V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO E SAÚDE

JANAÍNA MACHADO STURZA

SIMONE LETÍCIA SEVERO E SOUSA DABÉS LEÃO

MICHELLE ASATO JUNQUEIRA

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597
Direito e saúde [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI
Coordenadores: Janaína Machado Sturza
Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão – Florianópolis: CONPEDI, 2022.
Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-493-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Saúde. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO E SAÚDE

Apresentação

DIREITO E SAÚDE

O V Encontro Virtual do CONPEDI teve como tema “Inovação, Direito e Sustentabilidade”, atual e indispensável.

O termo saúde se origina do latim "salute", que significa “salvação”, conservação da vida, cura, “bem-estar” e, preservando este sentido, o conceito de saúde, segundo definição apresentada pela Organização Mundial de Saúde, “é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência da doença ou enfermidade”.

Nos termos do art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar, a si e à sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação e cuidados médicos.

A saúde é direito de todos e dever do Estado, que deve assegurar, por meio de políticas públicas e de seus órgãos, a qualidade de vida dos cidadãos e o respeito à dignidade humana.

Nos termos do art. 196 da Constituição de 1988, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos, e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, direito social fundamental a teor do art. 6º CF/88, cabendo ao Estado a promoção das condições indispensáveis ao seu pleno exercício, conforme dispõe o art. 2º da LOS/Lei nº 8.080 de 1990.

No que tange à saúde suplementar, o Estado atua como regulador do mercado, por intermédio da Agência Reguladora-ANS.

Assim, paralelamente à saúde pública, a assistência privada à saúde (saúde suplementar), tem como objeto contrato de direito privado, celebrado entre as operadoras de saúde e o consumidor.

A ANS traça normas relativas à saúde suplementar, inclusive o rol de procedimentos. Em 08 de junho deste ano, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça decidiu pela

taxatividade do rol de procedimentos estabelecidos pela ANS e fixou alguns parâmetros, em situações excepcionais, tais como terapias sem substituto terapêutico ou esgotados os procedimentos do rol da operadora. Tal decisão tem gerado calorosas discussões.

A conquista da saúde como direito universal trouxe novos desafios, com desdobramentos, avanços e retrocessos, em busca de se alcançar um Direito à Saúde mais justo e universal, inclusive políticas públicas voltadas para a prevenção da doença.

A instalação da crise sanitária de ordem global decorrente do Covid-19, reconhecida pela Organização Mundial de Saúde como pandemia, trouxe inúmeros impactos sociais e provocou a necessidade de medidas emergenciais nas searas da saúde.

No atual contexto pandêmico, evidencia-se que os sistemas de saúde do mundo inteiro enfrentam enormes desafios relacionados à saúde, com problemas que afetam não só a saúde da população, mas também a economia e a estabilidade dos países.

O Poder Judiciário tem exercido importante papel, visando à concretização do direito à saúde, principalmente no início da Pandemia Covid-19, em virtude da falta de uniformidade da política de enfrentamento da crise sanitária.

Consequentemente, nesse atual cenário, crescem as discussões sobre a judicialização da saúde, com o escopo de buscar eficiência dos serviços de saúde e melhor qualificação das políticas públicas.

O Grupo de Trabalho Direito e Saúde apresentou questionamentos e debates de assuntos atuais e extremamente relevantes.

No primeiro artigo, as autoras Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão, Ana Clara da Cunha Peixoto Reis e Patrícia Cristina Vasques de Souza Gorisch tratam do tema "PARADIPLOMACIA DA SAÚDE NO CONTEXTO DO ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA COVID-19", destacando que a saúde tornou-se um dos maiores desafios do século com o advento da pandemia, trazendo como discussão a contribuição da paradiplomacia no contexto brasileiro, seu uso por estados-membros e o estabelecimento de contratos e convênios com entidades estrangeiras públicas ou privadas.

Em seguida, Márcia Haydée Porto de Carvalho, Juliane Silva Santos e Fernanda Carvalho Ferraz discorrem sobre "O FEDERALISMO BRASILEIRO E O ACÓRDÃO DA ADI Nº 6.341, DE 15/04/2020: CONFLITO DE COMPETÊNCIA E PROTEÇÃO DA SAÚDE

DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19", analisando os fundamentos do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 6.341/2020, com vistas a constatar alterações na compreensão das características do Federalismo brasileiro. Pontuaram que a atuação centralizadora do Governo Federal no enfrentamento da pandemia da COVID-19 não impôs mudanças profundas e irreversíveis ao Federalismo de Cooperação adotado no Brasil na Constituição de 1988.

No terceiro artigo, os autores Edith Maria Barbosa Ramos, Juliane Silva Santos e José Mariano Muniz Neto dissertam acerca das "POLÍTICAS DE ENFRENTAMENTO A COVID-19 NO SISTEMA SOCIOEDUCATIVO: BREVES CONSIDERAÇÕES", analisando em que medida as unidades federativas brasileiras têm garantido a atenção integral à saúde dos adolescentes que cumprem medida socioeducativa no período de 2020 a 2022. Concluem que apesar da preocupação normativa legal e infra legal com os efeitos da Pandemia, as unidades federativas tiveram um número alarmante de casos de COVID-19 no interior das Unidades Socioeducativas.

Carlos Alberto Rohrmann, Bárbara Henriques Marques e Maria Eduarda Padilha Xavier trazem, no quarto artigo, o tema "INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, BIG DATA E A VIGILÂNCIA DE DOENTES EM FACE DA COVID-19 SOB A TEORIA DE EDWARD P. RICHARDS", sustentando que a pandemia da COVID-19 no ocidente trouxe novas situações que mudaram normas de saúde pública com significativo impacto no dia a dia da vida das pessoas. Analisam a coleta de dados e a vigilância de pessoas doentes em face da teoria dos fundamentos constitucionais para a vigilância de saúde pública de Edward P. Richards (2009).

Janaína Machado Sturza e Gabrielle Scola Dutra, por sua vez, no quinto artigo, apresentam "UMA ALTERNATIVA PARA OS CONFLITOS GERADOS PELA TRANSPANDEMIA COVID-19: DO DIREITO À SAÚDE A MEDIAÇÃO SANITÁRIA", analisando o panorama de alerta instaurado pela Transpandemia COVID-19 no contexto do direito à saúde, apresentando a mediação sanitária como alternativa para conflitos advindos do caos transpandêmico, sustentado que a mediação sanitária apresenta-se como mecanismo capaz de contribuir não apenas para o enfrentamento dos conflitos, mas também para implementar e executar políticas públicas voltadas ao senso de comunidade, de humanidade e de bem comum em prol da promoção, proteção e recuperação da saúde.

Amanda Silva Madureira, Daniela Arruda De Sousa Mohana e Silvio Carlos Leite Mesquita no sexto artigo, apresentam "O DIREITO À SAÚDE GLOBAL E A INDÚSTRIA DE VACINAS", com a finalidade analisar, a partir do entendimento do direito à saúde sob uma

perspectiva global, a capacidade de construção de um tratado internacional sobre financiamento de vacinas e discorrem sobre o problema que envolve as patentes, o Acordo TRIPS e a atuação da OMS.

