

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**MESTRADO EM DIREITO**

**BRUNO DE FARIAS FAVARO**

**A TUTELA COLETIVA DO DIREITO À SAÚDE: UM ESTUDO DE CASO SOBRE A  
AÇÃO CIVIL PÚBLICA DAS INSULINAS NA JUSTIÇA FEDERAL DE CRICIÚMA**

**CRICIÚMA/SC**  
**2019**

**BRUNO DE FARIAS FAVARO**

**A TUTELA COLETIVA DO DIREITO À SAÚDE: UM ESTUDO DE CASO SOBRE A  
AÇÃO CIVIL PÚBLICA DAS INSULINAS NA JUSTIÇA FEDERAL DE CRICIÚMA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

**CRICIÚMA/SC  
2019**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

F272t Favaro, Bruno de Farias.  
A tutela coletiva do direito à saúde : um estudo de caso sobre a Ação Civil Pública das Insulinas na Justiça Federal de Criciúma / Bruno de Farias Favaro. - 2019.  
183 p.

Dissertação (Mestrado) - Universidade do Extremo Sul Catarinense, Programa de Pós-Graduação em Direito, Criciúma, 2019.  
Orientação: Reginaldo de Souza Vieira.

1. Judicialização do direito à saúde. 2. Direito à saúde. 3. Estado Social e Democrático de Direito. 4. Direitos sociais. 5. Políticas públicas de saúde. I. Título.

CDD 23. ed. 362.1026


BRUNO DE FARIAS FAVARO

**“A TUTELA COLETIVA DO DIREITO À SAÚDE: UM ESTUDO DE CASO  
SOBRE A AÇÃO CIVIL PÚBLICA DAS INSULINAS NA JUSTIÇA FEDERAL  
DE CRICIÚMA”**


Esta dissertação foi julgada e aprovada para obtenção do Grau de Mestre em Direito no  
Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense.


Criciúma, 20 de março de 2019.

**BANCA EXAMINADORA**

  
Prof. Dr. Reginaldo de Souza Meira  
(Presidente e Orientador – UNFSC)


  
Prof. Dra. Mônica Cláudia Harning Lasi  
(Membro Externo – UNISC)

  
Prof. Dr. Gustavo Silveira Borges  
(Membro – Unesc)

  
Prof. Dr. Dimas de Oliveira Estevam  
(Membro – Unesc)

  
Prof. Dr. Ismael Francisco de Souza  
(Membro Suplente – Unesc)

  
Bruno de Farias Favaro  
(Discente)

  
Prof. Dr. Antonio Carlos Wolmer  
Coordenador do PPGD – UNESC

Para Carolina, Isadora e Bianca.

## **AGRADECIMENTOS**

A meus pais, Vilson Becker Favaro e Iolanda de Farias Favaro, pelo exemplo de sabedoria e honestidade.

A todos os servidores e magistrados da Justiça Federal de Santa Catarina, nas pessoas dos Juízes Federais Paulo Vieira Aveline, Louise Freiberger Bassan e Adriana Regina Barni Ritter, bem como dos servidores Leonir Luiz de Souza, Fernando Dietrich de Lima, Alessandro Saraiva e Daniel Batista Pereira, pelas importantes contribuições para o estudo. Ressalta-se também o agradecimento aos colegas de assessoria na Quarta Vara Federal de Criciúma, Paulo César Miranda, Sandra Regina Semeler Tomé e Bruno Ancelmo Martins, pela competência e apoio.

A todos os professores e alunos da Unisul – Unidade Içara, ambiente acadêmico que incentivou decisivamente minha participação no curso de Mestrado, em especial ao coordenador Alex Sandro Sommariva.

A todos os colegas e professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unesc, notadamente ao professor e orientador Reginaldo de Souza Vieira, pela dedicação e auxílio na elaboração deste trabalho.

À AGU, na pessoa da Coordenadora da Equipe Virtual de Alto Desempenho de Direito à Saúde- E-Quad/Saúde, Gislaine Vieira Berg; à PGE, nas pessoas do Procurador do Estado André Doumid Borges e do servidor Silvio Gama Farias; ao MPF, na pessoa do Procurador da República Darlan Airton Dias; e à professora Adriana Carvalho Pinto Vieira, pelas relevantes contribuições para o desenvolvimento do estudo.

“Além da população brasileira, algo está doente. É o art. 196 da Constituição Federal”.

Germano Schwartz

## RESUMO

A judicialização das políticas públicas em saúde é um fenômeno relacionado à gênese do direito fundamental em questão e ao progressivo processo de expansão do Poder Judiciário. A Constituição Federal de 1988 instituiu no Brasil o sistema da seguridade social, reconhecendo o dever de o Estado garantir o acesso aos serviços de saúde a todos os cidadãos, independentemente do recolhimento de contribuições. Entretanto, na prática, devido a limitações orçamentárias, a deficiências administrativas e mesmo a opções políticas, o poder público não tem atendido aos anseios e necessidades da população no pertinente aos serviços de saúde, inclusive em relação ao fornecimento de medicamentos. Além disso, a ampliação dos meios e do alcance da prestação jurisdicional permitiu a judicialização de tais demandas, motivo pelo qual o Poder Judiciário passou a intervir em políticas públicas de incumbência do Poder Executivo. Todavia, a atuação da Justiça tem ocorrido preponderantemente pela via individual, circunstância que gera diversas consequências negativas, tanto em relação à política pública de saúde, quanto à própria atividade jurisdicional. Nesse contexto, o presente estudo objetiva, desde a análise da ACP das Insulinas da Justiça Federal de Criciúma, verificar em que medida o exercício da tutela coletiva pode contribuir para a estabilização da judicialização e para o fortalecimento da saúde enquanto política pública do Estado Social e Democrático de Direito erigido pela Constituição Federal de 1988. O marco teórico do estudo é o Estado Social e Democrático de Direito, com ênfase em categorias a ele correlacionadas, como direitos sociais, direito à saúde, política pública de saúde, tutela coletiva e judicialização. Para tanto, será realizado trabalho monográfico, mediante estudo de caso sobre a ação civil pública nº 5001439-79.2010.4.04.7204 (ACP das insulinas) e pesquisa exploratória, documental e aplicada. Empregar-se-á o método dedutivo e a abordagem qualitativa, utilizando-se as técnicas de pesquisa bibliográfica, legal e jurisprudencial, com consulta a livros, revistas especializadas e material coletado na internet. O recorte espaciotemporal abrange o território da Subseção Judiciária de Criciúma, com contraponto entre as realidades ali vivenciadas entre 2008 e 2018. A partir da análise do contexto nacional e local da judicialização da saúde, verificou-se a plena viabilidade da tutela coletiva de tal direito, mercê de suas dimensões objetiva e coletiva, bem como de sua natureza transindividual. Concluiu-se, além disso, que a tutela coletiva encontra-se em sintonia com os ideais do Estado Democrático de Direito e constitui uma importante alternativa para estabilização das graves problemáticas produzidas pela judicialização da saúde.

**Palavras-chave:** Estado Social e Democrático de Direito. Direito Fundamental à Saúde. Judicialização da política pública de saúde. Políticas sociais. Processo coletivo.



## ABSTRACT

The judicialization of public health policies is a phenomenon related to the genesis of the fundamental right to health and to the progressive process of expansion of the Judiciary. The Federal Constitution of 1988 established in Brazil the social security system, recognizing the duty of the State to guarantee access to health services to all citizens, regardless of the collection of contributions. However, in practice, due to budget constraints, administrative deficiencies and even political choices, public authorities have not responded to the wishes and needs of the population not relevant to health services, including the provision of medicines. Moreover, the extension of the means and the scope of the judicial provision allowed the judicialization of such demands, which is why the Judiciary began to intervene in public policies of the Executive Branch. However, this action has occurred predominantly by the individual way, a circumstance that generates several harms both in relation to public health policy and the own jurisdictional activity. In this context, the present study intends, from an analysis of the Insulin Class Action in the Federal Justice of Criciúma, to verify to what extent the class action can contribute to the stabilization of the judicialization and to the strengthening of health as a public policy of the Social and Democratic State of Law erected by the Federal Constitution of 1988. The theoretical framework of the study is the Social and Democratic State of Law, with emphasis on categories correlated to it, such as social rights, health rights, public health policy, class actions and judicialization. For that purpose, a monographic work will be carried out, through a case study on public civil action n ° 5001439-79.2010.4.04.7204 (ACP of insulins) and exploratory, documental and applied research. The deductive method and the qualitative approach will be used, using the techniques of bibliographic, legal and jurisprudential research, with consultation to books, specialized magazines and material collected through the internet. The spatio-temporal cut-off covers the territory of the Judicial Branch of Criciúma, with a counterpoint between the realities lived there between 2008 and 2018. From the analysis of the national and local context of the judicialization of health, it was verified the full viability of collective tutelage of such right, by its objective and collective dimensions, as well as its transindividual nature. It was also concluded that collective tutelage is in harmony with the ideals of the Democratic State of Law and constitutes an important alternative for stabilizing the serious problems produced by the judicialization of health.

**Keywords:** Social and Democratic State of Law. Fundamental Right to Health. Judicialization of health public policies. Social policies. Class Actions.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
ACP	Ação Civil Pública
AGU	Advocacia Geral da União
CEBEPEJ	Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais
CCR	Centro Catarinense de Reabilitação
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CFT	Comissão de Finanças e Tributação
CPC	Código de Processo Civil
CONITEC	Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS
DCCT	Estudos das Complicações e Controles do Diabetes tipo 1
EQUAD	Equipe Virtual de Alto Desempenho
LACP	Lei da Ação Civil Pública
MP	Ministério Público
MPF	Ministério Público Federal
NATJUS	Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário
PIB	Produto Interno Bruto
PNGTS	Política Nacional de Gestão de Tecnologias em Saúde
PL	Projeto de Lei
RENAME	Relação Nacional de Medicamentos Essenciais
STA	Suspensão da Tutela Antecipada
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta
UFSC	universidade Federal de Santa Catarina
UNESC	Universidade do Extremo Sul Catarinense
UNISUL	Universidade do Sul de Santa Catarina
USP	Universidade de São Paulo

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>13</b>
<b>2 ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS.....</b>	<b>20</b>
2.1 FUNDAMENTOS DO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	20
<b>2.1.1 Estado social: uma categoria polissêmica.....</b>	<b>26</b>
<b>2.1.2 A liberdade material.....</b>	<b>29</b>
2.2 DO ESTADO SOCIAL AO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO .....	31
2.3 O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS E SUA DIMENSÃO COLETIVA.....	36
<b>2.3.1. Direitos fundamentais sociais .....</b>	<b>41</b>
<b>2.3.2 Dimensão subjetiva, objetiva e coletiva dos direitos fundamentais sociais.....</b>	<b>45</b>
2.4 DIREITO SOCIAL À SAÚDE NA CRFB/1988 .....	48
<b>2.4.1 Gênese e caracteres.....</b>	<b>48</b>
<b>2.4.2 Direito fundamental à saúde.....</b>	<b>50</b>
<b>2.4.3 Saúde: um direito social complexo e coletivo.....</b>	<b>54</b>
<b>3 JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: CAUSAS, CARACTERES E CONFIGURAÇÃO .....</b>	<b>59</b>
3.1. POLÍTICAS PÚBLICAS .....	59
3.2 SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE: POLÍTICA PÚBLICA DO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	61
<b>3.2.1 Da formação do Sistema Único de Saúde.....</b>	<b>63</b>
<b>3.2.2 SUS – Estrutura, princípios e diretrizes.....</b>	<b>64</b>
<b>3.2.3 O subfinanciamento do SUS .....</b>	<b>68</b>
<b>3.2.4 Política Nacional de Medicamentos .....</b>	<b>71</b>
3.3 A JUDICIALIZAÇÃO: UM FENÔMENO COMPLEXO E MULTIFATORIAL .....	74
<b>3.3.1 Sobre a judicialização da política.....</b>	<b>79</b>
<b>3.3.2 Sobre a judicialização do direito .....</b>	<b>83</b>
3.4 O CONTEXTO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM SAÚDE NO BRASIL: UM MATIZ INDIVIDUALISTA .....	87
<b>3.4.1 Caracteres e causas da judicialização das políticas públicas em saúde.....</b>	<b>87</b>
<b>3.4.2 Alguns marcos da judicialização da saúde no Brasil .....</b>	<b>91</b>
<b>3.4.2.1 A Audiência Pública nº 4/2009 e a STA nº 175 .....</b>	<b>92</b>

3.4.2.2 A Recomendação n° 31 de 30 de março de 2010 do Conselho Nacional de Justiça e a criação do Fórum Nacional de Saúde .....	94
3.4.2.3 O Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n° 8.058/2014 .....	96
3.4.2.4 O Projeto de Lei do Senado n° 415/2015 .....	97
3.4.2.5 O julgamento do Recurso Especial Repetitivo n° 1657156/RJ (Tema 106) .....	99
<b>3.4.3 Dimensão individual da juridificação das políticas públicas em saúde.....</b>	<b>99</b>
<b>4 A TUTELA COLETIVA DA POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE À LUZ DO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A AÇÃO CIVIL PÚBLICA N° 5001439-79.2010.4.04.7204 – A ACP DAS INSULINAS DA JUSTIÇA FEDERAL DE CRICIÚMA-SC .....</b>	<b>105</b>
4.1 A TENSÃO ENTRE AS DIMENSÕES COLETIVA E INDIVIDUAL DO DIREITO À SAÚDE: A ADOÇÃO DO PROCESSO COLETIVO COMO MODELO PARA A TUTELA JURISDICIONAL DO DIREITO À SAÚDE .....	105
4.2 A SAÚDE COMO DIREITO TRANSINDIVIDUAL E SUA JUSTICIABILIDADE COLETIVA .....	110
<b>4.2.1. Processo coletivo: da <i>class action</i> à tutela dos direitos transindividuais no Brasil</b>	<b>115</b>
4.3. A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE.....	118
4.4 AÇÃO CIVIL PÚBLICA N° 5001439-79.2010.4.04.7204 – A ACP DAS INSULINAS	126
<b>4.4.1 O Inquérito Civil n° 133.003000241/2008-98 .....</b>	<b>128</b>
<b>4.4.2 A audiência pública de 13 de maio de 2010.....</b>	<b>130</b>
<b>4.4.3 Trâmite e julgamento da ACP das Insulinas .....</b>	<b>134</b>
<b>4.4.4 O julgamento da Apelação Cível.....</b>	<b>140</b>
4.5 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NA JUSTIÇA FEDERAL DE CRICIÚMA-SC APÓS A ACP DAS INSULINAS: FORTALECIMENTO OU LIMITAÇÃO DA TUTELA COLETIVA? .....	142
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>149</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>156</b>
<b>ANEXOS .....</b>	<b>172</b>
<b>ANEXO I – RELATÓRIO DO SIAPRO COM O NÚMERO DE AÇÕES EM SAÚDE NA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE CRICIÚMA.....</b>	<b>173</b>
<b>ANEXO II – CERTIDÃO DA SEGUNDA VARA FEDERAL DE CRICIÚMA .....</b>	<b>175</b>
<b>ANEXO III – DOCUMENTAÇÃO RELATIVA AO CONVÊNIO NATJUS/SC.....</b>	<b>176</b>
<b>ANEXO IV – RELATÓRIO DE PENDÊNCIAS DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO.....</b>	<b>177</b>

<b>ANEXO V - LEVANTAMENTO EFETUADO PELA ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO, POR MEIO DA EQUIPE VIRTUAL DE ALTO DESEMPENHO DE DIREITO À SAÚDE- E-QUAD/SAÚDE, ENTRE 01/01/2017 E 31/05/2018.....</b>	<b>178</b>
<b>ANEXO VI – EDITAL RELATIVO A PREGÃO DO MUNICÍPIO DE BRASILÂNDIA/MS .....</b>	<b>179</b>
<b>ANEXO VII – RELATÓRIO DO E-PROCV2 SOBRE SENTENÇAS PROFERIDAS COM MENÇÃO AOS ANÁLOGOS DE INSULINA .....</b>	<b>180</b>



## 1 INTRODUÇÃO

A judicialização das políticas públicas em saúde é um fenômeno relacionado à gênese do direito fundamental à saúde e ao progressivo processo de expansão do Poder Judiciário a partir da Constituição Federal de 1988. De fato, essa Carta Constitucional instituiu no Brasil o sistema da seguridade social, reconhecendo o dever de o Estado garantir o acesso aos serviços de saúde a todos os cidadãos, independentemente do recolhimento de contribuições. Entretanto, na prática, devido a limitações orçamentárias, a deficiências administrativas e mesmo a opções políticas, o Estado não tem atendido aos anseios e necessidades da população no pertinente aos serviços de saúde, inclusive em relação ao fornecimento de medicamentos. Além disso, a ampliação dos meios e do alcance da prestação jurisdicional permitiu a judicialização de tais demandas, motivo pelo qual o Poder Judiciário passou a intervir em políticas públicas de incumbência do Poder Executivo. Esse contexto redundou no fenômeno da judicialização da saúde, como se convencionou designar o reiterado e constante ajuizamento de ações judiciais para a tutela do direito à saúde.

Embora o reconhecimento da fundamentalidade do direito à saúde e de sua justiciabilidade possam ser classificados como avanço no pertinente ao exercício da cidadania, a judicialização assumiu enormes proporções no país nas últimas décadas, resultando em gasto de recursos públicos sem prévio planejamento e ineficiência da prestação jurisdicional. De fato, ao julgar individualmente as milhares de ações de medicamentos que tramitam todos os anos, a Justiça apenas "apaga o incêndio" do problema estrutural da saúde no país, cuja resolução, aliás, não é sua incumbência. Ou seja, trata-se de uma solução cara e ineficaz, pois não impede que tais ações continuem a se repetir em um ciclo vicioso. Prova disso é a existência de mais de um milhão e setecentas mil ações judiciais versando sobre o direito à saúde no Brasil, em sua maioria relacionadas à política pública de saúde. Esse cenário é impulsionado pelo histórico de flagrante subfinanciamento do Sistema Único de Saúde, que persiste desde 1988 até hoje, quando já passaram 30 anos desde sua criação pela Constituição Federal. Nesse contexto, o presente estudo tem por objetivo abordar o fenômeno da judicialização da saúde, de forma a delinear os contornos das ações individuais, elencar as suas consequências negativas e perquirir sobre o cabimento e as vantagens da tutela coletiva.

O tema proposto possui aderência com a área de concentração Direito Humanos e Sociedade e a linha de pesquisa Direito, Sociedade e Estado, pois perquire sobre a materialização do direito à saúde e as correspondentes relações entre as instituições estatais e a sociedade. A temática também possui pertinência com a pesquisa do orientador Reginaldo

de Souza Vieira em direito à saúde, inclusive em relação a seus estudos sobre cidadania, saúde pública e coletiva, democracia em saúde, controle social e políticas públicas. Da mesma forma, o tema dialoga com as análises do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito – NUPED da UNESCO, especialmente em relação à linha de pesquisa Estado, Políticas Públicas e Direitos Fundamentais. Do ponto de vista acadêmico, conquanto existam diversos estudos prévios sobre a judicialização da saúde no país, entende-se que a pesquisa proposta é epistemologicamente relevante, pois, nos trabalhos anteriores, salvo raras exceções, não há ênfase na tutela coletiva do direito à saúde. No que concerne à relevância social, os achados demonstrarão que a judicialização da saúde é um problema de inegável atualidade e relevância, diante do alto número de ações e das recorrentes deficiências do SUS. Prova disso é o Projeto de Lei nº 415/2015, que tramita no Senado Federal e tem por objetivo regulamentar a judicialização da saúde.

Para os fins desta dissertação, adotar-se-á como marco teórico o Estado Social e Democrático de Direito. Tal opção teórica se justifica porque o direito universal à saúde é construção histórica do Estado Social, que transcendeu o Estado Liberal na condição de mero garantidor das liberdades civis e passou a assumir o dever de garantir o gozo de direitos sociais por meio de políticas públicas. Vale esclarecer que aqui se utilizou a nomenclatura conferida por Novais (2006, p. 218), para quem o Estado Social e Democrático de Direito exprime a vinculação jurídica do Estado à garantia dos direitos fundamentais e à manutenção das condições para o desenvolvimento da personalidade individual. Ainda, como o estudo confere especial ênfase às dimensões objetiva e coletiva do direito à saúde, o aporte teórico do Estado Social e Democrático de Direito mostra-se de todo adequado, pois ele transcende o Estado Social e incorpora o princípio democrático como elemento constitutivo, promovendo a justiça social e a efetiva participação do povo no controle das decisões estatais. Esse aspecto é curial para o desenvolvimento do presente trabalho, pois, como será demonstrado oportunamente, a ação coletiva é um *locus* apropriado para que a tutela jurisdicional seja construída por meio da participação de todos os atores envolvidos nas relações do direito à saúde.

As principais categorias teóricas abordadas no estudo – direitos sociais, direito à saúde, política pública de saúde, tutela coletiva e judicialização – relacionam-se diretamente ao marco teórico do Estado Social e Democrático de Direito. De fato, os direitos sociais são aqueles ligados ao trabalho, à saúde e à educação, cuja gênese ocorreu no início do século XX, com a crise do liberalismo e o surgimento do Estado Social. Dentre eles se situa o direito à saúde, relacionado ao dever juridicamente reconhecido de o poder público promover ações



que visem tanto à prevenção quanto ao tratamento de doenças, para manutenção do bem-estar físico, mental e social dos cidadãos brasileiros. Contudo, o direito à saúde não será abordado nesta dissertação como um problema teórico em si, mas sim como a causa da judicialização da saúde no Brasil e como parâmetro para oposição entre as tutelas individual e coletiva. Dessa forma, partir-se-á da premissa geral de que a saúde é direito fundamental social garantido pela Constituição Federal, e de que incumbe ao poder público a implementação da política pública para garanti-lo, sem perquirir sobre seu alcance. Conseqüentemente, importantes conceitos correlacionados a tal direito, como a reserva do possível e o mínimo existencial, não serão aqui abordados por observância ao foco principal, que é o referido caráter coletivo do direito à saúde. Essa dimensão coletiva, aliás, conecta-se diretamente ao marco teórico do Estado Social e Democrático de Direito, cujo princípio democrático demanda o gozo e a defesa do direito à saúde não como patrimônio individual, mas sim como valor de toda a coletividade. Igualmente, a própria judicialização da política pública de saúde se relaciona ao marco teórico adotado, pois a possibilidade de se exigir judicialmente a realização de determinado serviço em saúde pressupõe o reconhecimento de que o Estado não deve atuar apenas como mero garantidor das liberdades civis.

