brasileiro. 3.a edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 83.

⁶³ Como é denominado o instituto em: CÂMARA, Alexandre Freitas. Colisão de Direitos Fundamentais, Direito à Saúde e Tutela Antecipada. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, no 12, maio- junho, 2006, p. 49.

⁶⁴ TJRJ, Agravo de Instrumento no 9457/2005, Relatora Desembargadora Célia Meliga Pessoa, julgado em 21/06/2005.

Agravo de Instrumento no 0037517-20.2012.8.19.0000, a realização de procedimento cirúrgico quando há ameaça ao direito à saúde e à existência do recorrente⁶⁵.

Entretanto, o altíssimo número de deferimento das tutelas de urgência requeridas liminarmente, como já apontado, pode indicar que a proporcionalidade e a averiguação da urgência no caso concreto não estão sendo devidamente observadas.

Outra particularidade das ações que envolvem o direito à saúde é a forma de alcance do Poder Judiciário. Em razão da situação preocupante das prestações de saúde no Brasil, principalmente as públicas, somadas à urgência e a cultura e organização judiciária brasileira, que será tratada oportunamente, os conflitos de saúde se manifestam no Poder Judiciário perante ações individuais.

Segundo a pesquisa da CEBEPEJ-FGV, no Tribunal de Justiça de São Paulo, dentre os 659 acórdãos pesquisados, 595 foram proferidos em ações individuais⁶⁶. Das outras 64 ações coletivas, 61 demandavam prestação para indivíduos identificados, sobrando apenas 3 ações que com pedidos voltados para a coletividade. Já no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 91,17% dos 362 processos eram individuais, enquanto apenas 1 ação coletiva pleiteava efeitos para a coletividade como um todo⁶⁷.

Por outro lado, enquanto o polo ativo é composto quase em totalidade por indivíduos, o Estado (seja qualquer dos seus entes federados) estava presente no polo passivo de 99,5% das demandas, uma vez que apenas 2 processos foram ajuizados em face de plano de saúde.

Neste universo de 408 decisões analisadas, Lucélia de Alves Sena aponta que “76% do total de demandas obtiveram um provimento que determinava uma prestação diretamente positiva do Estado. Não houve qualquer caso de condenação a uma obrigação de natureza pecuniária”⁶⁸. É importante ressaltar que os outros 24% são decisões sem informação do tipo de prestação requerida.

⁶⁵ TJRJ, Agravo de Instrumento no 0037517-20.2012.8.19.0000, Relator Desembargador Luiz Fernando Ribeiro Carvalho, julgado em 13/07/2012.

⁶⁶ Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais – CEBEPEJ; 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*. 2014. Disponível em: https://www.google.com.br/?gws_rd=ssl#q=Avalia%C3%A7%C3%A3o+da+presta%C3%A7%C3%A3o+jurisdicional+coletiva+e+individual+a+partir+da+judicializa%C3%A7%C3%A3o+da+sa%C3%B Ade Acesso em: 21 de abril de 2016, p. 39.

⁶⁷ *Idem*, p. 61.

⁶⁸ *A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E SEU IMPACTO NO ORÇAMENTO: em busca de uma tutela adequada a partir do caso do estado de Minas Gerais*. Dissertação de Mestrado. Pós-Graduação em Direito da Universidade de Itaúna. 2014, p. 80.

Ainda quanto ao objeto dos processos, também encontramos repetição. “O pedido mais frequente (...) é o de fornecimento de algum medicamento prescrito por médico ou algum outro insumo como fraldas, óculos de grau, leite, entre outros, o que representou 347 do total de 408 acórdãos apreciados.”⁶⁹ Dentre estes, 85% envolvem medicamentos, representando 64,6% do total.

O Estado de Minas Gerais possuía até 2015 um prédio e 100 funcionários exclusivos para controle e organização das demandas de saúde, inclusive as judicializadas. O setor faz o controle de uma lista de preços de mais de mil medicamentos para facilitar as compras de urgência e conseguir alcançar valores mais baixos. Além disso, aproximadamente 100 medicamentos são rotineiramente demandados, existindo grande repetição, principalmente envolvendo doenças mais graves e que são alvo das tecnologias mais avançadas, como o câncer⁷⁰.

Se em um universo de mais de 66 mil ações em curso perante o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, mais de 64% das ações envolvem medicamentos e existe alta demanda concentrada em torno de 100 medicamentos específicos, chegamos a um número fictício de 42 ações por medicamento, aproximadamente. Se em uma conta simples e aproximada já alcançamos quantidade expressiva de processos com o mesmo objeto, podemos inferir que alguns medicamentos podem ter taxas altíssimas de judicialização.

Concluimos assim que as ações de saúde, em sua esmagadora maioria, reúnem características comuns que podem auxiliar na análise da adequação do procedimento judicial existente para a sua resolução: (a) alta relevância do direito a ser protegido; (b) urgência na obtenção da prestação jurisdicional; (c) irreversibilidade recíproca entre o bem pleiteado e a saúde do indivíduo; (d) manifestação do conflito por via das ações individuais; (e) repetição dos objetos das ações, envolvendo prestação positiva do Estado.

Entretanto, acredita-se que as técnicas utilizadas pelo Poder Judiciário são inadequadas para tratar dessas peculiaridades. A tradição processual que encampou a judicialização da saúde, certamente, não é a melhor forma de resolução destes conflitos, principalmente se for considerado, também, o custo do processo.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Informação verbal adquirida em entrevista realizada com no setor, com Fernando Ávila em janeiro de 2015.

2.3. Adequação do caráter social do direito à saúde à dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

No caminho de pautar a atuação do Poder Judiciário pelas diretrizes constitucionais, verifica-se, no entanto, que mesmo após 25 anos desde a promulgação da Constituição da República de 1988, o nosso Estado Democrático de Direito ainda não atingiu a plenitude de garantia dos direitos fundamentais constitucionalmente positivados. Ainda que a história nos mostre que os direitos fundamentais evoluem assim como os ordenamentos jurídicos, necessitando de tempo para amadurecimento democrático, e que o seu completo alcance pode parecer algo impossível, o progresso e ampliação de direitos surgem à medida que outros vão sendo efetivados.

É este o movimento entre o direito constitucional positivado e a sua efetivação. Disto também surge a importância da luta pela concretização dos direitos sociais, que se agregam e completam para melhoria das condições de vida na sociedade. Há, portanto, um avanço em relação à concepção clássica do papel de defesa dos direitos fundamentais – não basta apenas a abstenção do Estado, mas também a proteção em face a terceiros.

Os direitos fundamentais impõem decisões de primazia, que exigem o emprego do postulado da proporcionalidade, apto para a contenção do arbítrio do poder e salvaguarda da liberdade.⁷¹

É possível afirmar que o direito à saúde pode ter seu exercício expandido com a melhoria das condições de trabalho e de consumo, por exemplo, que são outros direitos fundamentais. Isso acontece porque esta categoria de direitos, quando considerados em conjunto, são princípios superiores e estruturais da ordem jurídica e tem perspectiva de direitos sociais e transindividuais, cuja eficácia irradia para toda a coletividade⁷². Perspectiva esta que surge da construção doutrinária das dimensões subjetivas e objetivas dos direitos fundamentais.

Partindo de configurações da ordem jurídica alemã, Ingo Wolfgang Sarlet⁷³ afirma que os direitos fundamentais vão, além de garantir posições jurídicas exigíveis

⁷¹ DUARTE, Luciana Gaspar. *Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde: um contributo para a dogmática do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 39.

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, sua dimensão organizatória e procedimental e o direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 175, ano 34, set. 2009, p. 14 e 17.

⁷³ *Idem*, p. 13-15.

pelo titular (dimensão subjetiva), configurar também objetivos básicos e fins de atuação estatal (dimensão objetiva), duas funções autônomas presentes na ordem constitucional:

(O)s direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico, e que fortalecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.

Continua o autor afirmando que, embora não exista subordinação entre as duas facetas apresentadas, não havendo aplicação da supremacia do interesse público sobre o particular no âmbito dos direitos fundamentais, as funções estatais agregadas, que constituem a dimensão objetiva, podem implicar diretamente na ampliação da acepção subjetiva. Isto é, a observância dos objetivos básicos e finalidades pelo Estado em sua atuação geram resultados na tutela do direito, sendo os direitos fundamentais também obrigações estatais de adotar medidas positivas para proteger o seu próprio exercício.

As recentes manifestações da população brasileira em prol de melhorias dos serviços públicos de saúde prestados pelo Estado evidenciam que a consciência quanto aos direitos fundamentais deixou de abarcar apenas a qualidade de direito subjetivo. Saiu da esfera individual e passou a envolver a potencialidade do indivíduo ou de seu próximo necessitarem daquele serviço. Os movimentos populares não tem a intenção de lutar para conseguir melhor tratamento para alguém especificamente, nem mesmo unicamente a si próprio. Mesmo que ausentes de objetividade e concretude, os pedidos refletem a necessidade de observância da dimensão objetiva desse direito fundamental ao trazer à tona a potencialidade de qualquer um precisar de tratamento adequado da saúde.

Nesse sentido, o Poder Judiciário está vinculado constitucionalmente à política estatal⁷⁴. Ao exercer o controle das políticas públicas através do juízo de constitucionalidade, a atuação do Judiciário se transforma em própria expressão do

⁷⁴ Compreende, segundo Oswaldo Canela Júnior: um “conjunto de atividades do Estado tendentes a seus fins, de acordo com metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) que visam à realização dos fins primordiais do Estado”. *Apud* GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 164, ano 33, dez. 2008, p. 12.

que é a finalidade pública, abrangendo todo tipo de atividade voltada ao seu alcance⁷⁵, uma vez que é uma das vozes do Estado *uno*.

Dessa forma, todas as ações do Estado (como leis, atos da Administração Pública e decisões do Poder Judiciário) são medidas positivas que devem ir ao encontro dos preceitos constitucionais envolvidos e, em consequência, deve existir uma preocupação com a organização e o procedimento aplicados, para que auxiliem a efetivação, sem que haja redução do seu significado e conteúdo material.

Um caso envolvendo esta dimensão objetiva dos direitos fundamentais em crescente desenvolvimento no país é o reconhecimento da natureza jurídica punitiva das indenizações, denominada de *dano social*. Tal instituto abrange os *punitive damages* ou *exemplary damages*⁷⁶ que constituem, respectivamente, indenizações de caráter punitivo ou pedagógico que levam em consideração a causa coletiva por trás do dano individual (*compensatory damages*)⁷⁷.

Procedimentos administrativos e judiciais, criação de órgãos de tutela e promoção de direitos e uma necessária adequação da legislação processual aos direitos fundamentais são exemplos de atuações incisivas do Estado.

O tratamento do direito à saúde no Poder Judiciário, portanto, não pode ser diferente. É importante exigir-se uma postura de criação de medidas capazes de assegurar o processo justo e a tutela jurisdicional efetiva, incluindo adequada interpretação e formação processual.

Neste sentido, é preciso entender:

[...] o caráter instrumental das políticas públicas, como quadros normativos do agir estatal, ao cumprimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, do que decorre tenham elas por força motriz, sempre, os interesses de uma *coletividade* de cidadãos. Disso decorre que, seja o processo de planejamento da política pública, seja a previsão dos resultados a se alcançar, se faz tendo em conta esse determinante – a universalização, nos termos da configuração legal desse mesmo direito fundamental, e não a sua proteção na esfera de direito individual de um particular cidadão.

[...]

Observe-se que a resposta jurisdicional tem andado longe desse cuidado distintivo. Em verdade, a presença – como cogitação relevante – do tema da sindicabilidade das políticas públicas na mente dos atores jurídicos tem

⁷⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *Ética, direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 675-677.

⁷⁶ Foram reconhecidos no julgamento da apelação no processo 0027158-41.2010.8.26.0564, Rel. Desembargador Teixeira Leite, 4ª Câmara de Direito Privado, TJSP, julgado em 18/07/2013.

⁷⁷ Atualmente, predomina no Brasil que só pode haver indenização de caráter punitivo ou pedagógico quando existir dano em concreto a ser indenizado. Em outros países já é possível a indenização exclusivamente punitiva ou pedagógica.

determinado, com indesejável frequência, que se afirme ter-se empreendido o controle do plano da não-garantia de um direito fundamental em favor de um determinado cidadão. Essa prática, a par de não contribuir para a adequada compreensão de um fenômeno que se revela ainda pouco absorvido pelo direito – a saber, limites e possibilidades de sindicabilidade de políticas públicas -, sofre ainda riscos de afigurar-se como uma mera representação pacificadora, na medida em que afirma estar-se a desenvolver uma tarefa que, por sua complexidade, não permitiu ainda o adequado enfrentamento⁷⁸.

O objetivo de intervenção do Poder Judiciário nas questões relativas à saúde deve ser pautado pelo controle das políticas públicas de forma a garantir a efetividade da dimensão objetiva deste direito fundamental, mediante técnicas adequadas para tanto. Por mais que seja a faceta subjetiva que alcança as portas dos magistrados, é por meio da concretização da dimensão objetiva que o conflito poderá ser pacificado com proporcionalidade e respeito à coletividade. É preciso que a tutela jurisdicional observe, respeite e determine a adequação quando necessário da dimensão objetiva deste direito fundamental e não se paute apenas na garantia dos direitos subjetivos.

2.3.1. As demandas individuais de direito à saúde e sua potencialidade coletiva

Como visto, a forma de manifestação do conflito perante o Poder Judiciário é uma das questões centrais para se entender como acontece a prestação jurisdicional e adequá-la à dimensão objetiva do direito fundamental à saúde. É importante aprofundar em como a defesa individual do direito à saúde é pleiteada para averiguar os seus impactos na proteção do direito material.

No caso do Brasil há uma separação rígida entre as ações individuais e coletivas com a intenção de deixar claro qual é a possível extensão dos efeitos em cada uma. Isto também reflete diretamente no contraditório, na ampla defesa e no interesse de alcançar o mérito. Por necessitarem maior aprofundamento nestas questões, o ordenamento jurídico brasileiro restringiu os legitimados para propor as ações coletivas, buscando maior credibilidade e representatividade em juízo.

Por outro lado, a restrição dos legitimados também dificulta que alguns conflitos coletivos alcancem o Poder Judiciário na forma de processos coletivos. É devido a este e outros motivos que, conforme os números já apresentados, a

⁷⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 143-144.

manifestação do direito à saúde ocorre em sua grande maioria em demandas individuais.

Aqui se encontra a principal dificuldade do Poder Judiciário face à judicialização da saúde: o choque entre a necessidade de proteção das dimensões objetivas e subjetivas do direito fundamental e o procedimento previsto para as ações individuais de saúde. Há descompasso de um com o outro, uma vez que as demandas de saúde ultrapassam os efeitos entre as partes que são produzidos pelas decisões judiciais nas demandas individuais.

A presença de efeitos que ultrapassam as partes envolvidas nas demandas individuais já é reconhecida por parte da doutrina nas, assim denominadas, *ações pseudoindividuais*. Kazuo Watanabe⁷⁹ defende que existem demandas formalmente individuais que acabam por tutelar coletividades interessadas, como as envolvendo direito de vizinhança. No caso de um morador requerer que o estabelecimento comercial próximo a sua casa encerre suas atividades até certa hora da noite para respeitar o direito ao sossego, os efeitos da decisão irão influir também no direito dos outros vizinhos.

Há também aqueles que consideram a existência de *ações pseudocoletivas*, abarcando as ações coletivas que nada mais são do que a soma de interesses individuais que possuem uma tese jurídica geral aproveitável a todos⁸⁰. Trata-se apenas de hipótese de substituição processual, sem maiores dificuldades procedimentais⁸¹.

Tendo em vista a sua potencialidade coletiva – dimensão objetiva – as demandas individuais de saúde apresentam-se como *ações pseudoindividuais*. A classificação existe para diferenciar certos tipos de ações das demais e é exatamente isso que deve ser feito com o direito à saúde em juízo, uma vez que os impactos individuais e coletivos estão profundamente interligados.

⁷⁹ WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2006, n. 139, p. 29-35.

⁸⁰ DIDIER JR., Fredie e ZANETTI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 6ª ed. Salvador: Jus PODIVM. 2011, v. 4, p. 96.

⁸¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Coleção saberes Direitos Difusos e Coletivos* – Coordenadores: Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes. vol. 34. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 30.

Em outras palavras, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo⁸² apontam e exemplificam a relação entre indivíduo e coletivo existente nos conflitos sanitários:

Isso evidencia o caráter peculiar de alguns deveres fundamentais, que ademais de se fazerem cogentes no âmbito das relações individuais (e o dever geral de respeito à saúde pública e dos demais, e mesmo um dever de proteção e promoção da saúde de cada pessoa consigo mesma talvez constituam o melhor exemplo disso), dão origem a deveres de natureza política (como os deveres de elaboração e implementação de políticas públicas direcionadas à realização do direito à saúde, à concretização do SUS e à alocação dos recursos orçamentários conforme os patamares mínimos constitucionalmente estabelecidos para a área da saúde), tanto quanto deveres econômicos, sociais, culturais e ambientais (v.g., o controle do mercado de assistência à saúde, pela intervenção direta do Estado na esfera dos planos de saúde privados e na regulação dos preços de medicamentos; a implementação de programas sociais de saúde, notadamente pela assistência a grupos desfavorecidos, inclusive em função do tipo de doença que os acometa [doenças da “pobreza”, doenças raríssimas, epidemias, etc.]; a inserção da saúde nos currículos escolares e as campanhas de prevenção de cunho [in]formativo; o controle de poluição, o licenciamento ambiental, a fiscalização sobre uso e ocupação do solo, urbano e rural, etc.).

Detecta-se que as respostas judiciais aos conflitos de saúde têm interferido apenas pontualmente em relação aos indivíduos que ali requerem proteção e não se aprofundam no viés comunitário da saúde, núcleo do seu conceito e da legislação sanitária brasileira. Ao invés de melhor planejar as políticas públicas de saúde, a União, os Estados e os municípios tem sofrido com o exponencial aumento de gastos com decisões judiciais, comprometendo o orçamento da saúde.

O STF já tem entendimento no mesmo sentido. Na SL nº 228⁸³, a Min. Ellen Gracie afirmou que “(...) é possível identificar na redação do artigo constitucional tanto um direito individual quanto um direito coletivo à saúde (...)”. Enquanto na STA nº 91⁸⁴, a Ministra vai além e assevera que “(a) responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde”, completando que “ao conceder os efeitos (...) para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados (...) está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade.”

⁸² SARLET, Ingo; FILCHTINER, Mariana. 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*, v. 67, p. 125-172, 2008, p. 6 e 7.

⁸³ Suspensão de Liminar nº 228 - CE, julgamento em 14.10.2008, DJ de 21.10.2008, Relatora Min. Ellen Grace.

⁸⁴ Suspensão de Tutela Antecipada nº 91 - AL, julgamento em 26.02.2007, DJ de 05.03.2007, Relatora Min. Ellen Grace.

Desta forma, concluí-se que, por mais que os conflitos envolvendo o direito à saúde se manifestem por via das ações individuais, o Estado não pode responder e tutelar exclusivamente os seus aspectos individuais. É necessário uma compreensão maior do tema e de seus impactos enquanto política pública. Reconhecendo isto, em 2009, o STF convocou audiência pública em que se discutiu questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas ao tema. E mesmo assim, como já exposto, até 2016 pouco se avançou na redução das demandas judiciais⁸⁵.

Esta visão se encaixa com a denominação de litigância de interesse público, promovida por Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes e Alexandre Bahia e oriunda do direito norte-americano:

A expressão *public interest* encontra amplo respaldo na literatura jurídica norte-americana. Nos Estados Unidos as expressões *public interest law* e *public interest litigation* são utilizadas quando o direito é relacionado ao interesse de uma coletividade em oposição a normas de interesse individual e também para indicar a advocacia em defesa dos necessitados minoritários na sociedade.

A ideia principal nessa modalidade de litigância é exigir a efetivação de políticas públicas tanto expressas em lei, como decorrentes de princípios consagrados constitucionalmente ou de iniciativa, pela via judicial, de aplicação normativa.⁸⁶

Os direitos coletivos à educação, à moradia e à saúde são, na atualidade, os maiores exemplos da litigância de interesse público no Brasil e todos eles encontram-se envoltos no *movimento de judicialização*. A ineficácia da política pública frente às determinações constitucionais leva à indignação dos cidadãos que, por sua vez, enxergam no Poder Judiciário a única saída para se exigir mudanças. Nesses casos, aproxima-se o jurídico do político mediante pressões sobre os políticos e administradores públicos baseadas na coerção das leis, ao invés de se utilizar o próprio poder político dos cidadãos.

No mesmo sentido também se reconhece que a interferência jurídica não tem sido o bastante para alcançar o objetivo da *litigância de interesse público*, principalmente quando limitada às formas processuais tradicionais:

A Litigância de Interesse Público (LIP), nesses termos, não significa apenas a transformação da estrutura processual e do ato de julgar. Ela é

⁸⁵ Para maiores detalhes ver: VALLE, Vanice Regina Lirio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 131.

⁸⁶ Litigância de interesse público e execução compartilhada de políticas públicas. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 228, ano 38, out. 2013, p. 129.

muito representativa da diluição das fronteiras entre os poderes do Estado e do realce político do Judiciário (diálogos institucionais). Muito embora este “novo” tipo de litigiosidade busque uma reforma organizacional com a reparação das violações a direitos constitucionais perpetrados por agentes públicos, é possível visualizar que em alguns casos este tipo de interferência é aproveitado como uma oportunidade para judicializar determinadas demandas.⁸⁷

Desta forma, temos o movimento de judicialização das políticas públicas de saúde encaminhando para o Judiciário a discussão e o poder de decisão sobre o interesse público. E isto, por mais que busque impedir excessos ou omissões dos poderes estatais, quando potencializado pode causar a sobreposição de um em relação aos demais. É preciso que se adapte a forma de intervenção aos novos contornos e relações interpoderes.

Por mais que esteja na vanguarda da proteção do direito à saúde, o Poder Judiciário não é o caminho exclusivo para se alcançar melhores níveis de eficácia das determinações constitucionais e suas consequentes políticas públicas. Além de já lidarem com morosidade processual, quantidade de processos, dificuldade de executibilidade das sentenças, gestão das varas em que trabalham, acompanhamento de julgados das cortes superiores, há dúvidas quanto acreditar que nossos magistrados estejam aptos para lidar com embates sociais de grande escala. Desconhece-se a existência concreta de tempo, estrutura e conhecimento prévio ou especializado para que se tenha subsídio argumentativo de fundamento para suas decisões. Também não está claro se ao tratar de direitos e deveres que afetam toda a sociedade, basta analisar o que cada parte trouxe ao processo.

⁸⁷ NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Judicialização da política ensaia violação de limites*. CONJUR – out. 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-out-29/judicializacao-politica-ensaia-violacao-limites-normativos>. Acesso em: 01 maio 2016.

3. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário

A promulgação da Constituição da República é reconhecida como o marco de reorganização da sociedade em busca da democracia plena, após o fim do regime autoritário. Desde então, foi possível perceber a importância assumida pelo Poder Judiciário devido ao seu fortalecimento e crescente participação na construção do Estado Democrático de Direito planejado. O acesso à justiça é garantia de extrema relevância constitucional em razão do princípio constitucional da inafastabilidade de jurisdição (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”) constante do inciso XXXV do artigo 5º da CR.

Por mais que esta valorização tenha fortes ligações com o texto constitucional do ano de 1988, leis infraconstitucionais brasileiras já tinham o intuito de melhorar o alcance e a qualidade da prestação jurisdicional muito antes. Se retomarmos a teoria de Cappelletti e Garth⁸⁸ sobre as ondas de acesso à justiça, é possível identificar todas elas na evolução legislativa brasileira.

A primeira vista, os conceitos de alcance e qualidade jurisdicional parecem ser amplos e abstratos, tentando apenas trazer bom senso a toda e qualquer ação que envolve o Poder Judiciário. Entretanto, a percepção aqui deve ir profundamente em quais são os principais valores que a sociedade deve preservar e as maiores dificuldades existentes na resolução de um conflito. É uma releitura do sistema em busca de novas opções e abrangência transdisciplinar, uma vez que o paradigma clássico de Justiça não mais atende os anseios sociais.

Neste caminho de aproximação do direito com as demais áreas de conhecimento – principalmente das ciências humanas – em busca das causas e consequências do conflito, assim como pela influência das decisões no próprio indivíduo e em suas relações, ficou evidente que muitas vezes é a própria organização burocrática e formal do Poder Judiciário que impede o tratamento da controvérsia com humanidade, deixando de considerá-la apenas como um objeto.

Surgiram nos últimos anos algumas medidas práticas que procuraram diminuir o distanciamento entre o julgador e os envolvidos no conflito, como reformas de procedimentos em geral, meios autônomos de resolução de conflito, a

⁸⁸ *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Editora Fabris, 1988.

especialização de tribunais, entre outros. Mas estas precisam ser acompanhadas de adequado nível de preparação dos advogados e juízes.

É relevante perceber as discriminações que a própria justiça causa em reflexo ao sistema que está inserido, por mais que esta já tente reduzir os excessos mais fortes e visíveis⁸⁹. A própria linguagem do direito, o local e o vestuário dos envolvidos favorecem mais aos detentores do poder. É verdade que as discriminações não acontecem em todos os momentos, nem com a mesma intensidade, mas estão presentes na rotina da Justiça devido à formalidades muitas vezes desnecessárias.

O tecnicismo afasta, por exemplo, a possibilidade de ações interdisciplinares, os meios autônomos de solução de conflitos e a própria participação da comunidade na administração da justiça. Apenas com profissionais inseridos na realidade social e que instrumentalizem o processo para promover a efetiva tutela de direitos é que serão retirados os obstáculos que se opõem ao acesso efetivo à Justiça. E este é um dos entendimentos que leva ao debate sobre o ativismo judicial.

Antes de levantar os aspectos relevantes do posicionamento ativo do Poder Judiciário frente à garantia dos direitos fundamentais, é preciso definir o que seria o ativismo judicial e os seus limites. O próprio surgimento da expressão “ativismo judicial” nos Estados Unidos já carrega um conteúdo dúplice. Lá o *judicial activism* é visto de forma negativa, mas, quando comparado com o “passivismo judicial”, passa a ter contornos positivos⁹⁰.

O mesmo acontece no Brasil e a expressão acaba tendo duas interpretações diversas, uma baseada em comportamentos exagerados que ocorrem no Poder Judiciário, desrespeitando o próprio ordenamento jurídico, e outra condicionada a atuações mais conscientes. É importante apontar primeiramente que o *ativismo judicial* não se configura apenas nos casos em que comandos judiciais provêm acerca de políticas públicas ou de atos e condutas emanados dos outros Poderes e suas instâncias.⁹¹

Exemplo da primeira conceituação pode ser encontrado em posições que criticam a utilização *ampla* da iniciativa, criatividade e engajamento dos magistrados

⁸⁹ VIANA, Márcio Túlio. O dia-a-dia do juiz e as discriminações que o acompanham. *Discriminação*. São Paulo: LTR, 2000, p. 271-274.

