

A INEFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE, COMO FATOR DETERMINANTE PARA A APLICAÇÃO DOS INSTRUMENTOS DE TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA.

*Dirceu Pereira SIQUEIRA**

RESUMO: A inefetividade do direito fundamental a saúde; o desrespeito ao texto constitucional de 1988; a suposta judicialização excessiva; a necessidade de interferência do poder judiciário para efetivar o direito fundamental à saúde; a tutela jurisdicional coletiva efetivando o direito fundamental à saúde.

ABSTRACT: The not effectiveness of the fundamental right to health; the disrespect to the constitutional text of 1988; its supposed excessive legalization; the necessity of the judiciary interference to effective the basic right to health; the collective jurisdictional guardianship to materialize the fundamental right to health from its not effectiveness.

PALAVRAS-CHAVES: Direito fundamental à saúde; tutela coletiva.

KEY-WORDS: Fundamental Right To Health; Collective Guardianship.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

Tratar da inefetividade do direito fundamental à saúde, nos dias atuais, implica na análise de uma série de conseqüências, que vão desde a real aplicação do direito fundamental, enquanto que norma de aplicabilidade plena e imediata, até a análise da interferência do Poder Judiciário no cenário executivo, com o fito único e exclusivo de efetivar os comandos constitucionais.

Desta maneira, em face do objeto do estudo, que enfoca a tutela jurisdicional coletiva como mecanismo processual hábil a possibilitar, a real concretização do direito fundamental à saúde, devemos considerar que em face da inefetividade deste direito, os mecanismos coletivos, servem como instrumentos capazes de garantir sua efetividade, por meio da tutela jurisdicional coletiva, de modo mais abrangente que os instrumentos individuais.

* Doutorando e Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pelo Centro de Pós-Graduação da ITE Bauru/SP. Especialista em Direito Civil e Processual Civil, Professor da Faculdade de Direito das FIO (Ourinhos), Professor nos cursos de pós graduação da UNIARA (Araraquara) e da UNITOLEDO (Araçatuba). Pesquisador do Núcleo de Pesquisas e Integração do Centro de Pós-Graduação da ITE de Bauru-SP. Advogado. E-mail: dpsiqueira@mdbrasil.com.br

Artigo submetido em 10/03/2009. Aprovado em 17/06/2009.

Assim, se partirmos da premissa da essencialidade das decisões coletivas, da essencialidade do processo coletivo, devemos ainda destacar que, sob o prisma da prevalência do direito fundamental à saúde, estamos diante de um direito fundamental, que visa acima de tudo contemplar o bem maior previsto na Constituição de 1988, que é o bem da vida com dignidade.

Logo, o estudo almeja traçar alguns parâmetros, trazer algumas reflexões acerca destes institutos, e de sua importância para a vida humana, sendo que acima de tudo, busca-se a prevalência da dignidade da vida humana, de tal forma que devemos considerar o direito fundamental à saúde como foco, objetivo, o qual poderá ser alcançado por inúmeros instrumentos coletivos, à disposição muitas vezes de todo cidadão (ação popular), ou mesmo da sociedade de maneira geral (ação civil pública, mandado de segurança coletivo, etc.) contando assim com uma legitimidade maximizada, e bem democrática.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

Pois bem, após demonstrarmos a inserção do direito à saúde no contexto jurídico brasileiro, devemos passar a analisar o tema saúde sob a ótica do texto constitucional de 1988, visando desta maneira, analisa-lo de maneira mais individualizada, sendo que neste contexto, devemos primeiramente observar as normas que tratam do tema na Constituição vigente, para em seguida visualiza-lo em nível infraconstitucional.

A Constituição de 1988, já em seu preâmbulo, dá ensejo à previsão do direito a saúde, vez que demonstra de maneira inicial a existência de um Estado democrático social de direito, elencando direitos sociais, assegurando ainda o bem-estar da sociedade.¹

Desta maneira, podemos observar que o preâmbulo do texto constitucional de 1988, já ensinou a existência de direitos sociais inseridos no texto, sendo que desta forma já acenou para a existência de um texto atento as questões sociais, daí não há como o poder público se eximir ao cumprimento destes direitos, pois cristalina se demonstra à intenção de nosso Poder Constituinte Originário por meio do qual foi promulgada a Constituição de 1988.