Além da fundamentação teórica – que levará em conta, principalmente, o cenário nacional da judicialização –, realizar-se-á um estudo de caso sobre a ação civil pública nº 5001439-79.2010.4.04.7204, que será aqui denominada como a ACP das insulinas. Essa ação foi proposta pelo Ministério Público Federal em face da União e do Estado de Santa Catarina no dia 09/07/2010 e distribuída para a Segunda Vara Federal da Subseção Judiciária de Criciúma. Tratou-se de um processo coletivo, cujo objeto consistia em “viabilizar o acesso dos portadores de diabetes mellitus tipo 1, mediante a implementação de Protocolo Clínico, aos análogos de insulina de longa e de curta duração” (TRF4, 2010). A opção por esse estudo de caso, no que pertine ao recorte espacial, ocorre porque a limitação do objeto da ACP ao território de jurisdição da Subseção Judiciária de Criciúma contribui para a realização da pesquisa, evitando que o *overload* de informações relativas à judicialização da saúde em nível nacional prejudique a análise de dados. Da mesma forma, como será demonstrado oportunamente, alguns números da judicialização da saúde na Justiça Federal de Criciúma são superiores aos de centros maiores de Santa Catarina, como Joinville e Florianópolis, o que confere extrema relevância social ao recorte territorial adotado. Do ponto de vista temporal, embora se trate processo ajuizado em 2010 e julgado nos anos de 2011 e 2012, seu estudo ainda se mostra relevante, pois a decisão final lá proferida gerou importantes conseqüências na judicialização da saúde na Subseção Judiciária de Criciúma, as quais são sentidas até a

atualidade. Nesse sentido, pretende-se proceder ao contraponto entre os números da judicialização da saúde na Justiça Federal de Criciúma nos anos de 2008 e de 2018. Por fim, em relação à pertinência temática do estudo de caso, a ACP das insulinas sintetiza a fundamentação teórica a ser desenvolvida na dissertação, desde o Estado Social e Democrático de Direito, perpassando pela dimensão coletiva do direito social à saúde, da política pública correspondente e da judicialização. Isso ocorre porque o processo em questão tratou da saúde como direito transindividual, valendo-se de sua justiciabilidade coletiva e objetivando o deferimento dos serviços de saúde não apenas a uma pessoa, mas sim a uma universalidade de pacientes que padeciam de diabetes mellitus tipo 1.

Por tais motivos, busca-se responder à questão central desta pesquisa, qual seja: *Considerando o atual contexto do fenômeno da judicialização da saúde e o julgamento da ACP das Insulinas pela Justiça Federal de Criciúma, em que medida o exercício da tutela coletiva pode contribuir para a estabilização deste cenário e para o fortalecimento da saúde enquanto política pública do Estado Social e Democrático de Direito?*

A hipótese em que se ampara a pesquisa parte do seguinte pressuposto: a saúde é direito social fundamentalizado na Constituição Federal de 1988, consubstanciando valor básico do Estado Social e Democrático de Direito ali estabelecido. Por isso, tendo em vista o princípio democrático intrínseco a este, o direito à saúde não é um bem a ser egoisticamente gozado, mas sim patrimônio de toda a coletividade. Dessa forma, embora a tutela jurisdicional seja cabível pela via individual, como predomina no Poder Judiciário do Brasil, o processo coletivo compatibiliza-se mais adequadamente com a natureza do direito à saúde e constitui uma alternativa apropriada para estabilização da judicialização e fortalecimento da política pública correspondente.

O objetivo geral do estudo, como referido, consiste em verificar em que medida o exercício da tutela coletiva pode contribuir para a estabilização da judicialização e para o fortalecimento da saúde enquanto política pública do Estado Social e Democrático de Direito erigido pela Constituição Federal de 1988. Os objetivos específicos, por sua vez, consistem em: (a) discorrer sobre o Estado Social e Democrático de Direito, sobre os direitos sociais e sobre as dimensões objetiva e coletiva do direito à saúde; (b) investigar o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil, perpassando pelo Sistema Único de Saúde, pelo processo de expansão global do Poder Judiciário e pela judicialização da política e do direito; e (c) tratar sobre a tutela coletiva da saúde, procedendo ao estudo de caso proposto e apresentando o panorama atual da judicialização da saúde na Subseção Judiciária de Criciúma.

Para tanto, será realizado trabalho monográfico, por intermédio do estudo de caso acima referido e de pesquisa exploratória, documental e aplicada. Empregar-se-á o método dedutivo e a abordagem qualitativa, utilizando-se as técnicas de pesquisa bibliográfica, legal e jurisprudencial, com consulta a livros, revistas especializadas e material coletado via internet. Ainda, a presente pesquisa não tem por fim um levantamento exauriente dos números da judicialização no Brasil, mormente porque se trata de tema em que há notório *overload* de dados. Em verdade, a pesquisa quantitativa será aqui utilizada apenas como demonstrativo do cenário em nível nacional e local, a fim de demonstrar a preponderância da via individual em detrimento da coletiva e os consequentes malefícios. De qualquer sorte, em nível nacional, a pesquisa baseou-se em dados preponderantemente secundários, pois os números da judicialização foram extraídos da literatura, em teses, dissertações, artigos e livros já publicados sobre o tema. Também houve coleta de dados fornecidos pelo Ministério da Saúde e julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. No que pertine ao recorte local da Subseção Judiciária de Criciúma, houve coleta de dados primários, obtidos junto à plataforma de gestão processual da Justiça Federal de Santa Catarina, abrangendo os sistemas SIAPRO (processos físicos), e-Proc e e-ProcV2 (processos eletrônicos). Também foram utilizados dados cedidos pela Advocacia Geral da União, por meio da Equipe Virtual de Alto Desempenho de Direito à Saúde- E-Quad/Saúde situada em Porto Alegre, bem como pela Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina.

O trabalho será desenvolvido em três capítulos, no quais será percorrido o caminho cognitivo que formará a base teórica para o estudo de caso proposto.

No primeiro capítulo, analisar-se-á o marco teórico do Estado Social e Democrático de Direito, perquirindo sobre a configuração do Estado e a assunção da responsabilidade estatal pelos direitos prestacionais. Apresentar-se-á também uma abordagem, no contexto da pesquisa, acerca dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, discorrendo sobre sua diferenciação teórica e delimitando suas dimensões subjetiva e objetiva, individual e coletiva. Nesse ponto, vale destacar, desde já, que o presente estudo concebe os direitos fundamentais sociais como direitos a prestações em sentido estrito, de forma concatenada com o objeto de estudo, ou seja, a tutela coletiva do direito à saúde, bem como o marco teórico do Estado Social e Democrático de Direito. A partir disso, tratar-se-á sobre o direito a saúde enquanto direito fundamental positivado na Constituição Federal de 1988 - CF, discorrendo sobre sua complexidade e natureza coletiva. É importante destacar, contudo, que o direito a saúde não será abordado como um problema teórico em si, mas sim como a causa

da judicialização da saúde no Brasil e como parâmetro para oposição entre as tutelas individual e coletiva.

O segundo capítulo tratará, inicialmente, sobre o Sistema Único de Saúde enquanto política pública destinada a concretizar o direito à saúde, discorrendo acerca do Direito Sanitário e da reforma sanitária. Igualmente, serão objeto de análise a gênese, os princípios, a configuração e o financiamento do Sistema Único de Saúde. No seguir, estudar-se-á o fenômeno da judicialização, procedendo-se à sua distinção do conceito de ativismo judicial. Serão delimitadas, da mesma forma, a judicialização da política e a judicialização do direito. Ainda, realizar-se-á uma análise da judicialização da saúde no Brasil, investigando-se suas causas, características e os aspectos negativos da justiciabilidade individual. Nesse ponto, serão relacionados alguns acontecimentos relevantes para a configuração do direito à saúde no país, tais quais a Audiência Pública nº 4, o julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 pelo Supremo Tribunal Federal, a Recomendação nº 31/2010 do Conselho Nacional de Justiça e a criação do Fórum Nacional de Saúde, os Projetos de Lei nº 8.058/14 e 415/2015, bem como o recente julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1657156/RJ (Tema 106).

No terceiro e último capítulo, invocar-se-á a transindividualidade e a justiciabilidade coletiva do direito à saúde. Nesse mister, tratar-se-á sobre o processo coletivo e a tutela dos direitos transindividuais, especialmente sobre a ação civil pública e seu cabimento como instrumento para a tutela do direito à saúde. No seguir, passar-se-á ao estudo de caso da ação civil pública nº 5001439-79.2010.4.04.7204. Como referido, a opção por esse estudo de caso ocorreu porque o processo em questão, em certa medida, sintetizou todo o caminho teórico percorrido na presente dissertação, notadamente a natureza coletiva do direito à saúde e sua justiciabilidade por meio de ação civil pública. Da mesma forma, embora se trate de julgamento ocorrido no início da década, os reflexos do posicionamento então adotado pelo TRF da 4ª Região são sentidos até a atualidade. Por isso, também será apresentado o panorama atual da judicialização da saúde na Justiça Federal de Criciúma/SC, correlacionando-o ao julgamento da ACP das Insulinas.

Os dados oriundos da pesquisa no recorte local são importantes para compreensão da configuração atual da judicialização da saúde na Subseção Judiciária de Criciúma, notadamente sobre a absoluta predominância da tutela individual em detrimento da tutela coletiva. Os achados demonstrarão os reflexos negativos impostos aos atores e às instituições envolvidas no processo de judicialização da região, levando à reflexão sobre a tutela coletiva

como alternativa às numerosas ações individuais de medicamentos que tramitam na Justiça Federal de Criciúma.

## 2 ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS

Considerando tratar-se de estudo que versa sobre o direito social à saúde, a obrigação estatal de garanti-lo e a correspondente atuação do Poder Judiciário, partir-se-á, inicialmente, do marco teórico do Estado Social e do Estado Democrático de Direito. Como se verá a seguir, aquele transcendeu a mera função de garantidor das liberdades civis do anterior Estado Liberal, passando a assumir o dever de concretizar os direitos sociais por meio de políticas públicas. Dessa forma, busca-se o entendimento sobre a configuração do Estado, sobre a assunção da responsabilidade estatal pelos direitos prestacionais e sobre a dinâmica de atuação dos diferentes poderes, notadamente do Judiciário.

No seguir, objetiva-se apresentar uma abordagem, no contexto da pesquisa, acerca dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, discorrendo sobre sua diferenciação teórica e delimitando suas dimensões subjetiva e objetiva, individual e coletiva. A partir disso, tratar-se-á do direito a saúde enquanto direito fundamental positivado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB.

### 2.1 FUNDAMENTOS DO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Instituído a partir da Revolução Francesa de 1789<sup>1</sup>, o Estado Liberal Clássico do *laissez-faire* (liberalismo econômico) tinha como características a não intervenção na economia, o princípio da igualdade (formal), a tripartição de poderes (sem protagonismo do Poder Judiciário) e a Constituição entendida como norma meramente limitadora do poder estatal. O liberalismo redundava, por conseguinte, na dicotomia entre Estado e Sociedade, tanto que os direitos humanos a ele intrínsecos impunham àquele uma conduta meramente negativa.

Embora calcado no trinômio liberdade, igualdade e fraternidade, o Estado liberal significou, em verdade, a ascensão da burguesia ao poder em detrimento da nobreza, restando às classes menos abastadas – o proletariado ou quarto poder – o papel de mero coadjuvantes. Destarte, a igualdade do liberalismo clássico prevalecia tão somente no plano formal, pois se tratava de um sistema político-econômico que elegia o patrimônio como o principal direito da

---

<sup>1</sup> Série de eventos ocorridos na França no final do Século XVIII, que redundaram no fim da monarquia absolutista e na ascensão da burguesia ao poder político (BLUCHE; RIALS; TULARD, 1989).

personalidade a ser protegido pela ordem jurídica. Extrai-se, nesse sentido, da lição de Paulo Bonavides (2004b, p. 42):

Em suma, o primeiro Estado jurídico, guardião das liberdades individuais, alcançou sua experimentação histórica na Revolução Francesa. E tanto ele como a sociedade qual a idearam os teóricos desse mesmo embate, entendendo-a como uma soma de átomos, correspondem, segundo alguns pensadores, entre os quais Schmitt, tão-somente à concepção burguesa da ordem política.[...]

E, tanto antes como depois, nada mais fez do que generalizá-los doutrinariamente como ideais comuns a todos os componentes do corpo social. Mas, no momento em que se apodera do controle político da sociedade, a burguesia já se não interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens. Só de maneira formal os sustenta, uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe.

A despeito das importantes contribuições do Estado Liberal para a humanidade – dentre as quais a concepção de Estado de Direito, a tripartição de poderes e a fundamentalização de direitos humanos –, a história mostra que o *laissez-faire* redundou em graves mazelas sociais. De fato, o individualismo da época influenciou a Revolução Industrial<sup>2</sup>, fenômeno catalisador de profundas transformações na Europa, como o êxodo rural e a criação de uma grande massa de trabalhadores nos centros urbanos (STRECK E MORAIS, 2008, p. 69). Tais mudanças produziram graves consequências sociais, como a fome, as más condições de saneamento básico nos centros urbanos, as jornadas de trabalhos desumanas, o desemprego e a inexistência de direitos trabalhistas ou previdenciários. Por isso, a modernidade não cumpriu suas promessas de liberdade, igualdade e fraternidade (SARLET, 2009, p. 448).

Essas mazelas do Estado Liberal Clássico redundaram em clamor por uma mudança de paradigma, anseio que adveio tanto das deficiências estruturais do liberalismo moderno, quanto da pressão advinda do Marxismo<sup>3</sup>, da Revolução Russa<sup>4</sup> e da “ameaça do Socialismo”. Por isso, o Estado Liberal teve que se transformar a fim de garantir a própria subsistência do Capitalismo. A esse respeito, Vieira (2013, p. 139) aduz que

<sup>2</sup> Processo de transformação ocorrido na Europa nos séculos XVIII e XIX que envolveu a substituição do trabalho artesanal pelo assalariado e a utilização da máquina a vapor em larga escala (HUBERMAN, p. 183, 1981).

<sup>3</sup> Conforme Wolkmer (2004), “[...] a doutrina formulada por Karl Marx (o chamado socialismo científico) a de maior influência sobre os movimentos revolucionários e sobre as lutas dos movimentos operários”, pautada “na práxis e no intento revolucionário para o projeto de libertação do homem e de emancipação da sociedade”.

<sup>4</sup> Série de eventos ocorridos na Rússia em 1917, dos quais resultou o estabelecimento do controle do poder pelo partido bolchevique e a criação da União Soviética (GOMES, 2018).

O século XIX, ao mesmo tempo em que representou a consolidação do projeto moderno capitalista, também trouxe a lume a crise social que o abstencionismo do Estado Liberal gerou. Essa realidade, ressaltada pela exploração laboral na esteira da Revolução Industrial, geraria as condições para o questionamento do Estado Liberal e do sistema econômico capitalista como modelo hegemônico.

Conforme Novais (2006, p. 180 e 182), no final do século XIX, os países liberais passaram a implementar incipientes medidas estatais de cunho assistencialista e trabalhista, para frear os "excessos mais chocantes do capitalismo selvagem". Todavia, a efetiva mudança de postura quanto à configuração do Estado se deu apenas com o advento da Primeira Guerra Mundial, conflito bélico gerado pelas próprias contradições do sistema liberal, as quais criaram a necessidade de maior intervenção estatal. Garcia-Pelayo (2009, p. 6) converge no mesmo sentido, ao referir que o Estado Social “significa, historicamente, a tentativa de adaptação do Estado tradicional (pelo que entendemos, neste caso, o estado liberal burguês) às condições sociais da civilização industrial e pós-industrial”. Para o autor espanhol, o Estado Social sucedeu ao Estado Liberal como a nova modalidade de governo nos países neocapitalistas tanto por “exigência ética” quanto por “necessidade histórica”. Isso ocorreu porque a nova configuração de Estado se fez necessária para corrigir as disfunções da sociedade industrial competitiva, na medida em que apenas suas reformas sociais poderiam evitar a revolução e alteração do paradigma de poder. Esping Andersen e Myles (2009) convergem nesse entendimento, referindo que as estruturas do Welfare State foram estabelecidas por conservadores que, primariamente, buscavam reproduzir – não alterar – as hierarquias sociais prevalentes<sup>5</sup>.

Como resultado dessas transformações exsurgiu o Estado Social, consubstanciado em um modelo intervencionista, ao qual, além da garantia dos direitos de primeira dimensão, também se impunha uma atuação positiva, a fim de propiciar o gozo dos direitos de segunda dimensão<sup>6</sup>, relacionados à saúde, à educação, ao trabalho, à assistência social e outros. Nesse aspecto, aliás, Bonavides (2004b, p. 17) estatui que o Estado Social promoveu os direitos das quatro gerações ou dimensões. Para ele

[...] o Estado social contemporâneo compreende direitos da primeira, da segunda, da terceira e da quarta gerações numa linha ascendente de desdobramento conjugado e contínuo, que principia com os direitos individuais, chega aos direitos sociais,

<sup>5</sup> A quick historical glance at social reform will dispel of any notion that the welfare state was pursued for egalitarian reasons. Its foundations were typically laid by conservative reformers who, like Bimarck, sought primarily to reproduce, rather than to alter, prevailing social hierarchies. When the opportunity arose, socialists pushed for social policies that would better the conditions of workers, eliminate poverty, and equalize opportunities.

<sup>6</sup> Os direitos humanos e suas dimensões serão objeto de estudo no capítulo 3, item



prossegue com os direitos da fraternidade e alcança, finalmente, o último direito da condição política do homem: o direito à democracia.

Segundo Novais (2006, p. 179), esse novo modelo de Estado constitucional configurou-se, originariamente, na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar na Alemanha em 1919.

Originada da Revolução Mexicana de 1910 e inspirada nos ideais do anarcossindicalismo europeu do final do Século XIX – especialmente da Rússia (COMPARATO) –, a carta constitucional do México pela primeira vez positivou o Estado Social, instituindo expressamente o intervencionismo estatal:

Artículo 25.- Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral, que fortalezca la soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución. El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará al cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución<sup>7</sup> (MÉXICO, 1917).

A Constituição mexicana também inovou ao estabelecer em seu texto várias garantias de ordem trabalhista no artigo 123 (MÉXICO, 1917), bem como ao reconhecer o caráter fundamental do direito à saúde no artigo 4º (MÉXICO, 1917). Embora seu texto tenha sofrido diversas alterações, a importante carta constitucional mexicana continua a vigor até os dias de hoje, tendo completado 100 anos de existência em 2017.

A Constituição de Weimar de 1919, por sua vez, adveio do auge da crise do Estado Liberal na Europa após a Primeira Guerra Mundial. Essa realidade foi vivenciada mais sensivelmente na Alemanha, por conta da derrota no conflito bélico e da assinatura do Tratado de Versalhes, que lhe onerou com severas e gravíssimas imposições financeiras. Consubstanciada na carta política da República de Weimar, a inovadora Constituição alemã estabeleceu a competência do *Reich* para legislar sobre assistência social, cuidados em saúde, legislação trabalhista, seguro, proteção aos trabalhadores, nacionalização dos recursos naturais e empreendimentos econômicos (PINHEIRO, 2006). O documento também instituiu uma economia organizada com base no princípio da justiça, tendo o objetivo de atingir uma

<sup>7</sup> O Estado é responsável por governar o desenvolvimento nacional para assegurar que seja abrangente, que fortaleça a soberania da Nação e seu regime democrático e que, ao promover o crescimento econômico e o emprego, uma distribuição mais justa de renda e riqueza, o exercício pleno da liberdade e dignidade de indivíduos, grupos e classes sociais, cuja segurança protege esta Constituição. O Estado planejará, conduzirá, coordenará e orientará a atividade econômica nacional e executará a regulamentação e promoção de atividades que exijam o interesse geral no âmbito das liberdades concedidas por esta Constituição. (tradução nossa)

vida digna para todos. Todavia, o Estado Social da Constituição de Weimar possuiu vida curta, pois a Alemanha vivenciou grave crise econômica e instabilidade política nos anos subsequentes, cenário que, impulsionado pela quebra da Bolsa de Valores de Nova York em 1929 (GALBREITH, 2010), proporcionou a ascensão do Partido Nazista<sup>8</sup> ao poder em 1933, sob o comando de Adolf Hitler.

De toda sorte, a par das precursoras experiências mexicana e alemã, o Estado Social se desenvolveu com maior contundência a partir da Segunda Guerra Mundial, quando os direitos sociais passam a ser ampliados e estendidos (VIEIRA, 2013, p. 147). Nesse norte, para Garcia-Pelayo (2009, p. 5), a primeira constitucionalização dessa forma de Estado ocorreu com a Lei Fundamental da República Federal Alemã (Lei Fundamental de Bonn), em 1949, cujo artigo 20 remetia a um “Estado federal, democrático e social” (ALEMANHA, 1949). O jurista espanhol leciona, ainda, que as políticas sociais dos países industrializados passaram, a partir desse novo modelo estatal, a contemplar não apenas as classes trabalhadoras, mas também toda a coletividade, por meio de ações voltadas ao bem-estar geral, nas áreas da cultura, lazer, educação e meio-ambiente. Dessa forma, enquanto o Estado Liberal do Século XIX realizava medidas fiscais para, sazonalmente, corrigir deficiências transitórias de um sistema que – supostamente – se autorregulava, o Estado Social passou a adotar no Século XX uma política permanente de direcionamento do sistema econômico, arvorando-se como “regulador decisivo do sistema social” (GARCIA-PELAYO, 2009, p. 11).

Fixados os precedentes históricos e os principais contornos do Estado Social, enumeram-se os caracteres nele referidos por Bonavides (2004b, p. 186):

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede o crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidade individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência do seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área da iniciativa individual, nesse instante o Estado pode com justiça receber a denominação de Estado social.

Vale destacar, conquanto alguns valores do Estado Liberal tenham sido mantidos pelo Estado Social<sup>9</sup>, para que este atinja seu fim, diferentemente do que ocorria naquele

<sup>8</sup> Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães.