⁹⁰ OLIVEIRA JÚNIOR, Jorge Ferraz de. Ativismo judicial ou ativismo jurídico? O ativismo do Poder Judiciário como resposta ao passivismo do Poder Legislativo no Brasil. *II Jornada de Direito Constitucional – Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. Brasília: ESMAF, 2014, p. 222.

⁹¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça – condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 97.

como suposta forma de exercício de cidadania das partes. Dierle Nunes e Ludmila Teixeira⁹² demonstram essa preocupação com o que denominam de *ativismo judicial seletivo*, pois, ao analisarem a evolução histórica de direitos no Brasil, identificaram que, após o surgimento de diversas legislações sociais, os conflitos de interesses ficaram mais amplos e complexos e o Poder Judiciário mais exposto e vinculado à comunidade política. Dessa maneira, os magistrados são compelidos perigosamente a intervir para igualar, tutelar e corrigir, em flagrante ruptura da sua imparcialidade.

Para esta corrente de pensamento, o ativismo nem sempre garante maior proteção e força aos direitos fundamentais e o seu uso indiscriminado desrespeita os princípios constitucionais e a separação de poderes, pois insere no debate justificativas de cunho político, ameaçando o tratamento ideal aos direitos fundamentais para configuração do acesso democrático⁹³.

Quando tratamos especificamente do direito à saúde, os dados apresentados no capítulo anterior podem ser interpretados como uso indiscriminado do engajamento dos magistrados pela preservação a todo custo da vida e do indivíduo. É exatamente o acesso democrático ao direito à saúde que é desrespeitado, como já vimos pela desigualdade regional da judicialização dos conflitos envolvendo prestações públicas de saúde.

O outro ponto de vista, no entanto, aproxima o ativismo judicial de condutas que procurariam a resolução adequada da demanda e fortaleceriam as previsões constitucionais quando a lei gera entraves desnecessários. Segundo Luís Roberto Barroso, o ativismo judicial abarcaria a aplicação direta da Constituição a situações expressamente contempladas apenas por normas infraconstitucionais e as determinações de atuação do Poder Público quando estiver ausente, seja na formulação de atos normativos em consonância com a Constituição ou notadamente em matéria de políticas públicas.⁹⁴

Esta seria a forma ideal de tratamento pelos magistrados do direito à saúde, buscando o equilíbrio entre todos os interesses ali presentes e buscando garantir que o Estado não seja ausente em seu dever constitucional. Entretanto, como já vimos, a concretização desta intenção é complexa por ter que observar tantas peculiaridades

⁹² NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. Acesso à justiça democrático. Brasília: Gazeta jurídica, 2013, p. 82.

⁹³ *Idem*, p. 86.

⁹⁴ *Apud* OLIVEIRA JÚNIOR, Jorge Ferraz de. Ativismo judicial ou ativismo jurídico? O ativismo do Poder Judiciário como resposta ao passivismo do Poder Legislativo no Brasil. *II Jornada de Direito Constitucional – Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. Brasília: ESMAF, 2014, p. 225.

antagônicas como: indivíduo e coletividade; importância do bem pleiteado e urgência; pano de fundo coletivo e manifestação do conflito de forma individual; dentre outros.

O artigo 196 da Constituição da República, tão levantado para a defesa do direito à saúde, prevê que o Estado deve garanti-lo mediante políticas públicas sociais e econômicas. Políticas públicas são escolhas de atuações estatais em certas perspectivas e podem ser instituídas por lei ou por determinação do administrador público, quando lhe foi conferida discricionariedade para tanto. São, portanto, os poderes executivos e legislativos os responsáveis por isto.

Claro que não se exclui a possibilidade de o Poder Judiciário controlar a execução correta da política pública. O Supremo Tribunal Federal já pacificou entendimento permitindo a intervenção em políticas públicas, mas vedando a sua instituição⁹⁵. Entretanto, não há registros de sentenças que antes de concederem um medicamento de alto custo ou determinar a realização de cirurgia em hospitais particulares às custas dos entes federativos tenha se fundamentado efetivamente em quais políticas públicas foram instituídas pelos poderes executivos e legislativos e de que forma elas foram desrespeitadas.

A urgência e a importância do direito fundamental à vida e à saúde tem se sobreposto a toda estrutura estatal, inclusive à separação dos poderes. A concessão de tutelas de urgência, por exemplo, é exceção no nosso ordenamento jurídico e deve ser efetivamente comprovada pela parte quando requerida⁹⁶. Devem existir provas exaustivas das condições de urgência antes de se conceder o pleito diferindo o contraditório.

A inadequada intervenção do Poder Judiciário nos demais poderes pode prejudicar mais do que ajudar. Como já colocado, ao Poder Judiciário cabe controlar a prestação dos serviços públicos conforme a política pública atrelada, sem inovar.

Não se admite que o Judiciário invada o cerne político das escolhas governamentais, aspecto reservado à autoridade estatal competente. Contudo, é cabível o controle judicial de eventual ofensa aos parâmetros dispostos na ordem jurídica relativamente à sua edição.⁹⁷

⁹⁵ Conforme julgamento da ADPF 45-9 pelo STF.

⁹⁶ Artigo 300 do CPC: “A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.”

⁹⁷ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Controle jurisdicional dos atos políticos e administrativos na saúde pública. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (org.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 327.

Para reduzir a diferença entre os posicionamentos apresentados sobre o ativismo judicial é importante deixar claro que o desrespeito aos princípios constitucionais descaracterizaria a adequada utilização do instituto. O ativismo não pode ser confundido com interpretação progressista ou vanguardista, nem ser oposto ao conservadorismo. Este constitui um exercício arrojado da jurisdição, fora da usual, em especial no que tange a questões morais e políticas⁹⁸.

Cabe aqui investigar a situação atual e procurar qual o posicionamento adequado frente aos conflitos de saúde para que a utilização dos institutos processuais seja feita sob o viés apropriado. Uma vez balizado o ativismo judicial pelas previsões e interpretações constitucionais talvez ambos posicionamentos consigam encontrar um ponto em comum.

As finanças do Estado podem servir de parâmetro para enxergar qual é a profundidade desta intervenção atualmente.

Em 2002, o Estado de Minas Gerais gastou R\$164.325,00 para cumprir as determinações judiciais de saúde⁹⁹. Já o Orçamento de 2011 estimava gastos de 40 milhões de reais¹⁰⁰. Em 2015 o valor previsto foi superior a 246 milhões de reais¹⁰¹ – em quatro anos o valor aumentou em seis vezes; *em treze anos o valor aumentou 1.500 vezes*. A título de exemplificação, em 2015 o Estado de Minas Gerais prevê mais gastos com sentenças judiciais de saúde do que com a soma dos investimentos com atenção à saúde de pacientes com hipertensão e diabetes (36 milhões de reais), manutenção dos hospitais regionais (168 milhões de reais) e com a vigilância sanitária (20 milhões de reais)¹⁰². Em uma análise mais ampla, cerca de 30% do orçamento destinado ao custeio de medicamentos no Estado de Minas Gerais é reservado

⁹⁸ BRANCO *Apud* OLIVEIRA JÚNIOR, Jorge Ferraz de. Ativismo judicial ou ativismo jurídico? O ativismo do Poder Judiciário como resposta ao passivismo do Poder Legislativo no Brasil. *II Jornada de Direito Constitucional – Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. Brasília: ESMAF, 2014, p. 221.

⁹⁹ ALVES, Lucélia de Sena. *A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E SEU IMPACTO NO ORÇAMENTO: em busca de uma tutela adequada a partir do caso do estado de Minas Gerais*. Dissertação de Mestrado. Pós-Graduação em Direito da Universidade de Itaúna. 2014, p. 71.

¹⁰⁰ Segundo Quadro de Detalhamento de Despesas constante do Volume V do Orçamento de 2011, disponível em: <http://www.planejamento.mg.gov.br/planejamento-e-orcamento/orcamento-do-estado-de-minas-gerais/orcamento-2011>. Acesso em 21 de junho de 2015.

¹⁰¹ Segundo Quadro de Detalhamento de Despesas constante do Volume V do Orçamento de 2015, disponível em: <http://www.planejamento.mg.gov.br/planejamento-e-orcamento/orcamento-do-estado-de-minas-gerais/orcamento-2015>. Acesso em 21 de junho de 2015.

¹⁰² *Idem*.

anualmente para arcar com as determinações judiciais, conforme indicam os gastos dos anos anteriores.¹⁰³

No Estado do Paraná, por exemplo, 64% dos gastos com a saúde do ano de 2014 foram reflexos de demandas judiciais, sendo que, no ano de 2009, 927 ações foram responsáveis pela destinação de 35 milhões de reais, representando um aumento de 133% em relação ao ano de 2006.¹⁰⁴ É necessário refletir a respeito de qual é o do poder que, efetivamente, está determinando as políticas públicas nestes casos.

Os municípios que possuem orçamentos pequenos podem entrar até em colapso financeiro se tiverem que cumprir todas as determinações judiciais. O Município de Volta Redonda no Estado do Rio de Janeiro recebeu no ano de 2007 o valor aproximado de 100 mil reais para gastos com medicamentos, enquanto a Justiça determinou que fossem gastos 490 mil reais. O Município ficou com um déficit de 390 mil reais em decorrência da intervenção do Poder Judiciário. O mesmo aconteceu com o Município de Rio das Flores, também no Rio de Janeiro, que recebeu 3,2 mil reais, mas teve que gastar 10 mil reais em decorrência de ações judiciais.¹⁰⁵

Soma-se a tudo isso, o aumento de despesas do Poder Judiciário, também influenciado pelo movimento de judicialização. Conforme pesquisa do CNJ, cujos dados foram retirados do Justiça em Números, de 2010 para 2011 houve aumento de 3,7% nos gastos, enquanto de 2011 para 2012 o aumento foi de 12,3%, alcançando o valor de total superior a R\$ 31 bilhões¹⁰⁶. Quanto mais conflitos, mais dinheiro para resolvê-los será consumido pelo Estado.

Por mais que a corrente doutrinária defensora da intervenção do Poder Judiciário na confecção do orçamento não tenha ganhado força suficiente para conseguir efeitos concretos¹⁰⁷, indiretamente isto está ocorrendo. O aumento

¹⁰³ ARAÚJO, Kammilla; BRANT, Luiz. *A “judicialização da saúde” e sua relevância orçamentária para o Estado*. Disponível em: <http://www.esp.mg.gov.br/wp-content/uploads/2009/04/a-judicializacao-da-saude-e-sua-relevancia-orcamentaria1.pdf>. Acesso em: 30 de outubro de 2014.

¹⁰⁴ BOREKI, Vinícius. *Paraná gasta 64% de verba para remédios via ordem judicial*. Disponível em: <http://fopspr.wordpress.com/2010/10/27/parana-gasta-64-de-verba-para-remedios-via-ordem-judicial>. Acesso em: 30 de outubro de 2014.

¹⁰⁵ PEPE, Vera Lúcia Edais. *Demandas judiciais de saúde: é possível reduzi-las?* Palestra proferida no 1º Congresso Brasileira de Saúde, Direito e Gestão Hospitalar do IBDPIS. Apresentação disponível em: <http://www.ibdpis.com.br/outros/midias/103.pdf>. Acesso em 30 de outubro de 2014.

¹⁰⁶ ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Coord.). *Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 30.

¹⁰⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 107-117.

desenfreado das determinações judiciais está restringindo, cada vez mais, a atuação do administrador público.

E, ainda que não tenha sido capaz de alterar o cenário na década seguinte, o próprio Tribunal de Justiça de Minas Gerais já se pronunciou neste sentido em 2005:

[...] não se admite é que o Poder Judiciário decida se os poucos recursos existentes deverão tratar milhares de vítimas de doenças comuns ou um pequeno número de doentes terminais, ou se recursos da educação ou moradia (que também são direitos sociais constitucionalmente reconhecidos) devem ser desviados para atender às demandas de saúde, ou vice-versa.

O Estado deve satisfazer as prestações que está obrigado, por imposição constitucional, para garantir à dignidade da pessoa humana, devolvendo-lhe sua cidadania.

Mas o conteúdo desta prestação não pode ser determinado pelo Poder Judiciário, em respeito ao princípio republicano e à independência dos Poderes. [...]

Por isso, não pode o Judiciário determinar que o Poder Legislativo edite normas neste sentido ou que o Poder Executivo tome esta ou aquela decisão, dentro da sua discricção. Pode até rever e controlar os atos daqueles poderes que se distanciem dos sistemas e das normas diretivas existentes, mas não pode definir as normas ou decisões que devem ser tomadas, em substituição àqueles.¹⁰⁸

O Supremo Tribunal Federal também se posicionou pela interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas, notadamente no julgamento da ADPF 45-9, promovida contra veto emanado pelo Presidente da República sobre disposição da Lei de Diretrizes Orçamentárias para a elaboração da lei orçamentária de 2004 (convertida na Lei no 10.707/03) que concedia o caráter de ação e serviço público de saúde à totalidade das dotações do Ministério da Saúde, excluindo encargos previdenciários, serviços da dívida e despesas financiadas pelo Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza¹⁰⁹. Conforme decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, publicada no DJ em 04.05.2004:

Tal incumbência [de formular e implementar políticas públicas], no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

¹⁰⁸ Apelação Cível nº 1.0024.03.163240-9/002(1), 2ª Câmara Cível do TJMG, prolatada em 01.03.2005, Relator: Desembargador Brandão Teixeira.

¹⁰⁹ O julgamento do mérito da ação ficou prejudicado pelo advento da Lei 10.777/03, proposta pelo próprio Presidente da República, que restaurou à LDO daquele ano a disposição originariamente vetada. Entretanto, a decisão monocrática proferida reconheceu a possibilidade da utilização da ADPF para garantir a concretização de políticas públicas previstas na Constituição da República, também assegurando, em consequência, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário quando há descumprimento legal em matéria de políticas públicas.

E continua, ao tratar especificamente dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), alvos constantes da política estatal:

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

Como as principais violações do Estado às normas relativas aos direitos fundamentais são oriundas de omissões, preconiza Ingo Wolfman Sarlet em consonância com o posicionamento do STF acima apresentado, que o controle deverá – e, portanto, trata-se de um poder/dever – ser exercido em observância à proporcionalidade de atuação estatal e proibição de insuficiência¹¹⁰, respeitando a margem de liberdade do Estado na determinação dos meios a serem utilizados¹¹¹. Ora, se o próprio conceito de interesse público e sua indisponibilidade já abrangem a noção de coletividade contraposta ao interesse do Estado, os atos estatais devem ser revistos quando desrespeitarem as diretrizes estabelecidas pelos direitos fundamentais. A intervenção do Poder Judiciário tem o dever de equilibrar os descumprimentos pelas instâncias governamentais das políticas públicas legalmente estabelecidas, procurando efetivar o acesso aos direitos sem intervir na discricionariedade da administração pública de organizar e estabelecer as maneiras de garantia a este acesso. E com o direito à saúde não pode ser diferente.

Tanto a corrente que sustenta a aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais sociais¹¹², quanto a corrente defensora da aplicabilidade imediata

¹¹⁰ A simetria do que foi colocado pelo doutrinador com a decisão do STF está nos seguintes pontos: “proporcionalidade de atuação estatal” e “agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos”; e entre “proibição de insuficiência” e “núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo”.

¹¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, sua dimensão organizatória e procedimental e o direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 175, ano 34, set. 2009, p. 19.

¹¹² Exemplo dessa corrente, denominada por Kazuo Watanabe (*Mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis*. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 193, ano 36, p. 13-25, março, 2011) de “dogmática constitucional transformadora e emancipatória” é o argumento de Livia Regina Savergnini Bissoli Lage (O novo papel do Judiciário e a teoria da separação dos poderes: judicialização de direitos? *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 184, ano 35, p. 163-194, jun. 2010) que “a eficácia da Constituição não depende apenas de sua conformação

apenas do que consistir o mínimo existencial, conceito núcleo do princípio da dignidade humana¹¹³, incluem o direito à saúde na tutela jurisdicional imediata, bastando a falta de sua prestação para que deva existir proteção jurisdicional, já que o direito à saúde básica que atenda o maior número de pessoas com o mesmo volume de recursos¹¹⁴ é, sem dúvida, elemento material do mínimo existencial.

Em face da implantação onerosa do direito fundamental à saúde, o Estado justifica as suas omissões com a denominada *reserva do possível*, conceito doutrinário para a inexistência de verbas que permitam implementação efetiva da política pública. Entretanto, o próprio julgamento da ADPF 45-9 pelo STF já afastou a alegação da reserva do possível quando o direito social atrelado consistir em condições materiais mínimas de existência.

Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.¹¹⁵

Na outra ponta, a proporcionalidade ou razoabilidade da atuação estatal ao escolher ou executar as políticas públicas, regidas pelo princípio da proporcionalidade, devem ser sempre analisadas diretamente no caso concreto, pois é impossível a generalização de parâmetros financeiros e preferências políticas, principalmente no âmbito do direito de saúde.

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho¹¹⁶, é possível identificar três aspectos, ou subprincípios, que norteiam a proporcionalidade: a adequação dos meios ao fim pretendido; a exigibilidade e necessidade, que em conjunto formam a idéia de

com a realidade histórica e social, já que, no dizer de Hesse, possui uma ‘força ativa de transformação’. Portanto, quando a Constituição determina atuação positiva do Estado, este não pode se eximir alegando tratar de discricionariedade na escolha de sua atuação, ou ainda alegar que a lei não disciplina tal norma programática: a discricionariedade administrativa jamais poderá se converter em inércia do Estado.”

¹¹³ Linha argumentativa utilizada pelo Min. Celso de Mello na decisão monocrática da ADPF 45-9, (conforme explicitado) que defende que o princípio da dignidade humana tem um conteúdo básico, o *mínimo existencial*, bem definido por Ada Pellegrini Grinover (O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 164, ano 33, dez. 2008, p. 12): “O mínimo existencial é considerado um direito às *condições mínimas de existência humana digna* que exige prestações positivas por parte do Estado: ‘A dignidade humana e as condições materiais de existência não podem retroceder aquém do mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados’”.

¹¹⁴ ROCHA JÚNIOR, Paulo Sérgio Duarte da. *Controle jurisdicional de políticas públicas*. Dissertação de mestrado defendida na USP, orientador Rodolfo de Camargo Mancuso, p. 21-24.

¹¹⁵ Decisão monocrática do Min. Celso de Mello na ADPF 45-9, publicada no DJ em 04.05.2004.

¹¹⁶ *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. Ed. reimp. Coimbra: Almedina, p 264-265.

“menor desvantagem possível”; e a proporcionalidade em sentido restrito, que se aproxima da ideia de “equilíbrio” e “justa medida”. Desta forma, o mérito administrativo que não estiver de acordo com tais características é que estará submetido ao juízo de constitucionalidade do Judiciário, que, por sua vez, deverá ponderar o necessário para o alcance do ato proporcional.

Raquel Melo Urbano de Carvalho traça alguns parâmetros para esta proporcionalidade em relação ao direito à saúde:

Assim sendo, afigura-se desproporcional ignorar que, para assegurar a saúde pública, implica menor gravame construir e incentivar o uso de áreas de lazer que propiciem a prática de atividades físicas, com redução dos riscos coronarianos e prevenção do agravamento de doenças como diabetes e pressão alta, em vez de apenas adquirir medicamentos de elevado valor financeiro quando as diversas doenças já comprometem a vida dos cidadãos. Referido juízo, reitera-se, é integrante da própria juridicidade vinculante das políticas públicas de saúde.

É necessário, cumulativamente, determinar a relação custo-benefício de qualquer medida em face do conjunto de interesses em jogo, de modo a ponderá-la mediante o exame dos eventuais danos e resultados benéficos viáveis na espécie.¹¹⁷

Por constituir condição mínima de existência, o acesso à saúde deve ser prioridade do Estado e o Poder Judiciário assume, então, o papel de impedir a continuidade do descumprimento das diretrizes e finalidades existentes. Percebe-se que deve haver intervenção e controle das políticas públicas para que o objetivo seja alcançado, atuando sobre a proporcionalidade dos atos governamentais e, especificamente no caso do direito à saúde, sobre a prestação ou não de serviços públicos suficientes para a população. Não basta existir planejamento e investimento, deve haver prestação adequada do serviço. A exigibilidade e a necessidade são inerentes à própria qualidade de direito fundamental, cabendo ao Estado a utilização de formas adequadas para seu alcance. Compete ao Poder Judiciário intervir para que o cidadão veja o seu direito efetivado mediante o equilíbrio de atuação dos poderes.

Entretanto, o direito provém dos fatos e estes tem múltiplos aspectos que ultrapassam a seara jurídica e também podem ser judicializados. Assim, a concepção clássica de que o Poder Judiciário protegeria apenas as crises propriamente judiciárias está ultrapassada. Os tribunais atualmente assumem peso político e devem se pautar fundamentadamente por balizas constitucionais. Os diferentes grupos políticos identificam no Judiciário o responsável final pela resolução do problema, entretanto

¹¹⁷ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Controle jurisdicional dos atos políticos e administrativos na saúde pública. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (org.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 319.

este ainda está desconfortável para sair da perspectiva clássica e individual do conflito por não saber o limite de suas interferências.

Por mais que existam os tribunais superiores para julgarem as demandas em âmbito mais amplo, na tentativa de uniformização, estes estão abarrotados e não conseguem responder de forma adequada e rápida às necessidades dos jurisdicionados. Enquanto um processo com repercussão geral aguarda julgamento no STF, diversas relações jurídicas afetadas continuam sem resolução final e geram consequências, muitas vezes multiplicando os problemas. Formando um ciclo vicioso, tais problemas acabam alcançando as instâncias inferiores e *rejudicializando* a relação jurídica.

Os julgadores não dispõem de cabedal para tratar de lides tão amplas como as que envolvem outras ciências, utilizando os métodos convencionais de resolução de conflitos individuais. Há de se questionar se a clássica inércia do Poder Judiciário deve ser mantida mesmo em face de problemas próprios de sociedade envolvida em pluralismo jurídico.

Retomando o posicionamento dos críticos e buscando um equilíbrio na sua utilização, é necessário estar alerta para que existam critérios norteadores do ativismo judicial. A disseminação desta atividade anômala, ao invés de garantir a utilização de forma contramajoritária para preservar os marginalizados, pode apenas reforçar o poder dos grupos econômicos hegemônicos que já possuem acesso privilegiado às arenas políticas e vêm consolidando sua influência no campo judicial.¹¹⁸

O Superior Tribunal de Justiça, observando esta nova visão de atuação dos magistrados e a necessidade de estabelecer os seus limites para que não haja desrespeito às garantias processuais, pacificou quais são os parâmetros desta atuação em conflitos envolvendo políticas públicas. No REsp. 577.836-SC de relatoria do Ministro Luiz Fux¹¹⁹, partiu-se do entendimento majoritário que caracteriza as políticas públicas como promessas constitucionais, decidiu que a determinação feita pelo Poder Judiciário para sua implementação não viola a separação de poderes e não se insere no poder discricionário do administrador.

Estabelecer os parâmetros adequados à liberdade do julgador para agir de forma mais ativa, traz certa unicidade comportamental e mais segurança para as partes

¹¹⁸ NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. Acesso à justiça democrático. Brasília: Gazeta jurídica, 2013, p. 88.

¹¹⁹ REsp 577836/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2004, DJ 28/02/2005, p. 200.

e para o próprio juiz. Mas não é o bastante. Avaliar a implementação de políticas públicas já pré-existentes é positivo, porém não abarca considerável parte das demandas em que o ativismo judicial é aplicado.

Além disso, também é evidente que o Poder Judiciário não pode almejar resolver todos os problemas, sempre se justificando pela inafastabilidade de jurisdição e dando ao juiz liberdade para decidir de forma arrojada. Os demais poderes e a própria sociedade civil também devem ser emancipados para resolução de conflitos, cada qual de sua maneira até para prevenir eventuais abusos oriundos do próprio Judiciário. É necessário, então, adequar estas atuações para realizar o modelo constitucional proposto.

3.1. Perspectivas da Democracia Deliberativa

Thomas Kuhn afirma que a ciência assume compromissos arbitrários – ao pressupor radicalmente que sabe como é o mundo – que de tempos em tempos devem ser renovados mediante investigações extraordinárias, as quais o autor denomina de *revoluções científicas*.¹²⁰ Além disso, bem evidencia que a forma de desenvolvimento da ciência apenas por um processo gradativo de adicionar itens ao acervo do crescente conhecimento e das técnicas científicas não mais se sustenta. As ciências sociais passaram então, conforme o conceito de Kuhn, por momentos de *revoluções científicas*.

Neste caminho, as crenças na simplicidade (ao dividir o objeto em partes e investigar cada uma delas), na estabilidade (ao pensar que é possível prever os fenômenos, uma vez que o mundo seria estável e sempre reversível) e na objetividade (ao acreditar que é possível conhecer como tudo realmente é), próprias da ciência tradicional, não são mais capazes de sozinhas basear a construção das ciências contemporâneas¹²¹. Boaventura de Sousa Santos ressalta que a teoria da relatividade de Einstein consegue relativizar até o que possuíamos de mais absoluto: o espaço e o tempo¹²².

¹²⁰ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Editora Perspectiva, 2003, p. 9-28.

¹²¹ Vasconcellos, Maria José Esteves de. *Pensamento sistêmico – novo paradigma da ciência*. São Paulo: Papirus, 2002, p 67-99.

¹²² *A crítica da razão indolente – contra o desperdício da experiência*. 4ª Ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 60-74.

A fragmentação do ser e de suas relações empobrece a visão da intrincada relação existente entre o homem e a sociedade, pois a observação e a experiência – métodos científicos clássicos – não conseguem captar as diversas peculiaridades desta interação. Surgem, desta forma, diferentes métodos para diferentes objetos.

Esta nova forma de pensar a ciência, denominada de *novo paradigma da ciência emergente* por Maria José Esteves de Vasconcellos¹²³, pressupõe que para abranger a diversidade de formas de se realizar ciência: (a) há uma complexidade organizada do universo e da compreensão dos acontecimentos; (b) o mundo é mutável e instável, não existindo verdade absoluta e objetiva sobre os fatos; e (c) a ciência é intersubjetiva, por construir a realidade através das interações subjetivas dos cientistas com o mundo.¹²⁴ Há, entretanto, mediante diálogo com o outro, a construção de verdades ou realidades pelas quais ambos são responsáveis.