No sétimo artigo, Thamyres Silverio Figueiredo , Gabriel Geovany da Silva Cesar e Grace de Goes tratam da “PROMOÇÃO DA SAÚDE EM UM CONTEXTO GLOBALIZADO: EVOLUÇÃO DO CONCEITO, EFEITOS DA GLOBALIZAÇÃO E UMA ANÁLISE DA AMÉRICA LATINA” com o objetivo de compreender a influência do processo de globalização nas estratégias de promoção da saúde, apresentando a evolução do conceito, para o entendimento de tal influência, além de compreender a dinâmica de promoção da saúde na América Latina, visto que esse é uma das regiões mais desiguais do mundo.

Em seguida, no oitavo artigo, Thamyres Silverio Figueiredo, Grace de Goes e Gabriel Geovany da Silva Cesar discorrem acerca da “ANÁLISE DA PRIVATIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: DIREITO OU MERCADORIAc” destacando que a consolidação do capitalismo contribuiu para o fomento de uma lógica de acúmulo de capital, competitividade e individualidade, pontuando aumento massivo da privatização sanitária no Brasil, no intuito de se pretende compreender se atualmente a saúde deve ser considerada como uma mercadoria ou um direito.

No nono artigo, Marcelo Chuere Nunes, Vandré Cabral Bezerra e Amélia Cohn apresentam “A SAÚDE COMO BEM PÚBLICO OU COMO MERCADORIA SUBMETIDA A TROCAS MERCANTIS ENTRE INDIVÍDUOS: PERSPECTIVAS EM FACE DA LEI FEDERAL 14.313 DE 21 DE MARÇO DE 2022", buscando analisar o direito à saúde a partir da nova Lei Federal nº 14.313/2022, discutindo as perspectivas da saúde como um bem público ou como uma mercadoria submetida a trocas mercantis entre indivíduos, atentos à possibilidade dessa alteração legislativa excluir da Anvisa a última palavra sobre os medicamentos utilizados pelo SUS, a última instância sobre o tema estaria com a Conitec.

O décimo artigo, de autoria de Patrícia Maria Barreto Bellot de Souza apresenta “CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE: CONCEITOS, PRINCÍPIOS, DIRETRIZES E EVOLUÇÃO”, analisando a relevância do SUS e contribuições para organização da assistência à saúde pública no Brasil e busca diretrizes do Ministério da Saúde e órgãos afins e Manuais de Direito Sanitário, destacando que apesar dos desafios cotidianos o SUS ainda é referência em saúde pública internacional.

Fabiane Borges Saraiva apresenta o décimo primeiro artigo intitulado “SAÚDE: DESAFIOS E DESDOBRAMENTOS DO CONCEITO E SEUS REFLEXOS SOCIAIS E JURÍDICOS”

traçando um panorama dos desafios e dos desdobramentos sociais e jurídicos do ato de conceituar o termo saúde como substrato material para normatização do direito fundamental. Busca demonstrar que a elaboração do conceito de saúde deve ser objeto de profunda reflexão e ter em conta diversos aspectos, como o impacto em outros direitos fundamentais e garantias constitucionais.

No décimo segundo artigo, Rogério Raymundo Guimarães Filho, Rafael Siegel Barcellos e Francisco Quintanilha Veras Neto trazem um estudo sobre "AÇÕES COLETIVAS COMO MEIO DE EFETIVIDADE AO DIREITO SOCIAL À SAÚDE", em que ponderam, por vezes, a adoção de ações coletivas com o escopo de se efetivar Políticas Públicas, mostra-se mais adequado aos intentos constitucionais, visto que possibilita melhor adequação dos recursos financeiros ao orçamento público. Discutem acerca da possibilidade do uso das ações coletivas para concretização de Políticas Públicas e apresentam as vantagens do uso da Tutela Coletiva em um cenário de escassez de recursos e dificuldade de gestão do orçamento público.

José Barroso Filho e Rafael Seixas Santos, no décimo terceiro artigo, tratam das "PERCEPÇÕES DO DIREITO À SAÚDE COMO CONDIÇÃO PARA O EXERCÍCIO DA CIDADANIA", rememorando as linhas de desenvolvimento do SUS para apontar a dinâmica contemporânea do direito à saúde e, na sequência, avalia as dimensões da cidadania na agenda do poder público para a saúde a par das articulações do SUS.

No décimo quarto artigo, Janaína Machado Sturza e Gabrielle Scola Dutra apresentam "O DIREITO À SAÚDE E A MOBILIDADE HUMANA GLOBAL: MIGRAÇÕES E A (IM) PROBABILIDADE DA FRATERNIDADE NA COMUNIDADE INTERNACIONAL", buscando refletir sobre a mobilidade humana global e o direito à saúde dos migrantes e analisam a ideia de comunidade internacional incorporada pela perspectiva da fraternidade e o projeto político fundamentado pelo Direito Fraterno, através do qual há possibilidade de observação da sociedade e seus fenômenos em operacionalização e questionam a dimensão da cidadania e da soberania vinculada ao Estado-Nação, resgatando o reconhecimento da história civilizacional, construída em comunhão de pactos de hospitalidade entre conhecidos e desconhecidos.

Magno Federici Gomes e Mariana Lima Gonçalves, no décimo quinto artigo, dissertam sobre "ANÁLISE DO JULGAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A UTILIZAÇÃO DE CÉLULAS-TRONCO PARA FINS DE PESQUISA À LUZ DO PENSAMENTO DE JÜRGEN HABERMAS", utilizando como marco teórico as ideias defendidas por Jürgen Habermas no livro "O Futuro da Natureza Humana" sobre a

necessidade de conciliar o avanço biotecnológico e a proteção da espécie humana. Analisam a ADI sob um viés da eugenia pela interpretação habermasiana.

Os autores Marcelo Toffano, Lislene Ledier Aylon e Larissa Trevizolli de Oliveira, no artigo décimo sexto, intitulado "A ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PLANEJAMENTO FAMILIAR NO BRASIL SOB À ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES", tratam do tema, tendo como fundamento os direitos humanos das mulheres. Defendem ser extremamente necessária a criação de políticas públicas que tragam informação e conhecimentos para as mulheres, além de condições mais favoráveis para que as mulheres exerçam seus direitos no planejamento familiar.

No décimo sétimo artigo, Adriana Bandeira Cerqueira Zollinger e Jacira Pereira Dantas tratam da "AUTONOMIA DOS ADOLESCENTES NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES EM SAÚDE: A LEGITIMIDADE DOS LIMITES DECISÓRIOS DO PODER FAMILIAR À LUZ DA PERSPECTIVA DA TEORIA DO MENOR MADURO", analisam os limites decisórios do poder familiar no ordenamento jurídico, a situação dos filhos menores, representados por seus responsáveis, construindo sua biografia sob orientação, para atingirem liberdade de autodeterminação e pesquisam sobre o poder decisório nas relações de saúde para pacientes adolescentes, que por sua vulnerabilidade, não tem autonomia plena para decidir, preservando sua dignidade e integridade quando das suas escolhas e tomada de decisão.

Claudine Freire Rodembusch, Henrique Alexander e Grazzi Keske no décimo oitavo artigo intitulado "DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DOS DOENTES MENTAIS: ALERTA SOBRE RETROCESSOS NA REFORMA PSIQUIÁTRICA", tratam dos direitos humanos fundamentais dos doentes mentais que foram assegurados, no ordenamento pátrio, pela Lei da Reforma Psiquiátrica Brasileira que, ao completar 20 anos, está ameaçada por movimento estatal-governamental, que passa a ser definido pelas expressões "contrarreforma" e de "revogaço", caracterizada por retrocesso em conquistas dos programas instituídos de saúde mental e sua assistência, que passam a ser desconstruídos.