<sup>9</sup> Como referido acima, o Estado de Direito, a tripartição de poderes e a fundamentalização de direitos humanos.

modelo, faz-se necessário proporcionar a criação de condições que garantam livre e igual desenvolvimento da personalidade individual. Para tanto, segundo Novais (2006, p. 200), as garantias individuais devem ser (a) fundamentalizadas por meio de sua constitucionalização, (b) interpretadas segundo o princípio da socialidade e (c) entendidas como valores que se impõem a toda a Sociedade, não apenas ao Estado (eficácia horizontal). Por isso, para o jurista português, o Estado Social é impregnado de uma “intenção material” (NOVAIS, 2006, p. 212), que se revela em um caráter axiológico e metapositivo. Isso significa dizer que o Estado Social não deve intervir na sociedade para proteger os direitos fundamentais por mera obediência formal à Constituição escrita, mas sim por observância àquele princípio material, cuja base é a dignidade da pessoa humana.

Nos dizeres de Esping-Andersen et al (2001, p. 15), o Estado Social adveio de uma verdadeira reconfiguração do contrato social entre o Estado e a sociedade, na qual a questão social pautava o clamor por reformas. Segundo ele:

The 1930s and 1940s were a watershed in welfare state history precisely because the hardships of the Depression and war called for a new social contract between government and citizens. In that epoch, the urgency of reform was couched in terms of the ‘social question’ and the industrial class divide. The most notable achievements were progressive taxation, educational expansion, pension improvements, income maintenance, health care and job protection. The promise of more equality between the social classes was translated into a set of social citizenship guarantees. Some, like universal health care and education, spoke to the ‘people’, others were targeted on specific risks or life cycle phases. The single most important among the latter was, no doubt a new, inter-generational, retirement contract<sup>10</sup>.

À guisa de reflexão, contudo, a despeito do inegável valor do Estado Social no pertinente à garantia dos direitos humanos, notadamente daqueles de natureza prestacional, não se pode adotar uma visão romanceada de seus objetivos e repercussões. De fato, tal forma de Estado também funcionou como instrumento de dominação de classes, como admite Garcia-Pelayo (2009, p. 4), porquanto as concessões sociais deferidas às camadas populares constituíam meio para manutenção do próprio sistema capitalista (reforma X revolução). Aliás, a política de assistência social ampla na Europa, após a Segunda Guerra Mundial, só foi

---

<sup>10</sup> As décadas de 1930 e 1940 foram um divisor de águas na história do welfare state justamente porque as dificuldades da Depressão e da guerra exigiam um novo contrato social entre o governo e os cidadãos. Naquela época, a urgência da reforma era expressa em termos da "questão social" e da divisão da classe industrial. As realizações mais notáveis foram a tributação progressiva, a expansão educacional, a melhoria das aposentadorias, a manutenção da renda, a assistência médica e a proteção ao emprego. A promessa de maior igualdade entre as classes sociais foi traduzida em um conjunto de garantias de cidadania social. Alguns, como a universalização do acesso à saúde e a educação, eram direcionadas ao ‘povo’, outras foram direcionadas para riscos específicos ou fases do ciclo de vida. O mais importante entre estas, sem dúvida, foi um novo contrato de aposentadoria intergeracional. (tradução nossa)

possível devido ao enorme volume de recursos oriundos dos países capitalistas subordinados, dentre os quais o Brasil. Na época, tais recursos foram cooptados pelos países europeus e pelos EUA na forma de lucros e royalties de empresas transnacionais situadas nos países periféricos, agravando o desnível econômico entre aqueles e estes (VIANA, 1996).

### **2.1.1 Estado social: uma categoria polissêmica**

Antes de tratar, efetivamente, sobre as diferentes concepções de Estado Social e seus conceitos afins, cumpre distingui-lo do Estado Socialista. A principal diferença entre essas formas de Estado é que aquele, ao contrário deste, configura-se dentro do próprio sistema capitalista. Em outras palavras, portanto, o Estado Social nada mais é do que o resultado das transformações pelas quais passou o Estado Liberal clássico a fim de perpetuar o capitalismo como sistema vigente. No socialismo, em contrapartida, a transformação do Estado é mais profunda, pois visa a remover o poder capitalista, a assumir o controle dos meios de produção e a limitar a esfera de atuação da iniciativa privada (BONAVIDES, 2004b, p. 186). Vieira assim o preceitua (2013, p. 144):

Um ponto a ser ressaltado é que o Estado Social não rejeita o modo de produção capitalista e nem é uma etapa em direção a uma sociedade socialista. O seu objetivo é atenuar as desigualdades sociais ocasionadas pelo individualismo liberal. Caracteriza-se numa alteração do originário Estado Liberal, conservando a matriz econômica capitalista como hegemônica.

Nesse mesmo sentido, estatui Paulo Bonavides (2004b, p. 184):

O Estado social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal. Seus matizes são riquíssimos e diversos. Mas algo, no Ocidente, o distingue, desde as bases, do Estado proletário, que o socialismo Marxista intenta implantar: é que ele conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio Cardeal a que não renuncia.

Impõe-se delimitar, por outro lado, a distinção entre o Estado Social e os conceitos de Estado Assistencial e de Estado Providência. Estes possuem um significado mais restrito, referindo-se à função estatal de assegurar “por meio de subvenções e subsídios um mínimo de subsistência vital aos que nela se encontram, ou de prevenir a eventualidade dessas situações através do estabelecimento generalizado de um sistema de seguros, de saúde e de assistência social.” (NOVAIS, 2006, p. 188). O Estado Social também absorve as funções de cunho assistencialista e protetivo, porém possui significado mais amplo, na medida em que se

refere à própria configuração do poder político, advindo da efetiva participação da sociedade em seu exercício (princípio democrático). Nele, conseqüentemente, dá-se um processo recíproco de “estadualização da sociedade” e de “socialização do Estado” (NOVAIS, 2006, p. 190).

Não menos importante é a diferenciação entre o Estado Social e o Welfare State (Estado de Bem-Estar Social). Do ponto de vista histórico, essas formas de Estado se distinguem porque o Estado Social teve sua gênese no início do Século XX, impulsionado especialmente pela Revolução Mexicana de 1910 e pela Revolução Russa de 1917. O Welfare State, distintamente, tem como nascedouro o Plano Marshall de 1947<sup>11</sup>. Outrossim, do ponto de vista territorial, o Estado Social formou-se em diversos países da Europa e, inclusive, da América Latina, ao passo que o Welfare State foi formulado nos EUA e na Inglaterra. Além disso, essas duas concepções de Estado desenvolveram-se desde processos desiguais de criação. Nesse norte, o Estado Social adveio como produto natural e necessário da conjuntura de crise vivenciada nos países capitalistas no primeiro quartel do Século XX. O Welfare State, opostamente, resultou de criação acadêmica na área da economia, baseada, principalmente, no Beveridge Report<sup>12</sup> inspirado na teoria de Keynes (GARCIA-PELAYO, 2009, p. 8; MARTINEZ, 2005). Aliás, esta é a diferença mais sensível entre o Estado Social e o Welfare State: este configurou mera estratégia econômica, adotada para fins de estabilização dos desvios e disfunções do sistema capitalista; aquele, por sua vez, visou a modificar a própria ordem social, política e jurídica, não apenas com reflexos no subsistema econômico, mas também no pertinente às relações de poder e na interação entre Estado e sociedade. Basta referir, nesse sentido, que o Welfare State nunca redundou na formação de qualquer carta constitucional, ao passo que o Estado Social foi positivado em diversas Constituições, como visto acima.

Feitas tais distinções, cumpre ressaltar que o Estado Social se conforma a diversas configurações políticas. A título de exemplo, Bonavides (2004b, p. 184) reconhece seus caracteres na Alemanha nazista, na Itália fascista, na Espanha franquista, em Portugal salazarista, na Inglaterra de Churchill e nos Estados Unidos de Roosevelt. Igualmente, Esping-Andersen e Myles (2007, p. 2) lecionam que os diferentes modelos do Welfare State adotados nos diversos países da Europa resultaram em políticas redistributivas distintas,

---

<sup>11</sup> Programa de Recuperação Europeia idealizado pelos Estados Unidos ao fim da Segunda Guerra Mundial, nomeado após o então Secretário De Estado norte-americano, George Marshall.

<sup>12</sup> Documento de 1942 que dispôs sobre serviços sociais e pleno emprego na Inglaterra.

gerando maior ou menor igualdade de renda e oportunidade<sup>13</sup>. Vieira (2013, p. 144) também detecta tais variáveis, inclusive em um recorte histórico-temporal:

Um ponto a ser destacado é que não houve um único modelo de Estado Social e nem a sua implantação no mesmo período nos diversos Estados que o adotaram. Assim, temos como exemplo a concepção europeia que já possui as suas bases desde o século XIX dentro do cenário da lutas sociais frente ao contexto de um capitalismo avançado; a latino-americana, que, em sua origem, esteve inserta na realidade de governos autoritários, vindo a reconhecer direitos sociais (em diversas situações, de forma parcial) no contexto de um capitalismo periférico e dependente e de um modelo corporativo e centralizador e de restrição da organização social, inclusive da democracia liberal partidária; até a existência de Estados que não o conheceram.

Novais (2006, p. 216) também se opõe à visão reducionista do Estado Social, negando sua vinculação a uma só forma de governo e conformando-o a distintos quadros políticos. Para o autor português

[...] o Estado Social de Direito afirma-se como quadro aberto a uma pluralidade de concretizações, na medida em que, sem prejuízo da comum intenção de realizar os valores da autonomia individual, a exigência de socialidade é susceptível de, a seu modo, ser realizada em cada uma das seguintes variantes: num Estado que, assumindo a concepção da sociedade como um objecto carente de conformação, reduz a intervenção económica e social a um mínimo compatível com a manutenção do *statu quo* e a repartição de bens existentes (<<neo-capitalismo liberal>>); num Estado que se proponha influenciar profundamente a distribuição de bens e o funcionamento dos mecanismos de mercado, sem transformar a natureza essencial das relações de produção e o regime jurídico da titularidade privada dos meios de produção (<<capitalismo social>>); num Estado que faça da reconstrução sistemática dos fundamentos económicos e sociais da comunidade, em ordem à socialização progressiva dos meios de produção, condição e pressuposto da realização integral da intenção de socialidade e dos direitos fundamentais do homem (<<democracia social>> ou <<socialismo democrático>>)<sup>14</sup>.

Como visto, portanto, o Estado Social é uma categoria ampla, que, assim, engloba todos os conceitos operacionais acima citados, porém os transcende, pois, a par de suas funções e caracteres, tem como núcleo a liberdade material e o princípio democrático, que serão abordados nos tópicos seguintes.

<sup>13</sup> “All this considered, we need to be especially attentive to three basic issues. One, welfare states embrace distinct redistributive principles, some of which may promote more equality of outcomes or of opportunities, while others may actually work in the opposite direction”. “Tudo isso considerado, precisamos estar especialmente atentos a três questões básicas. Primeiro, os estados de bem-estar adotam princípios redistributivos distintos, alguns dos quais podem promover mais igualdade de resultados ou de oportunidades, enquanto outros podem, na verdade, funcionar na direção oposta.” (tradução nossa)

<sup>14</sup> Os textos em português de Portugal serão mantidos no original sem tradução.

### 2.1.2 A liberdade material

A compreensão do Estado Social pressupõe uma breve definição do conceito de liberdade, especialmente no tocante à sua diferente conotação no Estado Liberal clássico. Com efeito, nos dizeres de Garcia-Pelayo,

No geral, toda liberdade é liberdade de algo para alg Portanto, cada época histórica e/ou cada camada ou grupo social deve encarar de frente o problema de saber perante que coerção concreta deve postular-se a liberdade: Frente à coerção do senhor? Frente à coerção das oligarquias gremiais? Frente à do Estado? Frente à necessidade econômica sustentada sobre uma organização político-social?

Benjamin Constant, em seu clássico texto *The liberty of the ancients compared with that of the Moderns*<sup>15</sup> (CONSTANT, 1819), tratou sobre as diferenças entre a liberdade dos povos antigos e dos modernos, bem como sobre os respectivos reflexos na França após a Revolução de 1789. Nele, o pensador francês atribuiu aos antigos – egípcios, gregos, romanos e gauleses – o entendimento da liberdade em seu sentido político, da qual resultava soberania nos espaços públicos de discussão e escravidão nas relações privadas. Já para os modernos – entendidos como os europeus nos Séculos XVIII e XIX –, predominava a valorização da liberdade individual, o que repercutia em soberania política aparente e independência na vida privada. Para Constant, essa noção moderna da liberdade relacionava-se intrinsecamente ao individualismo e ao poder econômico advindo do comércio, o qual, segundo ele, superava o próprio poder político e militar. Segundo Bonavides (2004b, p. 145), o escrito de Benjamin Constant sintetiza os ideais do liberalismo, pois,

Se algum documento há de reivindicar na Historia o titulo de manifesto político do liberalismo, será este, incontestavelmente, o discurso de Constant sobre a liberdade dos antigos comparada com a dos modernos.

Ali, a teoria política do liberalismo retoma, em poucas páginas, a certeza de suas energias ideológicas e se afirma na precisão incomparável de uma formula que a identifica doutrinariamente, sem qualquer eiva de equívoco.

Desse modo, no Estado Liberal, a liberdade cingia-se na exaltação do indivíduo e de sua personalidade, com desprezo à intervenção estatal – salvo naqueles casos em que o mercado demandava seu auxilio para fins de estabilização. Assim, além de seu cunho individualista, a liberdade era concebida em um aspecto meramente formal, transfigurando-se

---

<sup>15</sup> A liberdade dos antigos comparada à dos modernos, texto desenvolvido por Benjamin Constant a partir de palestra proferida no Athénée Royal de Paris, no ano de 1819.

em verdadeira ideologia da classe detentora da supremacia econômica da época. Realmente, na racionalidade hegemônica liberal, o dualismo cartesiano do *ego cogitum* não representava mero devaneio, mas possuía fins instrumentais de dominação. Ora, se apenas o “pensar” importava, o único direito humano que deveria ser protegido pelo Estado era a liberdade (formal), a fim de que cada indivíduo pudesse exercer o seu *cogitum*. As condições materiais para tanto (saúde, alimentação, moradia), nessa perspectiva, não eram classificadas como objeto dos direitos humanos, pois cada pessoa deveria se esforçar para, egoisticamente, garantir para si e sua família condições melhores de vida. A dignidade humana, nessa lógica, não era responsabilidade da comunidade, mas dos próprios indivíduos (HERRERA FLORES, 2009; MARTÍNEZ, 2015).

Todavia, a liberdade assim entendida e protegida restringia-se ao plano meramente formal, uma vez que a liberdade política é irreal se não vem acompanhada pela liberdade em relação às dependências econômicas (GARCIA-PELAYO, 2009, p. 43). Esse foi exatamente o caso no Estado Liberal em geral, pois, como referido anteriormente, o *laissez-faire* redundou em graves mazelas sociais, especialmente a fome e as más condições de saneamento básico nos centros urbanos. Nesse contexto, mostra-se razoável classificar uma pessoa que passa fome como livre? Sem alimento e sem saúde, liberdade de que e para quê? Essa posição vai ao encontro da teoria de Bonavides (2004b, p. 61), para quem o conceito de liberdade do Estado Liberal mostrar-se-ia correto se todos os homens fossem dotados de igual capacidade. Contudo, como a igualdade no liberalismo ocorria apenas no plano formal, em uma abstração que acobertava as desigualdades de fato, o discurso de liberdade convertia-se em um salvo-conduto para que os mais abastados oprimissem os fracos. Segundo o jurista brasileiro, ainda,

Tanto a filosofia política da esquerda como a da direita chegaram a esse resultado comum: a superação da liberdade qual a conceitual outrora o liberalismo, sem a consideração dos fatores econômicos, reconhecidos, hoje, como indispensáveis à prática da verdadeira liberdade humana.

Vã, por conseguinte, a esperança de reprimir a rotação idealista do progresso, a esperança de reprimir a rotação Idealista do progresso, a busca necessária de uma liberdade e de uma democracia esteada em postulados de justiça social e econômica. (BONAVIDES, 2004b, p. 62)

Pautado nesses conceitos de justiça social e econômica, o progressivo desenvolvimento do Estado Social outorgou à liberdade uma nova conotação, progredindo de um aspecto meramente formal para uma significação material. Assim, “ontem, a liberdade impetrava o acréscimo da igualdade; hoje, a igualdade impetra o acréscimo da liberdade,



acréscimo material, tudo isso com o objetivo de fazer ambas concretas, tanto a liberdade como a igualdade” (BONAVIDES, 2004b, p. 14/15). Para Alexy (2008, p. 503-505), a liberdade jurídica, ou seja, a permissão jurídica de fazer ou não algo, é desprovida de valor se não vier acompanhada da liberdade fática (real), cujo exercício pressupõe, por exemplo, que o indivíduo não viva abaixo do mínimo existencial, não esteja condenado ao desemprego diuturno e nem tampouco esteja alienado da vida cultural de seu tempo. Trata-se, enfim, de proporcionar as condições mínimas para o exercício da liberdade.

Novais (2006, p. 198/199) insere nessa equação o princípio da socialidade, consistente na “vinculação jurídica do Estado no sentido de uma intervenção positiva destinada a criar as condições de uma real vivência e desenvolvimento da liberdade e personalidade individuais”. Desse modo, o Estado não funciona como mero limitador externo da liberdade, mas sim como seu elemento constitutivo, pois a ele incumbe outorgar as condições necessárias para que os cidadãos sejam materialmente livres. Trata-se, dessa forma, da busca de emancipação baseada no princípio da dignidade humana (liberdade material), não da propriedade burguesa (liberdade formal).

## 2.2 DO ESTADO SOCIAL AO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

Na lógica liberal, ao Estado incumbia apenas a defesa do indivíduo contra a autoridade, o que favorecia as aspirações da classe economicamente dominante naquela época, a burguesia. Paulo Bonavides, ao referir-se à base ideológica daquele sistema, classificava-o como ode à tutela do indivíduo e da propriedade privada, “premissa essencial do sistema capitalista.” (BONAVIDES, 2004b, p. 168).

Todavia, ao fixar as bases ideológicas do Estado Social, Bonavides reporta-se, com contundência, à filosofia de Jean Jacques Rousseau, notadamente ao seu resgate da democracia grega como ação política pertencente a todos, sem distinção de classes (2004b, p. 166). Trata-se da *volonté générale*<sup>16</sup>, consubstanciada na prevalência da soberania popular e na cessão da liberdade individual para a própria coletividade, não para uma autoridade individual ou um determinado grupo de indivíduos. Assim, conquanto a exegese da teoria rousseauiana possa redundar em sua associação a regimes totalitários ou ao próprio liberalismo, a vontade geral é a base instrumental política do próprio Estado Social, mormente

---

<sup>16</sup> Vontade geral (tradução nossa).

em sua vertente ocidental, pois permite “acesso a um socialismo moderado, por via democrática.” (BONAVIDES, 2004b, p. 170, 171 e 175)

Vale ressaltar, no entanto, que a democracia idealizada para o Estado Social se distingue daquela do Estado Liberal. A valer, enquanto a democracia formal do liberalismo se exercia por meio do sufrágio censitário, cujo acesso era franqueado apenas aos membros de determinada classe, no Estado Social a democracia busca assumir um caráter material, mediante a universalização do sufrágio. Em tal cenário, por conseguinte, a vontade popular, antes exercida apenas formalmente no liberalismo clássico, passa a ser impor de maneira concreta, com a participação de todos.

Novais (2006, p. 183) coaduna desse entendimento, esclarecendo que o Estado Social não implica apenas em mero intervencionismo, mas sim em uma nova configuração e interação nas relações entre Estado e sociedade. Trata-se, desse modo, de vinculação ao princípio democrático, em que o cidadão não é apenas receptor de políticas públicas, mas participante ativo de sua elaboração. A esse respeito, como refere Garcia-Pelayo (2009, p. 35), o que caracteriza o Estado Social não é a função assistencial nem a política de bem-estar, porém sua própria configuração global. Trata-se, nessa ótica, de uma democracia social que reivindica a socialização do Estado, a fim de que os cidadãos participem da formação de sua vontade política, bem como da distribuição e atribuição de bens e serviços. Sobre o princípio democrático, Novais (2006, p. 213) estatui que

É exactamente neste plano que a dimensão democrática do Estado de Direito adquire a maior relevância, já que, numa sociedade politicamente heterogénea, pluralista, atravessado por profundos conflitos sociais e dissensões ideológicas, não se pode pretender – a não ser recorrendo a soluções autoritárias, excluídas por definição – chegar a uma decisão unívoca e consensual sobre esta matéria. Um acordo mínimo só é possível em torno da remissão deste problema (o da determinação da forma política mais adequada realizar a axiologia da dignidade da pessoa humana) para a decisão popular democraticamente expressa nos seus momentos constituinte (originário e derivado) e constituído.

Consequentemente, o Estado Social de Direito possui uma intenção material que supera o reducionismo formalista do Estado Liberal e o entendimento de que o Direito é tão somente criação do Estado, o que se revela nos valores que persegue e na dimensão social de sua atividade. Garcia-Pelayo caracteriza o Estado Social em tais termos (2009, p. 35):

Porém, por Estado Social devemos entender não apenas uma configuração histórica concreta, mas também um conceito claro e distinto frente a outras estruturas estatais. Por isso, precisamos considerá-lo como um sistema democraticamente organizado, ou seja, como um sistema onde a sociedade não só participa passivamente como receptora de bens e serviços. Trata-se de um sistema em que, através de suas

organizações, a sociedade é parte ativa na formulação da vontade geral do Estado, bem como na construção das políticas distributivas e de outras prestações estatais. Dito de outro modo, qualquer que seja o conteúdo social, sua atualização precisa vincular-se a um processo democrático, mais complexo, certamente, do que a simples democracia política, uma vez que ele deve estender-se a outras dimensões.

Com base nessas premissas, ou seja, do entendimento do Estado Social como um sistema democraticamente organizado, exsurge a ideia de Estado Democrático de Direito.