No mesmo sentido, Edgar Morin afirma que a verdade científica não está na certeza teórica, mas é fruto da luta de teorias – produções do espírito humano. Este desenvolvimento do conhecimento acontece portanto no diálogo entre sujeito e objeto.¹²⁵ Para ele, o paradigma de complexidade, que se opõe ao paradigma de simplificação, auxilia na superação do liberalismo e da maximização do prazer para se alcançar a efetivação do Estado Democrático de Direito, mediante respeito aos direitos sociais inscritos na Constituição.¹²⁶ Dentro destes parâmetros, deve se considerar a incerteza e organizar a complexidade, reunindo, contextualizando e globalizando, sem deixar de reconhecer o singular, o individual e o concreto.

No contexto atual, isto importa em ressignificação pragmática dos direitos sociais, pois sua conflituosidade deve ser tratada em perspectiva de totalidade, não apenas com a mera subsunção de fatos específicos a normas. Entretanto, o cerne da nossa prática jurídica ainda está estruturado conforme os critérios da ciência clássica: fragmentação, objetividade e individualidade. Os próprios processos que envolvem direitos coletivos são, em sua maioria, demandas individuais e fragmentadas, cujo o conteúdo é extraído diretamente da Constituição sem maiores análises sobre suas consequências externas.

¹²³ Vasconcellos, Maria José Esteves de. *Pensamento sistêmico – novo paradigma da ciência*. São Paulo: Papyrus, 2002, p 67-99.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ *A inteligência da complexidade*. 3ª ed. São Paulo: Petrópolis, 2004, p. 39.

¹²⁶ MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

A partir disso, é legítimo supor a possibilidade e viabilidade de mecanismos meta-processuais para assegurarem a fruição efetiva dos direitos sociais, presumindo um mínimo de integração da coletividade às decisões acerca dos direitos sociais, para que o Poder Judiciário assim possa alcançar a amplitude dos direitos dessa natureza. Para tanto, uma possível solução seria institucionalizar *pólos de democracia deliberativa*.

A visão deliberativa tem sido apontada como uma prática que pode responder a esses anseios de maior participação de todos os envolvidos para melhor visibilidade da complexidade da demanda e alcance de possíveis variáveis periféricas que influenciam e devem ser inseridas na resolução do problema.

A ideia de democracia deliberativa tem como principais pilares a cooriginariedade entre soberania popular e o estado de direito e o caráter deliberativo próprio das democracias. Conrado Hübner Mendes¹²⁷ conceitua a democracia deliberativa como prática inclusiva e coerente de discussão em conjunto e em busca de soluções para as demandas, mediante a formação de posicionamentos que levem em consideração a negociação em busca do consenso pelo bem comum. Neste sentido são estabelecidos argumentos que sejam bem articulados e persuasivos para angariar a concordância do maior número de pessoas, unindo portanto as pessoas em busca da construção do estado.

Entretanto, os modelos de democracia deliberativa propostos variam entre os teóricos, dentre os quais se destacam: o modelo substantivo, estruturado a partir da justificação dos princípios de justiça defendido por John Rawls; e o modelo procedimental de Jürgen Habermas.

Rawls, ao arquitetar sua teoria da justiça, desenvolve o conceito de *princípios da justiça natural* para preservar a integridade do *processo judicial* e garantir, portanto, que a ordem jurídica seja imparcial e regularmente mantida. Para o autor, se a lei é endereçada a pessoas racionais, os tribunais devem se preocupar com a aplicação adequada da mesma. Assim, o ordenamento deve conter normas que regulem a condução ordenada de audiências e julgamentos; a aferição de provas segundo procedimentos racionais de informações; juízes devem se esforçar de maneira meticulosa para definir infrações e para impor penas; devem ser eles independentes e imparciais; julgamentos devem ser abertos, mas não influenciáveis

¹²⁷ MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013. v. 1, p. 14-19.

pelo clamor público etc.¹²⁸ O autor entende que os indivíduos formulam seus princípios de justiça e que estes passam pelo que ele denomina *equilíbrio reflexivo*. Esse é exercido pelos observadores externos, e consiste na submissão dos princípios selecionados às convicções mais firmes e ponderadas. A partir daí, Rawls aponta quais seriam os passos para a justificação destes princípios, os quais seriam os informadores da estrutura básica da sociedade¹²⁹.

No entanto, é para a aplicação destes princípios de justificação que Rawls aproxima a sua teoria da justiça da ideia de democracia deliberativa, mediante a formulação de um conceito de razão pública:

Para Rawls, a razão pública é aquela que caracteriza a argumentação política que tem lugar em uma democracia constitucional ‘bem ordenada’, e o seu objeto é o ‘bem público’ (ou bem comum), entendido como o que se pode legitimamente esperar da ‘estrutura básica da sociedade’.¹³⁰

Questões que envolvam argumentação política, elementos constitucionais essenciais e de justiça básica devem ser resolvidos pela razão pública para que haja justificação dos princípios utilizados perante a todos, sendo aplicados corretamente. Assim, a deliberação entra em cena quando a razão pública aplica os citados princípios justificados com razoabilidade e reciprocidade dentro do discurso, buscando o alcance do justo. Em apertada síntese, o papel da deliberação no modelo substantivo é resolver a melhor forma de aplicação dos princípios previamente justificados.

O modelo procedimental encabeçado por Habermas, por sua vez, enfatiza a importância da união entre a soberania popular e o estado de direito. É a garantia dos direitos fundamentais que permite a liberdade e igualdade argumentativa, enquanto esta favorece a racionalização do processo democrático mediante diálogo. Assim, partindo da formulação deste diálogo livre e igual (condições procedimentais), o autor utiliza o conceito de razão comunicativa para sustentar a importância da deliberação. Segundo Habermas, “só poderemos avaliar a propagação dos conteúdos morais pelos canais das regulamentações jurídicas, quando encararmos o sistema do direito como um todo” (...) e “esse sistema deve contemplar os direitos fundamentais que os

¹²⁸ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 261-262. Ver: BROCHADO, Mariah. *Magistratura: noções gerais de direito e formação humanística*. Niterói: Editora Impetus, 2012, p. 33-37.

¹²⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 99-112.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 112.

cidadãos são obrigados a se atribuir mutuamente, caso queiram regular sua convivência com os meios legítimos do direito positivo”.¹³¹

Em primeiro plano o autor atenta para o fato de que o sistema de direito como um todo engloba não apenas a imposição de deveres, mas também e principalmente de *direitos* (fundamentais), e já num segundo plano, deixa claro que tais direitos devem ser atribuídos mutuamente, num meio coletivo e consensualmente compartilhado.

Nas palavras de Cláudio Pereira de Souza Neto:

A razão comunicativa pressupõe ‘a atitude realizativa de participantes na interação que coordenam seus planos de ação entendendo-se sobre algo no mundo. Para se entenderem, os sujeitos devem se reconhecer mutuamente como iguais e interagir suspendendo o ‘enfoque objetivador’ que norteia os agentes interessados ‘imediatamente no próprio sucesso’.¹³²

Diferentemente do modelo substantivo no qual os princípios já são estabelecidos anteriormente conforme entendido por Rawls, o que se propõe é a ideia de deliberação como espaço para a construção do conteúdo destes princípios que, ao respeitar as condições procedimentais, tenderá a ser racional. É o debate público que permite o encontro das boas razões, sendo que as únicas restrições ao resultado final da deliberação são os próprios direitos fundamentais que lhe garante legitimidade. Portanto, no modelo procedimental, a deliberação envolve a criação ou estabelecimento dos fundamentos das decisões desde que respeitem as condições procedimentais determinadas pelos direitos fundamentais.

Já no cenário de autores brasileiros, Conrado Mendes afirma que a democracia deliberativa deve buscar uma decisão coletiva com sentidos práticos e sem a intenção de imutabilidade. A prática deve sempre envolver a ponderação conjunta e a justificação recíproca para que se alcance razões referentes ao bem comum, assim como o elemento ético de igual respeito deve ser estabelecido como compromisso político de inclusão de todos os pontos de vista.¹³³ Pressupõe-se que os participantes estão dispostos a acatar decisão diversa, não como barganha ou mediante votação, mas pela formação de uma decisão em conjunto.

¹³¹ HABERMAS, Jürgen. Bestialidade e humanidade. *Uma guerra no limite entre direito e moral*. Tradução de Luiz Repa. *Cadernos de Filosofia Alemã*, nº 5. São Paulo: Departamento de Filosofia da USP, 1999, p. 154.

¹³² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 138.

¹³³ MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013. v. 1, p. 14-19.

Segundo os três modelos apresentados, os direitos sociais devem ser objeto da deliberação, pois constituem: elementos constitucionais essenciais, como descrito no modelo substantivo; direitos fundamentais que garantem a legitimidade do debate, conforme o modelo procedimental; e necessitam da decisão coletiva defendida por Conrado Mendes.

Independente do modelo adotado, o diferencial da democracia deliberativa é a procura por decisões construídas conjuntamente e que observem as peculiaridades dos envolvidos, objetivando o bem comum. Busca-se um equilíbrio entre o indivíduo isolado e em sociedade para tentar alcançar o máximo possível de complexidade envolvida – algo imprescindível para a tutela de direitos sociais.

A ampliação do instituto do *Amicus Curiae* no novo Código de Processo Civil¹³⁴, indica a vontade do legislador de valorizar a contribuição externa às partes litigantes para enriquecer o debate em aproximação à perspectiva deliberativa.

Da mesma forma que deve haver maior espaço no processo para quem possa contribuir efetivamente para a resolução do litígio, sempre respeitando as garantias processuais constitucionais, não podemos nos esquecer que o Poder Judiciário não é o único que pode tentar resolver as situações conflituosas. No caso dos direitos sociais, em que o próprio Estado costuma ser parte na maioria das ações isto é ainda mais evidente. Devem existir formas extrajudiciais de comunicação, gestão e resolução de conflitos que envolvam também os poderes executivos e legislativos, sem necessariamente estarem presos à formalidade processual, que ainda precisa ser ajustada para tratar dos conflitos sociais.

No âmbito do Poder Executivo, a questão da gestão de recursos da Saúde, concretizando os planejamentos e orçamentos, fica comprometida pela imprevisibilidade dos dispêndios a serem feitos em cumprimento às decisões judiciais que envolvem prestação de saúde. Desta maneira, modifica-se toda a política pública de saúde daquele ente federativo que ainda encontra limites e restrições na Lei de Responsabilidade Fiscal.

É preciso que exista fundamentação que considere a política pública instituída e a relação dos demais poderes e da sociedade civil frente àquele direito

¹³⁴ Art. 138. 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.

social. A comunicação com esses envolvidos antes da tomada de medidas drásticas é imprescindível para a adequada resolução do conflito.

Quando as sentenças judiciais passam a impedir o pleno exercício orçamentário dos demais poderes há evidente intervenção na discricionariedade administrativa e no projeto político eleito pela soberania popular. Nesse cenário, de intensa judicialização da saúde, o que se deve perquir é a respeito da existência de fundamentação que justifique legítima e democraticamente a interferência judicial nos demais poderes.

O diálogo prévio entre os poderes poderia unificar o discurso estatal em torno das políticas públicas e permitir, não apenas a diminuição de intervenções desajustadas com a realidade, mas favorecer a melhoria das escolhas futuras. A eleição de uma política pública adequada gera automática diminuição de violações aos direitos subjetivos intrínsecos ao seu conteúdo, diminuindo também a *judicialização* de conflitos sociais. A deliberação surge como forma de ajuste dos discursos em busca da forma mais apropriada para garantir os direitos sociais.

Outro exemplo de deliberação é a ampla participação e discussão sobre o financiamento do direito à saúde. Élidea Graziane Pinto indica caminhos para que os próprios cidadãos possam iniciar o controle do financiamento das políticas públicas de saúde, como: requerer a apresentação da avaliação dos resultados de ação governamental e o questionamento dos motivos e justificativas a estes atrelados, sendo em processos administrativos federais de execução orçamentária ou mesmo perante o poder judiciário¹³⁵. Aqui a judicialização teria apenas o efeito de controle, em âmbito prévio, da alocação de recursos, deliberando sobre as escolhas políticas sem individualizar as ocorrências.

A deliberação permite alcançar resultados partindo das características da sociedade atual – complexidade, mutabilidade e intersubjetividade –, pois a presença dos principais atores sociais para a produção de decisões conjuntas abarca diversos posicionamentos e tende a preservar a diversidade, além de não ter a pretensão de imutabilidade das decisões judiciais. Devido a isso, a deliberação deve ter participação dos poderes do Estado e da sociedade civil.

Por serem responsáveis pela instituição e execução de políticas públicas sociais e econômicas, os poderes executivo e legislativo estão mais aptos a alterar a

¹³⁵ PINTO, Élidea Graziane. *Financiamento dos direitos à saúde e à educação uma perspectiva constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 235.

realidade para tentar resolver o conflito. O Judiciário continuará a atuar como controlador dos resultados alcançados sem, no entanto, alterar substancialmente a política pública eleita. Portanto, os magistrados não poderiam participar da deliberação, até para evitar algum efeito coercitivo indireto, cabendo ao Ministério Público e a Defensoria Pública, como funções essenciais à Justiça, encampar as visões judiciais perante tais pólos de deliberação.

Assim, representantes do executivo, do legislativo, de órgãos essenciais à justiça e da sociedade civil podem, valendo-se do canal comunicativo que a deliberação institui, enriquecer a discussão e angariar respostas mais elaboradas e condizentes com a situação ampla que os direitos sociais alcançam. A deliberação entre os poderes ajusta o comportamento estatal como um todo ao invés de escolher qual das visões dos três poderes deve prevalecer no fato concreto.

Além disso, unificada a escolha da ação do Estado, esta fornece justificativas adequadas tanto para a futura escolha de políticas públicas – seja na administração pública, seja no Poder Legislativo –, como para respaldo de decisões judiciais, permitindo melhor embasamento fático na determinação de seu cumprimento ou não. Denominado por Vanice Regina Lírio do Vale de processo deliberativo democrático de auto-vinculação das políticas públicas, este permite a convergência das atuações e maior capilaridade dos resultados, atingindo todos os envolvidos, mesmo que por meio de seus representantes, e permitindo melhor (mais fácil e efetivo) controle jurisdicional, uma vez que as linhas de implementação e controle estão devidamente traçadas.¹³⁶

Desta forma, um dos desafios do Poder Judiciário é ajustar o recebimento das demandas individuais a esta perspectiva de democracia deliberativa visando o aprimoramento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Como pode o Estado criar mecanismos catalisadores do comportamento acima indicado? Como pode transformar a litigância individual em forma de provocação do Estado como um todo para efetivação do direito à saúde?

¹³⁶ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 85-88.

3.2. Formas de atuação do Estado para proteção do direito à saúde

Desta forma, foram indicados até aqui alguns pressupostos que devem nortear a atuação estatal para que consiga uma resposta que alcance todas as peculiaridades do direito à saúde.

Para lidar com a relevância e urgência do direito à saúde, muitas vezes irreversível e inserido em situação plural e complexa, que se diferencia conforme os níveis de acesso a direitos e à Justiça, os mecanismos até o momento utilizados em grande escala tem se mostrado insuficientes. O Estado precisa praticar novas políticas, em seus três poderes, que integrem tantas particularidades e sejam flexíveis em relação à abrangência do que se discute.

Em primeiro lugar, deve haver respeito ao poder de criação de políticas públicas pelos Poderes Legislativo e Executivo. A competência constitucional é clara, mas, por outro lado, não é carta branca para a livre atuação. A fundamentação e os meios de controle externo devem ser concretos, com extensa participação da sociedade. Tanto o Legislativo deve se aproximar da população, verificando quais são suas necessidades e sendo acessível aos pleitos sociais, como o Executivo deve aprimorar a criação e avaliação das políticas públicas, inserindo os atores nela envolvidos. Também é um dever de ambos zelar pela conscientização política da população, incentivando constantes debates sobre questões polêmicas e importantes.

O exercício da cidadania também se mostra essencial, mediante a construção de soluções e a provocação dos órgãos de controle. A pluralidade pode parecer um longo obstáculo para as escolhas políticas, mas pode enriquecer as decisões, pautando-as com proporcionalidade e legitimidade, uma vez que o cidadão também trabalhará a sua própria noção enquanto participante da sociedade e enquanto indivíduo isolado.

Já o Poder Judiciário deve diminuir a sua participação – evidentemente excessiva e descontrolada. Os métodos judiciais devem confluir para a desjudicialização de conflitos sociais, almejando resolução que abarque o pano de fundo coletivo e possa servir de resposta para a sociedade e não apenas para o indivíduo. O ativismo judicial neste caso deve ter a intenção de colaborar para um decisão conjunta do Estado, não para tornar o magistrado o protagonista da resolução do problema.

O magistrado deve assumir papel de facilitador da pacificação social, não de definidor. Não é coerente afirmar que conflitos sociais e coletivos de ampla magnitude podem ser decididos por um ou alguns magistrados. Quando o problema é social, a resolução deste deve permitir a influência da sociedade como um todo.

Assim, tanto o espaço prévio – perante o Legislativo e o Executivo – quando o momento de questionar e corrigir os erros – que deveria ocorrer nos três poderes, mas está concentrado no Judiciário – devem ter aspectos democráticos e deliberativos, que incentivem e efetivem a participação dos cidadãos em busca de soluções para seus próprios problemas.

Em pesquisa realizada pelo CNJ¹³⁷ foram indicados alguns pontos que devem ser melhorados no tratamento dos conflitos de saúde para que seja possível a criação deste ambiente colaborativo entre os poderes, dentre eles:

Foco curativo das demandas: as demandas apresentadas versam de forma predominante sobre aspectos curativos da saúde (medicamentos, tratamentos, próteses etc.) e menos sobre aspectos preventivos (vacinas, exames etc.). Isto evidencia que a judicialização da saúde ainda versa sobre uma dimensão bastante parcial de todas as ações e serviços de saúde que devem ser prestadas pelo poder público.

Um dos caminhos para a resolução do pano de fundo coletivo das ações de saúde pode ser a inclusão de medidas de caráter preventivo. Em um bairro infectado pelo vírus da dengue, zika e/ou chikungunya não basta garantir que existam locais de atendimento suficiente, a prevenção do contágio é estratégia essencial. Como exemplo, devem ser colocadas na pauta da discussão deliberativa a previsão de mais equipes de combate aos focos de reprodução do mosquito, distribuição de repelentes e campanhas de conscientização locais.

Predominância da litigação individual: a proporção entre ações coletivas e ações individuais é ainda grande, de modo que a maioria radical de demandas judiciais de saúde versem sobre ações individuais. Isso reforça a ideia de que a microlitigação é um dado em saúde e o acúmulo de ações individuais gera desafios para as partes, o Judiciário e a própria gestão em saúde.

Tendência de deferimento final e na antecipação de tutela: na maioria dos casos, houve deferimento do pedido de antecipação de tutela sem pedido de informações complementares. Além disso, na maioria dos casos houve confirmação do deferimento do pedido na sentença de 1ª instância e também no acórdão de 2ª instância.

¹³⁷ ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Coord.). *Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 44-45.

O CNJ alcançou as mesmas conclusões das demais pesquisas citadas neste trabalho. A preponderância das ações individuais e do amplo deferimento de pedidos está causando engessamento das políticas públicas em saúde e impedindo o investimento adequado que evite o conflito.

Pouca menção à Audiência Pública do STF: a maioria das decisões não citou ou tomou como referência a Audiência Pública que o STF realizou em 2009 a respeito da judicialização da saúde, tampouco adotou quaisquer posições que estiveram presentes nesta audiência.

Pouca menção ao CNJ: a maioria das decisões não citou ou tomou como referência as contribuições do CNJ sobre o tema, especialmente as Recomendações n. 31 e n. 36, que sugerem estratégias de como os juízes devem lidar com a judicialização da saúde pública e suplementar na atividade judicante.

Pouca menção ao Fórum Nacional e aos Comitês estaduais: a maioria das decisões não citou ou tomou como referência as contribuições do Fórum Nacional de Saúde e dos Comitês estaduais na atividade judicante.

Tendência de utilização do NAT, especialmente nas capitais: a maioria das decisões não fez menção ao NAT como uma estratégia para a atividade judicante em saúde, apesar de se observar nos dados uma tendência a sua utilização, especialmente nas capitais.

Por fim, o CNJ atenta para a falta de observância e unidade das respostas do Estado. As decisões quase não levam em consideração aquilo que é produzido nos locais de deliberação e participação plural, nos quais é possível alcançar análise coletiva e profunda do tema.

É preciso reduzir o foco individual que se tem nas decisões judiciais e aproximar os conflitos de saúde de espaços que correspondam à sua interdisciplinaridade e pluralidade de envolvidos. Desta forma, o processo civil deve, a partir das técnicas processuais, facilitar a presença de todas estas perspectivas, garantindo que a discussão tenha pleno alcance ao conflito, visualizando todas as peculiaridades e permitindo a deliberação.

4. Processo civil brasileiro e a necessidade de tutelas diferenciadas

Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior¹³⁸:

Todo mecanismo processual nasceu e se aperfeiçoou em razão da necessidade de eliminar, no seio da sociedade, os conflitos jurídicos, o que se consegue por meio de definição e execução, feitas por agentes estatais, dos direitos materiais envolvidos no litígio. Em última análise, o objeto visado pela prestação jurisdicional é, pois, direito subjetivo dos litigantes em nível substancial ou material, sempre que se sinta ameaçado ou lesado (CF, art. 5º, XXXV).

O processo e todos os seus desdobramentos devem estar voltados para a resolução dos conflitos apresentados ao Poder Judiciário. A cultura jurídica brasileira busca estabelecer procedimento comum que seja simples e ao mesmo tempo universal para abarcar as mais diversas discussões jurídicas possíveis. Entretanto, pode ser que alguma questão formal – processual – possa não se adequar ou ser desnecessária para o alcance de determinado direito material.

São positivados, assim, procedimentos especiais, espalhados em legislações especiais e no próprio CPC. Frise-se que o objetivo é “guardar simetria com as regras do direito material”¹³⁹, devendo estabelecer procedimentos diferenciados – em maior ou menor grau – que garantam efetividade e mantenham o respeito ao processo justo.

Ao denominar essa diferenciação procedimental de *tutela diferenciada*, Roberto Omar Berizonce esclarece que

(L)o que importa en cada hipótesis que se pretende de tratamiento formal privilegiado no es ese dato (razones de celeridad procesal), puesla rapidez en la definición de los conflictos constituye una exigencia común para todos los casos, sino más bien el fundamento y razón de ser que la justifique. Es necesario saber, si la situación de derecho material privilegiada por el legislador es merecedora de tratamiento preferencial en concordancia con la tutela de los derechos fundamentales.¹⁴⁰

Como extensivamente trabalhado neste estudo, o procedimento comum não tem sido suficiente para pacificar os conflitos sanitários, enquanto o movimento de *judicialização* continua aumentando o seu impacto nas políticas públicas. Se o

¹³⁸ *Curso de Direito Processual Civil – Procedimentos Especiais*. Volume II – 50ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 5.

¹³⁹ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Procedimentos Especiais*. Volume II – 50ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 5.

¹⁴⁰ BERIZONCE, Roberto Omar. Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 33, n. 165, p. 133, nov. 2008.

ordenamento jurídico, ao se deparar com situações que demandam especial atenção, prevê técnicas específicas relativas à organização funcional e aos tipos processuais na tentativa de assegurar em concreto a satisfação do direito material em questão, por quê o direito à saúde não pode receber tal atenção diferenciada? O desafio está em como ultrapassar a esfera individual e alcançar o potencial conflito coletivo que pode ser a causa das ações individuais.

O que observamos na prática é o deferimento sumário da tutela ao direito de saúde fundamentado exclusivamente em prova trazida pelo autor – algumas vezes atestada por médicos particulares. Em face do perigo de vida e integridade física e psicológica do requerente, os magistrados, em geral, não indeferem o pleito baseado em suposições ou argumentos unicamente teóricos em relação às políticas públicas e a aplicação de verbas.

No cenário da prestação de serviços de saúde, para que haja efetiva consciência do juiz sobre a situação do autor, é necessária a averiguação do motivo por trás da negativa do fornecimento, da utilidade específica do procedimento ou medicamento, da inexistência de outras formas equivalentes fornecidas pelo Estado e de outras questões atinentes aos envolvidos diretamente com o caso. Entretanto, na maioria das vezes, devido à ineficiência processual e estrutural, não há tempo hábil para recolher estas informações e nem conhecimento prévio dos magistrados a respeito da motivação dos atos administrativos que envolvem prestações sanitárias.

Tratando-se de saúde pública, há limitações físicas, financeiras e diversos fatores humanos que interferem na compreensão da realidade, com detalhes técnicos e médicos que muitas vezes estão além da percepção normal dos juízes, necessitando amplo debate e instrumento de apoio aprimorados, a fim de se preservar a segurança e justiça das decisões (...).¹⁴¹

Por outro lado, permitir contraditório amplo antes da tomada de decisões pode trazer grandes danos à parte e, mesmo sendo diferido, pode esbarrar em demandas irreversíveis, cuja conversão em perdas e danos pode se tornar inócua devido aos altíssimos custos e impossibilidade do autor de arcar com elas. Dessa forma, é preciso já na cognição sumária ter pleno conhecimento de todos os fatores envolvidos.

¹⁴¹ GUIMARÃES, Jader Ferreira e WITZEL, Wilson José. Limitações processuais à tutela judicial do direito à saúde. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 179, ano 35, jan. 2010, p. 223.

Em último grau o juiz exerce certo controle de políticas públicas ao determinar a concessão ou não da tutela pleiteada e, para tanto, faz valer o princípio da proporcionalidade, como já trabalhado.

Com relação à intervenção do Judiciário nas políticas públicas, que por meio da utilização de regras de proporcionalidade e razoabilidade, o juiz analisará a situação em concreto e dirá se o administrador público ou o responsável pelo ato guerreado pautou sua conduta de acordo com os interesses maiores do indivíduo ou da coletividade, estabelecidos pela Constituição e nas leis. E assim estará apreciando, pelo lado do autor, a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público. E, por parte do Poder Público, a escolha do agente público ter sido desarrazoada.¹⁴²

A proporcionalidade, todavia, depende da análise dos fatos que nem sempre estão à disposição do magistrado. Dai surge a dificuldade de aplicá-la com a qualidade devida em cognição sumária, uma vez que é utilizada em diversos momentos durante a apreciação do direito (no controle da política pública, na concessão da tutela de urgência e na verificação da irreversibilidade recíproca, por exemplo) e os dados necessários costumam ser insuficientes.