Júlia Sousa Silva no décimo nono artigo aponta "O DIREITO À SAÚDE DAS PESSOAS COM AUTISMO: REFLEXÕES SOBRE O ACESSO AOS TRATAMENTOS PERTINENTES DIANTE DA CONFORMAÇÃO ATUAL DO CID 11", buscando averiguar de que forma o CID 11 impacta na comunidade autista, ao reunir todos em um espectro. Conclui que a CID 11 impacta beneficamente a população com autismo, pois é ferramenta que permite o acesso às terapêuticas pertinentes.

No vigésimo artigo Jacira Pereira Dantas e Ana Thereza Meireles Araújo expõem sobre “O ESTADO ATUAL DA LEGISLAÇÃO CONCERNENTE À EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DE PACIENTES ONCOLÓGICOS: UMA PERSPECTIVA CRÍTICA DAS PREVISÕES NORMATIVAS EM FACE DA VULNERABILIDADE DO DOENTE”, discutindo acerca da incorporação das inovações terapêuticas em paralelo à uma análise jurídica aprofundada. Investigam o estado atual da legislação brasileira, no que tange ao acesso à saúde de pacientes com câncer, tendo como pressuposto a condição de vulnerabilidade pré-existente, e, por vezes, alargada pela instauração da doença.

Por fim, no vigésimo primeiro artigo, Alexandre Junio de Oliveira Machado e Gustavo Jabbur Machado ponderam sobre “O ESTATUTO DA PESSOA COM CÂNCER COMO FORMA DE DISCRIMINAÇÃO LÍCITA NA BUSCA DA IGUALDADE MATERIAL”, buscando analisar as alterações promovidas pela Lei 14.238/21 conhecida como Estatuto da Pessoa com Câncer à luz de conceitos como igualdade material e discriminação lícita, de inegável relevância e necessária observância. Argumentam que a nova lei, se corretamente aplicada, consiste em ferramenta que representa avanço não apenas na materialização do direito à saúde bem como é perfeitamente harmônico com o princípio da igualdade.

Indubitavelmente, a saúde configura o corolário do direito à vida e da dignidade da pessoa humana.

Os temas discutidos neste GT são de grande valia não só para a academia, mas para a sociedade como um todo. A contribuição do pesquisador ultrapassa as paredes da sala de aula e atinge a comunidade, em busca de uma saúde digna e de melhores condições de vida ou sobrevida, sejam para os doentes mentais, o autista, o paciente com câncer, com dificuldade de mobilidade, com doenças raras e outras enfermidades, aquele que necessita de medicamentos e procedimentos médicos, de internação, de respiradores...

Em nota do autor em uma de suas obras, pontuou Gladston Mamede:

“Encontrou a lâmpada mágica? O que pedir? Vai pedir muito dinheiro? E se você for absolutamente infeliz, apesar de ter uma fortuna insuperável? Quer todo o dinheiro do mundo? E o que valerá seu dinheiro se ninguém mais tiver dinheiro? Gostará mesmo de ser um abastado num mundo de miseráveis? Vai pedir homens ou mulheres? E você não os(as) amar e nem por eles(elas) for amado(a)? O pior, meu amigo, é que você tem a lâmpada mágica e nunca percebeu. Basta lustrá-la bem, deixá-la brilhar, para resolver os problemas... Peça SAÚDE !" (MAMEDE, Gladston. Direito Empresarial Brasileiro. Falências e Recuperação de Empresas, São Paulo: Atlas, 2020)

Honradas em coordenar este segundo GT de Direito à Saúde, agradecemos a participação de todos os expositores, na expectativa de nos encontrarmos presencialmente no próximo evento do Conpedi.

Janaína Machado Sturza - UNIJUI

Michelle Asato Junqueira - Universidade Presbiteriana Mackenzie

Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão - COGESMIG

AÇÕES COLETIVAS COMO MEIO DE EFETIVIDADE AO DIREITO SOCIAL À SAÚDE

CLASS ACTION AS A MEANS OF EFFECTIVENESS TO THE SOCIAL RIGHT TO HEALTH

Rogério Raymundo Guimarães Filho
Rafael Siegel Barcellos
Francisco Quintanilha Veras Neto

Resumo

Este trabalho faz um estudo das ações coletivas como forma de efetivação dos direitos sociais, sobretudo no que tange o direito social à saúde. Por vezes, a adoção de ações coletivas com o escopo de se efetivar Políticas Públicas, mostra-se mais adequado aos intentos constitucionais, visto que possibilita melhor adequação dos recursos financeiros ao orçamento público. Faz-se, ainda, uma discussão acerca da possibilidade do uso das ações coletivas para concretização de Políticas Públicas. E, ainda, apresenta as vantagens do uso da Tutela Coletiva em um cenário de escassez de recursos e dificuldade de gestão do orçamento público.

Palavras-chave: Administração pública, Recursos, Saúde, Tutela coletiva

Abstract/Resumen/Résumé

This work makes a study of collective actions as a form of realization of social rights, especially with regard to the social right to health. Sometimes, the adoption of collective actions with the purpose of implementing Public Policies, is shown to be more suitable for constitutional purposes, since it allows for a better adequacy of financial resources to the public budget. There is also a discussion about the possibility of using collective actions to implement Public Policies. It also presents the advantages of using Collective Guardianship in a scenario of scarcity of resources and difficulty in managing the public budget.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public administration, Resources, Health, Collective protection

1. INTRODUÇÃO

O direito social à saúde tem status constitucional. Trata-se de um dos direitos sociais previsto na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). A Carta Magna estabeleceu nos seus artigos 6º e no caput do artigo 196 o dever do Estado de fornecer o acesso à saúde e sua universalidade. Nesse sentido, tornou o acesso universal e igualitário nas ações e serviços relacionados à promoção, proteção e recuperação.

Uma das formas de manifestação do direito à saúde se dá pelo tratamento ofertado pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Este se baseia no princípio da Universalidade da Constituição e, por isso, toda e qualquer pessoa, em tese, tem o direito de acessar os serviços regulados pelo Estado.

No entanto, isso pode gerar abarrotamento dos recursos financeiros, dada a sua finitude financeira, também combinada usualmente por cortes sucessivos de orçamentos para áreas sociais como saúde e educação, dentro das ideologias que se inserem dentro do escopo das políticas da austeridade sempre intensas dentro do domínio da governança neoliberal que visa um Estado mínimo na área social com contingenciamento permanente de orçamento nestas esferas incluindo também a área ambiental. Neste cenário regressivo e de retrocesso é necessário que o gestor público use racionalmente os recursos a fim de assegurar um mínimo possível para uma maior quantidade de indivíduos. Além disso, um dos problemas de efetivação do direito social à saúde relaciona-se com a elevada demanda individual para a concretização desse direito. Por conseguinte, surge a judicialização da saúde com o escopo de atender esses pleitos não abarcados pela Administração Pública, ou por causa da precariedade, ou da inexistência de procedimentos cobertos pelo Estado.

Estudo realizado pelas professoras Sueli Gandolfi Dallari e Silvia Marques Badin (2005), especificamente sobre a assistência farmacêutica, as levaram à seguinte conclusão:

> O Poder Judiciário, ao proferir suas decisões, não toma conhecimento dos elementos constantes na política pública de medicamentos, editada conforme o direito para dar concretude ao direito social à assistência farmacêutica. E assim, vem prejudicando a tomada de decisões coletivas pelo sistema político nesse âmbito, sobrepondo as necessidades individuais dos autores dos processos às necessidades coletivas[1].