Nesse ponto, cumpre tratar, ainda que brevemente, sobre o conceito de Estado de Direito, o qual, conforme Streck e Morais (2008, p. 91), não se consubstancia em um modelo institucional de pura legalidade formal, mas sim de conteúdo. Estado e Direito, nessa perspectiva, são elementos "complementares e interdependentes", numa dinâmica em que àquele cabe o pretense monopólio e aplicação deste. Da mesma forma, embora a estrutura formal jurídica esteja incorporada de forma relevante no Estado de Direito, este não constitui apenas um Estado Legal, porquanto também se pauta e intervém na realidade social e política. É, nos dizeres de Streck e Morais (2008, p. 93), "uma concepção de fundo acerca das liberdades públicas da democracia e do papel do Estado, o que constitui o fundamento subjacente da ordem jurídica". Por tal motivo, o Estado de Direito assumiu diferentes identidades na medida das sucessivas transformações políticas, sociais econômicas que ocorreram a partir do final do Século XVIII, especialmente na Europa.

De fato, como referido anteriormente, o primeiro modelo de Estado de Direito foi concebido segundo a matriz liberal. Naquele momento, as estruturas jurídicas do Estado Liberal – como o império da lei, a tripartição poderes e as garantias individuais – não constituíam um fim em si mesmas, mas sim instrumento do ideário então preponderante, relacionado ao individualismo e à liberdade de atuação dos indivíduos ante um Estado mínimo.

Posteriormente, o Estado de Direito passou a sofrer influência das preocupações e clamores da questão social, as quais, como apontado acima, produziram relevantes transformações e redundaram na formação do Estado Social. Neste, às mencionadas estruturas jurídicas se antepôs um novo conteúdo axiológico-político, baseado em exigências sociais. Em tal perspectiva, o mesmo Estado de Direito, anteriormente reduzido a um papel mínimo, passou a assumir o protagonismo nas tentativas de solucionar as mazelas sociais, consubstanciando-se em um Estado interventor. Essas transformações influenciaram, inclusive, a própria estrutura jurídica, que, do caráter geral e abstrato intrínseco à legislação no Estado Liberal, passou a apresentar caráter específico e concreto, atuando em setores específicos da sociedade (STRECK E MORAIS, 2008, p. 97).

O Estado Social e Democrático de Direito, por sua vez, possui estrutura similar à do modelo clássico liberal, com suas garantias jurídico-legais, e também é dotado da preocupação social intrínseca ao Estado Social. Vale ressaltar que se adota, aqui, a nomenclatura conferida por Novais (2006, p. 218), para quem o Estado Social e Democrático de Direito é

[...] conceito que exprime a limitação e vinculação jurídica do Estado com vista à garantia dos direitos fundamentais do homem e à promoção das condições do livre e autónomo desenvolvimento da personalidade individual - acolher e integrar juridicamente as transformações económicas e sociais democraticamente decididas e, com tal alcance, constituir-se em princípio estruturante da ordem constitucional das sociedades democráticas contemporâneas.

Porém, essa nova forma de Estado vai mais além, pois visa a incorporar, concretamente, o princípio democrático como seu elemento constitutivo, de forma a garantir a justiça social e a efetiva participação do povo no controle das decisões estatais. Conforme Silva (2005, p. 118)

Conclui-se daí que a igualdade do Estado de Direito, na concepção clássica, se funda num elemento puramente formal e abstrato, qual seja, a generalidade das leis. Não tem base material que se realize na vida concreta. A tentativa de corrigir isso, como vimos, foi a construção do Estado Social de Direito, que, no entanto, não foi capaz de assegurar a justiça social nem a autêntica participação democrática do povo no processo político.

Realmente, como também asseveram Streck e Moraes (2008, p. 97), mesmo sob a égide do Estado Social, a questão da igualdade não obteve solução, motivo pelo qual se desenvolveu o novo conceito de Estado Social e Democrático de Direito. Este novo modelo contempla as conquistas democráticas, as garantias legais e a preocupação social supracitadas, mas também tem por mister essencial a “transformação do status quo”.

Nesse norte, o Estado Social e Democrático de Direito se caracteriza por alguns princípios, quais sejam, (a) da constitucionalidade: vinculação a uma Constituição rígida emanada da vontade popular; (b) da organização democrática da sociedade; (c) do sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos; (d) da justiça social: intenção de corrigir desigualdades no corpo social; (e) da igualdade: em seu sentido material, transcendendo a igualdade formal do modelo liberal; (f) da divisão de poderes; (g) da legalidade; e (h) da segurança jurídica (STRECK e MORAIS, 2008; SILVA, 2005). Portanto,

O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir

simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, apropriando-se do caráter incerto da democracia para veicular uma perspectiva de futuro voltada à produção de uma nova sociedade, onde a questão da democracia contém e implica, necessariamente, a solução do problema das condições materiais de existência" (STRECK E MORAIS, 2008, pp. 97/98).

Note-se, a colocação da ordem econômica e social em função do Estado, para consecução de seus fins materiais, não importa em renúncia ou cerceamento da autonomia individual. Em verdade, a importância da personalidade individual persiste no Estado Social e Democrático de Direito, porém não mais com base na predominância do direito à propriedade, como ocorreu no Estado Liberal, mas sim da dignidade humana como critério e limite jurídico e ético. Dessa forma, o Estado Social e Democrático de Direito não promove a vontade popular a princípio absoluto, pois limita seu poder na autonomia individual e na dignidade da pessoa humana (NOVAIS, 2006, p. 211). Além desses limites, as arbitrariedades também são evitadas pela salvaguarda do Poder Judiciário, ao qual incumbe intervir como elemento estabilizador, em um espectro de atuação mais amplo daquele vigente no Estado Liberal, no qual o papel do juiz era reduzido ao silogismo jurídico.

Deve-se ressaltar, contudo, a concretização do ideário democrático acima delineado encontra diversos obstáculos, razão pela qual se pode dizer que o Estado Social e Democrático de Direito representa um intento de vir a ser. Nesse sentido, conforme o magistério de Dallari (2011, pp. 302-305), o ideal dessa concepção de Estado é possível de ser atingido, mas, para tanto, pressupõe a eliminação da rigidez formal, a fim de atender à concepção de valores do povo. Não prescinde, igualmente, da supremacia da vontade da coletividade, de forma que os próprios governados decidam sobre as diretrizes fundamentais do Estado, com a ressalva de que a vontade popular seja livremente formada e externada. Ainda, faz-se necessária a preservação da liberdade, não apenas individual e egoística, mas sim da liberdade social, do homem situado. Da mesma forma, impõe a preservação da igualdade substancial, que transcende o conceito de liberdade meramente formal. Enfim, em síntese, pode-se dizer que o Estado Social e Democrático de Direito tem por base os mesmos princípios que o Estado Social idealizou, todavia não realizou.

Deve-se ressaltar, contudo, que os anseios de justiça social do Estado Social e Democrático de Direito, mesmo quando expressamente positivado em cartas constitucionais, encontram fortes obstáculos de ordem prática, como a insuficiência de recursos e a falta de vontade política. Aliás, no Brasil, a discrepância entre a estrutura normativa de direitos e sua

efetiva garantia concreta dá azo a uma intensa cultura de judicialização, que será objeto de estudo no próximo capítulo.

Além das limitações de recursos para a busca por justiça social, o princípio democrático acima estudado – ou seja, a referida participação do povo no controle das decisões estatais – é de difícil aplicação prática. De fato, embora o Estado Social tenha propiciado a universalização do sufrágio, não se pode dizer que as democracias da atualidade proporcionem a efetiva participação da população nos processos políticos. Nesse norte, conquanto não se trate do objeto do presente estudo, pode-se dizer que, mesmo com o voto universal, a representatividade dos eleitores é virtual, com vigência de uma democracia meramente formal<sup>17</sup>. Nesse giro, Boaventura de Souza Santos e Leonardo Avritzer (2002, p. 42), ao tratarem sobre a “expansão global da democracia”, remetem à dupla patologia da “representação e participação”. Segundo esses autores, a população não se sente representada pelos agentes políticos eleitos (patologia da representação) e, com isso, passa a, gradativamente, abster-se de participar dos processos eleitorais (patologia da participação). Além disso, o sistema representativo atualmente predominante nos países democráticos também acaba por restringir a participação popular apenas aos períodos eleitorais, com completa alienação política no restante do tempo. Tal constatação leva ao próprio questionamento da qualidade da democracia, como leciona Morlino (2015, p. 179), para quem uma boa democracia é “[...] aquela que apresenta uma estrutura institucional estável que realiza a liberdade e a igualdade dos cidadãos por meio do funcionamento legítimo e correto de suas instituições e mecanismos”.

De toda sorte, a par dos importantes desafios para a concretização do Estado Social e Democrático de Direito, não há dúvidas de que sua constitucionalização representou avanço na busca por igualdade material e justiça social. Pode-se citar, nesse sentido, a própria realidade do Brasil, cuja carta constitucional prevê uma vasta gama de direitos, inclusive de caráter social e de prestação positiva, do que se tratará no item a seguir. Quiçá o grande desafio para a garantia desses direitos seja o entendimento de que sua implementação não perpassa apenas pela atuação no subsistema jurídico (MARTÍNEZ, 2015) – como a via judicial, por exemplo – porém demanda a reconfiguração de todos os demais setores da sociedade, como o político, o econômico e o social.

### 2.3 O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS E SUA DIMENSÃO COLETIVA

---

<sup>17</sup> Segundo Bobbio (2007, p. 157), “Assim, foi introduzida a distinção entre democracia formal, que diz respeito precisamente à forma de governo, e democracia substancial, que diz respeito ao conteúdo desta forma”.

Antes de adentrar na temática dos direitos sociais, de suas dimensões (subjéctiva, objectiva, colectiva) e do reconhecimento do direito à saúde, cumpre tratar brevemente sobre os conceitos de direitos humanos e fundamentais, inclusive para delimitação da significação a ser adoptada no presente estudo. De fato, embora essas duas categorias sejam amiúde utilizadas como sinônimas, tem prevalecido o entendimento de que elas se diferenciam, tanto por aspectos territoriais quanto de eficácia. Nesse sentido, questiona Sarlet (2015):

Mas com isso já se coloca uma pergunta que não quer calar! Afinal, há de fato diferenças entre os direitos fundamentais e os direitos humanos? Não se cuida, ao fim e ao cabo, da mesma coisa? Direitos Fundamentais não são sempre direitos humanos e esses, por sua vez, não são sempre direitos fundamentais, ainda mais numa fase em que a maior parte dos Estados já ratificou os principais tratados internacionais em matéria de direitos humanos?

Pois bem, do ponto de vista territorial, segundo o entendimento tradicional, os direitos humanos são aqueles reconhecidos nos documentos internacionais, aos quais se atribui um pretensu carácter de universalidade e validade para todos os povos. Isso significa dizer que os direitos humanos constituem garantias reconhecidas em favor de todo homem e toda mulher, independentemente de sua vinculação a qualquer nação ou ordenamento jurídico, mas tão só devido à sua condição humana<sup>18</sup> (SILVA, 2005; SARLET, 2009; VIEIRA, 2016). Por outro lado, os direitos fundamentais são as prerrogativas e instituições concretizadas no nível do direito positivo circunscrito a determinado Estado, para garantia da convivência “digna, livre e igual de todas as pessoas” (SILVA, 2005). Além da distinção espacial, do ponto de vista da eficácia, entende-se que os direitos fundamentais possuem maior grau de efetividade do que os direitos humanos, pois possuem “positivação jurídico-constitucional” e “contam com uma estrutura judiciária capaz de obrigar os destinatários de normas específicas ao seu devido cumprimento” (OLSEN, 2008, p. 31).

Sarlet (2015) reconhece a existência da dicotomia conceitual entre direitos humanos e fundamentais, concluindo que,

Em que pese os dois termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) sejam comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira para a distinção é

<sup>18</sup> Embora a visão crítica dos direitos humanos não seja o objeto deste trabalho, cumpre mencionar o entendimento de Flores (2009), que, buscando superar a visão moderna e eurocêntrica firmada na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, sustenta que tais direitos são processos que exsurgem como o “resultado sempre provisório das lutas que os seres humanos colocam em prática para ter acesso aos bens necessários para a vida.” No mesmo viés crítico, Rosillo Martínez (2015) classifica os direitos humanos como a juridificação dos meios necessários para a produção e reprodução da vida, rechaçando a visão moderna de que os direitos humanos são algo previamente dado, concebendo-os como resultado de tensões entre diferentes grupos pela transposição do poder e pelo protagonismo nos meandros da sociedade.

de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado (como é o caso, dentre tantos, de José Joaquim Gomes Canotilho) ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter internacional (Jorge Miranda).

No presente estudo, adota-se o entendimento de que os direitos humanos e fundamentais são conceitos distintos. Essa opção conceitual amolda-se mais apropriadamente ao objeto de pesquisa, porquanto a fundamentalização dos direitos sociais pela Constituição Federal de 1988 é uma das causas da judicialização, do que se tratará no momento oportuno.

Estabelecida a referida distinção, cumpre consignar que os direitos fundamentais, “nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados”, tratando-se, portanto, “de direitos delimitados espacial e temporalmente”, cuja denominação se deve a seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito.” (SARLET, 2006, pp. 38 e 42). São, desse modo, direitos de titularidade do ser humano, ainda que inserido no contexto de entes coletivos, que configuram o próprio Estado.

Nesse sentido, Sarlet (2006, p. 69) reconhece a presença de uma “íntima e indissociável vinculação entre os direitos fundamentais e as noções de Constituição e Estado de Direito”. Existe, de fato, um nexo de interdependência entre os direitos fundamentais e o Estado de Direito, pois a configuração deste implica, necessariamente, a garantia daqueles, na medida em que não é razoável admitir a vigência de um Estado de Direito que não promova a defesa dos direitos fundamentais. Em contrapartida, não é possível sequer cogitar a existência de direitos fundamentais sem o correspondente suporte de um Estado de Direito formal e substancialmente constituído. Além disso, o princípio democrático acima mencionado não prescinde, para sua configuração, dos direitos fundamentais à igualdade, à liberdade e à garantia do exercício dos direitos políticos. Estes perfazem, assim, “o fundamento funcional da ordem democrática” e o “parâmetro de sua legitimidade” (SARLET, 2006, p. 73). Cuida-se, destarte, de direitos cujo escopo é permitir o desenvolvimento da personalidade humana, de forma digna na comunidade social.

Alexy (2008, p. 520-522), aduz que os direitos fundamentais são dotados de uma fundamentalidade formal e de uma fundamentalidade substancial. São, dessa maneira, formalmente fundamentais devido à sua posição no topo da estrutura do ordenamento jurídico, em uma carta constitucional, de forma a vincular diretamente os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Consequentemente, as normas de direitos fundamentais estão



hierarquicamente acima das demais normas do ordenamento jurídico, submetem-se a limites formais e materiais de emenda constitucional (cláusulas pétreas) e possuem aplicabilidade imediata<sup>19</sup>. Por outro lado, a fundamentalidade substancial dos direitos fundamentais se dá porque eles são decisivos para configuração básica do Estado e da sociedade, refletindo o conteúdo axiológico da Constituição, mormente o princípio da dignidade humana (SARLET, 2006, p. 88/89; OLSEN, 2008, p. 23).

De outro norte, os direitos fundamentais são comumente classificados segundo o contexto histórico em que tiveram sua gênese, sendo, assim, divididos em cinco dimensões<sup>20</sup>, conforme magistério de Antônio Carlos Wolkmer (2012).

Os direitos de primeira dimensão são os direitos civis e políticos, relacionados à liberdade, à igualdade e à propriedade. O titular desses direitos é o homem individualmente considerado. Classificam-se como “negativos”<sup>21</sup> porque impõem ao Estado o respeito ao patrimônio jurídico de cada indivíduo, criando um dever de não fazer. Surgiram no decorrer dos séculos XVIII e XIX como reflexo da hegemonia da burguesia, principalmente nos EUA e na França, com as Declarações de Direitos da Virgínia em 1776 e da França, relacionando-se, portanto, ao Estado Liberal.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão, por sua vez, são os direitos sociais, ligados ao trabalho, saúde e educação, entre outras áreas. Tal qual ocorre com os direitos civis e políticos, esses direitos possuem destinatários que podem ser, via de regra, individualmente delimitados. São, todavia, considerados “positivos”, pois exigem do Estado uma atuação ativa para que se efetivem. Sua gênese ocorreu, como já referido acima, no início do século XX, com a crise do liberalismo e o surgimento do Estado Social.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão “são os direitos metaindividuais, direitos coletivos e difusos, direitos de solidariedade e de desenvolvimento” (WOLKMER, 2012, p. 25). Ao contrário das duas primeiras dimensões, os direitos de terceira dimensão não possuem como titular o homem individualmente considerado, mas sim grupos e coletividades. Seu desenvolvimento foi motivado pelos horrores da Segunda Guerra Mundial, notadamente o genocídio e a grave destruição ambiental. Dentre eles, destacam-se o Direito Ambiental e o Direito do Consumidor. No Brasil, a Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) – que será

<sup>19</sup> Sobre a aplicabilidade imediata dos direitos sociais, vide item 2.2.2.

<sup>20</sup> Embora a divisão em diferentes dimensões seja tradicionalmente atribuída aos direitos humanos, trata-se de classificação igualmente aplicável aos direitos fundamentais (SARLET, 2006, p. 55).

<sup>21</sup> Para Costa e Reis (p. 25), a classificação dos direitos de primeira dimensão como negativos e os de segunda dimensão como positivos não é acurada, na medida em que “qualquer direito – independentemente da adjetivação que possamos atribuir-lhe –, implica abstenção do Estado, no sentido de não interferência, ao mesmo tempo em que diz respeito à obrigação de uma atuação positiva”.

objeto de estudo no seguir deste trabalho – constituiu um importante marco legislativo na efetivação desses direitos.

Os direitos fundamentais de quarta dimensão constituem-se em “novos direitos”, pertinentes a questões bioéticas, como a reprodução assistida, a eutanásia, a clonagem, a contracepção e os transplantes de órgãos. Emergiram de forma mais relevante no final do século XX e, no Brasil, possuem como diplomas legislativos relevantes a Lei nº 9.434/97 (Lei de Doação de Órgãos) e a Lei nº 11.105/05 (Lei Brasileira de Biossegurança). Ressalva-se, contudo, a teoria de Paulo Bonavides, para quem a democracia é direito de quarta dimensão (2004b).

Os direitos fundamentais de quinta dimensão, a seu turno, são os direitos das mídias eletrônicas, da internet e do ciberespaço, surgidos como reflexo da passagem da era industrial para a era digital do século XXI. Todavia, especialmente no Brasil, ainda há forte carência de legislação que regulamente tais direitos.

Note-se, Wolkmer (2012, p. 22/23) não se vale do termo “dimensões” em detrimento das tradicionais “gerações” por simples razões estéticas, mas sim por entender que “esses direitos não são substituídos ou alterados de tempos em tempos, de forma unilateral e sequencial, mas resultam em processos materiais de interações e lutas sociais, fazendo-as e complementando-se.” Paulo Bonavides também reconhece essa dicotomia, argumentando que “o vocábulo ‘dimensão’ substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo ‘geração’, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade” (2004a, p. 571-572). Sarlet (2006, p. 54), a seu turno, sustenta que

[...] o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações pode ensejar a falsa impressão de substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina”.

Tal opção semântica é adequada, porquanto o referido caráter complementar impede que a juridificação de novos direitos redunde em desvalorização das conquistas obtidas em momentos históricos anteriores, ao mesmo tempo em que afasta qualquer postura alheia ao inexorável desenvolvimento da humanidade. Evita-se, desse modo, incorrer em reducionismo historicista e monocultural (MARTÍNEZ, 2015), que admite a existência apenas dos direitos humanos de primeira dimensão, conforme a gênese inicial ocorrida no final do século XVIII na Europa e nos Estados Unidos da América.

Ademais, entende-se que a teoria geracional ou dimensional dos direitos fundamentais é importante para o entendimento e compreensão de seu conteúdo e alcance. Isso ocorre porque tais direitos não podem ser analisados de forma dissociada das circunstâncias econômicas, políticas e sociais que redundaram em sua formação, inclusive diante da visão crítica de que eles são resultado de processos de lutas e conquistas (HERRERA FLORES, 2009; MARTÍNEZ, 2015). Essas distinções são facilmente perceptíveis no contraponto entre os direitos de primeira dimensão, advindos do Estado Liberal, e os de segunda dimensão, exurgidos do Estado Social, como será demonstrado a seguir.

### **2.3.1. Direitos fundamentais sociais**

A fim de ilustrar as referidas distinções entre as dimensões de direitos, cumpre consignar que os direitos sociais são o reflexo da dicotomia entre o ideário individualista do Estado Liberal e os intentos de justiça social almejados pelo Estado Social. Isso ocorre porque sua gênese correspondeu à ideia de necessidade de maior intervenção do Estado na sociedade, a fim de superar as citadas mazelas sociais produzidas pela Revolução Industrial e pelo liberalismo. Segundo Canotilho (2008, p. 23):

No fundo, a tensão direitos naturais/teoria republicana de direitos fundamentais residia aqui: o homem era o fundamento dos direitos naturais (e nisso estavam de acordo o republicanismo e o liberalismo), mas o homem de uns é o homem isolado em independente (perspectiva liberal), ao passo que, para outros, é o homem social, fraternal e solidariamente vinculado (perspectiva republicana).

Com efeito, no paradigma liberal, os direitos fundamentais referiam-se apenas a prerrogativas dos particulares, tais quais a propriedade, a liberdade e a segurança, cujo desiderato era proporcionar o gozo de independência individual. Por outro lado, segundo o *topois* essencial da teoria republicana a que se refere Canotilho – aqui relacionada ao Estado Social e Democrático de Direito –, os direitos fundamentais devem ser exercidos por seus titulares na qualidade de membros da comunidade, com observância ao interesse público. A liberdade, nessa concepção, é um direito a ser gozado como forma de realização do processo democrático, e a vinculação dos direitos à realização dos fins públicos justifica a noção de deveres. Nesse contexto, o cerne dos direitos sociais é a superação do individualismo e a busca pelos ideais de solidariedade e de fraternidade (CANOTILHO, 2008, pp. 25 e 34).