Ao se obter o conhecimento amplo da lide e aliá-lo à dimensão democrático-participativa, tanto na criação e execução, quanto na participação das estruturas já existentes, é que será alcançada a melhor solução para o caso. É preciso, antes de tudo, de maior aproximação do sistema processual com os litígios a serem resolvidos, procurando nas especificidades do caso concreto a decisão mais adequada¹⁴³. Deste modo também é tratada a litigância de interesse público nos EUA:

A litigância de interesse público, como tem se desenvolvido nos últimos anos nos EUA, marca um afastamento significativo do padrão processual tradicional, especialmente pela *transição de um modelo protagonista de aplicação do direito para um modelo participativo*.

(...)

A participação das partes e dos interessados numa renovada concepção de contraditório como garantia de influência, que induziria à comparticipação de todos os potencialmente atingidos, dentro de um processo coletivo, poderia viabilizar, inclusive, uma postura experimentalista, que mitigaria os efeitos de uma decisão judicial em temáticas fraturantes.¹⁴⁴

¹⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 164, ano 33, dez. 2008, p. 19.

¹⁴³ NUNES, Dierle. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 184, ano 35, jun. 2010, p. 115.

¹⁴⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle, BAHIA; Alexandre Melo Franco. Litigância de interesse público e execução comparticipada de políticas públicas. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 228, ano 38, p. 122-152, out. 2013, p. 129-130.

É possível identificar diversos pontos de discussões processuais do direito à saúde: a legitimidade passiva dos entes federativos (União, estados e municípios); a natureza jurídica da competência estabelecida constitucionalmente à garantia do acesso à saúde (subsidiária ou solidária); se é cabível ou não impetrar Mandado de Segurança, dependendo da configuração do direito líquido e certo a utilização dos procedimentos dos juizados especiais, entre outros. Também é evidente que esta variedade de questões devem ser pacificadas na doutrina e jurisprudência para que se possa solucionar as demandas de maneira adequada, garantindo segurança jurídica para as partes envolvidas.

Entretanto, quando tratamos da *judicialização* do direito à saúde percebemos que o problema é interdisciplinar. Envolve a administração pública, os profissionais de saúde, os próprios usuários do serviço, advogados de ambas as partes e os juizes. A dificuldade está em alinhar o discurso frente a todos os envolvidos para garantir segurança jurídica e efetiva prestação do serviço considerando todas as dificuldades já elencadas. Idealmente tudo deveria funcionar melhor do que vemos na prática, então o que falta para interligar os envolvidos e permitir uma melhor resolução da demanda, utilizando-se dos recursos processuais já existentes e que estão por vir?

Para além da mudança legislativa, é preciso também ampliar a estrutura organizativa do Poder Judiciário, que deve se guiar pelo planejamento, moralidade, transparência e eficiência e mudar o seu papel na cultura e nos valores da sociedade.

Nestes termos, a junção da proposta participativa e policêntrica, dentro do eixo procedimentalista da Constituição, com este renovado movimento de litigância de interesse público mediante a utilização idônea dos processos coletivos, pode viabilizar uma nova opção técnica para a profusão numérica de demandas repetitivas sem pauperizar o debate processual e os resultados na busca de uma solução eficiente e legítima (efetiva).

(...)

Some-se a tais considerações a necessidade de ampliação dos limites de aplicação do contraditório, que induziria tecnicamente a participação dos interessados governamentais no estabelecimento da política pública, de modo a subsidiar elementos decisórios a que o juiz solitariamente não teria acesso e em relação aos quais nem deteria conhecimento para proceder a um julgamento cooperativo e deliberativo, sem se esquecer que esta postura reduziria em muito os riscos de uma decisão judicial.¹⁴⁵

Desta forma, eventual tutela diferenciada não pode vir a ser estritamente uma positivação de discussões exclusivamente processuais, esta deve ser trabalhada

¹⁴⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle, BAHIA; Alexandre Melo Franco. Litigância de interesse público e execução participada de políticas públicas. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 228, ano 38, p. 122-152, out. 2013, p. 132-133.

também sobre os aspectos extraprocessuais, buscando inserir as possibilidades de participação e deliberação dos envolvidos e determinantes da política pública.

4.1. Interdisciplinariedade, máxima efetividade e o interesse jurisdicional

No momento em que o Poder Judiciário assume papel mais ativo frente aos direitos fundamentais, mediante intervenção nas deficiências dos demais poderes em busca da integridade e dos fins do Estado, há também um choque entre os operadores jurídicos, os profissionais de saúde e os administradores públicos. Ao analisar o caso concreto para averiguar a razoabilidade da exigência, o aplicador das normas pode encontrar empecilhos como a falta de conhecimento técnico para a análise do pedido e as alegadas limitações orçamentárias e dificuldade de planejamento, causados até mesmo pelo aumento significativo das demandas de saúde¹⁴⁶.

A divergência de opiniões e a delicada situação dos agentes públicos – os profissionais de saúde frente a necessidade de melhorias e a inexistência de recursos, os administradores públicos vinculados aos planejamentos e repasses de verbas e os aplicadores do direito procurando o limiar de sua intervenção – gera tensões entre todos os envolvidos. Soma-se a esta dificuldade, as questões previamente levantadas de influência da constitucionalização do direito, das dimensões dos direitos fundamentais e da interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas, chegando a um ponto de ampla e delicada complexidade para um sistema entupido e moroso como o Judiciário brasileiro.

Também o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados pode recomendar, em certos casos, uma posição de cautela e deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça. Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Tampouco é passível de responsabilização política por escolhas desastradas. Exemplo emblemático nessa matéria tem sido o setor de saúde. Ao lado de intervenções necessárias e 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. Em suma: o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria

¹⁴⁶ GUIMARÃES, Jader Ferreira e WITZEL, Wilson José. Limitações processuais à tutela judicial do direito à saúde. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 179, ano 35, jan. 2010, p. 224.

capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em auto-limitação espontânea, antes eleva do que diminui.¹⁴⁷

Retomando os ensinamentos de Ingo Wolfgang¹⁴⁸, para atuar de maneira incisiva, o Estado precisa, não apenas de reforma da legislação processual e inovação nos procedimentos jurídicos, mas também de criação de órgãos e procedimentos administrativos de tutela e promoção do direito à saúde. Somente mediante um procedimento cooperativo, com permanente diálogo entre os envolvidos é que será alcançada a efetivação do exercício do direito. Não basta ter um procedimento adequado se o magistrado fica sempre vinculado a suposições teóricas de proporcionalidade entre os direitos em choque e acaba não alcançando a melhor solução para o caso concreto.

Almejando munir os magistrados de melhores condições para apreciação das demandas de saúde, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais fez um acordo com o Instituto Brasileiro para Estudo e Desenvolvimento do Setor de Saúde (Ibedess) e a HC Coop – Cooperativa de Trabalho dos Médicos do Hospital das Clínicas da UFMG para que fornecessem pareceres técnicos sobre os casos apresentados aos juízes do ligados ao tribunal¹⁴⁹. Não se trata de revisão de diagnóstico e reavaliação das condições apresentadas pelo autor, mas, sim, de análise técnica do pedido. Mediante os pareceres apresentados, os magistrados podem saber se existe técnica ou remédio substitutivo que seja fornecido pelo serviço público, se a pretensão é realmente adequada para o caso apresentado e outras especificidades da área.

A iniciativa do Tribunal mineiro conseguiu criar uma ponte entre o serviço público prestado e o Poder Judiciário, sem necessidade de enfrentar a burocracia administrativa e a espera da resposta advinda dos advogados públicos. Além disso, os próprios profissionais de saúde, ao estudarem o caso judicializado, poderão rever as estratégias e a maneira de prestar o serviço. Esta integração permite maior coerência do comportamento estatal como um todo e, por consequência, traz mais segurança

¹⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em:

https://www.google.com.br/?gws_rd=ssl#q=Judicializac%CC%A7a%CC%83o%2C+ativismo+judicial+e+legitimidade+democra%CC%81tica. Acesso em: 10 abril 2016, p. 16 e 17.

¹⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, sua dimensão organizatória e procedimental e o direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 175, ano 34, set. 2009, p. 15.

¹⁴⁹ Conforme notícia vinculada em: <http://www.tjmg.jus.br/portal/imprensa/noticias/convenio-vai-orientar-magistrados-nas-acoes-envolvendo-saude.htm#.U-kmVihLdFg>

jurídica aos cidadãos, devendo ser levada em consideração pelos demais administradores da justiça espalhados pelo Brasil.

Assim, em situações de necessário cumprimento de direitos e garantias fundamentais, obter respaldo de profissionais da área que efetivamente possam trazer argumentos impeditivos ou modificativos ao pleito, preserva o contraditório prévio e garante melhor equilíbrio e maior proporcionalidade no controle da prestação do serviço de saúde perante as normas constitucionais, observando-se todos os lados envolvidos¹⁵⁰.

Por outro lado, seguindo a preocupação doutrinária e jurisprudencial de dotar a aplicação do direito de maior efetividade a partir da perspectiva constitucional e democrática, podemos encontrar dois tipos de eficiência no âmbito processual, como bem coloca Dierle Nunes:

Uma primeira perspectiva de eficiência, por mim nominada quantitativa, definiria-se em termos de velocidade dos procedimentos e redução dos custos, na qual quanto mais barata e rápida a resolução de conflitos, maior eficiência seria obtida, sendo a qualidade do sistema processual e de suas decisões um fator de menor importância.

Uma segunda perspectiva de eficiência (qualitativa) seria aquela na qual um dos elementos principais de sua implementação passaria a ser a qualidade das decisões e de sua fundamentação e que conduziria a necessidade de técnicas processuais adequadas, corretas, justas, equânimes e, completaria, democráticas para aplicação do direito.¹⁵¹

Possíveis mudanças de cunho estritamente processual irão trazer, sem dúvida alguma, grande eficiência quantitativa. Todavia, são apenas o primeiro passo para se alcançar a qualidade das decisões. Se a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais e litigância do interesse público forem levadas em conta, a preocupação com a tutela individual e sua resolução judicial pouco parecem contribuir para a pacificação do conflito entre os cidadãos e o Estado.

Avaliando o microsistema do direito à saúde podemos identificar que a determinação de realização de um certo procedimento ou de entrega de um medicamento não influenciará diretamente na melhoria do serviço público. Aqui a ação do Judiciário será exclusivamente paliativa e constituirá apenas mais um processo em meio a milhões do mesmo gênero. Os processos coletivos ou a influência

¹⁵⁰ TAVARES, Fernando Horta e DUTRA, Elder Gomes. Técnicas diferenciadas de sumarização procedimental e cognição exauriente: das providências preliminares, julgamento “antecipado” do processo e do procedimento monitorio. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 81, ano 35, jan. 2010, p. 80.

¹⁵¹ NUNES, Dierle. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 184, ano 35, jun. 2010, p. 112.

direta na confecção das leis orçamentárias – defendida por parte da doutrina – podem até trazer melhores resultados para a coletividade, mas, além de não existir ideal adequação técnica para sua utilização, requerem amplíssima discussão e participação da sociedade, tornando o procedimento moroso e trabalhoso.

De outro lado, o Poder Judiciário pode tentar criar soluções que evitem a necessidade do ajuizamento de demandas judiciais para resolução do conflito. Como exposto, a integração dos tribunais com a esfera administrativa gera rápida comunicação entre o que está sendo feito (trazido pelo cidadão), o que é possível ser feito (indicado pela administração pública) e o que deve ser feito (determinado pelo Judiciário). Além disso, também a administração pública pode aproveitar as decisões existentes, desde que tenham sido proferidas com fundamentos concretos e provas robustas, para melhorar a prestação do serviço público.

Neste caminho, a resolução do conflito em observância deve ser pautada na perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, procurando tutelar o pano de fundo coletivo que motiva todas estas demandas, pois incide diretamente nas falhas das políticas públicas e provoca automática diminuição de conflitos. A eficiência qualitativa provoca consequente eficiência quantitativa.

Ocorre que a tendência de diferenciação procedimental não se preocupa com esses fundamentos, mas, sim, com a busca de uma infundável profusão de procedimentos especiais que são delineados sob o argumento de alcance de maior eficiência, mas que, na prática, em incontáveis vezes, não garantem nem mesmo uma solução mais rápida dos conflitos.¹⁵²

Existindo melhor infraestrutura e apoio técnico, administrativo e tecnológico para os juízes, as decisões serão cada vez mais adequadas ao caso concreto e, ao mesmo tempo, melhor fundamentadas. Alcançar a eficácia qualitativa e gerar efeitos concretos sobre a prestação do serviço público, e não apenas em relação ao autor da demanda, é garantir o respeito aos direitos fundamentais em seu mais amplo conceito.

Dessa indispensável diferenciação entre tutela a direito individual e efetividade de direitos fundamentais decorrem efeitos, seja no que toca ao alcance e conteúdo da decisão judicial; mas também – se não principalmente – uma compreensão totalmente distinta dos seus mecanismos legitimadores, que envolverão necessariamente uma cogitação muito além de uma ideia de débito-crédito oponível a um Estado garantidor universal; mas sim a consideração da matriz do coletivo, das relações de coordenação, da prospectiva prevista para aquela mesma política pública, sem mencionar as restrições decorrentes da configuração daquele direito fundamental, e ainda da escassez de recursos.¹⁵³

¹⁵² *Idem*, p. 118.

¹⁵³ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 145.

É preciso que exista uma alteração profunda na relação interpoderes, principalmente na forma de controle dos atos. Não se sustenta mais o Poder Judiciário fazê-lo mediante o julgamento de demandas individuais da forma atual. O espaço deliberativo adequado à resolução de conflitos sociais deve ser construído na cultura e refletido pela legislação brasileira, com mecanismos de ampla e efetiva participação dos envolvidos. Entretanto, enquanto não se alcança este grau de complexidade, é necessário encontrar caminhos dentre os já previstos no ordenamento jurídico pátrio.

Para tanto as operações estatais devem estar sempre aliadas à dimensão democrático-participativa, tanto na criação e execução, quanto na participação das estruturas já existentes. É o permanente diálogo entre os envolvidos que auxilia no alcance da efetivação do exercício do direito, sempre pautado em um processo cooperativo¹⁵⁴.

Assim, eventual diferenciação procedimental para as demandas de saúde deve se ater a todo o colocado, possibilitando a saída do âmbito exclusivamente processual e alcançando a relação interpoderes e o conflito coletivo existente.

¹⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, sua dimensão organizatória e procedimental e o direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 175, ano 34, set. 2009, p. 16.

5. Institutos processuais para formação de uma tutela diferenciada

Por mais que já tenham sido evidenciados problemas nas premissas estabelecidas pelo Poder Judiciário no momento da apreciação das questões que envolvem o direito à saúde, importa lembrar que, sob o ponto de vista da garantia do direito à ação, “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, inciso XXXV da CR). É inevitável que, de alguma forma, haja uma resposta jurisdicional a demandas, garantindo o acesso de *sujeitos* de direitos à instância decisional, assumida pelo Poder Judiciário no contexto do Estado Democrático de Direito. Desta forma, serão sistematizadas as principais técnicas que podem, em tese, auxiliar na construção da tutela adequada para efetivar as conclusões anteriormente expostas, ainda que as respostas potencialmente disponíveis e concretizadas não alcancem a integralidade e grandeza do *objeto* jurídico em discussão.

O fundamento democrático básico do processo é o contraditório. O procedimento em contraditório é a projeção do processo de deliberação nas democracias representativas, que se consolida tanto no plano geral na forma do exercício de direitos políticos, quanto nas particularizações concretas na restauração de direitos perante o diálogo, garantido pelo processo judicial.

Em suma, o contraditório é a “estrutura dialética do procedimento” do qual se destacam os seguintes elementos: a) participação dos destinatários dos efeitos do ato final, em simétrica paridade de posições, na fase procedimental preparatória do provimento; b) mútua implicação das atividades dos destinatários – partes – destinadas a obter um provimento conforme os seus interesses; c) efetiva capacidade de as atividades realizadas pelas partes influenciarem o autor do provimento final – juiz ou árbitro; d) possibilidade de exercício, por cada interessado ou destinatário dos efeitos do ato final – denominados de contraditores –, de um conjunto de escolhas, de reações e de controles; e) existência de controle não só das atividades de cada um dos contraditores, mas também na possibilidade de fiscalização dos resultados da função exercida pelo autor do provimento.¹⁵⁵

Segundo essa vasta tradição ocidental, hoje seguimos com a noção de que “*Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório*”¹⁵⁶. Em regra, nos processos individuais (aqui

¹⁵⁵ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006, p. 119-120. *Apud* FRANCO, Marcelo Veiga. *O processo justo como fundamento de legitimidade da jurisdição*. Dissertação de mestrado defendida na UFMG, orientador Fernando Gonzaga Jayme, 2012.

¹⁵⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, v. 1, p. 52.

entendidos como os que não são coletivos) participam da demanda aqueles que possuem interesse direto e serão afetados pelas decisões.

A maioria dos processos que envolvem direitos sociais são individuais e acabam gerando efeitos coletivos, influenciando significativamente na organização da coletividade. Já existe, desta forma, um descompasso de participação. Ora, se há – ou pelo menos deveria haver – análise das políticas públicas envolvidas, que constituem o pano de fundo coletivo que une os direitos sociais, toda a coletividade afetada deve ser representada para que seja oportunizado o contraditório e respeitada a ampla defesa.

Entretanto, ocorre o efeito inverso. Ao invés da coletividade participar efetivamente do processo, as decisões oriundas de processos individuais são generalizadas na tentativa de impedir a existência de demandas repetitivas. A edição de Súmulas, o reconhecimento de Repercussão Geral e o sistema de formulação de precedentes inseridos pelo novo Código de Processo Civil são exemplos de mecanismos que, a partir de um ou mais julgamentos, procuram criar vínculos jurídicos entre o que foi decidido e as ações que ainda serão julgadas sobre o mesmo tema.

Tais práticas não coadunam com a complexidade das relações de saúde. Não cabe aqui ignorar a importância dos mecanismos apontados para as ações de massa e idênticas, todavia, os direitos sociais se manifestam de maneiras singulares em cada relação jurídica e as soluções necessárias podem ser as mais variadas.

Além disso, os julgamentos das ações individuais procuram atuar para reparar as violações já ocorridas, enquanto nos direitos sociais as relações se perduram com o tempo e os conflitos se renovam, necessitando também de uma tutela inibitória, que evite que a prática condenada se mantenha. Principalmente em face do Estado, é preciso que as decisões causem mudança de comportamento para proteção do direito social à saúde e não sejam apenas paliativas.

Para tanto, faz-se necessário investigar, dentre as técnicas processuais positivadas no ordenamento jurídico brasileiro, quais podem facilitar a aproximação da resposta judicial em processo individual com os envolvidos e com as peculiaridades do direito à saúde: (a) alta relevância do direito a ser protegido; (b) urgência na obtenção da prestação jurisdicional; (c) irreversibilidade recíproca entre o bem pleiteado e a saúde do indivíduo; (d) manifestação do conflito por via das ações

individuais e efeitos coletivos; (e) repetição dos objetos das ações, envolvendo prestação positiva do Estado.

5.1. Processo coletivo

Desde o surgimento das ações coletivas no Brasil, com a Ação Popular em 1965 (Lei nº 4.717) e a Ação Civil Pública em 1985 (Lei nº 7.347), há debate sobre a relação existente entre as demandas individuais e coletivas. A tentativa de estruturar o câmbio entre estes institutos tem o objetivo de delimitar o espaço de cada um deles e alcançar maior eficácia e segurança jurídica. Entretanto, o estudo do processo coletivo ainda está em permanente modificação e revisão, o que dificulta encontrar seu exato alcance.

No mesmo caminho que a controvérsia individual, o litígio coletivo está inserido e protegido pelas normas constitucionais. E a doutrina ainda vai além. Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.¹⁵⁷ afirmam que os processos coletivos abarcam a *litigância do interesse público*, isto é, envolvem a preservação da harmonia e a realização dos objetivos constitucionais. Já para Gregório Assagra de Almeida¹⁵⁸, a Constituição da República de 1988 não apenas concedeu o valor de direito e garantia fundamental aos direitos coletivos, como também alterou o paradigma de aplicação e interpretação da ordem jurídica para alcançar ampla eficácia destes direitos, o que é por ele denominado de *summa divisio* entre Direito Coletivo e Direito Individual. Seja como for considerado, o processo coletivo é visto como ferramenta para a proteção de interesses de ordem pública e não apenas a um conjunto de interesses privados. No entanto, assim como os procedimentos previstos para tutela individual, os da tutela coletiva também não têm se mostrado capaz de abarcar toda a amplitude e diversidade das demandas atuais.

A falta de preparo dos operadores do direito para lidarem com as ações coletivas é um ponto determinante na dificuldade de alcançar a sua efetividade. Durante a graduação em Direito, o eixo norteador ainda são os conflitos individuais. No mesmo caminho, mesmo existindo normas atinentes à coletividade, a grande

¹⁵⁷ DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 6ª ed. Salvador: Jus PODIVM. 2011, v. 4, p. 37.

¹⁵⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo — superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 431.

maioria trata de relações individuais. O Direito Civil ainda prevalece como normatização subsidiária das demais e o Processo Civil, além de subsidiário, ainda é voltado para as singularidades.

Além disso, os representantes escolhidos pelo legislador para atuar nos litígios coletivos não conseguem alcançar os principais gargalos sociais. Enquanto a sociedade civil ainda não tem o hábito de se organizar, os entes governamentais costumam estar envolvidos na omissão estatal que gera o conflito e o Ministério Público e a Defensoria Pública ainda não possuem a estrutura e os canais comunicativos que permitam explorar adequadamente a complexidade dos conflitos sociais.

No mesmo sentido afirma Leonardo Carneiro da Cunha¹⁵⁹:

Em primeiro lugar, não há uma quantidade suficiente de associações, de sorte que a maioria das ações coletivas tem sido proposta pelo Ministério Público – e, mais recentemente, pela Defensoria Pública – não conseguindo alcançar todas as situações massificadas que se apresentam a cada momento.

As ações coletivas podem trazer muitos benefícios para a tutela da coletividade, entretanto primeiro é preciso melhorar a sua organização e o preparo dos operadores do direito e dos entes legitimados. O processo coletivo acaba sendo pouco utilizado e retornamos às ações individuais como principal meio de judicialização dos conflitos, como já indicado anteriormente.

De toda forma, retomando o desafio de ultrapassar a esfera individual do conflito para alcançar o pano de fundo coletivo existente, devemos considerar que os direitos fundamentais, individuais ou coletivos, estão interligados e contribuem uns com os outros. Por estarem em constante mistura e interferência, outra perspectiva possível seria tratá-los em conjunto ou sob uma mesma perspectiva, dentro da clássica compreensão do processo individual. Todavia esta percepção de interligação entre o direito individual e coletivo ainda é incipiente e não alcançou os procedimentos ligados à sua proteção.

Como é notório, não há no Brasil legislação única que consolide as hipóteses de coletivização de direitos ou o procedimento judicial para seu amparo, mas, sim, diferentes leis que formam o que foi denominado pela doutrina de “*microsistema de processo coletivo*”. Caracterizada como um sistema integrativo por reunir disposições

¹⁵⁹ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no NCPC. *Revista de Processo*, SP, v. 36, no 193, mar. 2011. p. 258.

esparsas que se completam e podem ser utilizadas em conjunto, a tutela dos direitos coletivos tem como norma central a Lei da Ação Civil Pública (nº 7347/85) que já prevê a aplicabilidade das normas presentes no Código de Defesa do Consumidor (art. 21 da referida lei), enquanto o CDC faz o mesmo tipo de remissão àquela (art. 90 do CDC). Inclui-se ainda as normas referentes às crianças e adolescentes, aos idosos, aos portadores de deficiência, à improbidade administrativa, à Ação Popular, ao Estatuto da Cidade, entre outros, com aplicação subsidiária do Código de Processo Civil quando for cabível¹⁶⁰.

Dentre estes institutos, apenas o artigo 7º da Lei da Ação Civil Pública (nº 7.347/85)¹⁶¹, alude, de forma bem tímida, à possibilidade de uma ação individual influir no âmbito do processo coletivo ao prever que os juízes e os tribunais devem remeter ao Ministério Público os fatos que possam ensejar a propositura de ação civil. É a única hipótese em que a existência de uma ação individual pode culminar em uma ação coletiva, mas bem distante de permitir qualquer influência direta.

Pelo contrário, o que atualmente pode haver é a concomitância entre ações coletivas e individuais de fontes autônomas ou não e concernentes ao mesmo objeto, sem maiores interferências de uma na outra. Isso ocorre porque o art. 104 do Código de Defesa do Consumidor¹⁶² prevê que as ações coletivas não induzem litispendência para as ações individuais, restringindo apenas o efeito da coisa julgada das ações coletivas caso a ação individual não seja suspensa.

Esta separação drástica entre demandas individuais e coletivas impede que as decisões judiciais alcancem o cerne da questão, pois não observam a mistura e interdependência existente entre o individual e o coletivo dentro dos direitos sociais. É preciso, portanto, abranger ambas as possibilidades.

O novo Código de Processo Civil reestruturou diversos institutos processuais e adicionou novas possibilidades ao procedimento individual para o exercício da jurisdição civil. É importante pontuar que a Comissão de Juristas responsável pela

¹⁶⁰ Artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8078/90: “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.”

¹⁶¹ “Art. 7º Se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis.”

¹⁶² “Art. 104. 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.”

formulação da primeira versão do anteprojeto optou por não incluir na sistemática do novo CPC o tratamento das demandas coletivas e assim se seguiu até a sua aprovação. Entretanto, as ações coletivas foram afetadas pelas novas normas.

Primeiro cabe apontar que a parte geral do novo código, ao tratar das normas fundamentais do processo civil (artigos 1º a 12), positivou alguns princípios que já eram ligados ao processo coletivo pela doutrina¹⁶³. Dentre eles podemos destacar o interesse jurisdicional no conhecimento do mérito (artigo 4º) e o impulso oficial (artigo 2º), cuja intensidade pode variar conforme a abrangência da demanda (individual ou coletiva), mas que de toda forma evidencia uma aproximação com o *microssistema de processo coletivo*.

A repercussão geral dos recursos extraordinários (art. 1035), a sistemática dos recursos repetitivos (improcedência liminar do pedido – art. 332, II; negar provimento a recurso em decisão monocrática – art. 932, IV, *b*; recursos especiais repetitivos – arts. 1049 e seguintes) e a formação do precedente judicial são formas de tratamento em conjunto de ações individuais que sofreram modificações.

Desta forma, o novo regulamento optou por dar uma nova roupagem apenas ao tratamento em conjunto de ações que possuam tese jurídica em comum. As ações serão reunidas para a solução das discussões em torno dos fundamentos, permanecendo a necessidade de prolatação de sentenças em cada uma delas para adequação do fato à tese pacificada. Isto difere do processo coletivo, que trata em conjunto tanto dos fatos quanto dos fundamentos desde o ajuizamento da ação. O novo CPC trouxe técnicas para demandas de massa e idênticas em relação aos fatos e direitos tutelados, nas quais não se encaixam os direitos sociais.