Ainda nesta esteira teremos no Título I da Constituição de 1988, que trata dos princípios fundamentais, sendo que a previsão ínsita no artigo 1º estabelece primeiramente que o Brasil estará sob uma República Federativa, sendo que dentre seus fundamentos traz, à previsão quanto à cidadania e a dignidade da pessoa humana, as quais estão expressas de maneira clara em seus incisos.²

¹ CF/88 – Preâmbulo Nós representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um **Estado Democrático**, destinado a assegurar o exercício dos **direitos sociais** e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (g.d.)

² CF/88. Artigo 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II

Já no artigo 3º da Constituição de 1988, encontramos a previsão quanto aos objetivos da República Federativa do Brasil, sendo que neste contexto devemos destacar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicando a pobreza, reduzindo as desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, sendo que desta maneira, demonstra mais uma vez o caráter social do texto, conforme dispõe ao tratar dos objetivos da República Federativa.³

Após destacarmos os dois dispositivos constitucionais acima, devemos ressaltar que a tarefa de identificar os princípios constitucionais que norteiam determinadas normas nem sempre é uma tarefa fácil, como ocorre com os artigos 1º e 3º da Constituição de 1988, afinal ambos encontram-se presentes, dentro do mesmo Título no texto constitucional, sendo que na maioria das vezes, esta não é uma tarefa fácil, mas que compete unicamente ao jurista, o qual tem o dever de fazê-la de maneira técnica, visando interpretar corretamente o texto constitucional, com base em seus princípios.

Adentrando no Título II da Constituição de 1988, teremos as previsões quanto aos direitos e garantias fundamentais, sendo que no Capítulo I deste título, teremos a previsão dos direitos e deveres individuais e coletivos, garantindo a inviolabilidade do direito à vida, e desta maneira garante a prevalência dos direitos aos meios de vida, sendo que assim dispõe o artigo 5º, em seu caput:

Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

[...]

§1º As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata

Por uma leitura perfunctória dos dispositivos acima, torna-se possível, salientarmos, que nosso constituinte originário, preocupou-se em valorizar os direitos e garantias fundamentais, sendo que desta maneira, prestigiou o direito a vida, e vida esta com dignidade, demonstrando já de maneira inicial no texto constitucional estas previsões, que vão se multiplicando em uma série de outros dispositivos espalhados no bojo da Constituição de 1988.

Quanto à aplicabilidade, como dispõe e parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição de 1988 “atente-se que, no intuito de reforçar a imperatividade das

– a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 59.

normas que traduzem direitos e garantias fundamentais, a Constituição de 1988 institui o princípio da aplicabilidade imediata dessas normas, nos termos do art. 5º, parágrafo 1º⁴.

Outro dispositivo que merece destaque está previsto no Capítulo II, que trata dos direitos sociais, do Título II, da Constituição de 1988, mais precisamente no artigo 6º, o qual trata diretamente de prever a saúde, sendo que assim dispõe:

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

Desta maneira, podemos notar a importância do dispositivo, em função do direito à saúde, o dispositivo elenca saúde dentre os direitos sociais, atribuindo-lhe o condão social, sendo que este é o primeiro momento dentro do texto constitucional, em que encontramos a previsão do direito à saúde dentre o rol de direitos sociais.

Como já salientado pelo dispositivo acima, devemos nos remeter ao Título VIII da Constituição de 1988, que trata da ordem social, onde no Capítulo I, que cuida da disposição geral, precisamente no artigo 193, que traz as previsões quanto ao bem-estar e da justiça social, assim dispondo:

Artigo 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Neste contexto social, temos que nos remeter ainda ao Capítulo I, no que tange aos princípios gerais da atividade econômica, mais especificamente no Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, o qual traz o artigo 170 que tem por finalidade assegurar, a todos, existência digna, garantindo ainda o respeito, aos princípios da função social da propriedade, redução das desigualdades regionais e sociais e busca do pleno emprego, dentre outros, sendo que assim dispõe o artigo 170, e seus incisos:

Artigo 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, 1 vol., p. 462: “O direito de acesso à justiça é um direito básico, certamente dos mais relevantes direitos fundamentais, na medida da sua importância para a tutela de todos os demais direitos”.

- V -defesa do consumidor;
- VI -defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
- VII -redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII-busca do pleno emprego;
- [...]