[1] MARQUES, Silvia Badim. **A relação do sistema jurídico e do sistema político na garantia do direito social à assistência farmacêutica: o caso do Estado de São Paulo.** 2005. 261 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6135/tde-17042009-154400/en.php>. Acesso em: 01 jul. 2021.

Dada as mazelas de efetividade dos direitos sociais, a Tutela Coletiva é, sem dúvida, uma alternativa à questão da morosidade do Poder Judiciário que desponta na sociedade de massa, além de ser meio de efetividade do direito social à saúde que envolve o direito fundamental a vida como axioma do bem estarismo social acima de máximas fiscais indiferentes a vida humana. Desta forma assume a justiça social como foco fulcral de uma sociedade justa, equilibrada e comprometida com a erradicação da pobreza, das mazelas sociais garantindo um desenvolvimento inclusivo, integrador e sustentável em que saúde, educação, segurança alimentar e assistência social e previdenciária determinam essa construção social garantida por políticas públicas geradas no bojo do constitucionalismo de 1988. O CPC de 2015 não tem um livro, título ou capítulo sequer sobre o processo coletivo. Um código de processo civil moderno não pode ignorar a disciplina da Tutela Coletiva, em especial ao analisarmos o papel que o processo coletivo assumiu no Direito brasileiro, se não a partir da Lei nº 7.347/1985, ao menos a partir da Constituição de 1988, daí sua importância ao servir como meio fundamental de acesso à Justiça por grupos que não teriam como ver reparadas suas lesões por meio de ações individuais, que são custosas, de decisão contraditória e, frequentemente, levam ao abandono do direito. O caráter instrumentalizante e estruturante do processo no bojo das reformas do CPC se transforma um instrumento para validação de uma judicialização em prol da concretização dos direitos sociais no âmbito normativo pós-positivista. Porventura, calibrando o sistema para sua melhor implementação social através do acesso à justiça. Essas construções são essenciais para performar a materialização de um Estado de Direito Constitucional Social e quiçá no futuro Ecológico, plurinacional, intercultural e aberto a um novo paradigma civilizatório fora de nossa história necropolítica e ineficácia destes instrumentos viabilizadores de uma transição para esses novos modelos projetivos do futuro.

O presente estudo objetiva demonstrar que as ações coletivas podem ser uma alternativa ao problema de inefetividade do direito social à saúde. Para isso, buscou traçar as categorias de interesses e ações coletivas; as ações coletivas e políticas públicas; a judicialização do direito social à saúde e, por fim, as ações coletivas como meio de efetividade do direito social à saúde.

2. AS CATEGORIAS DE INTERESSES E AÇÕES COLETIVAS

Conforme a doutrina clássica, o interesse privado versa sobre relacionamento dos indivíduos entre si; por outro lado, a expressão interesse pública é usada para significar o interesse de proveito social (MAZZILI, 2018)[2]. Outrossim, esse é interesse coletivo em determinar um bom nível de vida para a população o que pode ser ditado pela busca de parâmetros de desenvolvimento acoplado a realização dos índices como o IDH e o índice Gini visando combates à falta de direitos sociais básicos e a desigualdade determinada pela pobreza relativa. Como estes direitos são contingenciados orçamentariamente, ou simplesmente são ignorados por gestores públicos omissos. Assim, a judicialização se torna um instrumento de governança capaz de promover o desenvolvimento social e ambiental que é único capaz de gerar uma sociedade feliz, menos violenta, desigual e injusta. Neste sentido, esses instrumentos processuais acoplados a essas metas buscam a consolidação do próprio princípio republicano fundante da soberania popular conjugada a busca da solidariedade sem o qual o corpo social adoece desintegrando qualquer possibilidade de construção de outra realidade menos fundada no princípio da crueldade e da exclusão. Esse ideal republicano subjacente a essa busca processual permite a consolidação de uma cidadania material reflexa atingida por práticas de deferimento destes direitos especialmente quando promovida, através de defensorias públicas, ministério púbico, assessorias jurídicas populares, movimentos ambientais e de defesas dos consumidores.

Mais recentemente, surgiu a distinção entre interesse público primário e secundário. O primeiro tem relação com o bem geral da coletividade, e o segundo, o modo pela qual o administrador interpreta o que seja efetivo para coletividade. Ocorre que nem sempre a interpretação realizada pelo administrador sobre o que seja interesse de todos corresponde ao interesse da coletividade, porquanto a Administração muitas vezes pode tomar decisões erradas[3] (MAZZILI, 2018).

Para além das categorias supramencionadas, fala-se em uma categoria intermediária de interesses que não chega a ser meramente individual e nem constituir interesse do Estado e nem de toda coletividade: os interesses transindividuais ou metaindividuais. Estes correspondem a grupos, classes de pessoas, tais como moradores de uma região, consumidores de um mesmo produto etc.

---

[2] Tutela dos interesses difusos e coletivos / Hugo Nigro Mazzili. – 8. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.
[3] Tutela dos interesses difusos e coletivos / Hugo Nigro Mazzili. – 8. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

Esses interesses transindividuais sempre existiram na sociedade. Por isso, desde a década de 1970, Mauro Cappeletti já havia se atentado para necessidade de se estabelecer uma tutela jurisdicional própria. A necessidade de se estabelecer princípios especiais para a Tutela Coletiva, justifica-se pelo fato de que os processos individuais não estão aptos a resolver os seguintes problemas:

> a) nos processos coletivos, ao contrário do que ocorre nos processos individuais, a controvérsia não se estabelece apenas entre o autor e reú, mas envolve intensa conflituosidade entre os grupos de titulares de interesses transindividuais, o que pode alcançar centenas, milhares ou até milhões de pessoas; b) nos processos coletivos, é necessário disciplinar como se dará a participação ou a substituição processual dos milhares ou milhões de lesados; c) no processo coletivo, a imutabilidade do *decisum* (coisa julgada material) não pode limitar-se às partes formais do processo, mas deve ultrapassá-las, atingindo até mesmo que não foi parte no processo; d) no processo coletivo, não raro os lesados integram grupos indetermináveis, o que torna problemática a repartição da eventual indenização entre eles[4].

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), no artigo 81, classificou os interesses transindividuais em: difusos, coletivos e individuais homogêneos. Difusos têm natureza indivisível, comuns a um grupo classe ou categoria de indivíduos indetermináveis que compartilham a mesma situação de fato; coletivos são também de natureza indivisível, comuns a grupo, classe ou categoria de indivíduos determináveis, reunidos pela mesma relação jurídica básica; e os individuais homogêneos são os únicos interesses que têm natureza indivisível; compreendem indivíduos determináveis, reunidos por uma lesão de origem comum [5] (MAZZILI, 2018).

Observa-se que o que caracteriza os interesses coletivos, em sentido estrito, é o fato de que os lesados estão unidos pela mesma relação jurídica, portanto necessita decisão uniforme para o grupo.

3. AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AÇÃO COLETIVA

Ação civil pública é ação, de objeto não penal, proposta pelo Ministério Público. A Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública - LACP) criou um conceito legal diverso. Conforme a LACP, ação civil pública é o pedido de prestação jurisidicional para defesa de interesses difusos ou coletivos, proposto pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela União, pelo Estado, pelos Municípios, pelas associações e por outros legitimados nela relacionados.