Não há, portanto, nenhuma técnica processual positivada que permita concreta interação entre as demandas individuais e coletivas.

5.1.1. A vetada conversão da ação individual em ação coletiva

Por mais que não tenha sido realizada nenhuma modificação legislativa no procedimento das ações coletivas, existia na versão do CPC/2015 aprovado pelo Congresso Nacional um novo instituto que criaria uma ponte interligando o

¹⁶³ DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 6ª ed. Salvador: Jus PODIVM. 2011, v. 4 e ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Ed. Saraiva. 2003.

ajuizamento das demandas individuais e coletivas: a conversão da ação individual em ação coletiva. Este foi vetado pela Presidência da República conforme será tratado a seguir.

A previsão deste instituto seria uma inovação legislativa, com origem no já debatido art. 7º da Lei da Ação Civil Pública (nº 7.437/85), também repetido no inciso X do artigo 139 do novo regulamento processual civil¹⁶⁴. Antônio Augusto Pires Brandão¹⁶⁵ sinaliza também que não há previsão similar no direito comparado e que, ao contrário, existe nos EUA instituto processual que permite a conversão da ação coletiva em ação individual, vejamos:

Note-se que no direito comparado não há qualquer comando legal similar autorizando uma demanda individual tornar-se coletiva, pelo menos não nos principais centros de influência processual no mundo ocidental, v.g., Alemanha, EUA, França, Itália, Reino Unido etc. Adverte-se que há nos Estados Unidos, entretanto, a alternativa contrária, ou melhor, tendo em vista que as *class actions* norte americanas podem ser propostas por indivíduos (por aqui os legitimados são *ex lege*, excluindo-se a demanda coletiva individual). Alhures, o magistrado, entendendo não ser a pessoa capaz de representar a coletividade, poderá converter a demanda coletiva em individual. No Brasil, a ideia se inverteu, resultando em um produto tupiniquim autêntico.

A inserção deste instituto foi polêmica, tanto que inicialmente não estava previsto no anteprojeto elaborado e nem no PLS 166/10 aprovado no Senado, tendo sido incluído na versão aprovada pela Câmara dos Deputados e, mesmo sendo retirado por um momento no Senado Federal, acabou permanecendo em sua versão aprovada. Talvez fosse por isso que a conversão não era tratada em nenhum outro ponto do novo Código de Processo Civil além dos vetados artigo 333, que abrangia todo o Capítulo IV do Procedimento Comum – Da Conversão da Ação Individual em Ação Coletiva, e inciso XII do art. 1015 que trazia a previsão recursal do agravo de instrumento.

Em poucas palavras a conversão da ação individual em ação coletiva consistiria na transformação de um processo individual, regido pelas regras do novo Código de Processo Civil, em um processo coletivo quando presentes os requisitos. A

¹⁶⁴ “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) X – quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficial o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.”

¹⁶⁵ BRANDÃO, Antônio Augusto Pires. *A conversão da ação individual e coletiva e o acesso à justiça*. Março de 2015. Disponível em: <http://portalprocessual.com/a-conversao-de-acao-individual-em-coletiva-e-o-acesso-a-justica/#more-568> . Acesso em: 13 de março de 2015.

ideia era aproveitar uma demanda já proposta para a proteção dos direitos da coletividade.

Situada geograficamente após os artigos que tratam da petição inicial, a conversão da ação individual em ação coletiva poderia ser acionada desde logo após o registro ou distribuição da petição inicial. Em seguida, aplicar-se-iam as normas do processo coletivo, conforme o seu parágrafo §8º determinava¹⁶⁶. Entretanto, não havia sistematização adequada do artigo, uma vez que os requisitos e até regras gerais de aplicação se misturam no *caput* e seus incisos e parágrafos.

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:

(...)

§1º - O requerimento de conversão poderá ser formulado por outro legitimado a que se referem os arts. 5º da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, e 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Pela simples leitura verificamos que o pedido de conversão seria feito pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, mas os demais legitimados para as ações coletivas também estão autorizados pelo §1º do mesmo artigo. Já que não há motivo evidente que enseje a distinção dos legitimados no *caput* dos demais, desnecessária era a separação.

Por outro lado, o §10¹⁶⁷ indicava que o Ministério Público deveria ser ouvido em todas as hipóteses, exceto quando for o autor do requerimento. Aqui há maior valorização da opinião do Ministério Público, algo que não existe na sistemática do processo coletivo. Não parece razoável estabelecer para o Ministério Público o dever de opinar sobre todas as futuras ações coletivas, uma vez que a própria lei concedeu legitimidade para diversos entes com o intuito de ampliar a proteção aos direitos coletivos *lato sensu*. O perigo está em encontrarmos situações nas quais a participação do Ministério Público possa dificultar o exercício do direito posto, como quando este se opôs à possibilidade da Defensoria Pública ajuizar Ação Civil Pública¹⁶⁸.

A conversão ocorreria quando presentes os pressupostos da *relevância social* e da *dificuldade de formação do litisconsórcio*. Entretanto, a utilização destas

¹⁶⁶ Artigo 333, § 8º (vetado): “Após a conversão, observar-se-ão as regras do processo coletivo.”

¹⁶⁷ Artigo 333, § 10: “O Ministério Público deverá ser ouvido sobre o requerimento previsto no *caput*, salvo quando ele próprio o houver formulado.”

¹⁶⁸ Ver ADI 3.943, julgado improcedente pelo STF em maio de 2015.

expressões, que não possuem conteúdo bem delimitado, obsta o pleno entendimento do alcance do instituto.

A relevância social pode ser entendida de diversas maneiras. É fácil enxergar a conexão pretendida entre os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos com a sua importância para a sociedade. Por outro lado, será que direitos estritamente individuais não possuem relevância social? É possível abranger qualquer norma de ordem pública no conceito de relevância social. Uma ação de guarda de menor possui relevância social, todavia não parece ser adequado convertê-la em ação coletiva.

Da leitura do incisos I, talvez fosse possível encontrar rumos de interpretação para o conceito de relevância social, vejamos:

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, e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade;

O inciso I era um dos limitadores alternativos do pedido que pode ser convertido em ação coletiva. A relevância social deveria estar diretamente atrelada à tutela de bem jurídico difuso ou coletivo (inciso I). A redação ainda insere a obrigatoriedade da ofensa afetar esferas jurídicas individuais e coletivas, o que ocorre em qualquer dano aos direitos coletivos e algumas vezes em alguns direitos individuais, devido à interligação e dificuldade de separação entre eles.

Por outro lado, na eventualidade de se identificar separação clara entre direitos coletivos e individuais, também ficam afastadas da conversão as hipóteses de danos *exclusivamente coletivos*. Casos como o de dano moral/extrapatrimonial coletivo não estão abarcados pela conversão. Tecnicamente seria necessário uma ação coletiva autônoma, talvez devido ao fato da ação individual não ter sido iniciada por um dos legitimados legalmente (mas não seria este o propósito do instituto da conversão?). A doutrina já tinha percebido esta possibilidade e elaborado enunciado apontando para a permissão da conversão destas ações, como forma de saneamento de ilegitimidade do autor individual em requerimento de tutela coletiva¹⁶⁹.

A melhor inteligência do conceito de relevância social, portanto, parece ser a necessidade de tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, conforme definidos pelo Código de Defesa do Consumidor. No mesmo sentido, evidenciam o §2º, ao proibir a

¹⁶⁹ Enunciado 148 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Nos casos em que o juiz reconhecer a ilegitimidade do autor individual para requerer a tutela de interesse de alcance coletivo, será possível a conversão, como forma de saneamento do vício, no prazo de noventa dias. (Grupo: Conversão da Ação Individual em Coletiva)”.

tutela de direitos individuais homogêneos¹⁷⁰, e o §9º, ao tratar indiretamente da impossibilidade de conversão de pedido estritamente individual¹⁷¹. Se assim o for, torna-se prescindível o requisito de relevância social no *caput*, uma vez que o inciso I já sistematizava adequadamente qual será o conteúdo dos pedidos passíveis de conversão.

No mesmo sentido, o critério de formação do litisconsórcio possuía regiões cinzentas. A dificuldade se traduziria em quantidade de autores e réus, em impossibilidade de identificar ou encontrar os envolvidos ou ambos os casos? É óbvia a dificuldade de andamento de um processo com vinte, trinta ou quarenta autores e réus, mas e quando lidamos com cinco, dez ou quinze envolvidos? Talvez a intenção não seja numérica, mas como objetivamente determinar que a presença de tantos litisconsortes estaria dificultando o prosseguimento do feito? E se for a identificação ou citação de alguns réus que esteja bloqueando a continuidade do procedimento? Se esta última hipótese também fosse passível de conversão, estaríamos frente a uma possibilidade de substituição processual que não necessariamente estará ligada à proteção de direitos coletivos.

O inciso II do artigo 333 tentava explicar no que consiste o litisconsórcio ao delimitar que o pedido deve envolver uma situação jurídica de relação plurilateral em litisconsórcio unitário, sem todavia definir o que seria considerado como dificuldade para a formação deste litisconsórcio:

II – tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, pela sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo.

Isto se tornaria outro problema caso o entendimento doutrinário pela alternatividade dos requisitos de relevância social e dificuldade de formação de litisconsórcio se mantivesse¹⁷². A hipótese do litisconsórcio deveria estar atrelada também aos requisitos do inciso I para evitar que qualquer dificuldade na formação

¹⁷⁰ Artigo 333, “§ 2º - A conversão não pode implicar a formação de processo coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos.”

¹⁷¹ Artigo 333, “§ 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.”

¹⁷² Enunciado 38 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. “Os requisitos de relevância social e de dificuldade de formação do litisconsórcio são alternativos. (Grupo: Conversão de Ação Individual em Coletiva; redação revista no III FPPC-Rio)”.

deste litisconsórcio fosse aceitável para efeitos de conversão, mesmo sem relação com a proteção de direitos coletivos e difusos.

A doutrina e a jurisprudência teriam que pacificar os limites de ambos requisitos para que ficasse claro a sua utilização e não houvesse diferente aplicação pelo país afora. O magistrado teria papel atuante na construção prática da conversão da tutela individual em coletiva, gerando ainda outros questionamentos.

O *caput* do artigo 333 afirmava que caberia ao juiz converter ou não a ação individual, se presentes os requisitos de relevância social e formação do litisconsórcio. No entanto, na sistemática das ações coletivas, existem legitimados legalmente escolhidos para que verifiquem a necessidade de utilização do procedimento coletivo, não havendo interferência prévia do juiz sobre a avaliação quanto à relevância social da demanda, por exemplo. Desta forma, haveria um juízo diferenciado entre as petições iniciais da ação individual convertida em coletiva e da ação coletiva, uma vez que naquela poderá o juiz discordar da presença de relevância social e/ou dificuldade de formação de litisconsórcio na demanda, ainda que a discussão envolvesse diretamente o mérito da questão. Confirmando este entendimento, o §8º indicava que as regras do processo coletivo só seriam aplicadas após a conversão¹⁷³.

A participação do juiz era ainda mais incisiva, ao ponto de não ser possível recorrer de decisão que impediria a conversão da ação individual em coletiva na versão aprovada pela Câmara dos Deputados. Acertadamente, a versão sancionada abrangia nas hipóteses do agravo de instrumento qualquer decisão que trate sobre a conversão, seja ela favorável ou não, conforme artigo 1015, inciso XII¹⁷⁴. Ao menos a possibilidade de controle recursal dos requisitos estava resguardada.

Pela redação do artigo 333 se autorizaria ao magistrado influenciar no direito de ação dos legitimados para a ação coletiva, seja fazendo julgamento prévio da existência ou não dos requisitos ou influenciando na escolha de quais ações devem ser convertidas. Junto a isso teríamos problemas com a competência para análise do feito – como nos locais que possuem varas especializadas para processo coletivos – e até discussão se o próprio juiz que determinou a conversão poderia ser o juiz da ação coletiva.

¹⁷³ Artigo 333, § 8º (vetado): “Após a conversão, observar-se-ão as regras do processo coletivo.”

¹⁷⁴ Artigo 1.015, XII (vetado): “Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: (...) XII – conversão da ação individual em ação coletiva;”

Ultrapassadas as questões relativas à decisão do magistrado, cabe verificar qual seria o papel das partes dali em diante.

Quando fosse fechado o ciclo de conversão, o autor originário se perderia neste meio. A vontade da parte era ajuizar uma ação individual, que gerasse efeitos individuais. Se quisesse uma ação coletiva poderia, antes mesmo de ajuizar a ação, ter procurado um dos legitimados para fazê-lo conforme o regramento do processo coletivo. Entretanto, o §6º aqui determinaria que o autor originário atuaria na condição de litisconsorte unitário do legitimado que adentrou o processo¹⁷⁵, em contrário senso ao que está positivado no artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor¹⁷⁶. Ora, não estaria o novo CPC indo contra toda a sistemática já estabelecida pelo *microsistema de processo coletivo* quando não ouvisse se a parte deseja permanecer ou não na demanda e continuar sujeita aos efeitos da decisão da ação coletiva? Não há distinção no direito material que justifique o tratamento diferenciado.

Indo além, o autor originário poderia discordar das pretensões que foram incluídos pelo aditamento ou emenda da petição inicial pelo legitimado¹⁷⁷. E ainda assim ele estaria vinculado àquela demanda, como litisconsórcio unitário. A única ressalva está no §9º que possibilita a autuação em apartado de pedido estritamente individual¹⁷⁸. De toda forma, aquele pedido originalmente individual, que foi convertido em coletivo, seguirá a vontade dos legitimados, mesmo com a existência de declaração de vontade do indivíduo em pleiteá-la de forma individual – que se encontraria na petição inicial original.

Obrigar o autor a se sujeitar a um procedimento ao qual ele não pôde se manifestar se desejava é uma grave afronta aos princípios dispositivo, do contraditório e do devido processo legal. A boa vontade do legislador em facilitar a identificação de demandas que possam ser decididas coletivamente não pode

¹⁷⁵ Artigo 333, § 6º: “O autor originário da ação individual atuará na condição de litisconsorte unitário do legitimado para condução do processo coletivo.”

¹⁷⁶ “Art. 104. 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.”

¹⁷⁷ Art. 333, § 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.

¹⁷⁸ Artigo 333, §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.”

prejudicar o direito individual de ação. Nem ao menos existia a previsão de participação do autor originário na discussão sobre a existência dos requisitos de conversão.

Evidente está que o pleito individual seria usurpado pelos legitimados com a justificativa de proteção mais ampla dos direitos. Nada impede que os legitimados ajuízem ação coletiva própria e apartada com o mesmo conteúdo. Não há necessidade de vincular o indivíduo a uma pretensão resistida da qual ele não escolheu participar. Poderia o novo CPC determinar a formação de um novo processo coletivo, sem prejuízo do individual, mas também não o fez.

Em relação aos direitos sociais e especificamente quanto ao direito à saúde, a conversão em ação coletiva da forma como foi aprovada não conseguiria concretizar a proteção dos âmbitos individuais e coletivos dessas demandas. Os inúmeros problemas aqui apontados, somados à urgência e à complexidade das causas, tenderiam a prejudicar a resolução individual do conflito sem facilitar ou impulsionar a resolução coletiva.

Desta forma, frente a todos os problemas apontados e deslocados dos cunhos de cooperação e confiança reforçados pela nova codificação, a Presidência da República acertou em vetar o instituto:

Da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, 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. No sentido do veto manifestou-se também a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB.¹⁷⁹

A conversão da ação individual em coletiva pode, no futuro, ser algo positivo para a resolução de conflitos sociais ao permitir que a manifestação individual do conflito possa, ao final, gerar efeitos coletivos. Entretanto, as técnicas envolvidas devem ser melhor elaboradas, principalmente em face das normas fundamentais.

5.1.2. Princípios do processo coletivo

Por mais que não exista abundante utilização dos processo coletivos na tutela do direito à saúde, é preciso analisar se não é possível extrair alguma contribuição do *microssistema de processo coletivo* para a resolução mediante demandas individuais.

¹⁷⁹ Razões do veto disponíveis em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-17/leia-razoas-sete-vetos-dilma-rousseff-cpc>, acesso em: 23 de abril de 2016.

A valorização dos princípios gerais de direito, que se iniciou no século XX e contribuiu para a transferência do centro do ordenamento jurídico do direito civil para o campo constitucional, detém grande parcela de responsabilidade na dinâmica estabelecida para os processos coletivos. A própria caracterização do direito coletivo como de “*natureza jurídica de direito fundamental*”¹⁸⁰ já evidencia o seu profundo envolvimento com os princípios constitucionais e os direitos fundamentais. Desta forma, os direitos coletivos abarcam os mesmos planos subjetivos e objetivos evidenciados nos direitos sociais, cujo equilíbrio é o grande desafio.

Devido à falta de sistematização única dos processos coletivos, ficou a cargo da doutrina estabelecer quais seriam os princípios norteadores deste sistema processual tão plural¹⁸¹. O rol varia de acordo com o doutrinador, assim como a sua abrangência, mas de forma geral encontramos elencados os princípios gerais do processo civil (como o da universalidade da jurisdição, da participação democrática, da economia e da instrumentalidade das formas)¹⁸² e outras disposições que afetam de maneira mais incisiva o processo coletivo (como a necessidade de reparação do dano¹⁸³).

Por mais que em sua maioria, os princípios do processo coletivo sejam os mesmos do processo individual, o primeiro tem uma lógica diferente e não pode estar preso apenas às mesmas fórmulas do segundo, pois envolve lides de causas múltiplas que podem diferir de um indivíduo para o outro. Estas causas múltiplas são determinadas por circunstâncias que podem variar de lugar, tempo, pessoa e modo, sem descaracterizar a natureza coletiva da controvérsia.

Neste caminho alcançamos alguns pontos cruciais para a formação de litígios coletivos: a possibilidade de coletivização de todas as ações e as diferentes dimensões existentes. Apontada por alguns como “*princípio da máxima amplitude ou máxima*

¹⁸⁰ Não é o intuito discutir se deve haver ou não uma separação do direito coletivo dos direitos fundamentais. Entretanto, é claro a ligação entre os dois institutos, ainda que se entenda o primeiro não está inserido dentro do segundo. ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo — superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 434.

¹⁸¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo — superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 435.

¹⁸² Elencados, por exemplo, por Ada Pellegrini Grinover. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código de processos coletivos*. Coordenado por Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 2007, p. 11-13.

¹⁸³ O impulso oficial também foi incluído como princípio do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.015/2015), em seu artigo 2º.

*atipicidade do processo coletivo*¹⁸⁴, a previsão do artigo 83 do CDC que permite a utilização de qualquer tipo de ação para a tutela adequada e efetiva dos direitos coletivos já evidencia como o tratamento destas demandas devem ser diferenciados¹⁸⁵.

Outro princípio elencado por alguns doutrinadores é o do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito no processo coletivo¹⁸⁶. Toda a sistemática dos direitos fundamentais é de interesse público e, portanto, os aplicadores do direito devem ter especial cuidado ao lidarem com esta, principalmente frente à eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

O Supremo Tribunal Federal já definiu, enquanto analisava caso envolvendo o desrespeito ao devido processo legal em âmbito privado, que toda relação jurídica, seja ela pública ou privada, deve respeitar os princípios e direitos fundamentais¹⁸⁷. Em consonância com este entendimento, a doutrina e a jurisprudência passaram a tratar também da eficácia horizontal dos direitos sociais para sua *aplicação direta* na esfera das relações privadas. Dessa forma, mais uma vez fica evidente que o respeito às garantias constitucionais deve perpassar todo o ordenamento jurídico.

Partindo desta visão e de um esforço para redução do formalismo no processo civil, compreende-se que a extinção sem resolução de mérito é exemplo de ineficácia da jurisdição. O magistrado deve sempre que possível procurar alcançar o mérito e, em último grau, resolver a controvérsia. Deixar a lide sem uma resposta adequada terá como consequência o surgimento de novas demandas e, em alguns casos, agrava a situação posta, seja pelo tempo ou aumento de complexidade. A pacificação social fica cada vez mais distante e a prestação jurisdicional mais desacreditada.

Esta preocupação com a resolução adequada da demanda aliada à caracterização dos direitos coletivos como de interesse público é que geram a ideia de que alcançar o mérito de uma demanda coletiva é forma de garantia de um interesse da sociedade. Exemplo disso é a previsão da Lei da Ação Civil Pública de que em

¹⁸⁴ DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 6ª ed. Salvador: Jus PODIVM. 2011, v. 4, p. 126-128.

¹⁸⁵ Como exemplo é possível destacar uma ação possessória para a retirada de estudantes que ocupam uma universidade. Seja por envolver diversos indivíduos ou por se tratar de interesses e direitos que ultrapassam a esfera de cada uma das partes, a tutela do direito é diferenciada para atender as suas peculiaridades.

¹⁸⁶ DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 6ª ed. Salvador: Jus PODIVM. 2011, v. 4, p. 119-122.

¹⁸⁷ O entendimento foi proferido no RE 201819, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006.

casos de desistência da ação coletiva não deve haver extinção do processo, mas sim sucessão processual (art. 5º, §3º da Lei 7.347/85).

Gregório Assagra de Almeida¹⁸⁸ acrescenta que o princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo surge atrelado a uma função jurisdicional que o poder judiciário deve assumir para ser respeitado política e socialmente:

Como guardião dos direitos e garantias sociais fundamentais, o Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito, tem interesse em enfrentar o mérito do processo coletivo, de forma que possa cumprir seu mais importante escopo: o de pacificar com justiça, na busca da efetivação dos valores democráticos.

A estrutura do processo coletivo e a interpretação de suas normas também devem estar sempre pautadas pelo princípio da efetividade. A aplicação dos artigos 103 e 104 do CDC, instituto denominado de máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva¹⁸⁹, é outro exemplo da procura por uma prestação jurisdicional que esteja preocupada em alcançar o ponto crucial do conflito e trazer uma solução para o caso. Conforme estas determinações, os indivíduos somente podem ser beneficiados pela sentença coletiva e, como regra, não podem ser prejudicados¹⁹⁰, permitindo assim que a proteção coletiva seja ampla, mesmo que o momento ou a forma como foi apresentada perante o Poder Judiciário não tenha sido adequada.

Em breve síntese, os princípios apontados procuram concretizar a proteção dos direitos coletivos. E com os direitos sociais, especialmente o direito à saúde, o mesmo deve ocorrer. Por mais que a manifestação ocorra em demandas individuais, estas não podem olvidar as consequências coletivas atreladas e, portanto, a decisão do Poder Judiciário não pode levar em conta apenas a concepção clássica do processo individual. Uma alternativa seria a aplicação dos princípios do processo coletivo também às ações individuais de saúde.

O equilíbrio entre a alta relevância do direito à saúde e a urgência na obtenção da prestação jurisdicional, mesmo que de forma irreversível, também é

¹⁸⁸ *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Ed. Saraiva. 2003, p. 571.

¹⁸⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Apud* LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. A EXECUÇÃO COLETIVA PECUNIÁRIA: uma análise da (não) reparação do dano coletivo no Direito brasileiro. Dissertação de Mestrado pela Universidade Federal de Minas Gerais, 2011 e LIRA, Daniel Ferreira de. *Breves notas sobre os princípios informativos do processo coletivo brasileiro*. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/21790/breves-notas-sobre-os-principios-informativos-do-processo-coletivo-brasileiro>. Acesso em 28 de maio de 2014.

¹⁹⁰ Exceção: na hipótese de alguém intervir na ação coletiva como litisconsorte, a coisa julgada coletiva alcança esse indivíduo para prejudicá-lo.

elemento essencial de boa parte dos processos coletivos. A experiência já obtida nestes processos pode ser transferida para os processos individuais de saúde, confluindo as lógicas dos procedimentos em torno dos mesmos princípios.

5.2. *Amicus Curiae*

A ampliação do instituto do *amicus curiae* no Processo Civil a partir do CPC/2015 indica a vontade do legislador de valorizar a contribuição externa às partes litigantes para enriquecer o debate em aproximação à já tratada perspectiva deliberativa.

Primeiro cabe destacar que o *amicus curiae* passa a ser admitido em todas as fases do processo e que seus requisitos foram ampliados, sendo inseridas “a especificidade do tema” e a “repercussão social da controvérsia”, além da já prevista “relevância da matéria”¹⁹¹. Os direitos sociais possuem intrínseca ligação com o requisito da repercussão social da controvérsia e poderão se beneficiar com a expansão deste instituto.

Neste mesmo sentido de inclusão, admitisse ampla indicação de *amicus curiae*, seja pessoa jurídica ou física, órgão ou entidade, podendo ser requerida pelo próprio juiz, pelas partes ou por aquele que deseja ser admitido como tal. Obviamente, o requerimento deve conter as razões para tanto, mencionando um dos requisitos acima tratados. Retoma-se ainda a necessidade da representação adequada para os órgãos e entidades, relacionada com a divisão existente dos direitos coletivos no Brasil.

O fortalecimento do contraditório por meio do *amicus curiae* permite maior alcance da jurisdição às diversas opiniões – principalmente em relação à alta complexidade do tema, suas consequências financeiras para o Estado e os impactos no pano de fundo coletivo – mas ainda não é o bastante para os direitos sociais. Como já vimos, as decisões judiciais nem sempre são a melhor forma para resolução do conflito, principalmente de lides complexas como as que envolvem direitos sociais, e

¹⁹¹ Art. 138. 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.

muito menos de demandas de saúde, que de tão numerosas impedem a participação do *amicus curiae* em quantidade de ações significativas.

Por outro lado, a regra também deve ser utilizada com parcimônia para que não cause mais prejuízos. Apenas os casos complexos e que concretamente necessitem de intervenção externa para ampliação do contraditório devem possibilitar a atuação de *amicus curiae*, sob pena de demora na prestação jurisdicional. A doutrina já sinaliza que o instituto deve ser utilizado com proporcionalidade para que não sejam desrespeitados outros princípios constitucionais¹⁹².

5.3. Estabilização da tutela antecipada

O CPC/2015 também inovou nas técnicas de tutela sumária. Conjuntamente à unificação das tutelas cautelares e antecipadas dentro das tutelas de urgência; à expansão da tutela de evidência; e a reunião de todas estas sobre a nomenclatura de tutelas provisórias, também foi positivada a técnica de estabilização da tutela. Baseada em estruturas do direito italiano e francês, esta técnica tem o intuito de permitir – caso a decisão não seja impugnada – que se encerre a demanda logo após a concessão da tutela antecipada em cognição sumária. Isto é, conservaria os efeitos concedidos pela antecipação de tutela, estabilizando-os, sem necessidade de dar prosseguimento ao processo.