Ainda no Título VIII da Constituição de 1988, que trata da ordem social, temos o Capítulo I, que traz a disposição geral, porém agora na Seção II, que trata da saúde, onde encontramos talvez o mais importante dispositivo constitucional que trata do direito à saúde, pois este dispositivo elenca de forma clara a finalidade do direito à saúde e ainda confere responsabilidades, sendo que assim dispõe:

Artigo 196. 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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Podemos salientar que o direito à saúde, está constitucionalmente consagrado, e evidenciado pelo artigo 196 da Constituição de 1988, sendo que este dispositivo representa mais que uma mera previsão constitucional, até mesmo por consequência de estarmos sob os auspícios de uma Constituição dirigente, a qual não representa um mero estatuto, sendo que desta forma, mesmo carecendo de atividade legiferante para se efetivar, representa uma norma que deve ser efetivada de maneira imediata gerando desta maneira, efeitos concretos para a sociedade, pois assim almejou nosso constituinte.

Pelo dispositivo constatamos de maneira aparentemente clara, seu caráter imperativo, impondo ao Estado a função básica e essencial de atuar, exercendo políticas e ações para promover a construção de uma nova ordem social, que vise o bem estar de todos aqueles que estiverem no território nacional, contemplando o princípio da isonomia, sendo que desta maneira, torna-se evidente a função precípua do Estado em atuar visando o bem estar da população, no que tange ao direito constitucionalmente consagrado à saúde.

Destaquemos também o artigo 227, caput, da Constituição de 1988, previsto no Capítulo VII, do Título VIII, sendo que este se refere à Família, à Criança, ao Adolescente e ao Idoso, sendo que o artigo 227, caput, assim dispõe:

Artigo 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência,

crueldade e opressão. (*grifos inexistentes no original*)

Desta maneira, devemos considerar que incumbe ao poder público cumprir as normas constitucionais estabelecidas, visando conferir efetividade ao direito à saúde, como forma de atuar efetivando os direitos sociais e contemplando a dignidade da pessoa humana.

Deve ainda o Estado cumprir dispositivos estabelecidos no texto constitucional, a exemplo do artigo 1º, contemplando a dignidade da pessoa humana, como no artigo 3º, no que se refere aos objetivos fundamentais da República, como sociedade livre, justa e solidária, erradicação da pobreza, reduzindo desigualdades, bem como todos os demais dispositivos que contemplem de forma direta o direito a saúde, pois só assim, estaremos dando efetividade ao texto constitucional de 1988, e não o tornando, mero estatuto, afastando, do direito à saúde a idéia de norma meramente programática, e cumprindo o disposto no parágrafo 1º do artigo 5º, da Constituição de 1988.

3. A INEFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS ATINENTES AO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE, COMO PRESSUPOSTO À SUA JUDICIALIZAÇÃO SUPOSTAMENTE EXCESSIVA.

3.1. Da inefetividade do direito fundamental à saúde.

As normas constitucionais, especialmente aquelas que disciplinam direitos fundamentais, devem ser respeitadas, e acima de tudo cumpridas com seriedade, especialmente pelo poder público, pois estas normas explicitadas no texto constitucional de 1988 gozam de aplicabilidade plena e imediata, incumbindo ao Poder Judiciário, sempre que chamado a manifestar-se, a este respeito, cumprir seu papel de efetivá-las enquanto comandos constitucionais, afinal elas não se apresentam como recomendações, mas sim como normas de cunho impositivo.

Desta maneira, devemos reconhecer a imperatividade das normas constitucionais, as quais devem ser aplicadas, tornando os comandos constitucionais efetivos, sob pena, de assim não agindo estar afrontando diretamente o texto constitucional de 1988.

Neste cenário é de suma importância a atuação do Poder Judiciário, vez que a ele incumbe à função de concretizar o texto constitucional, sempre que estiver sendo violado, ou mesmo na iminência de violação. Portanto, deverá o magistrado, enquanto representante do Poder Judiciário, atuar com responsabilidade na concretização do texto constitucional, especialmente no que pertine aos direitos fundamentais, e nesta seara, o direito fundamental a saúde.

Assim, em face das inúmeras vezes em que o Poder Judiciário, é chamado a manifestar-se quanto ao desrespeito ao texto constitucional de 1988, no que pertine ao direito fundamental à saúde torna-se eminentemente claro o constante desrespeito, vilipêndio, a este direito, ensejando sua quase total inefetividade, no cenário atual.

3.2. Da atuação do magistrado.

A atuação do magistrado, frente ao direito fundamental à saúde, é de extrema importância, pois, o magistrado é, na esfera processual, aquele que deverá ensejar maior efetividade aos mecanismos processuais, pois estes mecanismos encontram-se à disposição dele para serem devidamente manuseados visando efetivar estes direitos fundamentais, ressaltando ainda, que a função do magistrado não é discricionária, mas sim vinculada, tem este o dever de atuar visando efetivar os direitos fundamentais.