Alexy (2008, p. 499), por sua vez, define os direitos fundamentais sociais como "os direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares". Como exemplo, o jurista alemão cita os direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, porém reconhece as dificuldades em sua implementação, afirmando que (2008, p. 510)

Todos os direitos fundamentais sociais são extremamente custosos. Para realização dos direitos fundamentais sociais o Estado pode apenas distribuir aquilo que recebe de outros, por exemplo na forma de impostos e taxas. Mas isso significa que os frequentemente suscitados limites da capacidade de realização do Estado não decorrem apenas dos bens distribuíveis existentes, mas sobretudo daquilo que o Estado, para fins distributivos, pode tomar dos proprietários desses bens sem violar seus direitos fundamentais".

Essa constatação demonstra que os direitos sociais são ferramentas para a concretização da igualdade material, pois, como leciona Esping-Andersen (2007), as políticas públicas de um determinado Estado, notadamente de caráter redistributivo, são diretamente proporcionais ao maior ou menor grau de igualdade que ele proporciona.

Sarlet (2006, p. 73/74) conecta os direitos fundamentais sociais aos próprios fundamentos do Estado Social consagrado de forma imanente em nossa Constituição Federal (BRASIL, 1988). Para ele, conquanto a carta constitucional brasileira não qualifique expressamente a República como um Estado Social, este lá se encontra sistematicamente previsto. Podem-se citar, nesse sentido, os princípios da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária (Título I), bem como em uma vasta gama de direitos fundamentais sociais, tanto de natureza trabalhista, quanto de natureza prestacional por parte do Estado. Nessa perspectiva, os direitos fundamentais sociais são exigência insuperável para configuração do Estado Democrático de Direito e concretização de seus anseios por justiça material.

Cumpre consignar que a positivação dos direitos sociais em nossa Constituição os qualifica, do ponto de vista formal, como direitos fundamentais, na medida em que estão inseridos dentro dos direitos e garantias fundamentais e das cláusulas pétreas (Título II e artigo 60, 4º, IV, da CRFB - BRASIL, 1988). Todavia, a conceituação formal desses direitos mostra-se insuficiente para sua completa identificação, pois vários deles estão previstos de forma dispersa no texto constitucional, externamente aos dispositivos legais supracitados. Por isso, o reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais não pode advir meramente de critérios formais e de análise topológica, mas pressupõe o reconhecimento de uma

fundamentalidade material, conectada a seu conteúdo. Assim, são materialmente fundamentais aqueles direitos que decidem sobre aspectos estruturais do Estado, da sociedade e que estejam relacionados aos valores assumidos como primordiais em uma Constituição, conforme uma interpretação histórica e sistemática. Nessa perspectiva, por exemplo, os vários direitos esparsos no Título XVIII da CRFB, relativo à ordem social, não estão inseridos dentre os direitos e garantias fundamentais (Título II), porém, mesmo assim, são reconhecidos como direitos fundamentais (OLSEN, 2008, p. 35). A esse respeito, a própria CRFB prevê essa fundamentalidade material, ao estatuir que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados [...]” (SARLET, 2006, p. 93).

Sobre a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais, Leivas (2006, p. 94) refere que “Se se admite a existência de direitos fundamentais sociais, então eles têm aplicabilidade imediata, uma vez que os direitos fundamentais são posições tão importantes que sua outorga ou não-outorga não pode ficar em mãos da simples maioria parlamentar”. Ainda, também para Leivas (2006, p. 94), “quem defende a programaticidade dos direitos fundamentais sociais necessitará defender a inexistência de direitos fundamentais sociais na Constituição brasileira e argumentar contra própria literalidade do texto constitucional [...]”. No mesmo sentido, para Schulze e Gebran Neto<sup>22</sup> (2015, p. 31), a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais é inquestionável, por expressa disposição do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

A par da inegável e estrutural relevância dos direitos sociais, Canotilho (2008, pp. 99/100) assevera que sua defesa deve partir de um conhecimento concreto sobre o contexto fático em que inserida a respectiva demanda social, sob pena de se incorrer numa postura fuzzysta<sup>23</sup>. Na perspectiva do jurista português, por exemplo, pode-se referir que qualquer tentativa de defesa do direito social à saúde deveria partir da ciência de todos os fatos a ele relacionados, como número de pacientes que demandariam determinado tratamento, o custo efetivo por período e os benefícios potenciais a serem produzidos. Pretende-se, assim, superar o discurso “meta-narrativo”, bem como a vagueza e a indeterminação do discurso social. Nesse mesmo norte, segundo Gebran Neto e Schulze (2015, p. 139),

---

<sup>22</sup> Para esses autores, contudo, os direitos sociais – notadamente o direito à saúde – não são dotados de um caráter absoluto, do que se tratará no item 2.3.

<sup>23</sup> Designação da atividade hermenêutica em que o interprete busca defender a concretização dos direitos sociais utilizando-se de variantes teóricas diversas, de forma dissociada da realidade concreta e dos elementos fáticos correlacionados.

A interpretação das normas constitucionais e a legislação que lhes dá consistência e integração devem ser realizados em sintonia com a realidade, não bastando a letra da Constituição assegurar algo que a realidade não permite. De outra banda, sempre que houver avanços na realidade, há que se empregar também avanços na interpretação e concretização das normas constitucionais, criando uma hermenêutica progressiva, buscando ampliar os direitos e garantias constitucionais dos indivíduos.

Portanto, distanciando-se de uma postura fuzziyista, a exegese dos direitos sociais deve andar de mãos dadas com a realidade, sob pena do reconhecimento meramente formal de direitos, sem repercussões práticas e concretas.

De outro norte, os direitos sociais são, em regra, classificados como positivos, pois “pressupõem seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui seu objeto, já que objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais” (SARLET, 2006, p. 296). Eles se opõem, dessa forma, aos direitos de defesa, de natureza preponderantemente negativa, que impõem ao Estado abstenções para fins de proteção do cidadão.

Entretanto, como referida acima, a classificação dos direitos sociais (ou de segunda dimensão) como exclusivamente positivos ou prestacionais pode redundar em equívoco conceitual. Realmente, embora muitos dos direitos sociais imponham ao Estado a prestação de serviços públicos para sua concretização, também há direitos sociais que configuram verdadeiros direitos de defesa ou abstenção (negativos). Exemplos disso são o direito à greve e à associação sindical (CRFB, artigos 8º e 9º), direitos fundamentais sociais que também impõem ao Estado uma conduta negativa, ou seja, abster-se de impedir ou dificultar seu exercício (OLSEN, 2008, pp. 54/55).

A par disso, não há como negar que os direitos sociais, constituem, em sua maioria, direitos a prestações por parte do Estado. Para Sarlet (2006, p. 215):

Vinculados à concepção de que ao estado incumbe, além da não-intervenção na esfera da liberdade pessoal dos indivíduos, garantida pelos direitos de defesa, a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos.

De qualquer sorte, ressalva-se a crítica, já apontada anteriormente, sobre a classificação dos direitos como positivos ou negativos. De fato, todos os direitos possuem determinada carga positiva – maior ou menor –, pois todos eles têm seu custo, seja para

prestações fáticas ou para a manutenção de estruturas institucionais que garantam seu exercício (OLSEN, 2008, pp. 51).

Os direitos sociais são também classificados como direitos a prestações em sentido amplo e em sentido estrito. Assim, em sentido amplo, os direitos prestacionais abarcam os direitos à proteção, à organização, ao procedimento e aos próprios direitos prestacionais em sentido estrito. Estes, por sua vez, referem-se aos direitos a ações positivas de ordem material, que o indivíduo poderia obter de particulares se dispusesse de recursos e se houvesse disponibilidade no mercado, e cujo fornecimento pode ser dirigido contra o Estado por expressa determinação Constitucional (ALEXY, 2008, p. 444; SARLET, 2006, p. 297; OLSEN, 2008, p. 56; LEIVAS, 2006, p. 85 e 89). A título de exemplo, o direito social à saúde redundava em direito a prestações em sentido amplo e em sentido estrito. Realmente, enquanto o acesso aos tratamentos médicos, como intervenções cirúrgicas e fornecimento de fármacos, constitui direito a uma prestação em sentido estrito, a edição de leis e demais normas de funcionamento do SUS são prestações em sentido amplo (OLSEN, 2008, p. 56).

No presente estudo, adota-se o entendimento de que os direitos fundamentais sociais correspondem aos direitos a prestações em sentido estrito, de forma concatenada com o objeto de estudo, ou seja, a tutela coletiva do direito à saúde.

### **2.3.2 Dimensão subjetiva, objetiva e coletiva dos direitos fundamentais sociais**

A partir da referida relação de interdependência entre o Estado Social e Democrático de Direito e os direitos fundamentais, percebe-se que estes não irradiam apenas efeitos individualizados consubstanciados em direitos subjetivos. Em verdade, eles também produzem os fundamentos objetivos que configuram os valores idealizados por uma sociedade, bem como a consequente atuação do Poder Público. Desse modo, os direitos fundamentais devem ser analisados sob o prisma dessa dupla perspectiva, ou seja, tendo em vista as suas dimensões objetiva e subjetiva.

Segundo o magistério de Sarlet (2006, p. 167), a par de teorias já existentes no primeiro pós-guerra, foi a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (Lei Fundamental de Bonn), de 1949, que gerou o impulso decisivo para o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Para o jurista gaúcho, a partir daquele diploma legislativo e de uma incipiente tendência jurisprudencial, a Corte Federal da Alemanha

decidiu, no paradigmático caso Lüth<sup>24</sup>, que os direitos fundamentais não se limitavam à função de direitos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas também constituíam posicionamentos axiológicos sobre o entendimento da própria Constituição, produzindo verdadeiras diretrizes a serem seguidas pelos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo. Aliás, o paradigmático julgado não reconheceu, tão somente, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, mas também detectou as “bases dogmáticas” da eficácia horizontal desses direitos e da exigência de ponderação no caso de colisão entre princípios (SCHUAB, 2006, pp. 381-382).

Portanto, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais representa a própria ordem de valores vigentes na sociedade, o que permite, inclusive, compreender a fundamentalidade dos direitos sociais. Nesse contexto, estes direitos não conformam, apenas, uma exigência individual do cidadão em face do Estado, porém abrangem os princípios constitucionais e os valores que a comunidade elege como mais caros (OLSEN, 2008, p. 91).

No pertinente aos direitos sociais fundamentais, essa dimensão objetiva exsurge ainda de forma mais clara, pois se cuida de direitos que visam à garantia da igualdade material, da liberdade e dos próprios anseios de justiça social de uma sociedade. Por isso, como os direitos sociais dialogam diretamente com os valores configuradores do Estado Social e Democrático de Direito, seu alcance não se restringe ao espectro individual de seus titulares, repercutindo em toda a coletividade.

À vista disso, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais impõe grande responsabilidade ao Poder Judiciário, pois, mesmo nas ações individuais que versam sobre direitos sociais, a decisão a ser proferida trata sobre valores que transcendem os direitos subjetivos das partes. Além disso, a própria legislação civil, atualmente, outorga essa objetivação à tutela jurisdicional dos direitos subjetivos, como ocorreu, por exemplo, no Código Civil de 2002, fortemente influenciado pelo neoconstitucionalismo e pela constitucionalização do direito privado (CARNACHONNI, 2013) e no sistema de precedentes instituído pelo Código de Processo Civil de 2015 (KREBS, 2015).

Partindo da premissa de que os direitos fundamentais sociais são dotados de uma dimensão objetiva, a qual irradia os valores básicos de uma determinada comunidade, passe-se a perceber que esses direitos possuem, ainda, outra faceta, qual seja, a dimensão coletiva. De fato, como refere Olsen (2008, p. 91), a realização dos direitos sociais, mesmo que para

---

<sup>24</sup> Naquela oportunidade, a Corte Constitucional Alemã decidiu que “Os direitos fundamentais são, em primeira linha, direitos de resistência do cidadão contra o Estado. Não obstante, às normas de direito fundamental incorpora-se também um ordenamento axiológico objetivo, que vale para todas as áreas do direito como uma fundamental decisão constitucional” (SCHWAB, 2006, p. 382).



destinatários individuais, repercute na esfera interesses de todos os cidadãos, pois materializa a concretização dos valores defendidos em uma sociedade.

Os direitos sociais são, de tal maneira, dotados de uma dimensão coletiva inata, pois advêm do intento de garantir a igualdade material a todos os membros do núcleo social. Eles se opõem, nesse norte, aos direitos de primeira dimensão, consubstanciados nas liberdades civis, as quais possuem nítido e intrínseco caráter individualista. Nesse sentido, Baú aduz que (2014, p. 108),

Na lógica desse modelo político são reconhecidos os direitos sociais, culturais e econômicos, identificados na doutrina como direitos de segunda geração/dimensão. São direitos voltados à satisfação de necessidades materiais das classes menos favorecidas, pretendendo melhorar-lhes a condição de vida. Ao contrário dos direitos de primeira geração/dimensão, e caráter negativo, de abstenção do Estado, que consideram o indivíduo isoladamente, os sociais pertencem a uma coletividade e reclamam uma atuação positiva do Estado no sentido de promoção do bem-estar-social e são passíveis de reivindicação por meio da tutela coletiva.

Canotilho (2008, p. 102) reconhece, ainda que de forma subjacente, essa dimensão coletiva dos direitos sociais, pois rechaça a visão de que são garantidos em uma relação unilateral entre Estado e beneficiário. Para o jurista português, em verdade, trata-se de uma questão de reciprocidade, relacionada às políticas redistributivas. Assim, se os cidadãos proporcionam esse fazer social ao Estado por meio de impostos e taxas, eles teriam o direito de saber "por que pagam e quem é o rosto humano visível". Os direitos sociais, dessa forma, advêm da interação produzida pela redistribuição, numa dinâmica em que o Estado recebe divisas de alguns cidadãos e as realoca como serviços em favor de outros.

Essa realidade reforça a noção de que os direitos sociais possuem uma natural dimensão coletiva. De fato, se o beneficiário do serviço público se vale de prestações custeadas indiretamente por outros cidadãos, em forma de tributos, é certo que o gozo desses serviços públicos deve se dar na perspectiva da coletividade, não como uma vantagem individual a ser egoisticamente auferida. Tal conclusão vai ao encontro da assertiva de que os direitos fundamentais são dotados de eficácia vertical e horizontal (ALEXY, 2008, p. 524), pois geram efeitos tanto nas relações entre o Estado e os cidadãos, criando deveres daquele para com estes (eficácia vertical), quanto nas relações entre particulares ou terceiros (eficácia horizontal).

Dessa forma, estabelecida a premissa de que os direitos fundamentais sociais são dotados de uma dimensão coletiva, estudar-se-á, nos seguir, o direito à saúde enquanto conquista positivada na Constituição Federal de 1988.

## 2.4 DIREITO SOCIAL À SAÚDE NA CRFB/1988

Inicialmente, cumpre consignar que, por motivos de espaço e de delimitação, o presente estudo não tem por objeto investigar a efetiva amplitude do direito à saúde e os limites de sua promoção pelo Estado. Com efeito, nesta dissertação, o direito a saúde não será abordado como um problema teórico em si, mas sim como a causa da judicialização da saúde no Brasil e como parâmetro para oposição entre as tutelas individual e coletiva. Dessa forma, partir-se-á da premissa geral de que a saúde é direito fundamental social garantido pela Constituição Federal, e de que incumbe ao poder público a implementação de políticas públicas para garanti-lo, sem perquirir sobre seu alcance. Consequentemente, importantes conceitos correlacionados a tal direito, como a reserva do possível e o mínimo existencial, não serão aqui abordados, por observância ao foco principal, que é o referido caráter coletivo do direito à saúde.

De qualquer sorte, a par de tais esclarecimentos, faz-se necessário contextualizar, nos limites desta pesquisa, a gênese do direito à saúde, sua positivação na ordem constitucional brasileira e algumas de suas características, de forma a possibilitar a extração de suas dimensões subjetiva, objetiva, individual e coletiva.

### 2.4.1 Gênese e caracteres

O direito à saúde pode ser definido, em síntese, como a faculdade de se exigir do Estado as medidas e ações necessárias à prevenção e ao tratamento de doenças, para manutenção do bem-estar físico, mental e social do ser humano (BARBERATO e GERAIGE NETO, 2014). Silva (2005, p. 320) alarga tal conceito, aduzindo que o “princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, no caso de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica”.

Todavia, nem sempre foi assim.

A primeira significação histórica da saúde relacionava-se à visão, dos povos primitivos, de que os doentes eram pessoas atacadas por demônios e espíritos malignos. Por isso, os tratamentos médicos restringiam-se a rituais e a misticismos. Além disso, embora os povos primitivos mostrassem certa preocupação com a limpeza e o asseio pessoal, eles não o faziam como medida de saúde (ROSEN, 1994). Na idade antiga, Hipócrates, quiçá o grande nome da medicina na Grécia à época, desenvolveu estudos em saúde, introduzindo a

discussão sobre fatores ambientais ligados às doenças, sendo o primeiro a estabelecer a percepção de que as epidemias se relacionavam a um processo envolvendo saúde e doença. Assim, os tratamentos passaram a ocorrer com o uso de ervas e métodos naturais (ROSEN, 1994; FIGUEIREDO, 2007, p. 77; SIQUEIRA, 2011, p. 48). Platão, na clássica obra *A República* (PLATÃO, 2001), concebeu a saúde como resultado do equilíbrio entre alma e corpo, bem como entre homem, organização social e natureza. Os romanos também estabeleceram alguns avanços na saúde, baseando-se na experiência grega e apresentando algumas inovações, como o desenvolvimento de sistemas sanitários e a correlação entre a ocupação das pessoas e os níveis de saúde por elas vivenciados (SCHWARTZ, 2001; AITH, 2007).

A Idade Média, contudo, importou em retrocesso na área sanitária, tratando-se de uma era de pestes e surtos epidêmicos recorrentes, gerados por guerras, movimentos populacionais, extrema pobreza, promiscuidade e péssimas condições de higiene nos burgos. Essa realidade se agravou, no período, porque a medicina anteriormente desenvolvida na Grécia, em Roma e na tradição árabe-judaica foi freada pelo domínio católico. De fato, naquela época, sequer seria possível cogitar a existência de direito à saúde, porquanto as doenças eram entendidas como castigos divinos. Apesar disso, houve a criação de hospitais pela Igreja, os quais, posteriormente, passaram do controle do clero à jurisdição secular nas cidades (SIQUEIRA, 2011, p. 45). Mais tarde, no Renascimento, a releitura do conhecimento greco-romano veio a gerar a oposição entre o misticismo medieval e o progresso da ciência (FIGUEIREDO, 2007, p. 78).

Na segunda fase do Estado Moderno, com a consolidação do Estado Liberal burguês, a proteção à saúde passou a constituir atividade estatal. Isso ocorreu porque, como já se disse anteriormente, a Revolução Industrial ocasionou grande migração da população rural para os centros urbanos, e as precárias estruturas de saneamento básico nos cinturões populacionais geraram forte demanda por melhores condições sanitárias. Naquele contexto, como a proteção da saúde dos operários era condição para a manutenção dos níveis de produção, o Estado passou a ser o garante da saúde pública. Além disso, a própria formação de uma numerosa classe de trabalhadores produziu forte demanda relacionada à saúde (VIEIRA, 2003, p. 269; SCHWARTZ, 2001, p. 33; FIGUEIREDO, 2007, p. 79; SIQUEIRA, 2011, p. 46).

Posteriormente, no século XX, com o advento do Estado Social, a saúde se consolidou definitivamente como política de Estado, com a imposição ao Estado da responsabilidade pela proteção da saúde da população. Esses precedentes históricos

redundaram na reformulação do conceito de saúde pela Organização Mundial da Saúde em sua Constituição de 1946, segundo o qual "A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade" (OMS, 1946). No mesmo norte, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, a Assembleia das Nações Unidas outorgou à saúde o status de direito humano, estatuidando, em seu artigo 25, que "Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde" (ONU, 1948).

Apesar disso, essas conceituações da saúde são alvo de crítica devido a sua subjetividade e implícito caráter individualista. Realmente, conforme Siqueira (2011, p. 52)

O completo bem-estar físico, mental e social jamais poderia ser alcançado pelo ser humano de maneira isolada, antiga exclusivamente ao homem alcançado na sociedade sem que haja a interferência estatal para efetivar este bem-estar, o que nos possibilita o destaque da necessidade que o Estado tinha de intervir no processo de maneira a efetivar a saúde.

Esse viés individualista e subjetivo opõe-se à dimensão coletiva e objetiva do direito à saúde, o qual, como se referirá mais adiante, é condição indispensável para o exercício da cidadania e da própria dignidade humana e, por isso, não deve ser compreendido sob uma perspectiva egoística, dissociada de seu caráter de valor basilar de toda a coletividade. Mais do que um direito individual, a saúde é direito coletivo, instrumento importantíssimo para a igualdade material e a justiça social.

#### **2.4.2 Direito fundamental à saúde**

No Brasil, as Constituições Federais de 1824 (BRASIL, 1824) e de 1891 (BRASIL, 1891) não incluíram o direito à saúde em seu texto, mas apenas trouxeram consigo algumas incipientes e tímidas preocupações sanitárias. A Constituição Federal de 1934 (BRASIL, 1934) impôs à União certos cuidados com a saúde pública e garantiu a assistência médica aos trabalhadores, reconhecendo tal direito apenas àqueles que pudessem vender sua força de trabalho. As Constituições de 1937 (BRASIL, 1937) e de 1946 (BRASIL, 1946), por sua vez, estabeleceram tão somente a obrigação estatal de planejar e legislar sobre saúde. No seguir, o Ato Institucional de 1964 (BRASIL, 1964), a Constituição Federal de 1967 (BRASIL, 1967) e a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 (BRASIL, 1969) mantiveram a mesma postura tímida, limitando-se a instituir a competência da União para executar planos nacionais de saúde e a garantir a assistência médica e hospitalar aos trabalhadores.

Desse modo, a despeito de as referidas Constituições brasileiras mostrarem uma progressiva preocupação em relação à saúde, isso apenas ocorria com um viés institucional, sem qualquer menção à criação de um correspondente direito fundamental à saúde (STURZZA e CASSOL, 2008, p. 361-363; GEBRAN NETO E SCHULZ, 2015, p. 125; VIAL, 2011, p. 799/800). Naquele contexto, tratava-se apenas de uma questão de fixação de normas gerais em políticas públicas, não de um direito a ser tutelado pelo Estado. Essa realidade persistiu, no Brasil, por cerca de 40 anos após a Declaração Universal Direitos do Homem (ONU, 1948), pois apenas com o advento da Constituição Federal de 1988 a saúde foi expressamente eleita como direito fundamental em nossa ordem constitucional.