Assim, o tempo despendido entre o requerimento de antecipação do mérito em face da urgência e a decisão final seria reduzido, extinguido-se a demanda cada não seja interposto recurso pela parte contrária. Neste caso, dependeríamos da possibilidade dos procuradores das Fazendas Públicas em verificar se a aceitação da decisão sumária como definitiva seria benéfica, mais vantajosa para o Estado ou mais justa.

Entretanto, mesmo que isto aconteça em grande escala com os processos de saúde o único efeito atrelado será sumarizar o julgamento e diminuir o tempo de tramitação das demandas. Teremos apenas um controle quantitativo, sem que se alcance a redução da judicialização, já que ao invés de evitar que as demandas

¹⁹² BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. O crescimento do papel do Amicus Curiae no novo CPC: perspectivas sobre a jurisprudência atual do STF. In: *Novas tendências do Processo Civil*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013 e NUNES, Maria Emília Naves. A efetividade da tutela jurisdicional através da participação do Amicus Curiae e da conversão da demanda individual em coletiva. In: *Novas tendências do Processo Civil*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

alcancem o Poder Judiciário, procura-se apenas respondê-las em cognição sumária, sem aprofundamento probatório e contraditório efetivo.

Como já demonstrado, a esmagadora maioria das decisões são procedentes e afetam incisivamente as políticas públicas dos entes federados, dificultando a criação e manutenção de outras políticas públicas. E a técnica de estabilização da tutela antecipada não contribuirá para adequar este descompasso. Contar com a estabilização da tutela antecipada para resolver demandas de saúde só terá o efeito de maquiar os números do Judiciário, como se decisões sumárias e em grande número fossem o necessário para diminuir o movimento de judicialização.

Neste caso, não haverá controle dos gastos determinados pelo Poder Judiciário e, muito menos, espaço para deliberação. Pelo contrário, existirá uma tentativa de perenização dos julgamentos sumários, que em nada afeta o pano de fundo coletivo, mantendo as demandas de saúde na lógica estritamente individual do processo.

5.4. Teoria dos precedentes e eventual efeito desjudicializante

O novo Código de Processo Civil nasceu da consciência de que o Brasil vive um momento *caótico* de prestação da tutela jurisdicional. As pesquisas realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça no projeto Justiça em Números 2015 demonstram que, em 2014, “o Poder Judiciário iniciou com um estoque de 70,8 milhões de processos, que tende a aumentar devido ao total de processos baixados ter sido inferior ao de ingressados”. Além do altíssimo volume de processos judiciais em tramitação, a Taxa de Congestionamento do Poder Judiciário no ano de 2014 também foi bastante elevada, na ordem de 71,4%, e com aumento de 0,8% em relação ao ano-base anterior.¹⁹³

Os estudos demonstram que são vários os motivos que ocasionam esse acúmulo de processos judiciais pendentes de julgamento. Dentre esses fatores, é possível citar: a insuficiência da proporção entre o número de juízes e a população; a disponibilidade limitada de recursos humanos e materiais nos órgãos judiciários; o prolongamento do “tempo morto” dos processos judiciais em cartórios e secretarias judiciárias; a ausência de informatização e a dificuldade de absorção dos avanços

¹⁹³ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 22 out. 2015.

tecnológicos por parte dos sujeitos envolvidos na prestação jurisdicional; dentre outros.

Todavia, esse cenário também é reflexo da consolidação de uma cultura tendente à *judicialização excessiva de controvérsias*, neste estudo representada pela judicialização da saúde. Um dos pilares instituídos pelo CPC/2015 para reverter esta tendência foi a positivação de uma teoria dos precedentes.

É possível dizer que o ordenamento processual brasileiro ainda não possui um sistema legal organizado e especificamente destinado a regulamentar a elaboração, interpretação e aplicação dos precedentes judiciais. Por outro lado, também é razoável sustentar que a tradição brasileira adpta do *civil law* e da valorização exacerbada da legislação posta e codificada vem se abrindo, gradativamente, à incorporação de institutos típicos da *common law* e do enfoque no direito jurisprudencial como fonte do Direito.

Nesse contexto, mostra-se necessário o desenvolvimento de uma teoria dos precedentes judiciais no Brasil. A necessidade de conferir maior coesão e harmonia no exercício da atividade jurisdicional decisória requer uma adaptação contínua e criteriosa do sistema processual nacional, a qual permita que seja melhor absorvida a necessária conexão entre institutos e conceitos do *civil law* e da *common law*.

Com efeito, a formação e sistematização de uma *teoria de respeito aos precedentes judiciais* é essencial para a consolidação de um sistema estável, coerente e íntegro de elaboração, interpretação e aplicação das decisões judiciais.

Atento a essas considerações, o CPC/2015 tem, como um de seus objetivos, regulamentar e sistematizar o processo de elaboração, interpretação e aplicação das decisões judiciais. Já na Exposição de Motivos fica clara a preocupação com a necessidade de uniformização da interpretação dada pelos tribunais:

A segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito. Encampou-se, por isso, expressamente princípio no sentido de que, uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração. Trata-se, na verdade, de um outro viés do princípio da segurança jurídica, que recomendaria que a jurisprudência, uma vez pacificada ou sumulada, tendesse a ser mais estável.¹⁹⁴

¹⁹⁴ BRASIL. Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código de Processo Civil. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, 2010 p. 17.

A mudança positivada não é tão radical como pode parecer. O escopo de conferir mais harmonia às interpretações judiciais não é de hoje: desde 1960, o Supremo Tribunal Federal já tinha a finalidade de padronizar e objetivar a sua jurisprudência mediante a utilização das súmulas. Em seguida, o CPC de 1973 expandiu essa possibilidade a todos os tribunais e, em diversas alterações posteriores,¹⁹⁵ atribuiu consequências à observância ou não dos enunciados sumulares pré-existentes. Já em 2004, a Emenda Constitucional n.º 45 criou as súmulas vinculantes, destacando a importância de precedentes específicos, e, nos anos seguintes, novas reformas fortaleceram o papel dos enunciados de súmulas não vinculantes e introduziram o incidente dos recursos extraordinários e especiais repetitivos.¹⁹⁶

O que o CPC/2015 fez foi dar mais um passo ao encontro das práticas da *common law*, aprofundando ainda mais a valorização dos precedentes judiciais e alterando a regulamentação das súmulas e dos julgamentos de recursos extraordinários e especiais repetitivos. Assim, o primeiro fator que observamos com o fortalecimento da lógica de estabilidade jurisprudencial é a necessidade de *mudança de mentalidade* para se adequar à nova sistemática que almeja construções coletivas jurisprudenciais estáveis e coerentes. É preciso ter efetiva e responsável preocupação com a uniformização e a estabilidade da jurisprudência.

Não se permite mais, por exemplo, a inobservância de nenhum precedente sem que se demonstre os fundamentos determinantes que distinguem os casos ou induzam a superação do entendimento (art. 489, §1º, VI). Não poderão os tribunais coadunar com uma postura que contamina o meio jurídico de incertezas: quando cada magistrado utiliza as razões que entender pertinentes, sem que seja necessário observar as demais decisões à sua volta. A existência de decisões judiciais

¹⁹⁵ Dentre as modificações, ressalta-se: a Lei n.º 9.756/1998, que dispensou em alguns casos o incidente de “declaração de inconstitucionalidade” e atribuiu poderes ao relator para julgar monocraticamente o recurso com base em enunciado de súmula ou jurisprudência dominante do próprio tribunal ou de corte superior; a Lei n.º 10.352/2001, que atribuiu poderes ao relator para negar seguimento ao agravo que for contrário a enunciado de súmula ou jurisprudência dominante; e a Lei n.º 11.276/2006, que inseriu a possibilidade de o juiz não receber recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com enunciado de súmula do STF ou STJ. Conforme: THEODORO JÚNIOR, Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (Org.). *Primeiras lições sobre o novo direito processual civil brasileiro (de acordo com o Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105 de 16 de março de 2015)*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 669-670.

¹⁹⁶ A Lei n.º 11.418/2006 inseriu a sistemática dos recursos extraordinários repetitivos no STF e a Lei n.º 11.672/2008 fez o mesmo em relação aos recursos especiais repetitivos no STJ. Já a Lei n.º 11.277/2006 introduziu o artigo 285-A no CPC de 1973, admitindo a sentença de declaração de improcedência *prima face*.

conflitantes e incoerentes, além de impedir a formação da “obra coletiva”, resulta não apenas em insegurança jurídica, mas também no descrédito do Poder Judiciário, no aumento dos recursos em busca de alteração das decisões e na existência da *loteria jurisprudencial*¹⁹⁷ – na qual o mero sorteio por ocasião da distribuição da ação para o juízo competente é determinante no deferimento ou não do pleito.

Uma vez estabelecido o precedente, este deverá ser efetivamente respeitado (e, para tanto, conhecido pelos magistrados e demais aplicadores do direito). Será preciso estar atento aos julgamentos dos tribunais locais e, principalmente, dos tribunais superiores, sob pena de invalidação das decisões proferidas. Para tanto, a previsibilidade se faz necessária, exigindo nova prática que garanta mais unicidade entre as decisões proferidas e melhor técnica na confecção do precedente para que vincule responsabilmente os demais órgãos jurisdicionais,¹⁹⁸ conservando a coerência, a estabilidade e a integridade, como previamente apontado.

Não se trata de estabelecer hierarquia entre decisões, mas, sim, de uniformização e coerência, função constitucionalmente prevista aos tribunais. Mesmo os órgãos fracionários deverão respeitar entre si as suas decisões (eficácia horizontal dos precedentes).¹⁹⁹ Por outro lado, o sistema de distinção e superação dos precedentes assegura a todo e qualquer magistrado a possibilidade de não utilização do precedente, desde que *fundamentadamente* o faça – mediante combate efetivo do precedente e não apenas a sua desconsideração sem profunda análise dos motivos determinantes e dos fatos envolvidos tanto no caso quanto no precedente existente.

É o §1º do art. 927 que prevê esta importante norma relativa à fundamentação decisória ao estabelecer que as decisões que aplicam precedentes judiciais devem observar o art. 10 e o §1º do art. 489. Isso quer dizer que, na aplicação dos precedentes judiciais, é necessária a observância da garantia constitucional do contraditório (art. 5º, LV, da CR) e dos requisitos legais de motivação decisória.

¹⁹⁷ GOUVEIA, Lúcio Grassi de; BREITENBACH, Fábio Gabriel. Sistema de precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro: um passo para o enfraquecimento da jurisprudência lotérica dos tribunais. In: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril (Org.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 491-517.

¹⁹⁸ Neste sentido: Enunciado n.º 323 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: A formação dos precedentes observará os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. (Grupo: Precedentes).

¹⁹⁹ Neste sentido: Enunciado n.º 316 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: A estabilidade da jurisprudência do tribunal depende também da observância de seus próprios precedentes, inclusive por seus órgãos fracionários. (Grupo: Precedentes).

Nesse ponto, o §1º do art. 489 preconiza que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial” que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” (inciso V) ou que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (inciso VI). Assim sendo, também os casos de *distinguishing*²⁰⁰ e de *overruling* dependem de “fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia” (§4º do art. 297).

Não são apenas os magistrados que deverão alterar a forma de lidar com as decisões judiciais. A mudança proposta pelo fortalecimento da técnica dos precedentes afeta toda a sociedade, esteja o indivíduo como parte ou não no processo. No mesmo sentido, também os advogados, defensores, membros do Ministério Público e até a Administração Pública estão expressamente vinculados às teses contidas nos precedentes, para que se consiga garantir a sua ampla e concreta aplicação em busca da igualdade e integridade das decisões judiciais.

A formação de uma teoria dos precedentes no Brasil deve ser vista também sob outra ótica de importância ímpar, qual seja: o efeito *desjudicializante* resultante da instituição de uma cultura de respeito aos precedentes judiciais.

Pode-se afirmar que no Capítulo I (“Disposições gerais”) do Título I (“Da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais”) do Livro III (“Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais”), nos arts. 926 a 928, estão previstas as *normas gerais de uma teoria brasileira dos precedentes judiciais*.

O rol de hipóteses do artigo 927 reúne em um mesmo pote os diversos tipos de enunciados e decisões que deverão ser observados pelos magistrados, consagrando o efeito vinculante (*binding effect*) dos precedentes judiciais, tanto no plano vertical (*v.g.*, inciso IV) como na esfera horizontal (inciso V). Essa aproximação entre

²⁰⁰ Sobre as possibilidades do *distinguishing* no processo civil brasileiro, conferir: NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução. In: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril (Org.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 301-331.

súmulas vinculantes ou não, dos acórdãos de julgamentos repetitivos²⁰¹ e das novas técnicas de julgamento colegiado corrobora a ideia de construção coletiva. Para tanto, não bastará a simples menção do enunciado ou decisão, a tradição institucional que se pretende deve estar ligada “às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação” (§§1º e 2º do art. 926), preservando a já citada *comunidade de princípios* idealizada por Ronald Dworkin.

Os arts. 926 a 928 do CPC tiveram como objetivo disciplinar e sistematizar o processo de elaboração, interpretação e aplicação dos precedentes judiciais. Entretanto, as consequências geradas pela existência do precedente permeiam todo o CPC.

O §2º do art. 927 abre a possibilidade de realização de audiências públicas e de participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese, por ocasião de eventual alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos. Esta previsão se coaduna com os princípios gerais de coerência, estabilidade e integridade ao aproximar os tribunais dos possíveis afetados com a decisão. A própria noção do precedente como construção histórica institucional evidencia o quão essencial é a participação da sociedade.

Para assegurar a participação é preciso também de informação acessível. O §5º do art. 927 assegura ampla publicidade à divulgação dos precedentes judiciais, inclusive na rede mundial de computadores, reforçando a importância da transparência no processo de elaboração das decisões judiciais.

No particular, o CPC/2015 recepciona a intervenção e interpretação constitucional da sociedade, pois permite a intervenção do *amicus curiae* também no processo de revisão de entendimentos jurisprudenciais. Tal posituação parece representar uma busca por elementos de *democracia deliberativa*, uma vez que procura por decisões construídas conjuntamente e que observem as peculiaridades dos envolvidos, objetivando o bem comum. Busca-se um equilíbrio entre o indivíduo isolado e em sociedade para tentar alcançar o máximo possível de complexidade envolvida.

²⁰¹ O art. 928 dispõe que os julgamentos de casos repetitivos, os quais têm por objeto questões de direito material ou processual, serão aqueles proferidos em incidentes de resolução de demandas repetitivas e em recursos especial e extraordinário repetitivos.

Para controle de eventuais impactos sobre o interesse social, no entanto, é importante lembrar que foi mantida a permissão de modulação dos efeitos das decisões que alteram jurisprudência dominante dos tribunais superiores ou daquelas proferidas em casos repetitivos (§3º do art. 927). Assim, a brusca mudança da tradição institucional não prejudicará a confiança nos precedentes enquanto estiverem estáveis.

É desta pressuposição de aceitação dos precedentes que o CPC/2015 extrai as primeiras possibilidades de frear o ajuizamento de determinados tipos de ação. Ora, caso o precedente consiga pacificar a situação e ser entendido como construção coletiva e institucional do Poder Judiciário que deve ser respeitada, é lógico deduzir que a comunidade jurídica e, em um segundo momento, a sociedade como um todo absorverá o entendimento. Não havendo mais espaço para discussão – exceto pelo *distinguishing* e *overruling*, que requerem uma técnica complexa para afastamento do precedente – também não há interesse das partes no ajuizamento da ação, até porque a loteria jurisprudencial não mais existirá. Ademais, a já apontada modulação de efeitos protege os atos praticados e as decisões passadas quando existir repentina alteração do entendimento.²⁰²

Visualizando este ciclo de incorporação do precedente à sociedade, o CPC/2015 contribuiu ainda mais concretamente para garantir o respeito dos precedentes. No artigo 985, §2º, por exemplo, determinou a comunicação da formação do precedente aos órgãos, entes ou agências reguladoras competentes “para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada”. O controle do cumprimento dos precedentes, portanto, poderá ser inclusive extrajudicial.

Nas demais hipóteses, o próprio Poder Judiciário fará este controle: substituindo a sistemática do atual artigo 285-A do CPC, temos a improcedência liminar do pedido (artigo 332 do CPC); ainda que exista necessidade de produção probatória, caso esta seja exclusivamente documental, o precedente poderá servir de base para requerimento de tutela de evidência (artigo 311, inciso II, do CPC); dentre os poderes incumbidos ao relator pelo artigo 932 do CPC está o (inciso IV) de negar provimento aos recursos que contrariarem (a) enunciados de súmula do STF, STJ ou

²⁰² Neste ponto, o CPC/2015 é falho ao não prever a técnica do *signaling* (ou sinalização), quando o tribunal, com base no princípio da segurança jurídica, não revoga imediatamente um precedente que não mais deve subsistir, mas sinaliza para a sua futura revogação, a fim de evitar mudança brusca de entendimento jurisprudencial (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 334-352).

do próprio tribunal, (b) acórdão de julgamento de recursos repetitivos do STF ou STJ, (c) ou entendimento firmado em IRDR ou IAC – assim, o recorrente não poderá se valer de recursos para evitar ou postergar a aplicação do precedente.

Aqui o controle não será apenas do pedido recursal da parte – frente à aceitação do precedente –, mas também das decisões dos juízes de primeira instância. A decisão do juiz que respeitar os precedentes tenderá à maior efetividade, passando a seu cumprimento de maneira quase imediata. Além disso, em contraponto, o relator também poderá dar provimento monocrático aos recursos que estiverem em consonância com os mesmos precedentes acima indicados (artigo 932, inciso V). As decisões que contrariarem os precedentes, sem obedecer às técnicas que o afastam, serão, portanto, de pronto modificadas. Veja que, por se tratar de provimento do recurso, é possível tanto cassar a sentença quanto substituí-la pelo acórdão.

Cabe aqui, no entanto, chamar atenção para a função da primeira instância no sistema de precedentes. Ora, se os tribunais é que determinam o entendimento a ser seguido, será o juiz de primeira instância mero multiplicador? É importante que não se retire a possibilidade das ressalvas de entendimento pelos magistrados, como defendido por Mayara de Carvalho e Juliana Coelho Tavares Silva:

(...) a preocupação central de defender a unicidade do sistema de precedentes e, em específico, a utilização da técnica de ressalva de entendimento como forma de garantir, em simultâneo, a coerência sistêmica e o reforço da capacidade de influência da primeira instância na formação, modificação e superação de precedentes no Brasil. (...)

A ressalva de entendimento possibilita, a um só tempo, a continuidade e evolução à medida que garante a aplicação do precedente e o respeito às expectativas das partes. A percepção de sua utilidade e viabilidade no sistema, principalmente quando exercida pela primeira instância, portanto, pode ser capaz de guiar vozes não à manutenção inconsciente do *establishment*, mas ao gradual aperfeiçoamento do *common law* à brasileira, ainda embasado em *standarts* comuns à hermenêutica do século XIX.²⁰³

Não se almeja aqui o esvaziamento do papel do primeiro grau de jurisdição, mas focá-lo nas causas que realmente demandem intervenção judicial. É por isso que o efeito mais desejável do sistema de precedentes é a sua aplicação extraprocessual, corroborado pelas diversas técnicas processuais de desincentivo ao seu descumprimento.

²⁰³ CARVALHO, Mayara de; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. Ressalva de entendimento e valorização da primeira instância no sistema de precedentes brasileiro. In: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril (Org.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 748.

Mediante todas as técnicas acima demonstradas, a nova codificação do processo civil brasileiro criou normas gerais de aplicação de precedentes no Brasil e busca diminuir a litigância excessiva que atualmente permeia o Poder Judiciário. Com tantas formas de impedir que se protele o cumprimento dos entendimentos dos tribunais superiores, basta que exista efetiva postura de respeito aos precedentes para que possam ser capilarizados na sociedade em um segundo momento.

Cabe ressaltar, no entanto, que a estrutura dos precedentes e a possibilidade de seu efeito desjudicializante ocorrerá dentro dos tipos de ações para os quais foram propostos: os conflitos de massa idênticos e repetitivos. Nesse sentido também entende Elaine Harzheim Macedo ao comentar a sistemática dos precedentes ainda no formato do Anteprojeto do CPC/2015 apresentado ao Senado Federal:

Tal como está redigido, o artigo, e os seus incisos ratificam essa interpretação, volta-se essencialmente para as ações de massa, que reproduzem conflitos de interesses subjetivos individuais homogêneos e, portanto, caracterizados por serem repetitivos. Esse seria, sim, o espaço em que a uniformização e a estabilidade da jurisprudência poderiam ser legitimamente defendidos.

Ora, partindo-se da premissa que os conflitos de interesses podem ser divididos em conflitos subjetivos individuais, conflitos coletivos (aqui compreendidos os interesses difusos e os direitos coletivos *stricto sensu*), ou conflitos subjetivos individuais homogêneos, o artigo, na redação posta, ignora a riqueza, a pluralidade e a especificidade que alimentam os conflitos por ele não abrangidos, isso é, os conflitos individuais subjetivos e assim também os conflitos coletivos, especialmente os que dizem com interesses difusos, onde certamente a uniformização e a estabilidade da jurisprudência perdem espaço. Em tais conflitos, a situação de fato ganha maior relevância na composição do conflito, afastando-se da função proposta.²⁰⁴

Alguns tipos de conflito necessitam de participação mais ampla do que a proposta pelas técnicas de julgamentos repetitivos. A generalização a partir de processos individuais pode não conseguir abarcar as pluralidades existentes em conflitos peculiares ou coletivos, principalmente em relação à direitos sociais. Desta forma, o efeito desjudicializante existirá, mas apenas em relação às ações idênticas e repetitivas. Até porque, nas palavras de Leonardo Nunes e Tereza Thibau²⁰⁵:

O novo sistema processual civil tem como foco, basicamente, dois tipos de litigiosidade: a individual ou “de varejo”, há muito desenvolvida no Brasil e ainda preponderante, e a de massa, também denominada serial, repetitiva ou de alta intensidade.

²⁰⁴ MACEDO, Elaine Harzheim (Org.). *Comentários ao projeto de lei n. 8.046/2010*: proposta de um novo código de processo civil. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012, p. 509. Disponível em: <http://www.pucrs.br/edipucrs>. Acesso em: 30 out. 2015.

²⁰⁵ NUNES, Leonardo Silva; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. Repercussões do Código de Processo Civil de 2015 no Processo Coletivo. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto (Coord.). *Processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 320.

Como já exposto, os precedentes se aplicarão aos direitos sociais como a qualquer outro, entretanto não concretizarão sua capacidade de desjudicialização e pacificação do conflito. Isto porque os direitos sociais possuem pontos em comum, que os entrelaçam em uma mesma proteção do Estado, mas se manifestam pontualmente e com fatos distintos, impedindo a total aplicação dos precedentes. O direito à saúde evidencia isso quando dois pacientes precisam do mesmo medicamento, mas as suas condições de saúde são distintas – talvez um deles possa se valer de outro medicamento fornecido pelo SUS, por exemplo.

A repetitividade do objeto das ações de saúde não é o bastante para a aplicação coerente dos precedentes. Por mais que exista o pano de fundo coletivo, os fatos são diversos e, portanto, alteram significativamente nos pedidos e nas respostas jurisdicionais. Desta forma, a teoria dos precedentes instituída pelo CPC/2015 pode contribuir pontualmente para a melhor resolução de alguns conflitos de saúde, mas não resolverá a *judicialização excessiva*.

5.5. Meios alternativos de resolução de conflitos

Faz parte da tradição jurídica brasileira a necessidade de resolução dos litígios por meio da prolação de uma sentença jurisdicional. Nesse sentido, diferentemente de outros países, temos grau elevado de litigiosidade sem prévia tentativa de resolução autônoma do conflito pelas próprias partes, isto é, estimula-se que o conflito seja resolvido através da força do Estado, e não por intermédio por vontade das partes de alcançar uma solução e superar o conflito.

A garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição – CR) garantiu que se mantenha as portas do Poder Judiciário abertas para toda e qualquer demanda, mas foi absorvida sob um viés *distorcido*. A previsão constitucional de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” deixou de ser entendida como uma *garantia constitucional de proteção judicial de direitos*,²⁰⁶ quando assim se fizer *necessário, útil e adequado*.

²⁰⁶ JAYME, Fernando Gonzaga. Os problemas da efetiva garantia de proteção judicial perante o Poder Judiciário brasileiro. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo Civil – novas tendências: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 243.

Esta se converteu em uma forma preferencial para resolução de conflitos, principalmente enquanto a sociedade está cada vez mais complexa e as relações sociais mais impessoais. Através da sentença jurisdicional, terceiriza-se ao Poder Judiciário toda e qualquer disputa de interesses que a parte sequer buscou resolver por meios próprios, possibilitando ainda o surgimento de estratégias empresariais e estatais de judicialização do conflito para postergar o cumprimento de obrigações.

Judicializa-se a controvérsia pelo simples fato de *judicializá-la*. Não há critério ou pressuposto para tanto. A judicialização de controvérsias se mostra excessiva e desmedida. Trata-se de uma cultura do litígio *como* judicialização, de judicialização das mais diversas questões da sociedade, como relações familiares, pessoais, consumeristas, sociais e até políticas.

O processo jurisdicional é apenas uma – e não a única ou mais importante – das alternativas de acesso à justiça. É necessário também a adoção de uma concepção de acesso à justiça *desjudicializado* para desafogar os tribunais e concentrar a sua atuação para quando for preciso.

Desta forma devem ser abertas diversas possibilidades para que o cidadão busque e alcance a resolução de sua controvérsia. Até porque, dependendo das circunstâncias do caso, o instrumento não jurisdicional é mais efetivo, adequado e célere do que o processo, somando-se ainda a possibilidade pedagógica do exercício da autonomia dos cidadãos. A resolução extrajudicial do conflito permite aos envolvidos confiança para que entendam e definam de novas formas sua convivência em sociedade.

É esse o sentido do chamado *conceito multiportas* de acesso à justiça, conforme definição de Elena Highton:

Está concebido como um centro de resolução de disputas e desvantagens para um caso específico em que se fazem aconselháveis diferentes formas de resolução de disputas. Então, ao invés de instalar apenas uma porta para obter um serviço de justiça, deve dar-se a opção de que os usuários possam acessar a porta que seja mais apropriada para a natureza do caso ou das partes. Em certo sentido este modelo de tribunal para o futuro inclui entre os seus serviços não somente a jurisdição como também uma variedade de programas de métodos alternativos de solução de disputas nas suas possíveis derivações.²⁰⁷

²⁰⁷ HIGHTON, Elena I. *Justicia en cambio: sociedad civil, abogados y jueces* – Um nuevo proyecto para la administración de Justicia. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 79-80, tradução livre. O *conceito multiportas* também é adotado na *Superior Court of the District of Columbia*, com o nome *Multi-Door Dispute Resolution Division* (ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. *O novo juiz e a administração da justiça: repensando a seleção, a formação e a avaliação dos magistrados no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 137).