Ao analisar questões atinentes ao direito fundamental à saúde temos ainda, a necessidade de focar sua fundamentalidade, o que por certo leva a um maior cuidado do magistrado quando estiver analisando questões que o envolvam, afinal, não se trata de um direito qualquer, sendo que nestes casos, o manuseio inadequado dos instrumentos processuais trará sérios gravames em função de sua fundamentalidade e por estar intimamente ligado ao direito à vida.

Atualmente o magistrado encontra-se atuando com um número de processos imensamente superior ao que poderíamos considerar razoável, sendo que desta forma, muitas vezes, este se vê na necessidade de julgar de forma célere, sem que possa desta maneira atuar de forma efetiva no que se refere aos direitos envolvidos.

Pois bem, mesmo considerando o número excessivo de processos que se encontram na responsabilidade de cada magistrado, devemos salientar que este deverá atuar de forma mais responsável com aqueles que envolvam o direito fundamental à saúde, em face de sua estreita relação com o direito à vida, sendo, porém, que a todos os direitos deveriam os magistrados, dispensarem tal atenção, afinal, o acesso à justiça, a uma tutela jurisdicional efetiva também é um direito fundamental⁵ que merece ser efetivado.

Desta forma, entendemos que o magistrado ao atuar frente ao direito fundamental à saúde deve atuar de maneira mais efetiva, visando “[...] a construção do procedimento adequado ao caso concreto, derivado do direito de ação – já que igualmente se pode falar em direito à construção da ação adequada ao caso concreto”,⁶ desta maneira estará cumprindo seu dever de prestar uma efetiva tutela jurisdicional aos direitos.

Ainda, incumbe ao magistrado atuar de ofício no que lhe couber, sendo que em momento algum poderá argüir-se a possibilidade deste estar atuando de forma a exacerbar quanto a suas funções, ou mesmo, sem que esteja ele julgando *extra petita* ou *ultra petita*.

Com isso, estamos ressaltando a necessidade do magistrado aplicar e efetivar os direitos fundamentais, sendo que, em hipóteses em que “[...] o juiz nega uma norma infraconstitucional em razão de um direito fundamental, seu raciocínio decisório, expresso na justificativa, deve ser capaz de convencer que a lei

⁵ *Ibidem*, p. 461.

⁶ *Ibidem*, p. 460.

desconsidera o valor social guardado no direito fundamental”.⁷

Portanto incumbe ao magistrado, enquanto representante do poder judiciário, não a possibilidade, mas o dever de intervir, sempre que necessário para a efetivação dos direitos fundamentais.⁸

Destaca Zollinger, 2006, p. 72:

Ainda no que diz respeito à perspectiva positiva da vinculação do Judiciário aos direitos fundamentais, **os juízes e tribunais devem aplicar diretamente os direitos fundamentais diante de omissão legislativa ou de proteção legal insuficiente**, considerando, entretanto, o grau de densidade normativa da norma de direito fundamental e visando atender ao mandado de otimização que exige a proteção mais ampla possível dos bens jusfundamentais (*grifos inexistentes no original*).⁹

4. DA TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA.

Muito se tem discutido atualmente acerca do instituto “tutela jurisdicional coletiva” fato este que tem ensejado a grande evolução do tema, e como conseqüência, as grandiosas descobertas acerca do tema, face ao estudo permanente que o permeia. Devemos salientar atualmente a ligação do direito coletivo com o direito constitucional, pois “é dentro desse *segundo plano do direito processual* que se fundamenta o *direito processual coletivo* como um novo ramo do direito processual. Portanto, é no *direito processual constitucional* que se encontram as *normas constitucionais* pertencentes ao *direito processual coletivo*”.¹⁰

Pois bem, em nosso estudo, buscaremos análises mais focadas acerca do tema, focando assim, a tutela jurisdicional coletiva frente ao direito fundamental a saúde, visando sua efetividade, sua real concretização no Estado democrático e social de direito, afinal, para um estudo mais minucioso demandaríamos maior tempo, e espaço, o qual não seria possível neste breve estudo ao qual nos dispusemos.