Portanto, a Constituição Cidadã foi pioneira na estruturação da saúde pública e privada no Brasil, inserindo-a dentre os direitos sociais fundamentais (artigo 6º), prevendo a competência comum da União, dos Estados e dos Municípios para os serviços públicos em saúde (artigo 23, II), bem como a competência privativa da União para legislar sobre direito sanitário<sup>25</sup> (artigo 24, VII).

A inserção do direito à saúde dentre os direitos fundamentais sociais é decisiva para sua configuração, pois lhe confere aplicabilidade imediata e impede que sua concretização dependa das vontades e da volatilidade do legislador ordinário. Aliás, além da fundamentalidade material, relacionada à sua localização topológica dentro do texto constitucional, o direito à saúde também é dotado de uma fundamentalidade material, pois é condição indispensável para a garantia dos valores defendidos em nossa ordem constitucional, quais sejam, a cidadania e a dignidade humana. Sarlet (2003) assim o leciona, aduzindo que “a saúde comunga, na nossa ordem jurídico-constitucional, da dupla fundamentalidade formal e material da qual se revestem os direitos e garantias fundamentais [...]”. Nesse mesmo sentido, para Figueiredo (2007, p. 81), a saúde constitui um dos elementos da cidadania, que transcende seus aspectos curativo, preventivo e promocional. Para a autora, a saúde deve ser concebida de forma holística, associada à qualidade de vida, bem-estar e à própria promoção da vida humana. Já para Rios (2009), o direito à saúde “tem eficácia direta e imediata em face do Poder Judiciário que, diante das políticas públicas definidas e implementadas, tem o dever de garantir aos cidadãos os direitos subjetivos e em toda a sua extensão ali previstos”. Assim segundo o juiz federal, o que ocorre na maioria das ações de medicamentos é “um provimento judicial que afirme a eficácia originária do direito à saúde [...]”.

---

<sup>25</sup> A Lei nº 8.080/90 (BRASIL, 1990) foi um importante marco legislativo, na medida em que dispôs sobre a promoção de ações relacionadas à saúde e criou o Sistema Único de Saúde (SUS), do qual se tratará mais adiante.

Ainda, tal qual ocorre com os direitos sociais em geral, o direito à saúde abrange tanto um caráter positivo quanto outro negativo: este resta consubstanciado na faculdade de se exigir que o Estado se abstenha de qualquer ato ofensivo a tal direito; aquele, por outro lado, relaciona-se às medidas e prestações estatais necessárias para a prevenção e o tratamento das doenças. (STURZA e CASSOL, 2008). Sarlet (2007) também percebe essa dupla natureza no direito fundamental à saúde, aduzindo que

Assim, o direito à saúde pode ser considerado como constituindo simultaneamente direito de defesa, no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular, bem como - e esta a dimensão mais problemática - impondo ao Estado a realização de políticas públicas que busquem a efetivação deste direito para a população, tornando, para além disso, o particular credor de prestações materiais que dizem com a saúde, tais como atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames da mais variada natureza, enfim, toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito à saúde.

Em relação à positivação do direito à saúde, a Constituição Federal, em seu artigo 196, estatui que

Art. 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 e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988)

E preceitua no artigo 198:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III - participação da comunidade. (BRASIL, 1988)

Dessa forma, a CF garantiu a saúde como direito de todos e dever do Estado, estabelecendo que sua defesa deve ocorrer de forma universal (artigo 196, caput) e integral (artigo 198, II), por meio de um sistema "hierarquizado, organizado e único de saúde" (BRASIL, 1988). Conforme Aith, (2007, p. 75),

No caso do Direito à saúde, a sua plena realização depende diretamente da atuação do Estado, já que a promoção, proteção e recuperação saúde dependem, sempre, de uma ação a ser tomada pelos órgãos estatais, seja essa ação de cunho legislativo (elaboração de leis voltadas à proteção do direito à saúde), executivo (execução de políticas públicas, como vigilância sanitária, clínica ou hospitalar, regulamentação e

aplicação de alguma lei, fornecimento de medicamentos) ou judicial (exercício da jurisdição quando um cidadão se sente lesado no seu direito à saúde).

O Sistema Único de Saúde e os princípios da universalidade e da integralidade serão objeto de estudo no próximo capítulo. Porém, vale referir, desde já, que a universalidade representou importante avanço na garantia desse direito, pois franqueou acesso ao sistema de saúde a todos os cidadãos, independentemente de filiação ou recolhimento de contribuições a determinado regime. Igualmente, a integralidade prevista no artigo 198, II, também é de curial relevância, pois impõe ao poder público o dever de proteção da saúde do indivíduo em sua totalidade, abrangendo ações de prevenção, proteção e recuperação.

Nada obstante, Gebran Neto e Schulze (2015, p. 39) defendem que o direito à saúde não é dotado de um caráter absoluto. Eles assim o argumentam, primeiramente, porque, em sua ótica, não existem quaisquer direitos absolutos na Constituição Federal. Em segundo lugar, os autores reportam-se à escassez de recursos financeiros e ao próprio o artigo 196 da Constituição Federal, o qual, se não limita a implementação de tal direito aos recursos disponíveis, também não garante aos cidadãos brasileiros "o direito a ter a melhor prestação de saúde existentes no mundo". Por isso, os autores concluem que o acesso integral à saúde não se trata da "garantia de todo e qualquer tipo de atendimento para os indivíduos, mas de uma diretriz, um vetor um caminho que deve ordenar as políticas públicas" (2015, p. 127). Sarlet (2007), no mesmo giro, assevera que

Em suma, do direito constitucional positivo não se infere, ao menos não expressamente, se o direito à saúde como direito a prestações abrange todo e qualquer tipo de prestação relacionada à saúde humana (desde atendimento médico até o fornecimento de óculos, aparelhos dentários, etc), ou se este direito à saúde encontra-se limitado às prestações básicas e vitais em termos de saúde, isto em que pese os termos do que dispõe os artigos 196 a 200 da nossa Constituição.

Essas ressalvas são aqui apresentadas porque constituem objeto de constante reflexão junto ao Poder Judiciário, porquanto a prática forense é palco de frequentes discussões sobre o alcance do direito fundamental à saúde e os limites da intervenção judicial em políticas públicas. De toda sorte, como referido anteriormente, o presente estudo não tem por objetivo perquirir sobre a amplitude do direito à saúde, mas sim sobre sua tutela enquanto direito coletivo.

### 2.4.3 Saúde: um direito social complexo e coletivo

Como visto, segundo o direito positivo brasileiro, existe o dever juridicamente reconhecido de o poder público promover ações que visem tanto à prevenção quanto ao tratamento de doenças, para manutenção do bem-estar físico, mental e social dos cidadãos brasileiros. Dessa forma, o liame entre o Estado e o titular do direito fundamental à saúde é uma relação jurídica de direito público, na qual aquele possui o dever de agir enquanto este é dotado do correspondente direito subjetivo. Prevalece, desse modo, o entendimento de que o direito à saúde constitui direito subjetivo público de titularidade individual e transindividual<sup>26</sup>. Daí exsurge a possibilidade de ações de um cidadão ou de uma coletividade para impor ao Estado adoção de medidas sua concretização (CANUT, 2011, p. 102).

Todavia, no presente estudo, adota-se o entendimento de que este liame jurídico vai mais além do que a mera criação de um direito subjetivo, pois o direito à saúde, mesmo quando analisado em sua perspectiva individual, possui uma dimensão objetiva, consistente em uma carga de valores imponíveis ao Estado e a toda a sociedade. Assim, quando se protege o direito à saúde de um cidadão, em verdade, atende-se aos próprios fundamentos do Estado Social e Democrático de Direito, pois se trata de condição indispensável ao exercício da cidadania e da dignidade da pessoa humana. A dimensão objetiva do direito à saúde pode ser extraída do próprio artigo 196 da Constituição Federal, ao prever que o Estado atuará por meio de políticas sociais econômicas, não apenas para a recuperação da saúde, mas também para sua promoção e proteção. Assim, mais do que o direito subjetivo de exigir do Estado determinado tratamento médico, o artigo 196 da CF impõe a saúde como valor fundamental a ser protegido pelo poder público, obrigando-o a adotar medidas estruturais que assim o garantam. A Lei n° 8.080/90 reafirma essa dimensão objetiva, ao estatuir, em seu artigo 2°, § 1°, que a garantia do direito à saúde deve se dar por meio da "formulação execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos e de outros agravos". Pode-se dizer, portanto, que o direito a saúde é dotado de uma eficácia dirigente, que redundando tanto em sua imposição ao Estado como direito subjetivo, como também em sua dimensão objetiva, fixando a saúde como valor que deve nortear a ação do poder público (CANUT, 2013b, p. 192).

Para Gebran Neto e Schulz (2015, p. 38), essa dimensão objetiva impõe ao Estado tríplexes deveres relacionados à saúde, ou seja: (a) dever de respeito, não podendo o poder

---

<sup>26</sup> Tratar-se-á sobre a transindividualidade do direito à saúde no terceiro capítulo.



público violar o direito a saúde; (b) dever de proteção, devendo o Estado adotar medidas que impeçam terceiros de violar o direito a saúde; e (c) dever de prestação, que impõe ao Estado o provimento dos meios materiais necessários ao exercício desse direito. Obviamente, esses deveres relacionados à dimensão objetiva do direito a saúde repercutem em sua dimensão subjetiva, pois permitem que os titulares desse direito possam exigí-lo em caso de violação do direito fundamental.

Além das referidas dimensões objetiva e subjetiva, o direito à saúde, tal qual ocorre com os direitos fundamentais sociais em geral, é dotado de uma dimensão coletiva. Realmente, como a saúde é pressuposto inexorável para a concretização da dignidade humana e da cidadania, não se pode conceber o seu exercício e gozo de uma forma dissociada de seu conteúdo axiológico, na qualidade de valor basilar de toda a coletividade. Como referido acima, a garantia do direito à saúde deve advir da interação produzida pelas políticas públicas redistributivas, numa dinâmica em que o Estado realoca divisas de alguns cidadãos em favor de outros, de forma a garantir igualdade material e justiça social. Rios (2009) detecta as consequências dessa dimensão coletiva na própria justiciabilidade do direito à saúde:

Esse panorama reafirma a dupla condição do direito à saúde como direito individual e direito coletivo, sendo passível de proteção judicial sempre que lesões afetarem tanto a esfera subjetiva do titular do direito enquanto indivíduo, quanto violarem a esfera metaindividual dos direitos coletivos ou difusos à saúde. Essa constatação tem especial relevância em face de demandas objetivando o direito ao fornecimento de medicamentos pelo SUS.

O caráter coletivo do direito à saúde pode ser extraído, igualmente, a partir de sua complexidade e de sua condição de manifestação cultural. Nesse norte, Fernandes (2018) apresenta uma definição complexa do direito a saúde, reportando-se à teoria de Herrera Fernandes, aqui citada anteriormente, no sentido de que os direitos humanos são o resultado dos processos de luta (2009). Em tal concepção, o conceito de saúde não é rígido e único, pois se refere a um processo cultural, que se modifica conforme as diferentes realidades socioeconômicas e costumes de determinada época, região e faixa populacional. Trazendo a teoria do promotor mineiro para realidade de Santa Catarina, por exemplo, os conceitos de saúde e a própria percepção do corpo humano podem variar conforme as diferentes regiões do Estado. Nas cidades litorâneas, mais desenvolvidas e populosas, a saúde é comumente relacionada também a questões estéticas, com valorização das áreas da medicina relacionadas a tal fim, como cirurgia plástica e a medicina esportiva (fitness), por exemplo. Nas pequenas cidades das longínquas zonas rurais catarinenses, em contrapartida, a saúde pode receber mais

ênfase no que pertine à capacidade de o corpo humano suportar as duras exigências da vida no campo.

Fernandes se reporta à dimensão coletiva do direito à saúde nos seguintes termos (2018, p. 55)

A dimensão coletiva do direito à saúde não se limita à soma das necessidades individuais de prevenção e recuperação da saúde; visa à autonomia pessoal, ao pleno desenvolvimento das capacidades individuais e à emancipação. Compreende, além disso, a intervenção nas esferas social e ambiental, reconhecidamente dinâmicas e complexas. O recurso aos processos culturais como forma de explicitar, interpretar e intervir de forma abrangente resulta da insuficiência dos conceitos abstratos de saúde e direito. As necessidades e os valores apontam critérios para realização da Justiça.

De fato, o entendimento do direito à saúde como manifestação cultural pressupõe sua compreensão enquanto um processo complexo. Aith (2007, p. 87) reconhece essa complexidade, referindo que

A interação do Direito com a saúde não é uma tarefa fácil. Como visto a partir da teoria do direito como sistema social, o sistema jurídico, agora representando o resultado formal dos diálogos sociais, possui mecanismos de interação próprios. A interação entre o Direito e a saúde volta-se, sobretudo, à regulação e ao direcionamento de todas as ações sociais relacionadas com a proteção, promoção e recuperação da saúde. É natural, portanto, que, por se tratar da saúde humana, tal interação dê-se de uma forma extremamente complexa.

Fernandes (2008, p. 62/63), ainda, contrapõe o pensamento complexo ao pensamento cartesiano orientado pelo paradigma da simplicidade<sup>27</sup>. Este modelo, classificado pelo autor mineiro como reducionista, baseia-se nos princípios da separação, da redução e da abstração.

O princípio da separação é excludente, como se verifica, por exemplo, na dicotomia entre a saúde pública e a privada, relação hierarquizada em que esta, via de regra, prevalece em detrimento daquela. Prova disso é a frequente inclusão de planos de saúde em convenções coletivas do trabalho, com manifesto desprestígio da saúde pública e mercantilização do direito em questão. O princípio da redução, por sua vez, implica

---

<sup>27</sup> Segundo Edgar Morin (2000, p. 38), “há complexidade quando elementos diferentes são inseparáveis constitutivos do todo (como o econômico, o político, o sociológico, o psicológico, o afetivo, o mitológico), e há um tecido interdependente, interativo e inter-retroativo entre o objeto de conhecimento e seu contexto, as partes em si. Por isso a complexidade é a união entre a unidade e a multiplicidade”. Em contrapartida, ainda conforme Morin (2011, p. 59): “O paradigma simplificador é um paradigma que põe ordem no universo e expulsa dele a desordem. A ordem reduz-se a uma lei, a um princípio. A simplicidade vê que o uno, quer o múltiplo, mas não pode ver que o uno pode ser ao mesmo tempo o múltiplo. O princípio da simplicidade quer separar o que está ligado (disjunção), quer unificar o que está disperso (redução).”

supervalorização de parcela da realidade, invisibilizando o conteúdo restante. Em termos de saúde, isso repercute na busca incessante por tecnologias médicas (fármacos e cirurgias) e em desprezo a atividades preventivas e educativas. Da mesma forma, a separação também repercute em protagonismo dos médicos e ofuscamento dos demais profissionais saúde, como fisioterapeutas, enfermeiros psicólogos e terapeutas ocupacionais. O princípio da abstração, por fim, ignora aspectos básicos do direito à saúde, resultando em uma idealização que impede sua concretização. O ser humano, nesse contexto, não é entendido como ser vivo com necessidades concretas, mas apenas como ser abstrato (FERNANDES, 2018).

Fernandes (2018, p. 64-66) propõe sejam superados esses princípios intrínsecos ao paradigma da simplicidade. Para tanto, argumenta que tal tarefa deve ser realizada com base em três critérios, quais sejam: (a) a realidade não é um conjunto de estados de fato, mas sim a forma como estes são percebidos pelo sujeito. Portanto, no que pertine ao direito a saúde, as decisões judiciais deveriam levar em conta, na medida do possível, a existência dessas diferentes percepções do paciente, do gestor público, do magistrado e do perito médico, por exemplo; (b) os processos culturais são resultados de determinados contextos sociais econômicos e políticos, razão pela qual as condutas dos sujeitos devem ser analisadas segundo essa visão global. No direito à saúde, dessa forma, um paciente não deve ser compreendido apenas em seu contexto individual e temporário, porém deve ser levado em conta seu histórico pessoal, bem como marcadores étnicos, sociais e profissionais que permitam o entendimento holístico de seu quadro médico; e (c) faz-se necessária a convergência, de forma que a distinção ocorra sem separação<sup>28</sup>. Em termos de saúde pública, isso significa que as diferenças entre os usuários do serviço de saúde não devem ser compreendidas e apreendidas como fator de exclusão, mas sim como ferramenta para melhor atendimento as suas necessidades.

Com base nessa complexidade, Fernandes (2018, p. 67) procura conceituar o direito à saúde na zona limítrofe entre "a visão ascética" do Estado Social e "a perspectiva consumista" do neoliberalismo. Para tanto, valendo-se do texto da Constituição Federal de 1988 e dos princípios que a sedimentam, o autor enaltece o pacto constitucional, afirmando que

Fundado na dignidade da pessoa humana instrução de uma sociedade livre, justa e solidária, para a redução das desigualdades e para a 'promoção do bem', o Estado

---

<sup>28</sup> Também conforme Morin (2011), a convergência consiste na adoção de um “paradigma de distinção/conjunção que permita distinguir sem separar, associar sem identificar ou reduzir”.

brasileiro se compromete com a saúde por inteiro, como estado de completo bem-estar, físico, psíquico, social e espiritual (FERNANDES, 2018, p. 77).

A isso, adiciona-se que o referido bem-estar, físico, psíquico, social e espiritual não é concebível sem a dimensão coletiva do direito à saúde. Com efeito, a plena realização desse direito não pode ocorrer de forma egoística, uma vez que o ser humano é ser social e, por isso, somente mediante a sua inserção num contexto de coletividade ele pode se realizar enquanto indivíduo e alcançar o estado de bem-estar. Da mesma forma, na perspectiva do direito à saúde enquanto serviço público a ser prestado pelo Estado, o reconhecimento de sua dimensão coletiva é indispensável para que todos os elementos que o definem em sua complexidade sejam devidamente considerados. Apenas dessa forma, a partir do reconhecimento de coletividades com diferentes marcadores étnicos e sociais, o poder público poderá mapear as necessidades específicas de cada grupo, focalizá-las e atendê-las a contento. Certamente, isso não pode ocorrer de forma individual, especialmente na via judicial, uma vez que um provimento jurisdicional isolado não é capaz de solucionar uma problemática que, por sua natureza, como referido acima, é complexa e coletiva. Trata-se, enfim, de compreender a tutela jurisdicional do direito à saúde segundo as bases de uma democracia sanitária (VIEIRA, 2013, p. 343<sup>29</sup>), em que os destinatários dos serviços públicos participam e influenciam as tomadas de decisões, inclusive na via judicial.

---

<sup>29</sup> Segundo Vieira (2018, p. 346), em se tratando de saúde, o controle social se refere à “possibilidade da Sociedade de publicizar e desprivatizar o público e torná-lo público-coletivo e não público a serviço dos interesses privados de alguns.

### **3 JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: CAUSAS, CARACTERES E CONFIGURAÇÃO**

Como visto, o presente estudo partiu do Estado Social e Democrático de Direito para, com base em sua concepção, perquirir sobre os direitos humanos e fundamentais, bem como acerca de sua distinção. No seguir, discorreu-se sobre os direitos fundamentais sociais, aqui entendidos como os direitos a prestações em sentido estrito. Em tal contexto, tratou-se sobre o direito social à saúde, com referência às suas dimensões objetiva e subjetiva, individual e coletiva. Tendo em vista tal suporte teórico, cumpre consignar que os direitos sociais em geral, e também o direito à saúde, concretizam-se mediante políticas públicas, que, no Brasil, são implementadas por meio do Sistema Único de Saúde – SUS. Portanto, na presente dissertação, a abordagem sobre as políticas públicas visa apenas ao entendimento do SUS como ferramenta para concretização do direito à saúde, notadamente porque as recorrentes insuficiências desse sistema são a principal causa da judicialização da saúde no país.

Dessa forma, o presente capítulo versará, inicialmente, sobre o Sistema Único de Saúde enquanto política pública destinada a concretizar o direito à saúde. Nesse desiderato, tratar-se-á, brevemente, sobre as políticas públicas, o direito sanitário, a reforma sanitária e o SUS, sua gênese, princípios, configuração e financiamento. No seguir, estudar-se-á o fenômeno da judicialização, procedendo-se à distinção entre os conceitos de ativismo judicial e de judicialização em si. Serão delimitadas, igualmente, a judicialização da política e a judicialização do direito. Por fim, realizar-se-á uma análise da judicialização da saúde no Brasil, com apresentação de alguns números, sua causa e características, bem como dos aspectos negativos de sua justiciabilidade individual.

#### **3.1. POLÍTICAS PÚBLICAS**

Antes de adentrar na temática do Sistema Único de Saúde brasileiro, cumpre tecer algumas breves considerações sobre as políticas públicas, pois, como referido, é por meio delas que se concretiza – ou deveria ser concretizado – o direito social à saúde previsto na Constituição Federal de 1988. Realmente, o artigo 196 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) assim o determina, estatuinto que incumbe ao poder público o dever de garantir a saúde para todos, por meio de políticas sociais e econômicas (SCHWARTZ, 2006, p. 156).

A definição de políticas públicas em português apresenta certa dificuldade conceitual, uma vez que os termos *politics* e *policies* são igualmente traduzidos como política, não havendo palavras distintas para designá-los em nossa língua. Nesse aspecto, conforme Fernández (2004, p. 498), *politics* refere-se ao consenso e luta pelo poder, ao passo que *policies* remete a atividades governamentais mais concretas, como defesa, saúde e educação. Além desses conceitos, vale ressaltar ainda o termo *polity*, que designa o aparato burocrático em si, abrangendo os elementos estruturais da política, como o sistema de governo e o modo de funcionamento dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (SCHMIDT, 2008, p. 2.310).

Teixeira (2002, p. 2) apresenta relevante definição do que são políticas públicas, classificando-as como “diretrizes, princípios norteadores de ação do poder público; regras e procedimentos para as relações entre poder público e sociedade, mediações entre atores da sociedade e do Estado”. Rua (1997, p. 2), a seu turno, refere que

As políticas públicas (*policies*), por sua vez, são *outputs*, resultantes da atividade política (*politics*): compreendem o conjunto das decisões e ações relativas à alocação imperativa de valores. Nesse sentido é necessário distinguir entre política pública e decisão política. Uma política pública geralmente envolve mais do que uma decisão e requer diversas ações estrategicamente selecionadas para implementar as decisões tomadas. Já uma decisão política corresponde a uma escolha dentre um leque de alternativas, conforme a hierarquia das preferências dos atores envolvidos, expressando - em maior ou menor grau - uma certa adequação entre os fins pretendidos e os meios disponíveis.