---

[4] Tutela dos interesses difusos e coletivos / Hugo Nigro Mazzili. – 8. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.
[5] Tutela dos interesses difusos e coletivos / Hugo Nigro Mazzili. – 8. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

O CDC denominou de ação coletiva o instrumento utilizado para defesa de interesses transindividuais movido por qualquer colegitimado mencionado no seu artigo 82.

Depreende-se que é a ação civil pública qualquer ação movida com base na LACP; que é ação coletiva qualquer ação movida baseada nos arts. 81 e s. do CDC; é ação civil pública qualquer ação de objeto não penal, movida pelo Ministério Público.

4. AÇÕES COLETIVAS E POLÍTICAS PÚBLICAS

Existem alguns obstáculos no que se refere à possibilidade de ajuizamento de ações coletivas tangentes às Políticas Públicas. A maioria dos problemas se relaciona com o princípio de separação de Poderes, da abrangência da discricionariedade por parte da Administração Pública e dos limites do Poder Público pelo Poder Judiciário, bem como com a falta de sistematização da Tutela Coletiva. Esses são bloqueios que devem ser olvidados através de uma hermenêutica capaz de sanar esses obstáculos gerados por uma concepção do direito material e processual: individualista, liberal e conservadora do direito baseada em uma subsunção formal e abstrata do direito incapaz de garantir a segurança jurídica e social para os marginalizados que pode ser viabilizada por instrumentos processuais capazes de perpassar essa fragmentação e separação das esferas jurídicas, governamentais e legislativas.

A possibilidade de criação de esferas deliberativas participativas e sociais poderiam instrumentalizar desbloqueios nessas lógicas deletérias, sendo capazes de trazer o direito para uma sociedade do século do XXI atravessada por novos desafios e objetivos epistemológicos, conflitos jurídicos e sociais que essa tecnicidade formalista não é capaz de suplantar, pois estão situados no horizonte da complexidade capaz de desafiar esses circuitos da teoria e da práxis jurídicas sempre reducionistas com sua posição consolidada em uma visão dogmático jurídico e jurisprudencial hegemônica que no final com sua morosidade beneficia apenas atores dotados de poder econômico que são capazes de se sobrepor a esses limites, que se tornam inalcançáveis para os hipossuficientes, daí a importância da discussão até aqui frisada neste artigo em sociedades de massa marcadas pelo risco, perigo e complexidade que exigem esse intervencionismo da judicialização das políticas públicas como contraponto a essas tendências de indolência da lógica jurídica tradicional.

Controle judicial de Políticas Públicas tem a ver com controle dos atos administrativos propriamente ditos e com o controle da omissão da Administração Pública na prática de atos administrativos indispensáveis à sua realização. Desse modo, esse problema repercute no

controle concentrado das leis (ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade, ação de inconstitucionalidade por omissão e arguição de descumprimento de preceito fundamental da Constituição), no processo individual (ações contra o Poder Público) e no processo coletivo (ação civil pública, ação popular e ação de improbidade administrativa) [6](LEONEL, 2017).

Ademais, quando se pensa na conceituação de Políticas Públicas, relaciona-se com o conjunto de atos e diretrizes pelo Poder Público com o escopo de se concretizar princípios constitucionais relacionados ao conceito amplo de cidadania, ou seja: saúde pública, educação, saneamento básico, condições de adequado desenvolvimento urbanístico, tratamento dos problemas relacionados à infância e à adolescência, sistemas de proteção ambiental, segurança pública etc. [7](LEONEL, 2017).

Falar em Políticas Públicas em seu sentido prático é tocar em questões relacionadas com os direitos metaindividuais. Por conseguinte, por meio de diversos mecanismos processuais, poderá se controlar a atividade da Administração Pública, que deve estar a serviço das maiorias e minorias sociais garantindo principalmente as posições menos organizadas da estrutura social representadas por movimentos sociais, associações, sindicatos, Ongs que representam esses grupos submetido a uma situação de vulnerabilidade em áreas como saúde, moradia, educação, emprego, etc.

Além disso, não se nega a redução, atualmente, do espaço de discricionariedade administrativa em virtude da visão dos direitos fundamentais e da existência dos direitos de primeira e segunda dimensão, nos quais, além de exigirem prestações negativas por parte do Estado e particulares, requerem uma atuação positiva do Poder Público. Os direitos fundamentais são vinculantes e não podem ser desprezados e ignorados na interpretação de questões envolvendo a consolidação de uma cidadania social enfatizada no corpo ideológico da constituição da república de 1988.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 elenca alguns objetivos fundamentais da República, de acordo com o art. 3º: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades; promover o bem de todos sem qualquer discriminação. Então, surge a oportunidade de controle de ação ou omissão

[6] Manual de processo coletivo / Ricardo de Barros Leonel. – 4. ed. ver., ampl. e atual. de acordo com o Código de Processo Civil/2015. – São Paulo : Malheiros, 2017.
[7] Manual de processo coletivo / Ricardo de Barros Leonel. – 4. ed. ver., ampl. e atual. de acordo com o Código de Processo Civil/2015. – São Paulo : Malheiros, 2017.

administrativa não só quanto ao aspecto formal, mas quanto ao próprio conteúdo das escolhas realizadas.

Dessa maneira, pode-se apontar como requisitos e limites para o controle judicial das Políticas Públicas por meio de ação individual ou por meio de ação coletiva: respeito por parte da Administração Pública do mínimo existencial a ser assegurado para cada indivíduo (saúde e existência digna); razoabilidade da pretensão individual ou coletiva deduzida em juízo em face do Estado (trinômio necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito; existência de disponibilidade financeira e orçamentária do Estado para concretização das prestações positivas) [8] (LEONEL, 2017).

5. Os direitos sociais

Os direitos sociais se caracterizam como prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas por normas constitucionais, que tem por fim realizar melhores condições de vida aos necessitados, direitos que objetivam igualizar situações sociais desiguais [9] (SILVA, 2011).

José Afonso da Silva (2011) classifica os direitos sociais do homem como *produtor* e *como consumidor:*

> Entram na categoria de *direitos sociais do homem produtor* os seguintes: a liberdade de instituição sindical (instrumento de ação coletiva, o direito de greve, o direito de o trabalhador determinar as condições de seu trabalho (contrato coletivo de trabalho), o direito de cooperar na gestão da empresa (co-gestão ou autogestão) e o direito de obter um emprego[...] Na categoria dos *direitos sociais do homem consumidor* entram: os direitos à saúde, à segurança social (segurança material), ao desenvolvimento intelectual, o igual acesso das crianças e adulto à instrução, à formação profissional e à cultura e garantia ao desenvolvimento da família [...][10]

A Constituição de 1988 traz um capítulo próprio dos direitos sociais (capítulo II do título II) e um título especial sobre a ordem social (título VIII). Mas não ocorre uma separação radical, como se os direitos sociais não fossem algo ínsito na ordem social. O artigo 6º demonstra que aqueles são conteúdo desta, uma vez que diz que são os direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à

---

[8] Manual de processo coletivo / Ricardo de Barros Leonel. – 4. ed. ver., ampl. e atual. de acordo com o Código de Processo Civil/2015. – São Paulo : Malheiros, 2017.

[9] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. 928 p.