A partir desse contexto, um dos objetivos do CPC/2015 é institucionalizar, como uma das *normas fundamentais* da processualística civil brasileira, a possibilidade de composição de controvérsias por meios extrajudiciais. Nos §§2º e 3º do art. 3º, privilegia-se a *consensualidade* na resolução de conflitos, ao dispor, respectivamente, que “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” e que “(a) conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Também a realização de *audiência de conciliação ou de mediação*, nos processos jurisdicionais, aparece como a regra geral do procedimento civil (arts. 334 e seguintes). Tanto é assim que, para que não haja a referida audiência, é necessária a indicação expressa do autor e do réu demonstrando o desinteresse mútuo na autocomposição (§5º do art. 334). Caso contrário, se não houver manifestação das partes, ocorrerá a audiência, sendo que a ausência injustificada de qualquer delas será considerada “ato atentatório à dignidade da justiça”, passível de ser “sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado” (§8º do art. 334).

Também o CPC/2015 impõe, aos Tribunais, a obrigação de criar “centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição” (art. 165). Para tanto, está prevista a inscrição e organização dos conciliadores, mediadores e câmaras privadas de conciliação e mediação em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, os quais manterão registro de profissionais habilitados com indicação da respectiva área profissional (art. 167).

Outrossim, o art. 174 do CPC/2015 também dispõe que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão Câmaras de Mediação e Conciliação destinadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo. Dentre os objetivos dessas Câmaras, encontram-se previstos: dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da Administração Pública; avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da Administração Pública; e promover, quando couber, a celebração de termos de ajustamento de conduta.

Enfim, o CPC/2015, como resposta à judicialização excessiva de controvérsias atualmente verificada no Brasil, busca instituir uma nova cultura jurídica tendente a *desjudicializar* controvérsias. Os meios autônomos de solução de conflitos deixaram de ser complementares e irão compor a jurisdição estatal²⁰⁸, prezando pela simplicidade, celeridade e efetividade da resolução de conflitos. Evidentemente, nem todas as controvérsias, a depender da natureza do direito material ou da disposição das partes em conciliar, podem escapar à apreciação jurisdicional. Todavia, também parece correto dizer que a provocação da via jurisdicional deva ocorrer, primordialmente, quando se revelar como *necessária, útil e adequada* à resolução do litígio.

Portanto, o que se espera é o êxito na melhora da disciplina das técnicas de *prevenção, gestão e resolução* de conflitos, inclusive através de meios consensuais e extrajudiciais. Para tanto, é essencial analisar tais perspectivas em face dos direitos sociais, e particularmente o direito à saúde, para se concretizar a possibilidade de um acesso à justiça *desjudicializado e multiportas*, e, apenas quando necessário, na esfera judicial, sempre com a participação dos demais poderes e da sociedade.

Diante do quadro de intensa e ineficaz *judicialização* da saúde, é fundamental a promoção desta mudança cultural na questão da solução destes conflitos. O crescente impacto que as decisões judiciais tem gerado nas políticas públicas de saúde condicionam a obtenção do direito à possibilidade de acesso ao Judiciário.

A Revista Época publicou emblemática reportagem no ano de 2012 que demonstra de forma bem contundente que mesmo o acesso judicializado a saúde é desigual. “O paciente de R\$ 800 mil” relata a história do paciente que recebia do SUS o tratamento mais caro do mundo e contrapõe a situação à necessidade de equilíbrio entre a entre o individual e o coletivo²⁰⁹. Enquanto o paciente da reportagem conseguiu judicialmente o direito de receber tratamento vitalício – que melhora a sua qualidade de vida, mas não cura –, no Hospital Sírio-Libanês em São Paulo, um dos

²⁰⁸ Lei nº 13.105: “Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. (...) §2º: O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.”

²⁰⁹ SEGGATO, Cristiane. O paciente de R\$ 800 mil. *Revista Época*, 16 mar 2015, disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html> . Acessado em: 21 de junho de 2015.

melhores hospitais do país, com custo de mais de R\$ 800.000,00 por ano, o mesmo estado da federação está sofrendo anualmente com a taxa de infectados por dengue²¹⁰.

Desta forma, faz-se necessária a revisão da forma como estão sendo resolvidos os conflitos envolvendo o direito à saúde. A divisão do Estado em três poderes busca gerar equilíbrio e harmonia entre eles, assim é preciso reinventar a relação estatal em face do direito à saúde, buscando novos métodos *extrajudiciais* que permitam aos envolvidos resgatarem a autonomia e a responsabilidade para a tomada de decisões, desestimulando a individualização do direito à saúde e incentivando a criação de reflexões e soluções comunitárias, com base na cooperação.

A iniciativa do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, do Instituto Brasileiro para Estudo e Desenvolvimento do Setor de Saúde (Ibedess) e da HC Coop – Cooperativa de Trabalho dos Médicos do Hospital das Clínicas da UFMG – para que fornecessem pareceres técnicos sobre os casos apresentados aos juízes daquele Tribunal²¹¹ é um exemplo dessa possibilidade.

Todavia, mesmo com a louvável tentativa do tribunal mineiro de alcançar melhores decisões judiciais para os conflitos de saúde, estes ainda precisam ser judicializados para que recebam a resposta, seja ela adequada e em consonância com os anseios das políticas públicas ou não. Contato direto entre a Administração Pública e a população, em busca de resolver os impasses, agilizar a verificação do ocorrido e facilitaria a justificação das políticas públicas escolhidas. Assim, a saúde poderá se desvincular da ainda incisiva influência do Judiciário e repensar como adequar a realização de suas políticas públicas, que, caso bem executadas, contribuirão também para a diminuição da *judicialização*.

Desde a década de 70 as formas autônomas de resolução de conflitos são exemplos do novo enfoque de acesso à justiça e tem sido apontadas como possíveis caminhos para aliviar o Poder Judiciário, que, no Brasil, já lida com mais de 92 milhões de processos²¹². Dentre as diversas formas existentes, as metodologias da mediação e da conciliação tem se destacado.

²¹⁰ SEGGATO, Cristiane. 73% das mortes por dengue aconteceram em SP. *Revista Época*, 04 maio 2015, disponível em: <http://epoca.globo.com/colunas-e-blogs/cristiane-segatto/noticia/2015/05/73-das-mortes-por-dengue-aconteceram-em-sp.html>. Acessado em: 21 de junho de 2015.

²¹¹ Conforme notícia vinculada em: <http://www.tjmg.jus.br/portal/imprensa/noticias/convenio-vai-orientar-magistrados-nas-acoes-envolvendo-saude.htm#.U-kmVihLdFg>

²¹² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório Justiça em Números 2013*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>. Acesso em 21 de junho de 2015.

Ambas são voltadas para a autocomposição de conflitos, isto é, procuram auxiliar os envolvidos para que eles mesmos consigam construir a melhor solução para o caso. Tenta-se afastar a percepção adversarial, que é gerada entre autor e réu, em busca de auxiliar às partes a juntas encontrarem saídas para o conflito presente.

As formas autônomas possibilitam “o resgate do diálogo em relações enfraquecidas ou rompidas pela aparente impossibilidade de coexistência de interesses”²¹³, afastando a possibilidade coercitiva advinda do juiz-Estado. Para tanto, é necessária a figura do mediador ou conciliador, que é um terceiro imparcial que auxilia as partes para que, elas próprias, de forma autônoma e consensual, construam a solução do conflito. Por isso, a mediação e a conciliação são consideradas procedimentos frutos da democracia, possibilitando a autonomia das partes e o empoderamento dos indivíduos.²¹⁴

Ao estimular a participação dos sujeitos na determinação de seus próprios conflitos, os meios autônomos auxiliam no desafogamento do Poder Judiciário, alterando a cultura demandista brasileira, e também prevenindo futuros desentendimentos, pois permitem aos envolvidos alcançar compreensão diferenciada dos litígios, o que os capacita para adotarem novas abordagens em face de novos conflitos. Além disso, a mediação e a conciliação são métodos simples, econômicos, podem ser utilizados sem discriminação social ou econômica e são embasados no pilar da deliberação. Neles não há imposição de uma sentença vinculante, pelo contrário, há o respeito pela deliberação dos sujeitos em conflito, o que fortalece a discussão ampliada e ética baseada no compromisso de que a solução seja, na medida do possível, benéfica e viável para todos. Logo, os envolvidos no conflito, inseridos na realidade social, podem se valer de aprendizados e possibilidades de crescimento.²¹⁵

Ao valorizar o respeito às diferenças, os pontos em comum das partes, o amadurecimento das relações e a ampliação da compreensão da realidade, as formas autônomas de solução de conflitos podem ser importantes instrumentos para alterar o cenário da *judicialização* da saúde, contribuindo para a mudança do paradigma de

²¹³ SENA, Adriana Goulart Orsini; SILVA, Nathane Fernandes. Do conceito de mediação a suas práticas: características essenciais à mediação de conflitos. In: SENA, Adriana Goulart Orsini; Vasconcelos, Antônio Gomes de. (Org.). *Acesso à Justiça - Série Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito*. 1a Ed. Belo Horizonte: Initia Via, v. 2. 2012.

²¹⁴ SENA, Adriana Goulart Orsini, et al. *A mediação informativa no contexto hospitalar*. Disponível em: <http://www.ibdpis.com.br/Artigo/Artigo-17/>. Acesso em 27 de junho de 2015.

²¹⁵ *Idem*.

litigiosidade que permeia as políticas públicas de saúde. A Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais possui projeto de extensão que procura aplicar a mediação no contexto dos conflitos médicos:

O objetivo da mediação em tal espaço é promover a cooperação entre profissionais da saúde e pacientes, de modo que o diálogo seja efetivo e pautado pela troca de informações claras, evitando ruídos na comunicação e o descontentamento das pessoas que procuram tratamento, bem como a prestação de serviços indesejados. Além de resguardar os profissionais de futuras ações judiciais ou questionamentos jurídicos por parte dos pacientes, a mediação pode estabelecer uma relação de confiança entre os mediandos, contribuindo para a promoção de um ambiente sustentável no campo da saúde e de uma cultura voltada à paz social, pautada pela troca de informações e conhecimento entre todos.²¹⁶

A melhoria no relacionamento entre médico e paciente é também uma forma de melhorar a efetivação das políticas públicas. A satisfação da população está intrinsecamente ligada à qualidade do serviço prestado e a falta de informação pode gerar impressões distintas da realidade. O incremento na qualidade de vida e uma via de acesso à justiça por meio do diálogo e da intercompreensão enriquecem o exercício da cidadania e contribuem para a pacificação social.

Além da perspectiva de resolução consensual entre indivíduos – que evita a judicialização dos conflitos, mas não consegue atingir as políticas públicas – é necessário pensar na possibilidade consensual entre o Estado e o indivíduo.

A existência concomitante de uma série de dúvidas sobre os critérios válidos para celebração de transações e os agentes públicos competentes para este tipo de decisão, bem assim sobre a natureza e extensão da responsabilidade dos agentes públicos envolvidos na prática de tais atos, aliada a uma cultura jurídico-burocrática que tende a não vislumbrar efeitos jurídicos na omissão de atos administrativos necessários e exigidos pelo ordenamento jurídico, mas apenas nos atos que violem frontalmente regras jurídicas, tradicionalmente fez com que fosse pouco praticada a celebração de acordos em conflitos judiciais ou administrativos em que se vê envolvido o Estado brasileiro, em suas múltiplas facetas.

Há mais de uma década, contudo, este quadro vem se alterando, ao menos no que diz respeito aos conflitos que tramitam em juízo, notadamente em nível federal, onde se destaca uma sequência de iniciativas da Advocacia-Geral da União, mediante a edição de súmulas administrativas deste órgão, cuja consequência é a permissão aos seus integrantes, por exemplo, da não-interposição de recursos em matérias já pacificadas na jurisprudência, seja por razões de economicidade (evitar a incidência de juros adicionais em situações de provável confirmação de condenações pecuniárias da Fazenda Pública), seja por razões de compromisso com o Estado de Direito (evitar a dilação da provável decisão final favorável à parte contrária), bem como por razões de cooperação entre os Poderes (colaborar para aliviar a sobrecarga de processos envolvendo entes públicos que caracteriza os diversos órgãos judiciais).

²¹⁶ SENA, Adriana Goulart Orsini; SILVA, Nathane Fernandes. *Mediação na Área da Saúde: Uma Abordagem Diferenciada dos Conflitos Médicos*. No prelo.

Ao mesmo tempo, uma série de normas federais vem autorizando e definindo autoridades competentes para a celebração de acordos, de conformidade com o montante pecuniário envolvido no litígio, assim como, por razões de economicidade, definindo o valor mínimo que deve estar envolvido no litígio para que se justifique a propositura de uma ação judicial.²¹⁷

Neste caminho, em 2015 foi sancionada a Lei nº 13.140 que disciplina a possibilidade de autocomposição de conflitos na administração pública federal permitindo tanto a realização da mediação judicial ou extrajudicial dos conflitos envolvendo o Poder Executivo, quanto a criação de câmaras de previsão ou resolução administrativa de conflitos por autocomposição²¹⁸.

Conforme o inciso II do artigo 32 da referida lei, tais câmaras podem tratar da maioria dos conflitos de saúde que hoje são judicializados, uma vez que é autorizado “avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público”. Mesmo se tratando de direito indisponível, assim como o direito a alimentos e ao trabalho, o direito à saúde também é passível de autocomposição²¹⁹.

Permite-se, assim, a aproximação entre o administrador público e o indivíduo requerente, expandindo as possibilidades de resolução do conflito. Além disso, os entes federados terão mais maleabilidade orçamentária para distribuir as verbas destinadas à saúde, observando os gargalos coletivos e não apenas cada caso individualmente. Outra opção é a criação das câmaras dentro dos próprios hospitais ou secretárias de saúde, abrindo ainda mais o espaço para participação também dos profissionais da área.

Tais práticas no âmbito da litigância de interesse público, seja na cognição, e, especialmente na execução, teriam enorme potencial de pela via do contraditório dinâmico viabilizar possibilidades muito superiores de equacionamento da demanda.

A novidade, que aqui se advoga, não seria a de se usar as referidas técnicas “adequadas” em detrimento da proposta jurisdicional tradicional, mas a percepção de que a opção por elas não seria mais recomendável apenas para as demandas de menor complexidade, como costumeiramente ainda

²¹⁷ SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos*. Florianópolis: Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 2010. Tese de Doutorado. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/94327>. Acesso em: 01 maio 2015, p. 181.

²¹⁸ O regramento específico consta dos artigos 32 a 40 da Lei 13.140 de 2015.

²¹⁹ SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos*. Florianópolis: Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 2010. Tese de Doutorado. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/94327>. Acesso em: 01 maio 2015, p. 184.

de defende, mas de que seu uso seria buscado exatamente nas causas de alta complexidade, como as de implementação de políticas públicas.²²⁰

Para abranger o pano de fundo coletivo e a dimensão objetiva do direito fundamental à saúde, cabe a estas autocomposições se atentarem aos princípios da administração pública (como da legalidade, isonomia e publicidade) e do processo coletivo – como já tratado –, mediante a técnica da mediação de conflitos coletivos. Luciane Moessa de Souza, em sua tese de doutoramento *Meios consensuais de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos*, ressalta também outras vantagens de ordem econômica e temporal destas técnicas:

Em levantamento bem menos recente, feito junto a advogados públicos que representaram órgãos federais em juízo nos EUA de 1995 a 1998, Jeffrey Senger relata que a utilização de mediação fez com que fossem celebrados acordos em dois terços dos casos em que ela foi usada, sendo que, em 17% dos casos, mesmo não tendo havido acordo, os procuradores relataram que ela teve outros benefícios, como reduzir o número de questões controversas, trazer maior compreensão sobre os argumentos do autor e melhorar a comunicação entre as partes a fim de evitar novos conflitos no futuro. Em menos de 20% dos casos, portanto, não houve benefícios na utilização da mediação. Em alguns tipos de conflitos, como aqueles em que se pede indenização por danos pessoais, a mediação propiciou a obtenção de acordos em 71% dos casos.

Considerando-se o tempo gasto nas sessões e os custos adicionais decorrentes da utilização de um mediador, o mesmo estudo pediu que os advogados públicos relatassem qual o tempo médio gasto e quais os custos incorridos, de um lado, e quais as despesas e quantas horas de trabalho foram economizadas, em média, em cada caso em que se utilizou a mediação. Os resultados foram os seguintes, no que diz respeito a custos incorridos com a utilização da mediação: a) tempo médio gasto na preparação para a sessão – 12 horas; b) tempo médio gasto na(s) sessão(ões) de mediação – 7 horas; c) custos em honorários do mediador – 867 dólares. Quanto à economia de tempo e recursos, os resultados apurados foram: a) valores que seriam gastos com a instrução do caso e que foram economizados – 10.700 dólares; b) horas de trabalho evitadas – 89 horas; c) tempo de antecedência da resolução do caso, comparado a uma sentença no processo de conhecimento – 6 meses.

Muito embora os procuradores tenham relatado que muitos destes casos poderiam resultar em acordo, mais adiante, de qualquer maneira, sem a utilização da mediação, este resultado teria levado mais tempo e custado mais caro. A pesquisa apurou também que, quanto mais próximo da data do julgamento, maior a chance de obtenção de acordo. Porém, de outra parte, as economias são tanto maiores quanto mais cedo se celebrar o acordo. Outra peculiaridade apontada pela pesquisa foi que o índice de acordos aumenta para os casos envolvendo maiores valores: nos casos em que o acordo foi firmado por 30 mil dólares ou menos, a mediação teve sucesso em 78% dos casos; quando o acordo ficou entre 30 mil e 120 mil

²²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle, BAHIA; Alexandre Melo Franco. Litigância de interesse público e execução comparticipada de políticas públicas. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 228, ano 38, out. 2013, p. 150.

dólares, o índice de sucesso foi de 85%; quando o acordo ficou acima deste valor, a mediação foi empregada com sucesso em 90% dos casos.²²¹

O Tribunal de Justiça de São Paulo, seguindo a previsão da criação de tais centros de solução consensual de conflitos – tanto na Lei nº 13.140 quanto no CPC/2015 –, estuda projeto piloto para implantação de núcleo de mediação de conflitos envolvendo os planos de saúde²²². A intenção é auxiliar o Poder Judiciário a alcançar as informações necessárias para deferimento ou não de realização de cirurgias ou entrega de medicamentos, além da conscientização das partes sobre a situação posta e a tentativa de autocomposição. Entretanto, o financiamento privado pelos planos de saúde tem sido criticado por retirar a isenção necessária à mediação e facilitar a economia apenas do setor privado²²³.

No mesmo sentido, o TJMG recentemente firmou convênio com o Instituto Brasileiro para Estudo e Desenvolvimento do Setor de Saúde (Ibedess) para que esteja presente um funcionário do referido Instituto nas audiências de conciliação em ações de saúde dos Juizados Especiais Cíveis, que poderá entrar em acordo com os usuários em nome das operadoras dos planos de saúde complementar²²⁴.

Quanto ao setor público, o Estado de Minas Gerais conseguiu através da atuação conjunta de diversos órgãos (TCE, TJMG, Defensoria Pública e o governo do Estado), iniciar redução de gastos com a judicialização²²⁵ a partir da criação dos Núcleos de Atendimento à Judicialização da Saúde (Najs) e da filtragem pré-processual exercida pela Defensoria Pública de Minas Gerais.

O mesmo ocorreu em Araguaína, em Tocantins, onde a criação de núcleos administrativos de resolução dos conflitos de saúde reduziu a judicialização para menos de 3% dos casos²²⁶.

²²¹ Florianópolis: Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 2010. Tese de Doutorado. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/94327>. Acesso em: 01 maio 2015, p. 211-212.

²²² FERRAZ, Lucas; COLLUCCI, Cláudia. Planos vão financiar núcleo para mediar ações de saúde no TJ. *Folha de São Paulo*, 13 maio 2015.

²²³ Conforme exposto por Luis Nassif em <http://jornalggn.com.br/blog/proteste-associacao-de-consumidores/entidades-lancam-manifesto-questionando-forma-de-atuacao-de-nucleo-de-mediacao-de-plano>. Acessado em 21 de junho de 2015.

²²⁴ Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *TJMG firma convênio para conciliação na área de saúde*. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/portal/imprensa/noticias/tjmg-firma-convenio-para-conciliacao-na-area-da-saude.htm#.V1yB5o7qiGg>. Acesso em: 11 jun 2016.

²²⁵ DINIZ, Ângela. *Gasto com judicialização recua 33%*. Disponível em: <http://www.otempo.com.br/gasto-com-judicializa%C3%A7%C3%A3o-recua-33-1.1143741>. Acesso em: 01 maio 2016.

²²⁶ VASCONCELOS, Jorge. Redução de processos de Judicialização da Saúde em Araguaína será destaque na II Jornada de Direito da Saúde em SP. Agência CNJ de Notícias. Disponível em:

Ainda faltam outros exemplos de diálogo direto entre a administração pública e os envolvidos nos conflitos de saúde. Também não há efetiva comunicação entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário para esclarecer os caminhos delineados previamente. Algumas políticas públicas ainda continuam a ser atipicamente direcionadas pela Justiça frente à excessiva *judicialização*.

O STF, por outro lado, na ação que discute os cálculos das dívidas dos estados com a União – se devem impor juros simples ou compostos – suspendeu o julgamento para que os entes federados possam tentar negociar uma forma que não prejudique excessivamente uma das partes. O Ministro Luís Roberto Barroso afirmou que se trata de “assunto que deve ser debatido no âmbito da política, e não nos tribunais”²²⁷, sinalizando novamente o entendimento de que o Poder Judiciário não é o melhor caminho para a resolução de todo e qualquer conflito.

Cabe, portanto, apontar que as formas autônomas de resolução do conflito podem auxiliar o Estado a resolver as situações na raiz, diretamente com os pacientes, e inclusive evitar maiores problemas futuros. Empoderar o indivíduo do conhecimento de quais são os objetivos de saúde para a coletividade e conscientizá-lo dos limites das políticas públicas irá contribuir para confluência das intenções, seja o administrador ou servidor público melhorando a prestação do serviço, seja a população enxergando que o seu problema individual pode não estar incluído dentre as garantias coletivas de saúde.

Outra possibilidade existente nos meios consensuais de resolução de conflito é a possibilidade de alterar inclusive a forma de execução do direito. Construir soluções que, mesmo alterando o momento da prestação ou contando com a colaboração do indivíduo, consiga satisfazer o direito requerido pode diminuir em grande escala os conflitos. Neste caminho, pode o Estado e o indivíduo determinarem um percentual que cada um irá arcar em relação ao medicamento ou à cirurgia requerida; pode também o Estado se comprometer a arcar a partir do terceiro ou sexto mês quando se tratar de prestações contínuas, por exemplo; ou até mesmo envolver organizações da sociedade que possam colaborar para que o indivíduo obtenha o que

<http://www.tjto.jus.br/index.php/listagem-noticias/3265-reducao-de-processos-de-judicializacao-da-saude-em-araguaina-sera-destaque-na-ii-jornada-de-direito-da-saude-em-sp> . Acesso em: 01 maio de 2016.

²²⁷ BECK, Martha; BRÍGIDO, Carolina. *STF adia por dois meses decisão sobre dívida dos estados*. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/economia/stf-adia-por-dois-meses-decisao-sobre-dividas-dos-estados-19180806#ixzz47RGZLxtZ> . Acesso em: 01 maio 2015.

necessita. Humberto Theodoro Jr., Dierle Nunes e Alexandre Bahia denominam esta possibilidade de *execução participativa de interesse público*²²⁸.

Os exemplos acima apresentados demonstram caminhos que a solução dos conflitos de saúde podem seguir por meio da consensualidade das formas autocompositivas. O Poder Judiciário, além de não conseguir atuar com a celeridade necessária, quando interfere nas políticas públicas de saúde acaba por escolher quais serão mais valorizadas ao desequilibrar as previsões orçamentárias. A partir das perspectivas apresentadas é preciso refletir sobre um novo modelo de controle das políticas públicas de saúde, envolvendo todos os atores sociais e não apenas as partes do processo e o magistrado.

Assim, em situações de necessário cumprimento de direitos e garantias fundamentais de saúde, a mediação e a conciliação podem auxiliar na autonomia das partes e na pacificação do conflito pelo diálogo e construção conjunta de soluções. Apenas quando o conflito for abordado de forma dialógica e com intercompreensão, visando ao empoderamento e à informação de todos os envolvidos (sejam partes, advogados, entes federados ou indivíduos externos à relação posta) no sentido de perceber a saúde como um direito coletivo, comunitário e não apenas individual, é que as soluções irão gerar benefício a todos, pois garantirão a aplicação da mesma solução para os casos idênticos, prevenindo a desigualdade e conscientizando à população dos limites das políticas públicas. A criatividade e abertura para novas formas e possibilidades de solução dos conflitos de saúde é medida adequada para os desafios que se apresentam.

²²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle, BAHIA; Alexandre Melo Franco. Litigância de interesse público e execução participada de políticas públicas. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 228, ano 38, out. 2013, p. 142-149.

6. Conclusão: Proposta de Tutela Diferenciada

Ao observar a crescente judicialização de demandas envolvendo direitos sociais – com destaque para o direito à saúde –, percebe-se que o Estado precisa responder a estes anseios garantindo o que está positivado no ordenamento jurídico e almejando a melhoria de qualidade de vida para os que necessitam. Entretanto, o Poder Judiciário não tem sido eficiente em suas decisões dentro dos procedimentos tradicionalmente individuais, acabando por intervir de forma prejudicial à coletividade.

Neste caminho surge a reflexão quanto a possibilidade de incorporação de uma tutela diferenciada, baseada na deliberação sobre o pano de fundo social que permeia as ações que envolvem os direitos sociais. Ao se voltar para a construção conjunta da decisão e para a interação de diferentes pontos, a deliberação permite tratar o conflito em sua complexidade, abarcar as realidades envolvidas, produzindo decisões mais conscientes dos fatos e das consequências envolvidas sem a intenção de imutabilidade. A democracia deliberativa pode auxiliar na aproximação dos poderes do Estado e da sociedade civil em busca de melhor garantir os direitos fundamentais, principalmente os sociais.

Especificamente em relação ao direito à saúde, objeto de litigância do interesse público e do movimento de judicialização decorrente, a referida tutela diferenciada deve se adequar à: (a) alta relevância do direito a ser protegido; (b) urgência na obtenção da prestação jurisdicional; (c) irreversibilidade recíproca entre o bem pleiteado e a saúde do indivíduo; (d) manifestação do conflito por via das ações individuais; (e) repetição dos objetos das ações, envolvendo prestação positiva do Estado.