Por conseguinte, as políticas públicas resultam de influências e pressões da sociedade, partidos políticos e grupos de poder (*inputs*), que redundam em ações governamentais (*outputs*) e produzem efeitos específicos junto à coletividade. Trata-se de um processo (BUCCI, 2013) que envolve diversas fases, tais quais definição de agenda (*agenda setting*), identificação de alternativas, avaliação das opções, seleção das opções, implementação e avaliação (SOUZA, 2007). Schmidt (2008, pp. 2315-2321), por outro lado, relaciona as seguintes fases das políticas públicas: percepção e definição de problemas, inserção na agenda política, formulação, implementação e avaliação.

Ainda, no que pertine às diferentes tipologias, as políticas públicas podem ser classificadas como distributivas, regulamentares, redistributivas e constitutivas. As políticas distributivas geram impactos mais individuais do que universais, pois se limitam a outorgar recursos coletivos à sociedade em benefício de certos grupos sociais ou regiões, como ocorre, por exemplo, no programa Bolsa-Família. As políticas regulatórias, por outro lado, envolvem burocracia, políticos e grupos de interesse, e são decididas em uma arena de enfrentamento

entre diferentes atores/sujeitos. Essas políticas determinam as regras para realização de determinadas atividades e materializam-se, por exemplo, na legislação trabalhista e na ambiental. As políticas redistributivas, a seu turno, atingem maior número de destinatários e constituem, em geral, as políticas sociais universais, como a Previdência Social e o Sistema Único de Saúde. As políticas constitutivas, por fim, tratam das regras do jogo político, referindo-se às normas para estabelecimento e funcionamento do poder público (FERNÁNDEZ, 2004; BUCCI, 2007; SCHMIDT, 2008).

Enfim, nos dizeres de Souza (2003, p. 13),

Pode-se, então, resumir o que seja política pública como o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, “colocar o governo em ação” e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações e/ou entender por que e como as ações tomaram certo rumo em lugar de outro (variável dependente). Em outras palavras, o processo de formulação de política pública é aquele através do qual os governos traduzem seus propósitos em programas e ações, que produzirão resultados ou as mudanças desejadas no mundo real.

As políticas públicas, portanto, não constituem um fenômeno objetivo de perfil claro e definido, pois seu conteúdo varia conforme os diferentes contextos de análise. De qualquer forma, no presente estudo elas são concebidas como programas e ações destinadas a atingir os propósitos e resultados esperados pelo governo, porquanto é por meio delas que os direitos sociais em sentido estrito (direitos a prestações positivas) são contemplados pelo Estado. Tal realidade se acentua no pertinente ao direito à saúde, na medida em que sua garantia depende de uma vasta e complexa estrutura de prestação de serviços públicos, cujas deficiências e limitações catalisam o fenômeno da judicialização no Brasil.

### 3.2 SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE: POLÍTICA PÚBLICA DO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Antes de tratar, propriamente, sobre o Sistema Único de Saúde, é salutar discorrer sobre o processo de juridificação da saúde no Brasil e o conseqüente desenvolvimento do Direito Sanitário. Tal opção teórica se justifica porque o surgimento dessa nova disciplina jurídica caminhou de mãos dadas com os antecedentes e a gênese do SUS.

O Direito Sanitário é o ramo do Direito relacionado à atuação do Estado como responsável pela garantia da saúde, tanto em relação aos serviços dela em si, quanto à regulamentação e à fiscalização de atividades, bens e serviços que possam prejudicá-la. Aith

(2007, p. 91), nesse norte, o define como “o ramo do Direito que disciplina as ações e serviços públicos e privados de interesse à saúde”, aduzindo que ele é “formado pelo conjunto de normas jurídicas (regras e princípios) que visa à efetivação do Direito à saúde e possui um regime jurídico específico”. Embora seja comum a associação do Direito Sanitário ao Direito Administrativo, aquele também dialoga com outros ramos do direito, como Ambiental, do Consumidor, do Trabalho, da Seguridade Social e Constitucional (SIQUEIRA, 2011, p. 100/101).

Para Aith (2007, p. 83), foi o advento Constituição Federal de 1988, com seu reconhecimento expresso do direito fundamental à saúde, que consolidou o Direito Sanitário no Brasil. A partir de então, houve um processo de juridificação das questões relacionadas à saúde, as quais passaram a permear discussões nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como na sociedade em geral. Segundo o autor,

Foi somente a partir da Constituição da República de 1988, quando a saúde foi reconhecida expressamente como um direito fundamental, direito de todos e dever do Estado, que o Direito Sanitário consolidou-se definitivamente no país, passando a ser tema cada vez mais presente nas discussões realizadas pelo Estado (tanto no Poder Legislativo quanto nos Poderes Executivo e Judiciário) e pela sociedade.

Vale ressaltar que, no Brasil, desde a Constituição de 1824, já ocorria a edição de algumas normas jurídicas de proteção à saúde, notadamente de cuidados sanitários. Durante a década de 1970, em especial, houve relevante produção legislativa nas áreas da vigilância sanitária e do controle de drogas e medicamentos. Todavia, apenas a partir do reconhecimento da fundamentalidade do direito à saúde pela Constituição Federal de 1988 é que se deu, efetivamente, a juridificação das questões sanitárias e o surgimento da correspondente disciplina jurídica. Dessa forma, o reconhecimento da existência de um direito fundamental à saúde deu azo ao surgimento do Direito Sanitário no Brasil e à intensa produção legislativa nessa área após 1988. Podem-se citar, em tal sentido, as Leis n° 8.080/90 e n° 8.142/90 (BRASIL, 1990a e 1990b), que formam a Lei Orgânica da Saúde, e a Lei n° 9.782/99 (BRASIL, 1999), que criou as Agências Nacionais de Vigilância Sanitária. Além de tal legislação, a valorização do direito à saúde pela Constituição redundou também na criação de normas infralegais (resoluções, decretos, regulamentos), bem como na edição de diversos códigos sanitários pelos Estados da Federação (AITH, 2007, pp. 83/84).



### 3.2.1 Da formação do Sistema Único de Saúde

Além da juridificação do direito à saúde e da criação das bases para a formação do Direito Sanitário em si, a Constituição Federal de 1988 também estabeleceu um novo paradigma ao referir, em seu artigo 198, que “As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único.” (BRASIL, 1988). Formou-se, assim, o Sistema Único de Saúde – SUS, concebido segundo o modelo da seguridade social<sup>30</sup>, inserido, no Título VIII, Capítulo II, da Constituição Federal, relativo à Ordem Social e à Seguridade Social. De fato, conforme Canut (2013a, p. 20), o SUS "foi instituído no novo sistema de proteção social denominado de seguridade social", ou seja, um "modelo protecionista que visa, por meio da intervenção estatal, garantir o direito universal à saúde".

O SUS se trata, portanto, da “instituição jurídica criada pela Constituição Federal para organizar as ações e serviços públicos de saúde no Brasil” (AITH, 2007, p. 340). Nesse desiderato, ele constitui “uma rede regionalizada e hierarquizada de serviços de saúde, com estabelecimentos públicos e privados contratados, sob a égide do direito público” (PAIM, 2010, p. 47). O Sistema Único agrega, assim, todas as instituições responsáveis pelo desenvolvimento das ações em saúde pública no Brasil.

A Constituição Federal de 1988 dispôs sobre o Sistema Único de Saúde nos seguintes termos:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade. (BRASIL, 1988)

Note-se, o SUS “representa uma situação jurídica permanente” (AITH, 2007, p. 341), pois, diante do status constitucional, sua existência e manutenção não podem ser

<sup>30</sup> Paim (2010, p. 18/19 e 40/41) leciona que existem três tipos de sistema de saúde, quais sejam, da assistência, do seguro social e da seguridade social. No modelo da assistência, ou residual, o Estado proporciona serviços de saúde apenas a determinadas camadas da população, como, por exemplo, os pobres e idosos. Esse modelo é adotado nos EUA e, no Brasil, vigeu até os anos 20. O modelo do seguro social, ou da meritocracia, outorga serviços estatais de saúde apenas àqueles que contribuem para a Previdência Social. Cuida-se, portanto, de um sistema que relaciona a proteção à saúde à própria força de trabalho. Países como Alemanha, França e Suíça aderem a esse modelo. No Brasil, o seguro social foi adotado desde a década de 1930 até 1988. Na seguridade social, por fim, o acesso à saúde é franqueado a todos, independentemente do recolhimento de contribuições ou da filiação a determinado regime previdenciário. A saúde, nessa perspectiva, é entendida como condição ao próprio exercício da cidadania. Esse é o modelo idealizado pela Constituição Federal de 1988.

submetidas à volatilidade e alternâncias do poder político. Isso significa dizer que o SUS não é uma mera política transitória de governo, mas sim uma política de Estado, duradoura, cuja diuturnidade advém de sua própria base constitucional. Nesse aspecto, Vieira (2013, p. 329) estatui que “o SUS não se constitui em uma política de governo, mas em um patrimônio da Sociedade brasileira, que é a sua mentora”. Cuida-se, desse modo, de uma instituição perene, que deve sobreviver aos percalços gerados pelas fortes oscilações e crises constantemente vivenciadas na política brasileira.

Cumpra consignar, ainda, que, ao criar o Sistema Único de Saúde, a Constituição Federal de 1988 levou a seu ápice a reforma sanitária ocorrida no Brasil nos anos anteriores, pois, além de todas as transformações acima relatadas, universalizou o acesso gratuito aos serviços de saúde (SERRA, 2008, p. 143). Realmente, a consolidação do Direito Sanitário e a instituição do Sistema Único de Saúde advieram da reformulação sanitária que ocorreu no Brasil no final dos anos 80, impulsionado por movimentos sociais e organizações da sociedade civil (CARVALHO *et al*, 2013, p. 73). Um dos marcos mais importantes para essa reforma – e para a própria configuração do direito à saúde a partir de então – foi a 8ª Conferência Nacional do Direito à Saúde<sup>31</sup>, de 1986, que definiu novos rumos para a saúde no Brasil e serviu de base para o texto da Constituição Federal (FERNANDES, 2018, p. 91).

### **3.2.2 SUS – Estrutura, princípios e diretrizes**

Do ponto de vista estrutural, o Sistema Único de Saúde é composto pelo Ministério da Saúde, por secretarias de saúde estaduais e municipais, por autarquias e por outros órgãos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (Aith, 2007, p. 343). Destarte, a prestação dos serviços públicos de saúde ocorre mais comumente de forma direta, ou seja, pelas "instituições jurídicas de direito público a quem são conferidos as habilidades específicas para a promoção, proteção e recuperação da saúde" (Aith, 2011, p. 34). Todavia, segundo o artigo 199, § 1º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), também são abrangidos pelo SUS os serviços prestados por instituições privadas mediante convênios e contratos firmados com instituições de direito público, desde que observados seus princípios e

---

<sup>31</sup> Primeira conferência nacional de saúde no Brasil realizada com intensa participação popular, na qual foram estabelecidos os parâmetros para criação do SUS. Realizada em Brasília, com a participação de cerca de cinco mil pessoas. (BUSS, 1991)

diretrizes<sup>32</sup>. Essa estrutura tem seus contornos delineados pelo artigo 4º da Lei nº 8.080/90 (BRASIL, 1990a), que assim dispõe:

Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

§ 1º Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.

§ 2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar.

O SUS tem por objetivos a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde, a formulação de política de saúde e a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde. Para tanto, inclui em seu campo de atuação a execução de ações de vigilância sanitária e epidemiológica, de saúde do trabalhador e de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica (Lei nº 8.080/90, artigos 5º e 6º - BRASIL, 1990).

Por outro lado, a organização do Sistema Único de Saúde se dá na forma de uma rede regionalizada e hierarquizada (PAIM, 2009, p. 47/48). Conforme Dallari e Nunes Júnior (2010, p. 83), a rede deve ser regionalizada, a fim de que sua organização se dê em “circunscritões territoriais, as quais, por sua vez, devem levar em conta o dinamismo e a complexidade do sistema que não raro exige redefinições pontuais”. Desse modo, o princípio da regionalização possibilita que os estabelecimentos de saúde sejam distribuídos nos diferentes territórios abrangidos pelo SUS de forma a ampliar e melhorar a prestação dos serviços de saúde. Paim (2009, p. 48) aduz que essa regionalização, por exemplo, permite que os serviços básicos sejam prestados de forma descentralizada nas localidades mais distantes, com concentração dos serviços especializados em centros maiores.

A hierarquização da rede, a seu turno, vale ressaltar, não se refere a um possível protagonismo federal nos serviços de saúde, em detrimento das esferas estadual e municipal. Deveras, não há falar em hierarquia entre os entes federativos, na medida em que a própria Constituição Federal estabeleceu a competência concorrente da União e dos Estados para legislar sobre proteção e defesa da saúde, bem como a competência comum deles e dos

---

<sup>32</sup> A atuação da iniciativa privada na área da saúde pode ocorrer de forma complementar ou suplementar. A atuação complementar se dá quando a iniciativa privada atua por delegação do poder público, integrando o SUS e seguindo seus princípios e diretrizes. Em contrapartida, a atuação ocorrerá de forma suplementar quando for desenvolvida apenas na esfera privada, sem qualquer relação com o Sistema Único de Saúde (AITH, p. 202).

Municípios para prestar cuidados em saúde (artigos 23, II e 24, XII, BRASIL, 1988). Em verdade, a hierarquização da rede refere-se à "necessidade de organização do atendimento em distintos níveis de complexidade", tratando-se, portanto, de "racionalização do sistema e de otimização de seus recursos" (DALLARI E NUNES JÚNIOR, 2010, p. 83).

O Sistema Único de Saúde se baseia, ainda, no princípio do acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde, conforme disposição expressa do artigo 196 da CF. A universalidade e o caráter igualitário, nesse contexto, significam que os serviços de saúde devem ser franqueados pelo SUS a todos que deles necessitem, com igualdade e equidade (AITH, 2010, p. 208). Da universalidade, igualmente, como já referido, exsurge o direito aos serviços do Sistema Único independentemente do recolhimento de contribuições previdenciárias ou de filiação a determinado regime previdenciário. Essa constatação reforça a noção de que o direito à saúde, no viés da Constituição Federal de 1988, superou a anterior vinculação à meritocracia do seguro social e à força de trabalho, passando a ser reconhecido como garantia inerente à condição humana.

Da mesma forma, o supracitado artigo 198 da Constituição Federal estabeleceu que o Sistema Único de Saúde deve ser organizado segundo as diretrizes<sup>33</sup> da descentralização, do atendimento integral e da participação da comunidade. (BRASIL, 1988)

A descentralização, nos dizeres de Aith (2010, p. 211), "significa que, no âmbito da descentralização política do SUS, cada estado, o Distrito Federal e a União devem capacitar-se para a execução de atribuições relacionadas com a promoção, a proteção e a recuperação da Saúde". Nessa dinâmica, parte-se do entendimento de que como as pessoas vivem nos Municípios, as decisões em saúde devem ser tomadas no próprio âmbito municipal. Às secretarias estaduais de saúde, nessa perspectiva, cabe atuar apenas nas ações que transcendam a capacidade dos Municípios. À União, da mesma forma, incumbe promover o apoio e orientação dos governos estaduais e municipais, assegurando a observância aos princípios e diretrizes do SUS (PAIM, 2009, p. 49). Segundo Vieira (2013, p. 333):

Dessa forma, a descentralização aproxima o sistema do lócus principal de atenção do sistema, que é o município, no contexto de seus bairros e localidades. Igualmente, ele se associa com a ideia da participação da Sociedade na definição das políticas e ações do SUS, pois estando mais próximo da vida real de cada cidadão/usuário, torna mais concreto esse exercício da cidadania participativa.

---

<sup>33</sup> Os termos princípios e diretrizes são, por vezes, utilizados indistintamente, como ocorre no artigo 7º da Lei nº 8.080/90, que arrola como princípios a descentralização, o atendimento integral e a participação da comunidade, as quais são expressamente previstas como diretrizes do SUS na Constituição Federal de 1988. (BRASIL, 1988)

Na realidade, a descentralização do SUS corresponde ao próprio processo de municipalização dos serviços públicos, iniciado com o advento da Constituição Federal de 1988. Em tese, a imposição aos municípios de maior responsabilidade pelos serviços em saúde deveria vir acompanhada da correspondente alocação de recursos e cooperação técnica. Entretanto, na prática, o caminho dos recursos públicos entre Brasília e os municípios brasileiros é permeado de obstáculos, tais quais entraves burocráticos, falta de vontade política e a própria corrupção. Nesse aspecto, Teixeira (2002, p. 6) assevera que os encargos relacionados aos serviços públicos, inclusive de saúde, foram transferidos às administrações municipais sem os correspondentes recursos, na medida em que sua participação na receita tributária não supera 20% da receita global brasileira. Por isso, a realização de políticas públicas municipais depende fortemente de recursos de programas estaduais e federais.

O atendimento integral, por sua vez, refere-se à garantia da saúde em todos os seus aspectos, envolvendo ações de promoção, proteção e recuperação. Ademais, a integralidade indica que o SUS deve priorizar atividades preventivas, evitando que "as pessoas adoçam, se acidentem ou se tornem vítimas de outros agravos" (PAIM, 2009, p. 50). A integralidade também significa que o dever estatal de proporcionar a saúde não pode ser mitigado nem dividido, pois, em se tratando de um bem individual e coletivo, sua defesa pressupõe uma "abordagem assistencial completa" (DALLARI e NUNES JÚNIOR, 2010, p. 75). Nesse mesmo sentido, o artigo 7º, II, da Lei n 8.080/90 (BRASIL, 1990a) preceitua que a integralidade corresponde ao "conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema". Como bem sintetiza Vieira (2013, p. 336), a integralidade rompe com a visão "isolada e segmentada" da saúde humana e busca detectar seus fatores "determinantes e condicionantes", de forma a "procurar no contexto da estrutura do sistema e fora dele" a melhor maneira de promovê-la.

Por fim, a terceira diretriz constitucionalmente designada para o Sistema Único de Saúde é a participação da comunidade, ou seja, a imposição aos agentes públicos da "criação de mecanismos de participação da comunidade na formulação, gestão e execução das ações e serviços públicos de saúde, incluindo aí a normatização" (AITH, 2010, p. 213). Para tal fim, a Lei n° 8.142/90 (BRASIL, 1990b) criou as conferências e conselhos de saúde. Além disso, contudo, o poder público pode e deve garantir a participação da comunidade por meio de outros mecanismos, como plebiscitos, referendos, audiências e consultas públicas. Vieira (2013, pp. 339) refere que a participação da sociedade é da "essência do SUS" e envolve

diversos atores sociais, dentre os quais tanto os gestores e autoridades políticas quanto os usuários do serviço público.

Cumpre consignar que, ao estabelecer a participação da sociedade como diretriz do SUS, a Constituição Federal reforça o princípio democrático do Estado Social e Democrático de Direito, pois reconhece que os cidadãos não devem ser reduzidos a meros receptores das políticas públicas em saúde, mas sim constituírem-se em verdadeiros partícipes do seu processo de elaboração. Isso, como será referido no momento oportuno, repercute diretamente na viabilidade da tutela coletiva do direito à saúde.

### **3.2.3 O subfinanciamento do SUS**

Algumas considerações sobre o financiamento do Sistema Único de Saúde são de curial importância para o presente estudo, uma vez que a carência de recursos é uma das principais causas da judicialização da saúde no Brasil. Nesse sentido, inicialmente, não se pode negar a relevância e as enormes proporções do SUS, sistema que atua no vasto território nacional em uma extensa e diversificada gama de ações em saúde. A título de exemplo, segundo dados reunidos pela Associação Paulista de Medicina (2008, pp. 211-224), a rede hospitalar vinculada ao SUS, em 1999, abrangia mais de seis mil hospitais, movimentando cerca de um milhão de internações mensais, sendo 296.000 de alta complexidade. Da mesma forma, conforme informações do Ministério da Saúde (2015c), o Sistema Único de Saúde realizou, no ano de 2014, mais de quatro bilhões de procedimentos ambulatoriais, quase um bilhão e meio de consultas médicas e 11,5 milhões de internações. Ainda, em 2017, também com base em dados do Ministério da Saúde (BRASIL, 2017b), havia 5.455 estabelecimentos hospitalares com leitos disponíveis para a rede pública, totalizando mais de 330 mil leitos SUS. No mesmo ano, foram realizadas 10.664.905 autorizações de internação hospitalar, 2.263.646.575 de procedimentos ambulatoriais de média e alta complexidade e 294.297.926 consultas médicas especializadas e de urgência.

Todavia, a grandeza desses números pode levar a uma falsa impressão de fartura e suficiência dos recursos destinados aos serviços públicos de saúde, o que, porém, não corresponde à realidade. Deveras, a par da existência de relevantes ações na saúde pública, a verdade é que o Sistema Único de Saúde vivencia uma situação de histórico e recorrente subfinanciamento (SCHULZE e GEBRAN NETO, 2015, p. 132/133). Realmente, conforme Schwartz (2001, pp. 148/149), entre 1980 e 1990, os gastos públicos com saúde atingiram o percentual máximo de 3,3% do PIB em 1989. Por tal motivo, o autor asseverou que "o Brasil

figura entre os países que possuem a mais reduzida participação no PIB das verbas destinadas à saúde", ocupando "o 125º lugar (em um total de 191 nações) no ranking sanitário elaborado pela Organização Mundial da Saúde" em 1998. O Brasil, naquela oportunidade, apresentou números inferiores a de países como Brunei, Barbados e República Dominicana.