[10] Pierre Duclos, L´*évolution des rapports politiques depuis 1750*, pp. 155 e 156 *apud* (SILVA, 2011).

maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma da Constituição. Esta forma se dá no título da ordem social. Por conseguinte, ainda que o constituinte não tenha se valido dos melhores critérios metodológicos, vislumbra a possibilidade de extrair o conteúdo dos direitos relativos a cada um dos objetos sociais, deixando para tratar na ordem social de seus mecanismos organizacionais.

6. O direito social à saúde

A Constituição Federal de 1988 foi pioneira em elencar o direito social à saúde à condição de direito fundamental do homem. Nos casos de doença, cada um tem direito a tratamento condigno de acordo com atual estágio da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de inefetividade das normas constitucionais.

Nesse sentido, em conformidade com a Carta Magna, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, serviços e ações que são de relevância pública (arts. 196 e 197). Além disso, o conceito de seguridade social expresso na constituição relaciona-se com ações e meios que destinam, também, a assegurar e tornar eficaz esse direito.

Da mesma forma que ocorre com os direitos sociais em sentido amplo, o direito social à saúde comporta duas esferas: uma, de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenha de qualquer ato que prejudique saúde; outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção das doenças e o tratamento delas [11] (SILVA, 2011).

Da leitura do arts. 196 e 198 a 200, conclui-se que o direito à saúde é um direito positivo "que exige prestações de Estado e que impõe aos entes públicos a realização de determinadas tarefas [...], de cujo cumprimento depende da própria realização do direito" [12] (SILVA, 2011), do qual denota direito subjetivo de duplo conteúdo: por um lado, pelo não cumprimento das tarefas estatais para sua satisfação, dá cabimento à ação de inconstitucionalidade por omissão (arts. 102, I, a, e 103, § 2°) e, por outro lado, o seu não atendimento, *in concreto*, por falta de regulamentação, pode criar pressupostos para impetração do mandado de injunção (art. 5º, LXXI).

7. A judicialização do direito social à saúde

[11] Constituição da República portuguesa anotada, 3ª ed., cit., p. 342 *apud* (SILVA, 2011).
[12] Constituição da República portuguesa anotada, 3ª ed., cit., p. 342 apud (SILVA, 2011).

Se existentes Políticas Públicas que concretizam o direito social à saúde, cabe ao Poder Judiciário, diante das demandas, identificar quais razões levaram a Administração negar a prestação. Como não cabe ao Poder Judiciário formular Políticas Públicas e econômicas na área da saúde, é seu dever verificar se as políticas existentes atendem aos anseios constitucionais de acesso universal e igualitário[13] (MENDES, 2014).

Pode existir nome de medicamento constante na lista do Ministério da Saúde, ou de Políticas Públicas Estaduais ou Municipais, mas não estarem efetivados em decorrência de má gestão do órgão competente. Por conseguinte, o cidadão não pode ser prejudicado em face da administração ineficaz ou omissão do gestor do sistema de saúde. Não há dúvida que resta configurado um direito subjetivo à prestação de saúde, passível de efetivação por meio do Judiciário.

Caso o fármaco ou procedimento não esteja no rol do Sistema Único de Saúde (SUS), pode gerar uma individualização da demanda, tornando um crescente problema à política de saúde pública.

Um estudo realizado no Estado de São Paulo constatou que 77% dos remédios solicitados em determinado período não fazia parte do programa de assistência farmacêutica do SUS. E, mais alarmante ainda, foi o fato de que geralmente as pessoas beneficiadas por ações ajuizadas no Poder Judiciário são as que melhores possuem condições socioeconômicas e acesso à informação, o que caracteriza a assimetria do sistema. As autoras levaram em consideração dados como o local de residência dos autores das demandas e o elevado número de ações propostas por advogados particulares, ou seja, 74% dos casos analisados[14] (CHIEFFI, 2009).

Diante disso, depreende-se a existência de uma situação contraditória aos objetivos constitucionais, uma vez que a Constituição estabelece a existência de sistema de saúde universal e sem a possibilidade de qualquer privilégio de alguns usuários. Aqui se mostra a importância de fortalecer mecanismo públicos de acesso à justiça sem privilegiar segmentos melhores dotados de acesso à justiça com ênfase na advocacia privada. Desta forma nos critérios de construção do deferimento destas questões deve estar o status sócio econômico dos

---

[13] Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 9. Ed. ver. E atual. – São Paulo : Saraiva, 2014.

[14] CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita Barradas. **Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e eqüidade**. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 25, n. 8, p.1839-1849, ago. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2009000800020&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 17 jun. 2021.

demandantes visando não ampliar desigualdades na distribuição dos direitos sociais em situações jurídicas concretas.

8. A escassez de recursos e o pleito judicial

Ao contrário do que se pensa, todos os direitos têm custos e não apenas os direitos a prestações positivas. Mesmo os direitos a prestações negativas possuem custos, v.g., os direitos de liberdade demandam recursos por parte do Estado. A manutenção de estruturas permanentes como a polícia e os tribunais serve como exemplo disso. Dessa forma, percebe-se que os custos do financiamento e manutenção dos direitos não envolve só o aspecto econômico-financeiro, mas também os custos indiretos, tais como os derivados do funcionamento da máquina estatal[15](KELBERT, 2011).

> También los derechos sociales fundamentales mínimos tienen considerables efectos financieros cuando son muchos quienes los hacen valer. Sin embargo, esto, por si mismo, no justifica inferir la no existencia de estos derechos. La fuerza del principio de la competencia presupuestaria del legislador no es ilimitada. No es un principio absoluto[16]

Esses gastos são financiados por meio da arrecadação dos tributos conduzida pelo Estado Fiscal. No Estado Brasileiro, o financiamento ocorre pelos mais diversos tributos, tais como as contribuições sociais etc.

Os custos por si só não são uma questão problemática, esta surge quando se reconhece a escassez de recursos. Dessa maneira, embora os direitos sociais sejam fundamentais, estes geram custo. Ademais, é necessário levar em consideração a escassez dos recursos a fim de garantir a efetividade.

> A fundamentalidade material e formal dos direitos sociais, contudo, não significa a absolutização, nem tampouco uma eficácia ilimitada desses direitos. A incidência de direitos fundamentais de terceiros; a escassez real dos recursos financeiros e fáticos disponíveis à consecução dos direitos sociais; a adequação às regras constitucionais de distribuição do poder, horizontal e verticalmente, ou seja, os princípios da separação dos Poderes e da federação; as discriminações positivas a que se propõem os direitos sociais, enquanto direitos dirigidos à superação, no 'ponto de chegada', das diferenças fáticas que separam as pessoas; e a necessidade de concordância

[15] KELBERT, Fabiana Okchstein. **RESERVA DO POSSÍVEL e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. 136 p.

[16] ALEXY, Robert. Derechos Sociales Fundamentales, Madrid, Centros Estudios públicos y Constitucionales, p. 67-85. Tradução livre: Os direitos sociais fundamentais mínimos também têm efeitos financeiros consideráveis quando são reivindicados por muitos. No entanto, isso por si só não justifica inferir a inexistência desses direitos. A força do princípio de competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Não é um princípio absoluto.

> harmônica, proporcional e razoável entre todas essas grandezas jurídica e constitucionalmente relevantes, enfim, antepõem-se como objeções à efetivação dos direitos sociais[17](FIGUEREIDO, 2007).

Considerando-se o custo de todos os direitos, a concretização se dá por meio de escolhas, ou seja, é necessário priorizar os bens e direitos mais importantes em determinado momento e contexto histórico.