Sempre que tratamos do tema coletividade e dos institutos de defesa em massa nos surpreendemos com a forma com que temos que desenvolver, porém, atualmente podemos salientar que nos surpreendemos também, com o que já

⁷ Neste sentido, importante o posicionamento de ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 527: “[...] *la intervención del Tribunal Constitucional en el ámbito de la legislación, necesaria para la garantía de estos derechos, no es una asunción anticonstitucional de las competencias legislativas, sino algo que no sólo está permitido sino también ordenado por la Constitución*”.

⁸ ZOLLINGER, Márcia Brandão. **Proteção processual aos direitos fundamentais**. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 72.

⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual** (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 142.

¹⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 28.

evoluímos, afinal, o tema tutela coletiva vêm ganhando espaço em nosso ordenamento jurídico a cada dia, sendo que em todo momento, destacam-se novos posicionamentos, tanto na doutrina, como na jurisprudência visando efetivar ainda mais a tutela coletiva.

4.1 Evolução histórica da tutela jurisdicional coletiva.

Em que pese o fato das tutelas coletivas estarem ganhando espaço nos ordenamentos jurídicos de todo mundo somente na atualidade, devemos nos lembrar que o seu surgimento remonta há tempos, vez que, estas já existem há séculos, alguns doutrinadores afirmam que seu surgimento já demanda aproximadamente três séculos, sendo que se referem as *class actions e representative actions* (ações de classe e ações de representação).

Por certo que o advento das ações coletivas ocorreu nos Estados Unidos e na Inglaterra, remontando-se a “*common law*”. Mas devemos considerar que alguns doutrinadores discutem a questão atinente ao surgimento das ações coletivas, sendo que neste contexto, nos parece já haver sido pacificado pela doutrina o fato de que as ações coletivas tiveram seu surgimento realmente marcado na Inglaterra no século XVII, sendo que neste sentido devemos destacar os ensinamentos de Teori Albino Zavascki, 2007, p. 28:

Aponta-se a experiência inglesa, no sistema da *common law*, como origem dos instrumentos do processo coletivo e, mais especificamente, da tutela coletiva de direitos. Desde o século XVII, os tribunais de equidade (*Courts of Chancery*) admitiam, no direito inglês, o *Bill of peace*, um modelo de demanda que rompia com o princípio segundo o qual todos os sujeitos interessados devem, necessariamente, participar do processo, com o que se passou permitir, já então, que representantes de determinados grupos de indivíduos atuassem, em nome próprio, demandando por interesse dos representados ou, também, sendo demandados por conta dos mesmos interesses”.¹¹

Ainda neste momento, o desenvolvimento da ação coletiva ocorreu de forma singela, pois ainda havia uma questão importante que demandava maiores discussões, a qual repousa em se saber o real significado da expressão interesse comum para ensejar a propositura das ações coletivas, fato este que ocasionou o *desuso* quase total das ações coletivas.

Devemos assim destacar que este momento foi marcado realmente por se aquilatar o real significado da expressão interesse coletivo, fato este que só veio a ser superado ao final do século XX.

O surgimento das ações coletivas se deu de forma a evitar a multiplicação de demandas, e evitar lides desnecessárias, afinal, tais lides que versassem de

¹¹ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 33.

direitos de massa poderiam a partir deste momento, serem resolvidas pelas ações coletivas, com isso haveria a diminuição de serviços do judiciário, e ainda, tais ações poderiam ser resolvidas de forma bem mais eficaz.

Ocorre que com o surgimento deste instrumento, dado a sua eficiência, e celeridade houve um exagero em sua utilização, fato este ocorrido na década de setenta, sendo que com isso, face ao desconhecimento de tal procedimento, pela novidade do instrumento, ocorreu que a grande maioria destas ações, não chegou a ser, apreciadas no mérito, pois não prosperavam por não preencherem as condições da ação.

Consta ainda, que quando do seu surgimento, em função destes problemas, as ações coletivas passaram a não ser mais utilizadas com essa frequência, deixando-se de lado sua utilização, não havia ainda naquele momento uma prevalência em sua utilização, o que deixou um tanto quanto inerte seu desenvolvimento.

Pois bem, ocorre que posteriormente o estudo acerca do instituto se efetivou e passou-se então, não só para os norte-americanos, que também se habituaram ao instituto, mas também, para todo o mundo, levando assim, a sua utilização freqüente, com estudos mais minuciosos que levaram a uma conseqüente evolução do tema.