Sugere-se alguns caminhos que poderão facilitar o encontro das facetas individuais e coletivas do conflito, em busca de uma resolução isonômica. Será necessário separar momentos e locais de atuação distintos para que não se prejudique o direito fundamental à saúde, nas suas dimensões objetivas e subjetivas:

1º momento: Antes de se pensar na judicialização e nas formas de resolver os processos judiciais com efetividade e impacto real de desjudicialização, é preciso que exista concretos esforços para que se evite a chegada desses conflitos até o Poder Judiciário.

A primeira e mais efetiva forma é a melhoria da prestação de serviços. Não há dúvidas que com serviços adequados, os usuários se sentirão melhor atendidos e satisfeitos e a necessidade de recorrer a outras formas de acesso à saúde diminuirá. Entretanto, o investimento é limitado e nem sempre os indivíduos se conscientizam de que receberam o melhor tratamento possível face à disponibilidade de recursos e a sua distribuição coletiva.

Contra a falta de conscientização, os métodos que permitem reflexão e tomada de decisão informada se mostram mais eficazes do que as formas adversariais e coercitivas do tradicional processo judicial. A criação de núcleos administrativos que possibilitem a autocomposição extrajudicial dos conflitos de saúde, dentro dos principais centros de saúde – Secretaria de Saúde e hospitais, por exemplo – facilita o encontro de todos esses atores e a rápida troca de informação entre os setores do Estado (funcionários da saúde, advogados públicos, defensores públicos e até os administradores públicos). Mesmo que já exista, em certa medida, planejamento e estratégia que envolva e direcione todos esses setores, a convivência diária e a troca de informações em um mesmo ambiente acelera a interação e a resolução do conflito, diminui a burocracia e cria sensação de pertencimento a uma mesma causa – a causa do Estado *uno*.

Os núcleos administrativos devem estar em constante contato também com os Comitês Estaduais de Saúde: enquanto os núcleos desenvolvem a resolução concreta de caso a caso, os comitês discutem abstratamente as novas ocorrências ou o aumento específico de certo tipo de demanda, procurando adequar as estratégias e a alocação de recursos. Os comitês, por sua vez, fazem a comunicação com o Fórum Nacional e com o CNJ, que visualizarão a situação nacional e podem atuar perante a ANVISA e o governo federal, por exemplo.

Estes deverão trabalhar não apenas nos usuários, mas também nos profissionais da saúde, a consciência da situação coletiva que envolve o direito à saúde no respectivo estado ou município. Devem também estar abertos à execução participativa, possibilitando dividir as responsabilidades – seria possível exigir mais de quem tem melhor condição econômica, por exemplo.

Eventual impasse existente dentre dos núcleos ou comitês podem ser judicializados de forma coletiva, para que a intervenção nas políticas públicas ocorra de maneira isonômica.

Abraça-se aqui, ao mesmo tempo, as percepções da tutela individual e coletiva ao direito à saúde e até mesmo as entidades da sociedade civil que tiverem interesse de participar e contribuir com a resolução dos conflitos.

Os resultados servirão como base para o Poder Executivo e podem inclusive alcançar o Poder Legislativo, influenciando diretamente na criação das políticas públicas de saúde e concretizando a ideia de democracia deliberativa.

2º momento: Aproximando-se da judicialização do conflito, medidas devem ser tomadas para conscientização dos profissionais do direito em relação às demandas de saúde. Advogados, defensores públicos, membros do Ministério Público e, principalmente, os juízes devem estar preparados para lidar com este tipo diferenciado de demanda.

As classes dos advogados, defensores e membros do Ministério Público devem estar cientes dos impactos que suas ações geram perante à sociedade, para que modifiquem o filtro de casos que devem ser judicializados.

A informação abrangente da situação da saúde também deve alcançar os magistrados, que, por sua vez, tem o dever de decidir fundamentamente e proporcionalmente cada caso que lhes é apresentado. Não deve ser mais aceitável a indiscriminada e evasiva ampla concessão de tutelas de urgência, quase sempre priorizando o individual ao coletivo.

É necessário que se responda a todas as tutelas individuais, todavia, a compreensão da interdisciplinariedade envolvida e da necessidade de cuidado e excepcionalidade na concessão de tutelas antecipadas é também essencial para uma adequada solução urgente.

O amparo dos atores externos ao conflito judicial pode ser essencial nesses momentos: os magistrados – ou mesmo os advogados, defensores ou membros do Ministério Público – podem recorrer aos núcleos administrativos, aos comitês estaduais e às entidades da sociedade civil. Visualiza-se que boa parte da judicialização excessiva pode ser combatida com medidas pouco complexas como essas.

3º momento: Por fim, ainda é possível se valer dos meios processuais propriamente ditos.

A verificação da repetitividade dos objetos das ações e criação de precedentes, é meio apto a pacificar tais relações de massa. A utilização do IRDR, em casos que repetidamente alcancem o Poder Judiciário, e do IAC, em casos mais urgentes ou que necessitam de intervenção preventiva, são novos caminhos com considerável potencial para resolução de casos com fatos idênticos.

Na criação dos precedentes, a perspectiva do contraditório tridimensional – que envolve participação, influência e ampla análise dos argumentos – é essencial e deve levar em consideração os envolvidos de todos os âmbitos, ainda que como *amicus curiae*. Mesmo que seja difícil identificar fatos idênticos relacionados ao direito à saúde – o que reduz a aplicação dos precedentes – não se pode negligenciar a sua aplicação quando cabível.

Por outro lado, o Poder Judiciário é, atualmente, o melhor local para identificação dos conflitos com impactos coletivos e envio aos núcleos administrativos e comitês estaduais para que exerçam deliberação adequada sobre o tema e evitem nova judicialização de demandas.

A identificação dos pontos críticos pode também auxiliar na atuação dos legitimados coletivos e favorecer a melhor utilização dos processos coletivos, sem ter que se valer de técnicas processuais de difícil configuração a aplicação como a conversão da ação individual em ação coletiva.

A partir dessas duas estratégias, permite-se, sem que exista prejuízo da ação individual, que os efeitos da decisão alcancem âmbitos de deliberação coletiva e possam contribuir para melhoria do serviço de saúde, adequação do investimento público ou evitar pedidos abusivos perante a Justiça.

Dessa forma, juntando as atuações e resultados dos três momentos, parece ser possível alcançar melhor equilíbrio entre o direito individual e o coletivo atrelados às demandas de saúde.

7. Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo — superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Ed. Saraiva. 2003.

ALVES, Lucélia de Sena. *A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E SEU IMPACTO NO ORÇAMENTO: em busca de uma tutela adequada a partir do caso do estado de Minas Gerais*. Dissertação de Mestrado. Pós-Graduação em Direito da Universidade de Itaúna. 2014.

ARAÚJO, Kammilla; BRANT, Luiz. *A “judicialização da saúde” e sua relevância orçamentária para o Estado*. Disponível em: <http://www.esp.mg.gov.br/wp-content/uploads/2009/04/a-judicializacao-da-saude-e-sua-relevancia-orcamentaria1.pdf>. Acesso em: 30 de outubro de 2014.

ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Coord.). *Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

Assembléia Geral das Nações Unidas, *Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Resolução n. 2.200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, aprovada em 16 de dezembro de 1966 e ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm

Assembléia Geral das Nações Unidas, *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Resolução n. 217-A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, aprovada em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. *O novo juiz e a administração da justiça: repensando a seleção, a formação e a avaliação dos magistrados no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. O crescimento do papel do Amicus Curiae no novo CPC: perspectivas sobre a jurisprudência atual do STF. In: *Novas tendências do Processo Civil*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: https://www.google.com.br/?gws_rd=ssl#q=Judicializac%CC%A7a%CC%83o%2C+ativismo+judicial+e+legitimidade+democra%CC%81tica . Acesso em: 10 abril 2016.

BRASILEIRO, Ricardo Adriano Massara. Tutela diferenciada e especialização procedimental. *Revista dialética de direito processual*. São Paulo: Dialética, n. 71, p. 118-124, fev. 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 2. ed. Malheiros Editores, 2007.

_____. Estabilização da Tutela Antecipada. In: Hélio Rubens Batista Ribeiro et al (Org.). *Linhas mestras do processo civil : comemoração dos 30 anos de vigência do CPC*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 367-396.

BERIZONCE, Roberto Omar. Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 165, ano 33, pp. 131-143, novembro/2008.

_____. Tecnicas orgánico-funcionales y procesales de las tutelas diferenciadas. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 34, n. 175, pp. 131-163, setembro/2009.

BÖCKENFORDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. 1ªed., s/d.

BRANDÃO, Antônio Augusto Pires. *A conversão da ação individual e coletiva e o acesso à justiça*. Março de 2015. Disponível em: <http://portalprocessual.com/a-conversao-de-acao-individual-em-coletiva-e-o-acesso-a-justica/#more-568> . Acesso em: 13 de março de 2015

BRASIL. *Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, 2010.

BROCHADO, Mariah. *Magistratura: noções gerais de direito e formação humanística*. Niterói: Editora Impetus, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Colisão de Direitos Fundamentais, Direito à Saúde e Tutela Antecipada. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, no 12, maio-junho, 2006.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo : o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. São Paulo : Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009. Tese de Doutorado em Direito Processual. [acesso 2013-10-24]. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03062011-114104/>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. Ed. reimp. Coimbra: Almedina.

CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução de Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. v. 1.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Editora Fabris, 1988.

CARVALHO, Mayara de; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. Ressalva de entendimento e valorização da primeira instância no sistema de precedentes brasileiro.

In: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril (Org.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Controle jurisdicional dos atos políticos e administrativos na saúde pública. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (org.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 293-343.

Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais – CEBEPEJ; Centro de Pesquisa Jurídica Aplicada da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. *Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde*. 2014. Disponível em: https://www.google.com.br/?gws_rd=ssl#q=Avalia%C3%A7%C3%A3o+da+prest%C3%A7%C3%A3o+jurisdicional+coletiva+e+individual+a+partir+da+judicializa%C3%A7%C3%A3o+da+sa%C3%BAde Acesso em: 21 de abril de 2016.

CIANCI, Mirna, QUARTIERI, Rita de Cassia Rocha Conte, MOURÃO, Luiz Eduardo e GIANNICO, Ana Paula Chiovitti (organizadores). *Temas atuais das tutelas diferenciadas: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COELHO, Marcus Vinícius Furtado. O anteprojeto de código de processo civil: a busca por celeridade e segurança. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 185, ano 35, jul. 2010.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem*. IX Conferência Internacional Americana, 1948. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm

COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 7. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Ética, direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

Conselho Nacional de Justiça. *Relatórios sobre demandas relacionadas à saúde*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/forum-da-saude/quantidade-de-demandas-nos-tribunais> . Acesso em 24 de março de 2016.

COSENZA, Ramon M.; GUERRA, Leonor B. *Neurociência e educação*. Como o cérebro aprende. Porto Alegre: Artmed, 2011.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no NCPC. *Revista de Processo*, SP, v. 36, no 193, mar. 2011.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, v. 1.

DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 6ª ed. Salvador: Jus PODIVM. 2011, v. 4.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel (Org.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1.

DUARTE, Luciana Gaspar. *Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde: um contributo para a dogmática do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FLECK, Marcelo Pio de Almeida. O instrumento de avaliação de qualidade de vida da Organização Mundial da Saúde (WHOQOL-100): características e perspectivas. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro , v. 5, n. 1, p. 33-38, 2000 . Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232000000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 29 fev. 2016.

FRANCO, Marcelo Veiga. *O processo justo como fundamento de legitimidade da jurisdição*. Dissertação de mestrado defendida na UFMG, orientador Fernando Gonzaga Jayme, 2012.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Coleção saberes Direitos Difusos e Coletivos – Coordenadores: Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes*. vol. 34. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental no Novo CPC*. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, v. 2, 2013.

_____. *Flexibilidade procedimental : um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual* [online]. São Paulo : Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2007. Tese de Doutorado em Direito Processual. [acesso 2013-10-24]. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06082008-152939/>>.

GLOBEKNER, Osmir Antônio. A tutela jurisdicional dos direitos fundamentais sociais através do instrumento das ações individuais. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 170, ano 34, p. 123-139, jan. 2009.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de; BREITENBACH, Fábio Gabriel. Sistema de precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro: um passo para o enfraquecimento da jurisprudência lotérica dos tribunais. In: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel (Org.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. TUTELA JURISDICIONAL DIFERENCIADA – A antecipação e sua estabilização. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo: estudos e pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005.

_____. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 164, ano 33, dez. 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código de processos coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

GUIMARÃES, Jader Ferreira e WITZEL, Wilson José. Limitações processuais à tutela judicial do direito à saúde. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 179, ano 35, jan. 2010.

HABERMAS, Jürgen. Bestialidade e humanidade. *Uma guerra no limite entre direito e moral*. Tradução de Luiz Repa. *Cadernos de Filosofia Alemã*, nº 5. São Paulo: Departamento de Filosofia da USP, 1999.

HEÑIN, Fernando Adrián. Las medidas autosatisfactivas como forma de tutela diferenciada : importancia para remover vías de hecho, constitucionalidad, excepcionalidad y límites. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 35, n. 181, p. 259-272, mar. 2010.

HIGHTON, Elena I. *Justicia en cambio: sociedad civil, abogados y jueces – Um nuevo proyecto para la administración de Justicia*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2003.

JAYME, Fernando Gonzaga. Os problemas da efetiva garantia de proteção judicial perante o Poder Judiciário brasileiro. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo Civil – novas tendências: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

JAYME, Fernando Gonzaga; FRANCO, Marcelo Veiga. O princípio do contraditório no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 227, 2014.

JAYME, Fernando Gonzaga, FARIA, Juliana Cordeiro de e LAUAR, Maira Terra. *Processo civil: novas tendências: homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Editora Perspectiva, 2003.

LAGE, Livia Regina Savergnini Bissoli. O novo papel do Judiciário e a teoria da separação dos poderes: judicialização de direitos? *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 184, ano 35, p. 163-194, jun. 2010.

LAUAR, Maira Terra e THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutelas diferenciadas como meio de incrementar a efetividade da prestação jurisdicional*. Rio de Janeiro : GZ, 2010.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *A EXECUÇÃO COLETIVA PECUNIÁRIA: uma análise da (não) reparação do dano coletivo no Direito brasileiro*. Dissertação de Mestrado pela Universidade Federal de Minas Gerais, 2011.

LOPES, João Batista. *TUTELA ANTECIPADA no processo civil brasileiro*. 3.a edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2007.

LU, Yi-Fan, et AL. Personalized medicine and human genetic diversity. *Cold Spring Harb Perspect in Medicine*. 24 jul. 2014. Disponível em:<<http://perspectivesinmedicine.cshlp.org/content/early/2014/07/24/cshperspect.a008581.long>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

LUCHMANN, Lígia Helena Hahn. A Democracia Deliberativa: Sociedade Civil, Esfera Pública e Institucionalidade. *Cadernos de Pesquisa PPGSP/UFSC*, Nº 33, Novembro 2002. Disponível na internet: <<http://www.sociologia.ufsc.br/cadernos/Cadernos%20PPGSP%2033.pdf>>. Acesso em: 10/06/2014.

MACEDO, Elaine Harzheim (Org.). *Comentários ao projeto de lei n. 8.046/2010: proposta de um novo código de processo civil*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012, p. 509. Disponível em: <http://www.pucrs.br/edipucrs>. Acesso em: 30 out. 2015.

MALLOY-DINIZ, Leandro Fernandes; et al. The 5-HTTLP polymorphism, impulsivity and suicide behavior in euthymic bipolar patients. *Journal of affective disorders*, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça – condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARANHÃO, Clayton. *Tutela jurisdicional do direito à saúde : (arts. 83 e 84, CDC)*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS, Nádia Beviláqua. *Resolução alternativa de conflito: complexidade, caos e pedagogia - o contemporâneo continuum do direito*. Curitiba: Juruá, 2006.

MAYBERG, Helen. Does neuroscience give us new insights into criminal responsibility? In.: *A Judges's guide to Neuroscience: a concise introduction*. University of California, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21. Ed. Ver., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013. v. 1.

MORIN, Edgar. *A inteligência da complexidade*. 3ª ed. São Paulo: Petrópolis, 2004

MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

MARTINS, Nádia Beviláqua. *Resolução alternativa de conflito: complexidade, caos e pedagogia - o contemporâneo continuum do direito*. Curitiba: Juruá, 2006.

NUNES, Dierle. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 184, ano 35, p. 109-140, jun. 2010.

NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. Acesso à justiça democrático. Brasília: Gazeta jurídica, 2013.

_____. *Judicialização da política ensaia violação de limites*. CONJUR, out. 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-out-29/judicializacao-politica-ensaia-violacao-limites-normativos> . Acesso em: 01 maio 2016.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução. In: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel (Org.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

NUNES, Leonardo Silva; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. Repercussões do Código de Processo Civil de 2015 no Processo Coletivo. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto (Coord.). *Processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

NUNES, Maria Emília Naves. A efetividade da tutela jurisdicional através da participação do Amicus Curiae e da conversão da demanda individual em coletiva. In: *Novas tendências do Processo Civil*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

OLIVEIRA JÚNIOR, Jorge Ferraz de. Ativismo judicial ou ativismo jurídico? O ativismo do Poder Judiciário como resposta ao passivismo do Poder Legislativo no Brasil. *II Jornada de Direito Constitucional – Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. Brasília: ESMAF, 2014, p. 221-261.

PEPE, Vera Lúcia Edais. *Demandas judiciais de saúde: é possível reduzi-las?* Palestra proferida no 1º Congresso Brasileira de Saúde, Direito e Gestão Hospitalar do IBDPIS. Apresentação disponível em: <http://www.ibdpis.com.br/outros/midias/103.pdf>. Acesso em 30 de outubro de 2014.

PINTO, Élidea Graziane. *Financiamento dos direitos à saúde e à educação uma perspectiva constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

PROJETO Genoma Humano. Estados Unidos, 2003. DEINS: Departamento de Energia do Instituto Nacional de Saúde. Disponível em: <<http://genoma.ib.usp.br/wordpress/wp-content/uploads/2011/04/Projeto-Genoma-Humano.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O direito à vida digna*. / Cármen Lúcia Antunes Rocha (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ROCHA JÚNIOR, Paulo Sérgio Duarte da. *Controle jurisdicional de políticas públicas*. 2009. Dissertação (mestrado) – USP, São Paulo. Orientador Rodolfo de Camargo Mancuso.

SALAZAR, Andrea Lazzarini e GROU, Karina Bozola. *A defesa da saúde em juízo*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente – contra o desperdício da experiência*. 4ª Ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, sua dimensão organizatória e procedimental e o direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 175, ano 34, set. 2009.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Salvador: www.direitodoestado.com.br, disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31953-37383-1-PB.pdf>. No 11, setembro/outubro/novembro, 2007.

SARLET, Ingo; FILCHTINER, Mariana. 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*, v. 67, p. 125-172, 2008.

SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: alguns parâmetros Ético-Jurídicos. In. *Por um Constitucionalismo Inclusivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SENA, Adriana Goulart Orsini. *A mediação informativa no contexto hospitalar*. Disponível em: <http://www.ibdpis.com.br/Artigo/Artigo-17/>. Acesso em 27 de junho de 2015.

SENA, Adriana Goulart Orsini; SILVA, Nathane Fernandes. *Mediação na Área da Saúde: Uma Abordagem Diferenciada dos Conflitos Médicos*. No prelo.

SENA, Adriana Goulart Orsini; Vasconcelos, Antônio Gomes de. (Org.). *Acesso à Justiça - Série Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito*. 1a Ed. Belo Horizonte: Initia Via, v. 2. 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32ª ed. Rev. E atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SOUZA, Gelson Amaro de. Tutela diferenciada e a efetividade do direito (urgência e definitividade). *Repertório IOB de jurisprudência : civil, processual, penal e comercial*. São Paulo, n. 1, p. 36-26, 1. quinz. jan. 2010.

SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos*. Florianópolis: Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 2010. Tese de Doutorado. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/94327>. Acesso em: 01 maio 2015.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STRAPAZZON, Carlos Luiz e QUADROS, Francielly Glovacki de. *A Exigibilidade Dos Direitos Sociais: Uma Primeira Análise Da Teoria De Christian Courtis*. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=8&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjE54vgo6DNAhVFCpAKHZo1AUQQFghNMAc&url=http%3A%2F%2Fpublicadireito.com.br%2Fartigos%2F%3Fcod%3D1fcd4d0ad75c6f5c&usg=AFQjCNHL7julJ6WktRHMF1g6lYOPn7tQOw&bvm=bv.124272578,d.Y2I>. Acesso em 11 de junho de 2016.

TAVARES, Fernando Horta e DUTRA, Elder Gomes. Técnicas diferenciadas de sumarização procedimental e cognição exauriente: das providências preliminares, julgamento “antecipado” do processo e do procedimento monitório. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 81, ano 35, p. 59-89, jan. 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Volume I – Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. *Curso de Direito Processual Civil – Procedimentos Especiais*. Volume II – 50ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais. *Revista de processo*, São Paulo, ano 30, n. 125, jul. 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto (Coord.). *Processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (Org.). *Primeiras lições sobre o novo direito processual civil brasileiro (de acordo com o Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105 de 16 de março de 2015)*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle, BAHIA; Alexandre Melo Franco. Litigância de interesse público e execução participada de políticas públicas. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 228, ano 38, p. 122-152, out. 2013.

TOLEDO, Cláudia (org.). *Direitos Sociais em Debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. *Pensamento sistêmico – novo paradigma da ciência*. São Paulo: Papirus, 2002, p 67-99.

VIANA, Márcio Túlio. O dia-a-dia do juiz e as discriminações que o acompanham. *Discriminação*. São Paulo: LTR, 2000.

WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Tutela diferenciada. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 180, ano 35, p. 42-54, fev. 2010.

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

_____. *Mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis*. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 193, ano 36, p. 13-25, março, 2011.

_____. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WATANABE, Kazuo, GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *O Controle Jurisdicional De Políticas Públicas*. 2a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

WERLE, D. L. (Org.); MELO, R. S. (Org.). *Democracia Deliberativa*. 1. ed. São Paulo: Esfera Pública, 2007.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. Tendência de Sumarização do Processo Civil e o Procedimento Ordinário Como Paradigma. Um Modelo em Vias de Ser Superado?. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, n. 54, julho, 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Reportagens e websites:

BECK, Martha; BRÍGIDO, Carolina. *STF adia por dois meses decisão sobre dívida dos estados*. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/economia/stf-adia-por-dois-meses-decisao-sobre-dividas-dos-estados-19180806#ixzz47RGZLxtZ> . Acesso em: 01 maio 2015.

BOREKI, Vinícius. *Paraná gasta 64% de verba para remédios via ordem judicial*. Disponível em: <http://fopspr.wordpress.com/2010/10/27/parana-gasta-64-de-verba-para-remedios-via-ordem-judicial>. Acesso em: 30 de outubro de 2014.

COLLUCCI, Cláudia. *Judicialização faz desigualdade avançar*. *Folha de São Paulo*, p. 10, 14 ago 2014.

_____. Saúde é vítima de falta de organização. *Folha de São Paulo*, p. 4, 14 ago 2014.

DINIZ, Ângela. *Gasto com judicialização recua 33%*. Disponível em: <http://www.otempo.com.br/gasto-com-judicializa%C3%A7%C3%A3o-recua-33-1.1143741> . Acesso em: 01 maio 2016.

FERRAZ, Lucas; COLLUCCI, Cláudia. Planos vão financiar núcleo para mediar ações de saúde no TJ. *Folha de São Paulo*, 13 maio 2015.

G1, Globo.com. *TJ suspende mais de 360 liminares para entrega de fosfoetanolamina*. Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/sao-carlos-regiao/noticia/2015/09/tj-suspende-mais-de-360-liminares-para-entrega-de-fosfoetanolamina.html> Acesso em 05 mar 2016.

G1, Globo.com. *Para evitar desgaste Dilma sanciona lei que libera pílula do câncer*. Disponível em: <http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2016/04/para-evitar-desgaste-dilma-sanciona-lei-que-libera-pilula-do-cancer.html> . Acesso em: 11 jun 2016.

NASSIF, Luis. *Entidades lançam manifesto questionando forma de atuação do núcleo de mediação de planos de saúde*. em <http://jornalggn.com.br/blog/proteste-associacao-de-consumidores/entidades-lancam-manifesto-questionando-forma-de-atuacao-de-nucleo-de-mediacao-de-plano> . Acessado em 21 de junho de 2015.

PAIVA, Victor. *Fosfoetanolamina: a droga brasileira que promete curar o câncer*. Disponível em: <http://www.hypeness.com.br/2016/01/fosfoetanolamina-a-droga-brasileira-que-promete-curar-o-cancer/> Acesso em: 05 de março de 2016.

RAMALHO, Renan. G1, Globo.com. *Supremo suspende lei que autoriza uso da pílula do câncer*. Disponível em: <http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2016/05/supremo-suspende-lei-que-autoriza-uso-da-pilula-do-cancer.html> . Acesso em: 11 jun 2016.

RODRIGUES, Ana Helena. *Fosfoetanolamina: primeiros testes não mostram ação anticancer*. Disponível em:

<http://epoca.globo.com/vida/noticia/2016/03/fosfoetanolamina-primeiros-testes-nao-mostram-acao-anticancer.html> Acesso em: 24 mar 2016.

_____. *Projeto de lei permite distribuição da fosfoetanolamina sintética*.

Disponível em: <http://epoca.globo.com/vida/noticia/2016/03/projeto-de-lei-permite-distribuicao-da-fosfoetanolamina-sintetica.html> acesso em: 24 mar 2016.

SILVA, Marco Aurélio Leite da. Disponível em:

<http://malsilva.jusbrasil.com.br/modelos-pecas/257131909/modelo-para-pedido-judicial-de-fosfoetanolamina-justica-federal> Acesso em 05 de março de 2016.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *TJMG firma convênio para conciliação na área de saúde*. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/portal/imprensa/noticias/tjmg-firma-convenio-para-conciliacao-na-area-da-saude.htm#.V1yB5o7qiGg> . Acesso em: 11 jun 2016.

VASCONCELOS, Jorge. Redução de processos de Judicialização da Saúde em Araguaína será destaque na II Jornada de Direito da Saúde em SP. Agência CNJ de Notícias. Disponível em:

<http://www.tjto.jus.br/index.php/listagem-noticias/3265-reducao-de-processos-de-judicializacao-da-saude-em-araguaina-sera-destaque-na-ii-jornada-de-direito-da-saude-em-sp> . Acesso em: 01 maio de 2016.