Mesmo que soubessem precisamente quais políticas públicas são necessárias para garantir a maior prestação do direito à saúde possível, por exemplo, seria inviável a implementação de todas as políticas. Isso porque, enquanto as necessidades de saúde são consideradas infinitas, os recursos para atendê-las não o são, e, no caso da saúde, embora seja um bem fundamental e de suma relevância, não é o único bem que uma sociedade tem interesse em usufruir [18] (NEWDICK, 2005).

> Quando se insiste na questão da escassez de recursos no contexto dos direitos sociais, como o direito à saúde, corre-se o risco de ser mal interpretado. Há certa antipatia, não totalmente injustificada, com esse tipo de argumento "econômico", principalmente no campo da saúde. Em país tão desigual como o Brasil, e com serviços públicos historicamente negligenciados e subfinanciados, falar em limites financeiros a programas sociais levanta imediatamente a suspeita de que se está apresentando um mero pretexto para justificar a carência de recursos em serviços que beneficiam os desprivilegiados[19] (FERRAZ, 2009).

Outro aspecto que vale abordar é que além da disponibilidade recursos, ou seja, da possibilidade material de disposição, situa-se a problemática relacionada à possibilidade jurídica de disposição, já que o Estado tem que ter o poder de dispor dos recursos. Afinal, nada adiantaria recursos sem capacidade de disposição[20](SARLET, 2015). Os direitos fundamentais sociais estão sob a égide da "reserva do possível" que, em sentindo amplo, abrange tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma[21](SARLET, 2015).

---

[17] FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

[18] NEWDICK, Christopher. (2005),Who ShouldWe Treat? Rights, Rationing, and Resources in the NHS. Oxford, Oxford University Press

[19] FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. Dados, [s.l.], v. 52, n. 1, p.223-251, mar. 2009. FapUNIFESP (SciELO). http://dx.doi.org/10.1590/s0011-52582009000100007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0011-52582009000100007&script=sci_abstract&tlng=ES>. Acesso em: 3 jul. 2021

[20] SARLET, Ingo Wolfgang. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. 512 p

[21] SARLET, Ingo Wolfgang. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. 512 p

Dada a dimensão dos custos dos direitos e consequentemente a finitude dos recursos, a Administração Pública deve fazer escolhas. No entanto, essas escolhas não costumam ser fáceis, quer seja pela eleição de políticas públicas, quer seja por inúmeras ações individuais pleiteando um direito. Ocorre que a satisfação de direito pleiteado, de forma individual, pode esgotar o orçamento do Estado, além de prejudicar a prestação de outros direitos fundamentais ou, até mesmo, do mesmo direito em demanda diversa. Para mais, os juízes costumam desconsiderar a questão econômica ao proferir decisões. No entanto, a questão da reserva do possível deve ser analisada através de uma análise circunstancial com uma visão em que as escolhas dos gastos estatais sejam realmente ponderados para verificar a existência da reserva do possível em setores não ligados aos gastos sociais. Pois se a reserva do possível só existir nesta área ditada por alocações ideológicas, para setores que não se inscrevem como base do interesse coletivo prestacional social. Não se trata aqui de uma quebra da separação dos poderes, porém em uma análise necessária a não naturalizar essas realidades fiscais e orçamentárias, sem uma discussão objetiva da existência dos gastos estatais como um mantra não balizado em dados dos gastos e das dotações em diferentes áreas, por exemplo em publicidade ou para financiar setores empresariais monopólicos. Além disto entre a reserva do possível e a garantia do mínimo existencial. Este último deve prevalecer para consolidação dos direitos fundamentais sem uma ponderação balizada pela razoabilidade decisória baseada nas circunstâncias concretas do caso considerando o empoderamento econômicos dos demandantes e uma análise ampla da reserva do possível que não se apõe apenas na sua virtualidade ideológica.

9. Ações coletivas como meio de efetividade do direito social à saúde

Neste cenário de escassez, as ações coletivas podem ser meio de efetividade do direito à saúde, visto que podem dar isonomia ao direito pleiteado e contribuir para uma melhor organização da Administração no que tange as Políticas Públicas. Além de evitar a assimetria do sistema, ocasionado pelo acesso à justiça de forma individual e pelas diversas decisões individuais conflitantes.

Em muitos casos, a judicialização do direito social à saúde deveria ocorrer preferencialmente por meio das ações coletivas e não por meio de milhares ações individuais. Na hipótese, por exemplo, de um remédio que seja aprovado pela ANVISA, mas não conste na

lista do SUS, o uso de ações coletivas seria um estímulo ao diálogo institucional e a manutenção da isonomia e atendimento aos titulares em iguais condições[22] (MENDES, 2014).

No âmbito do direito social à saúde é notória a preferência por demandas individuais. Em estudo realizado onde se verificou pretensões envolvendo saúde e educação em cinco Estados brasileiros, além da análise de jurisprudência do Superior Tribunal Federal e Superior Tribunal da Justiça, constatou-se que 96% dos litígios tratavam-se de direito social à saúde e apenas 4% relacionava-se com direito à educação. Sendo que apenas 2% dos casos de direito social à saúde eram ações coletivas, ao passo que 81% dos casos relativos a direito à educação era por meio de ações coletivas[23] (MENDES, 2014).

A inexistência de combinação entre os diversos demandantes para obtenção de tutela na área de saúde é um dos obstáculos ao aumento de demandas coletivas nesse setor.

O caso de acesso a medicamentos no Estado do Rio de Janeiro evidencia a importância da participação de diversos interessados. A descoberta da existência de várias ações individuais, estimulou o Ministério Público a iniciar uma série de ações coletivas em desfavor do Estado e dos Municípios. Ademais, o diálogo entre ONGs que representavam enfermos com doenças crônicas, a Defensoria Pública e o Conselho Estadual de Saúde, foi fundamental para a propositura das ações[24] (MENDES, 2014).

Em regra, as ações coletivas têm um nível elevado de informações. Por esse motivo, tornaria o Poder Judiciário mais apto a julgar o caso, visto que teria mais dados.

De outro modo, ao proferir decisões relacionadas com o direito social à saúde, o Poder Judiciário influencia no orçamento público. Nas demandas individuais, a interferência é realizada sem noção real dos impactos que tais decisões podem ocasionar. Contudo, nas ações coletivas a questão financeira pode ser analisada de forma precisa, até pelo fato de que o pedido é analisado com maiores subsídios. Outrossim, a longo prazo, as demandas coletivas tendem a reduzir os custos da Administração Pública, uma vez que esta poderá melhor se organizar[25](MENDES, 2014).

---

[22] Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 9. Ed. ver. E atual. – São Paulo : Saraiva, 2014.

[23] Florian F. Hoffmann, Fernando R.N.M. Bentes, A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica, in *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Cláudio Pereira Souza Neto e Daniel Sarmento (Org.), Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2008, p. 391 *apud* (MENDES; BRANCO, 2014).

[24] Florian F. Hoffmann, Fernando R.N.M. Bentes, A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica, in Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Cláudio Pereira Souza Neto e Daniel Sarmento (Org.), Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2008, p. 391 apud (MENDES; BRANCO, 2014).

[25] Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 9. Ed. ver. E atual. – São Paulo : Saraiva, 2014.