4.2. A eficácia da tutela jurisdicional coletiva para a efetividade do direito fundamental à saúde.

Pois bem, pelo que já discorremos, acerca do direito à saúde, e posteriormente quanto à tutela jurisdicional coletiva nos é possível salientar, à importância da tutela coletiva, e ainda, podemos vislumbrar os efeitos desta tutela no que se refere especificamente ao direito à saúde, no tocante a fazer a diferença em prol da sociedade.

Afinal devemos destacar que por meio da tutela coletiva podemos em uma única lide, alcançar benefícios a um número realmente indeterminado de pessoas, não limitando-nos a resolver um único problema, mas resolvendo inúmeros problemas, modificando a realidade e de muitas pessoas.

Neste contexto devemos destacar os ensinamentos de Gidi, 2007, p. 33:

O terceiro objetivo buscado pela tutela coletiva dos direitos é o de tornar efetivo o direito material e promover as políticas públicas do Estado. Isso é obtido de duas formas. A primeira é através da realização *autoritativa* da justiça no caso concreto de ilícito coletivo, corrigindo de forma coletiva o ilícito coletivamente causado (*corrective justice*). A segunda é realizada de forma profilática, através do estímulo da sociedade ao cumprimento *voluntário* do direito, através do desestímulo à prática de condutas ilícitas coletivas, por meio da sua efetiva punição (*deterrence*). Numa posição intermediária, entre compensação e prevenção, está o cumprimento *voluntário* através da ameaça de realização *autoritativa*: os acordos coletivos.

Podemos ainda destacar que ao tratarmos do direito à saúde e da possibilidade de efetivá-lo por meio da tutela coletiva, estaremos acima de tudo contemplando do bem maior previsto em nossa Constituição, que é o bem da vida, e vida com dignidade absoluta ao ser humano.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O direito fundamental à saúde representa, dentro do rol de direitos fundamentais, o que mais infere no direito a vida, vez que não há vida sem saúde, logo, para a prevalência do direito à vida deve-se contar com uma saúde pública digna e efetiva, visando com isso consagrar efetivamente o direito fundamental à vida digna.

A inefetividade do direito fundamental à saúde é uma realidade no cenário brasileiro, sendo que a sociedade em todo momento clama melhorias nesta seara, melhorias estas que merecem ser realizadas, sendo que somente com a interferência hábil do Poder Judiciário poderão ocorrer de modo a efetivar este direito fundamental.

O Poder Judiciário deve intervir, sempre que provocado, ensejando desta maneira o cumprimento ao texto constitucional de 1988, sendo que assim agindo, não estará de forma alguma atuando de maneira supostamente excessiva, afinal, é dever do magistrado, atuar, e atuar de forma a efetivar os direitos fundamentais sempre que estes estiverem à margem das prioridades do Poder Executivo.

É fato a existência de limitações no orçamento público, não estamos aqui tentando nos furtar a esta realidade, mas sim considerando que, se bem utilizado, o erário certamente poderá cumprir seu dever constitucional, conferindo desta forma melhorias nas condições de vida da sociedade, transformando a realidade social brasileira, e por certo efetivando a dignidade da pessoa humana.

Desta maneira, concretizar o direito fundamental à saúde por meio de instrumentos coletivos têm se apresentado como a melhor forma de efetivá-lo, pois as decisões nesta seara possuem maior abrangência e implicam em melhores condições de acesso, celeridade, economia, e outros benefícios os quais só podem ser alcançados por meio dos mecanismos coletivos.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CURY, Ieda Tatiana. *Direito fundamental à saúde*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

DIDIER JR, Fredie. *Ações Constitucionais*. 2. ed. rev., atual. - Salvador: Podivim, 2007.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

OLIVEIRA NETO, Olavo de (org.). *Tutelas coletivas e efetividade do processo*. Bauru: Edite, 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da saúde: de acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier, 2005.

RAGAZZI, José Luiz. *Tutela antecipada nas relações de consumo*. 1º ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira Ltda., 2002.

SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. A efetividade do direito fundamental à saúde na Constituição de 1988, por meio dos instrumento de tutela jurisdicional coletiva. *In: Revista Âmbito Jurídico out. 2007*, nº 46, ano X, Rio Grande do Sul: Âmbito Jurídico, 2007.

_____. Ações coletivas: análise acerca da legitimação. In: **Revista Eletrônica Jurídica da Unirp - UNIVERSITAS**, nº 1, São José do Rio Preto: Unirp, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2º ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZOLLINGER, Márcia Brandão. *Proteção processual aos direitos fundamentais*. Salvador: JusPODIVM, 2006.