Frisa-se que a professora Ada Pellegrini Grinover apresentou Projeto de Lei n. 5.139/2009 que pretendia criar um sistema único de ações coletivas, mas, no dia 17 de março de 2010, esse projeto foi rejeitado. O PL 5.139 de 2009 é fruto do trabalho de uma comissão especial designada no final de 2008 para formular uma nova lei de Ação Civil Pública.

A opção em editar uma nova lei de Ação Civil Pública (LACP) deve-se ao fato de que a aprovação de um código é resultado de anos de tramitação e articulação política, já a edição de uma lei ordinária é procedimento mais célere. Esse fator temporal, somado à contingência imediata de edição de uma lei voltada às nuances específicas que os conflitos metaindividuais suscitam, por si já justificariam a edição de uma nova lei. A proposta era tornar a LACP disciplinadora de todo o sistema único coletivo, e, salvo regra específica, terá aplicação ampla de forma integradora e sistemática[26](RAMPIN, 2010).

Conforme O PL 5.139/2009 os direitos coletivos tuteláveis pela ACP, que passaria a abranger: I – do meio ambiente, da saúde, da educação, do trabalho, do desporto, da segurança pública, dos transportes coletivos, da assistência jurídica integral e da prestação de serviços públicos; II – do consumidor, do idoso, da infância e juventude e das pessoas portadoras de deficiência; III – da ordem social, econômica, urbanística, financeira, da economia popular, da livre concorrência, do patrimônio público e do erário; IV – dos bens e direitos de valor artístico, cultural, estético, histórico, turístico e paisagístico; além de quaisquer outros interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos (inciso V).

Apesar dos avanços que o projeto poderia gerar, sobretudo nas ações de saúde, o mesmo foi rejeitado pela Câmara dos Deputados, em votação de 17 contra 14. Tratava-se de relevante discussão que pretendia incentivar a utilização do processo coletivo, além de corrigir as falhas de sua aplicação por uma falta de sistematização.

Por fim, depreende-se que neste atual cenário (onde a efetividade dos direitos sociais se torna difícil, sobretudo do direito à saúde), a Tutela Coletiva poderia ser um meio de efetivação do direito social à saúde, tendo em vista que iria concretizar os princípios constitucionais de tal direito: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (Art. 196, CF). Além disso, as ações coletivas podem ser instrumento para melhor organização da

[26] RAMPIN, Talita Tatiana Dias; RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. **Ação Civil Pública é refém do patrimonialismo.** 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-abr-17/acao-civil-publica-perpetuacao-patrimonialismo-brasileiro>. Acesso em: 29 jun. 2021.

Administração Pública, no que tange o orçamento público. É necessário que se estimule o uso do processo coletivo e, sobretudo, haja sua sistematização.

10. Conclusão

A falta de um Código Processual Coletivo sistematizado gera a necessidade de aplicação, nas ações coletivas, de categorias processuais da jurisdição singular. É imperioso fazer com segurança esse transporte, considerando-se que cada plano jurisdicional (singular ou coletivo) parte de pressupostos próprios e buscas distintas de finalidades.

Privilegiar ações coletivas ao invés das ações individuais, sobretudo na esfera da saúde, pode desorganizar menos a Administração Pública. Além disso, elas garantem a universalização da medida, atendendo de forma isonômica a todos que estejam nas mesmas condições, não somente os demandantes de um processo judicial. Diferente do que acontece com os processos individuais, torna-se mais fácil tanto para a Administração quanto para o Judiciário identificar o impacto macro da decisão nas políticas públicas de saúde e no orçamento e deliberar sobre sua concretização.

Conforme o Professor Dr. Ricardo Perlingeiro (2012), titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense:

> em matéria de direito público à prestação de serviços e produtos de saúde, reconhecer o comando judicial apenas em favor dos demandantes significaria fragmentar, ou mesmo desestruturar, o sistema público de saúde, evidenciando um modelo excludente das minorias, daqueles que não tem acesso à justiça, e rompendo com a ideia de um sistema de saúde universal e igualitário. Portanto, tais questões necessitam ser decididas uma única vez e com eficácia erga omnes[27]

Observa-se, por um lado, o direito do cidadão à prestação de serviços garantidores de saúde, e, por outro lado, o dever do Estado de gerenciar os recursos disponíveis a fim de efetivar a universalidade, de modo a atingir toda a coletividade. Assim sendo, são evidentes as implicações das inúmeras decisões judiciais sobre políticas públicas de saúde.

As ações coletivas podem ser meio de efetividade do direito social à saúde, porquanto têm uma universalidade que lhes são ínsitas, tanto em âmbito teórico quanto com relação a sua aplicação. Além de ter maior abertura para a discussão de aspectos multidisciplinares, bem como para a análise e verificação da eficácia destas em relação ao atendimento de todos os

[27] PERLINGEIRO, Ricardo. O princípio da isonomia na tutela judicial individual e coletiva, e em outros meios de solução de conflitos, junto ao SUS e aos planos privados de saúde. Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte– RPGMBH, Belo Horizonte, ano 5, nº 10, p. 217-227, jul./dez. 2012.

possíveis demandantes, possibilitando o diálogo com representantes de órgãos públicos e da comunidade, bem como com as esferas administrativas que executarão as políticas públicas questionadas. Portanto, diante das mazelas de inefetividade do direito social à saúde, a Tutela Coletiva pode ser coadjuvante nesse confronto.

Referências:

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. . Brasília, DF, 24 jul. 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 02 dez. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. . Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078compilado.htm>. Acesso em: 02 dez. 2018.

CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita Barradas. **Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e eqüidade**. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 25, n. 8, p.1839-1849, ago. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2009000800020&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 17 jun. 2021.

Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p. BRASIL. Constituição (1988).

Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 9. Ed. ver. E atual. – São Paulo : Saraiva, 2014.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. Dados, [s.l.], v. 52, n. 1, p.223-251, mar. 2009. FapUNIFESP (SciELO). http://dx.doi.org/10.1590/s0011-52582009000100007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0011-52582009000100007&script=sci_abstract&tlng=ES>. Acesso em: 3 jul. 2021

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

KELBERT, Fabiana Okchstein. **RESERVA DO POSSÍVEL e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. 136 p.

Manual de processo coletivo / Ricardo de Barros Leonel. – 4. ed. ver., ampl. e atual. de acordo com o Código de Processo Civil/2015. – São Paulo : Malheiros, 2017.

MARQUES, Silvia Badim. **A relação do sistema jurídico e do sistema político na garantia do direito social à assistência farmacêutica: o caso do Estado de São Paulo.** 2005. 261 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6135/tde-17042009-154400/en.php>. Acesso em: 01 jul. 2021.

NEWDICK, Christopher. (2005),Who ShouldWe Treat? Rights, Rationing, and Resources in the NHS. Oxford, Oxford University Press

PERLINGEIRO, Ricardo. O princípio da isonomia na tutela judicial individual e coletiva, e em outros meios de solução de conflitos, junto ao SUS e aos planos privados de saúde. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte– RPGMBH**, Belo Horizonte, ano 5, nº 10, p. 217-227, jul./dez. 2012.

RAMPIN, Talita Tatiana Dias; RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. **Ação Civil Pública é refém do patrimonialismo.** 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-abr-17/acao-civil-publica-perpetuacao-patrimonialismo-brasileiro>. Acesso em: 29 jun. 2021

SARLET, Ingo Wolfgang. **A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. 512 p

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. 928 p.;

Tutela dos interesses difusos e coletivos / Hugo Nigro Mazzili. – 8. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018;