Igualmente, segundo Piola (p. 2013, p. 88), no Brasil, em 2009, o dispêndio total com saúde, incluindo recursos públicos e privados, equivalia a 8,4% do PIB. Essa proporção era inferior ao gasto nos Estados Unidos (15,7%), mas próxima a de membros da OCDE<sup>34</sup> que também adotam sistemas universais de cobertura, como o Reino Unido (8,4%), a Espanha (8,5%), o Canadá (10,1%) e a Austrália (8,9%). Contudo, conquanto os gastos totais com saúde no Brasil se assemelhem à média da OCDE, o problema é que, aqui, a participação das receitas públicas no financiamento da saúde é muito inferior à dos outros países. Nesse norte, enquanto a média dos recursos públicos nos países da OCDE equivalia a 70% dos gastos totais com saúde, no Brasil, os aportes estatais abrangeram apenas 42% dessas despesas em 2007. Por conseguinte, naquele ano, o investimento de recursos públicos em saúde equivalia a 3,5% do PIB brasileiro. Trata-se, portanto, do único país com cobertura universal do sistema estatal de saúde em que o dispêndio privado é maior do que o público<sup>35</sup>.

Aliás, conforme Piola (2013, pp. 90-94), o financiamento do SUS sempre foi problemático, desde sua criação em 1988. De fato, embora o artigo 55 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (BRASIL, 1988) previasse que 30% dos recursos da Seguridade Social seriam vinculados à saúde, isso simplesmente não ocorreu na prática entre 1988 e 1996. Para solucionar essa carência orçamentária, instituiu-se a Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira - CPMF (Lei nº 9.311/96), que vigeu entre 1997 e 2007 e representou, nesse interregno, um terço dos recursos do Ministério da Saúde. Posteriormente, a provisoriedade da CPMF impulsionou a aprovação da Emenda Constitucional nº 29/2000 (BRASIL, 2000), que alterou a redação do artigo 198, § 2º, da Constituição Federal, determinando a participação das três esferas governamentais no financiamento da saúde pública e estabelecendo um aporte mínimo anual de recursos<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico.

<sup>35</sup> Essa dicotomia entre os serviços privados e públicos de saúde, aliás, também é um dos vetores da judicialização da saúde no país, como se verá a seguir.

<sup>36</sup> Art. 198. [...] § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I – no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. (BRASIL, 1988).

Na prática, porém, os entes da federação não têm observado os percentuais mínimos de recurso para serviços em saúde pública. A título de exemplo, em alguns exercícios posteriores à EC 29, a média de gastos dos Estados da Federação foi de 9,6%, não atingindo o patamar mínimo de 12%. Piola (2013, p. 94) reconhece tal problemática, referindo que:

Desta forma, a luta por um volume maior de recursos continuará na agenda política dos defensores do sistema. Porém, toda essa celeuma, que se desenvolve por mais de uma década, seria desnecessária se saúde fosse efetivamente prioridade de Governo. Se fosse, a vinculação de recursos não seria necessária. O que aconteceu com o Governo Federal, até o momento, em relação à sua participação no financiamento do SUS, foi que o piso estipulado passou a ser o teto e a discussão passou a ser se a União estava ou não cumprindo a Emenda, sem um debate mais fundamentado sobre as reais necessidades de recursos para o SUS cumprir os objetivos estabelecidos na Constituição.

Esse panorama de escassez financeira persiste no Brasil na atualidade. Conquanto a Emenda Constitucional nº 86/2015 (BRASIL, 2015a) tenha elevado o patamar mínimo de aplicação dos recursos da União em saúde para 15%<sup>37</sup> de sua receita corrente líquida, a verdade é que o subfinanciamento se fez presente nos últimos anos em nosso país. A título de exemplo, em 2014, as esferas federal, estadual e municipal, reunidas, investiram em saúde o equivalente a 3,8% do PIB, patamar inferior ao de outros países da América do Sul, como Colômbia e Equador, bem como de Estados que também adotam a cobertura universal, como a França e o Reino Unido (ALENCAR e CISCATI, 2016).

Da mesma forma, com observância ao recorte espacial do presente estudo, cumpre referir que a escassez de recursos da saúde pública verificada em nível nacional também se reproduz no nível local. Nesse sentido, Possoli (2017) analisou as ações e serviços públicos de saúde nos anos de 2011 a 2013 realizadas pelo Município de Criciúma/SC, concluindo que, embora a municipalidade tenha investido em serviços de saúde numérico superior ao percentual mínimo de 15% dos recursos provenientes da arrecadação com impostos e transferências, tal quantia não se mostrou suficiente para contemplar todas as demandas existentes nessa área. Tais dispêndios abrangiam o fundo municipal de saúde, as unidades de saúde, os incentivos à saúde, a secretaria municipal de saúde e o centro de zoonoses. Segundo o autor, isso ocorreu, principalmente, porque o total de gastos com saúde abrangeu rubricas

---

<sup>37</sup> A Lei Complementar 141/2012, que regulamentou a Emenda Constitucional nº 29/2000, fixou os percentuais mínimos de 12% para os Estados e de 15% para os Municípios. (BRASIL, 2012).



que não revertem diretamente em benefícios para os usuários do SUS, como despesas instrumentais<sup>38</sup> e imobilizações<sup>39</sup>.

Outro aspecto relevante no pertinente ao financiamento do Sistema Único de Saúde é a Emenda Constitucional nº 95 de 2016 (BRASIL, 2016d), que instituiu um novo regime fiscal no país e implantou limites individualizados para as despesas primárias para vinte exercícios financeiros. Sem pretender emitir qualquer juízo axiológico sobre o panorama político que redundou em sua promulgação, é certo que a emenda repercutirá negativamente nos serviços públicos de saúde, pois estabelece limites aos gastos no campo da saúde, conforme o art. 110 do ADCT:

art. 110. Na vigência do Novo Regime Fiscal, as aplicações mínimas em ações e serviços públicos de saúde e em manutenção e desenvolvimento do ensino equivalerão: I - no exercício de 2017, às aplicações mínimas calculadas nos termos do inciso I do § 2º do art. 198 e do caput do art. 212, da Constituição Federal; e II - nos exercícios posteriores, aos valores calculados para as aplicações mínimas do exercício imediatamente anterior, corrigidos na forma estabelecida pelo inciso II do § 1º do art. 102 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. (BRASIL, 2016d)

Na prática, portanto, as aplicações mínimas em saúde não acompanharão o aumento das demandas em saúde, realidade que já vem sendo progressivamente sentida. A título de exemplo, o Projeto da Lei Orçamentária Anual previu recursos de R\$ 129,8 bilhões para o exercício 2019, valor inferior ao do exercício 2018, de R\$ 131,3 bilhões (BRASIL, 2018c).

### 3.2.4 Política Nacional de Medicamentos

Como visto, o Sistema Único de Saúde abrange diversas ações tendentes a garantir, promover e recuperar a saúde. Todavia, a área de atuação mais problemática e que gera a maioria dos conflitos, inclusive na via judicial, é o fornecimento de medicamentos. Isso ocorre porque, dentro do complexo processo da garantia do direito à saúde, a disponibilização de fármacos para tratamento das patologias diagnosticadas constitui etapa de inextinguível relevância. Nesse sentido, conforme Elias (2008, p. 18),

[...] classicamente, 20% dos gastos em média do sistema de atendimento à saúde são com medicamentos, e os 80% restantes com investimento, pessoal e tecnologia. No

<sup>38</sup> Dispendios com alimentação, combustíveis, publicidade e seguros, por exemplo.

<sup>39</sup> Tais quais aquisição de imóveis e equipamentos.

caso brasileiro, geralmente o paciente passa pelo serviço, pode ter o diagnóstico muito bem feito, preciso, mas não recebe o medicamento. Como ele não tem condições de comprar a medicação, do ponto de vista social, todo o procedimento de atendimento fica comprometido e a sua eficácia social foi nula. Gastamos 80% e não demos os 20%, que resultariam na sua eficácia. Portanto, os medicamentos possuem acentuadíssima relevância na dinâmica da prestação de serviços de saúde. Sem eles, todo o trabalho de acompanhamento e diagnóstico pode se tornar inócuo.

Apesar da inegável relevância do fornecimento de medicamentos, tendo em vista os constantes avanços da indústria farmacêutica<sup>40</sup> e a escassez dos recursos disponíveis para investimento em saúde, a incorporação de novos fármacos pela rede pública deve ser feita com responsabilidade. Nesse aspecto, Piola (2013, pp. 95/96) aduz que

Nos países em que saúde é direito social e que possuem sistemas com acesso igualitário e universal, deve haver cautela na incorporação de novas tecnologias. Além de eficácia comprovada, a incorporação de novas técnicas e produtos deve passar por avaliações de custo/efetividade. De qualquer forma, deve ficar claro, a avaliação econômica é apenas mais um elemento para a decisão – que deve sempre ser democrática, transparente e bem informada – sobre quando incorporar ou não novas tecnologias ou assumir novos protocolos de atenção.

Pois bem, a Lei nº 8.080/90 (BRASIL, 1990<sup>a</sup>), no artigo 6º, II, ‘d’ e VI, estabeleceu a obrigação de o poder público prover “assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica”, mediante a “a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção”. O Ministério da Saúde procedimentalizou essa tarefa em 1998, por meio da Portaria nº 3.916, que instituiu a Política Nacional de Medicamentos (BRASIL, 2001). Naquela oportunidade, ampliou-se a assistência farmacêutica mediante a criação da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME, a produção de genéricos, a farmácia popular e a garantia de terapias de alto custo baseada em protocolos clínicos (PAIM, 2009, p. 79).

Depois de então, como resultado do debate social ocorrido na I Conferência Nacional de Medicamentos, em 2003, o Ministério da Saúde formulou a Política Nacional de Assistência Farmacêutica em 2004, por meio da Resolução nº 338/2004 (BRASIL, 2004). Segundo esta, a Assistência Farmacêutica compreende ações voltadas à promoção, à proteção e à recuperação da saúde, segundo o entendimento de que o medicamento é essencial e o seu fornecimento constitui diretriz fundamental (PEPE e OSÓRIO-DE-CADTRO, 2013, pp. 148/149).

---

<sup>40</sup> Avanços estes que, muitas vezes, não têm por objetivo o desenvolvimento da humanidade e melhorias em saúde, mas sim exorbitantes lucros.

Embora os procedimentos de pesquisa, desenvolvimento e disponibilização de medicamentos no mercado não sejam o objeto desta dissertação, cumpre consignar que a produção e a comercialização de fármacos no país dependem do registro sanitário concedido pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA (DALLARI e NUNES JÚNIOR, 2010, p. 152). Todavia, o registro do medicamento junto a ANVISA, não importa, necessariamente, em sua incorporação no rol de medicamentos disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde. Isso gera embates entre pacientes e Poder Executivo, inclusive na via judicial, pois redundaria na disponibilização de fármacos no mercado, para aquisição com recursos privados, sem estender tal acesso aos usuários do SUS.

No Brasil, a incorporação de medicamentos ao Sistema Único de Saúde é abrangida pela Política Nacional de Gestão de Tecnologias em Saúde (PNGTS). A Lei nº 12.401/2011 dispõe sobre a assistência terapêutica, estabelecendo que a incorporação de tecnologias em saúde no âmbito do SUS é incumbência do Ministério da Saúde, com assessoria da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias (CONITEC). Esta comissão é órgão colegiado de caráter permanente, que integra a estrutura do Ministério da Saúde e atua, preponderantemente, nos processos administrativos relativos a tecnologias do Sistema Único de Saúde. Portanto, uma das principais atividades da CONITEC é atualizar a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME (PEPE e OSÓRIO-DE-CASTRO, 2013, p. 152/153).

Outro aspecto relevante da Lei nº 12.401/2011 é a determinação de que a incorporação de novas tecnologias na rede do SUS ocorra por meio de Protocolos Clínicos, baseados na medicina das evidências. Protocolos Clínicos<sup>41</sup> podem ser definidos como "documentos de orientação, baseada no consenso científico, utilizados por profissionais da saúde para o diagnóstico e o tratamento de seus pacientes". A medicina baseada em evidências, por sua vez, refere-se à tomada de decisões pelos profissionais da medicina com base nas mais relevantes evidências científicas, mormente em estudos publicados em revistas científicas (MONTEIRO, 2017, p. 494/495).

Adota-se, nesta dissertação, o entendimento de que os Protocolos Clínicos são apropriados para a dispensação de medicamentos no âmbito do SUS, pois estabelecem de forma clara os critérios de diagnóstico e de tratamento para cada doença, proporcionando uma

---

<sup>41</sup> Segundo Agustini (2009, p. 234): "É importante observar que os Protocolos Clínicos não são editados com a finalidade de limitar o acesso ao direito à saúde. São elaborados exatamente com finalidade oposta, isto é, determinando as melhores práticas terapêuticas e, no seu processo de criação, tem ampla participação da comunidade científica e da população". Por isso, segundo o autor, tais protocolos também devem nortear a atuação do Poder Judiciário nas ações que versam sobre medicamentos.

atuação mais uniforme da rede pública. Essa questão, aliás, possui extrema relevância para o presente estudo, pois, como se afirma desde já, a atuação da assistência farmacêutica por meio de protocolos compatibiliza-se mais adequadamente à dimensão coletiva do direito à saúde. Com efeito, ao incorporar determinado protocolo no SUS, a rede pública contempla um rol de pacientes com quadros clínicos similares, numa dinâmica de atuação benéfica a uma coletividade, não apenas de forma individualizada. Esse foi exatamente o caso na Ação Civil Pública nº 5001439-79.2010.404.7204/SC, da qual se tratará no próximo capítulo, pois o pedido lá formulado pelo Ministério Público Federal compreendia a incorporação de Protocolo Clínico para fornecimento de análogos de insulinas, em benefício coletivo dos portadores de diabetes mellitus residentes no território da Subseção Judiciária de Criciúma.

### 3.3 A JUDICIALIZAÇÃO: UM FENÔMENO COMPLEXO E MULTIFATORIAL

Estabelecidos os contornos básicos das políticas públicas em saúde, do Sistema Único de Saúde e da Política Nacional de Medicamentos, passa-se ao estudo da judicialização da saúde. De início, cumpre esclarecer que o processo de expansão global do Poder Judiciário, em síntese, consiste na progressiva ampliação do espectro de sua atuação, mormente mediante a possibilidade de os órgãos jurisdicionais exercerem controle de constitucionalidade sobre a legislação e, por conseguinte, sobre a própria política. Nesse contexto, “O fortalecimento do Poder Judiciário e sua crescente interferência na esfera política é um fenômeno comum a todas as sociedades contemporâneas” (LEITE, 2014, p. 178).

A primeira onda dessa tendência ocorreu nos Estados Unidos no final do Século XVIII (BRANDÃO, 2013, p. 176) e, segundo dados reunidos por Tom Ginsburg (2008, p.81) no estudo *The Global Spread of Constitutional Review*, dos 191 sistemas constitucionais existentes no mundo em 2008, 158 previam alguma forma de controle de constitucionalidade<sup>42</sup>. Contudo, isso não significa dizer que em todos esses países a previsão formal de controle de constitucionalidade repercute em concreta e recorrente efetivação do judicial review, nem tampouco de que em todos eles isso desencadeia um processo de judicialização, como ocorre no Brasil.

Ran Hirschl (2007) se refere a esse protagonismo jurisdicional como juristocracia, aduzindo que, nas duas últimas décadas, o mundo testemunhou um veloz processo de

---

<sup>42</sup> “Whereas before World War II, only a small handful of constitutions contained provisions for constitutional review, as of this writing, 158 out of 191 constitutional systems include some formal provision for constitutional review”.

transição, em que a reforma constitucional transferiu uma quantidade de poder sem precedentes das instituições representativas para o Poder Judiciário<sup>43</sup>. O professor da Universidade de Toronto adiciona que hoje há pouquíssimas controvérsias morais, políticas ou de políticas públicas que, mais cedo ou mais tarde, não se tornarão objeto de embate na via judicial<sup>44</sup>.

Chester Neal Tate, no texto *The Global Expansion of Judicial Power* (1995), relaciona as seguintes condições como facilitadoras da expansão global do Poder Judiciário: (a) a operação de um sistema político democrático; (b) a existência de um ordenamento institucional baseado na separação de Poderes; (c) a existência de uma Carta de direitos; (d) o uso dos tribunais por grupos de interesse; (e) o uso dos tribunais pela oposição; (f) a inefetividade das instituições majoritárias em impedir o envolvimento de instituições judiciais em certas disputas políticas; (g) percepções negativas acerca das instituições majoritárias e legitimação de instituições judiciais; (h) algum grau de delegação de poderes de decisão das instituições majoritárias em favor de instituições judiciais. Para Zauli (2011), tais fatores também explicam o protagonismo do Poder Judiciário no Brasil. Jorge (2015, p. 316) assim o compreende, referindo que todas essas condições “são verificáveis no Brasil, o que pode explicar a relevância do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde”.

No que concerne à judicialização em si, é importante frisar que se trata de uma categoria de difícil conceituação, pois é complexa, multifatorial e se manifesta por diferentes formas e em variados contextos. Assim, para Leal e Alves (2014), “a judicialização é um fenômeno universal complexo, que se reveste em gênero do qual decorrem espécies (da política e do direito), as quais podem ser estudadas sob diferentes abordagens, possuindo múltiplas causas”. Barroso (2008, p. 3), por sua vez, define a judicialização nos seguintes termos:

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

---

<sup>43</sup> “Over the past two decades the world has witnessed an astonishingly rapid transition to what may be called juristocracy. Around the globe, in numerous countries and in several supranational entities, fundamental constitutional reform has transferred an unprecedented amount of power from representative institutions to judiciaries.”

<sup>44</sup> “There is now hardly any moral, political, or public policy controversy in the new constitutionalism world that does not sooner or later become a judicial one”.

delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal relaciona como causas da judicialização a redemocratização do país, a constitucionalização abrangente e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade<sup>45</sup> (BARROSO, 2008, pp. 3-5).

O processo de redemocratização decorreu diretamente da Constituição Federal de 1988 e influenciou sensivelmente a população e as instituições no país. O Poder Judiciário, por exemplo, ao recuperar suas garantias constitucionais e se desvencilhar do autoritarismo do anterior governo militar, deixou de atuar com um viés meramente técnico e passou a exercer um múnus político, inclusive de forma a confrontar os demais Poderes no exercício da jurisdição. Da mesma forma, a consolidação do Ministério Público na CF e a ampliação de sua independência também repercutiram em fortalecimento do acesso à Justiça, mormente devido à intensificação de sua atuação na esfera cível. Por fim, a Constituição de 1988 renovou a noção de cidadania, pois outorgou maior nível de informação e conscientização sobre os direitos da população, a qual, por isso, passou a pleitear a sua concretização perante o Poder Judiciário. Enfim, a Constituição Cidadã aumentou a esfera de atuação jurisdicional porque incutiu um sentimento da justiça como algo próximo e realizável.

A constitucionalização abrangente, por sua vez, refere-se à inserção no texto constitucional de diversas matérias que antes eram regulamentadas pelo legislador ordinário. Nesse aspecto, para Barroso (2008, p. 5), a “A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador”. Dessa forma, à medida que um direito é reconhecido pela Constituição Federal, ele se torna um interesse concreto exigível pela via judicial, independentemente da ingerência do Poder Legislativo.

O sistema de controle constitucionalidade brasileiro, a seu turno, é um dos mais abrangentes do mundo (BARROSO, 2008, p. 5), na medida em que, de forma híbrida, abrange os modelos norte-americano de controle difuso e europeu de controle concentrado. Conseqüentemente, a possibilidade de as leis inconstitucionais deixarem de ser aplicadas desde as mais altas cortes do país até os juízes de primeiro grau, no controle difuso, intensifica a judicialização, pois proporciona um amplo controle de constitucionalidade nas diversas instâncias jurisdicionais. Igualmente, o controle concentrado também impulsiona a

---

<sup>45</sup> Em igual sentido, vide Gervasoni e Leal (2013, pp.85/86).

judicialização, notadamente diante do elevado número de legitimados para a propositura das ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade no Brasil<sup>46</sup>.

Além desses três fatores, Leal e Alves (2015, p. 64/65) elencam como causa da judicialização a recorrente ineficiência dos Poderes Executivo e Legislativo na implementação da vasta gama de direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988. Segundo os autores, essa omissão estatal, somada à disponibilidade de “meios processuais democraticamente conferidos”, contribui para o crescimento do fenômeno da judicialização. Deveras, segundo eles, “de nada adiantaria caso o cidadão dispusesse de direitos, mas não houvesse um meio eficaz de concretizá-los e guardá-los” (LEAL e ALVES, 2015, p. 65).

Sopesados tais argumentos, em síntese, pode-se afirmar que a judicialização consiste no fenômeno relacionado à expansão global do Poder Judiciário, em que uma variada gama de pretensões e conflitos normalmente decididos na via administrativa ou extrajudicial são levados à apreciação da Justiça. No Brasil, esse processo associa-se intrinsecamente à Constituição Federal de 1988, que reforçou a noção de cidadania, fundamentalizou diversos direitos – inclusive de índole social –, consolidou a independência do Poder Judiciário, do Ministério Público e estabeleceu variados mecanismos para que os cidadãos pudessem questionar judicialmente os atos dos Poderes Executivos e Legislativo.

Delineados os principais contornos da judicialização, é importante destacar que se trata de conceito distinto do ativismo judicial<sup>47</sup>. De fato, embora essas duas categorias dialoguem e se inter-relacionem, elas constituem diferentes “faces da mesma moeda”, não propriamente “a mesma moeda” (LEAL, 2013, p. 220). Segundo Streck (2016), a judicialização é contingencial, concatenando-se ao grau de efetividade das instituições públicas em garantir os direitos previstos na Constituição Federal. Desse modo, quanto maior for a inoperância do poder público nesse mister, mais intensa será a judicialização. O ativismo judicial, de outra parte, refere-se à espécie de resposta adotada pelo Judiciário no enfrentamento da judicialização, representando “um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político”. Gervasoni e Leal (2013, p. 112), no mesmo norte, classificam a judicialização como uma imposição ao Poder Judiciário, produzida por uma série de fatores, ao passo que o ativismo judicial se refere aos critérios de ação utilizados no

<sup>46</sup> Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. (BRASIL, 1988)

<sup>47</sup> O ativismo judicial é aqui mencionado apenas para sua diferenciação da categoria judicialização, pois o presente estudo não tem por objeto emitir qualquer juízo sobre esse tipo de postura do Judiciário.

exercício jurisdicional, ou seja, a “opção/postura” adotada nessa função. Leite (2014, p. 180/182) também distingue a judicialização do ativismo judicial, descrevendo aquela como “um processo político que independe da vontade dos juízes”. O ativismo judicial, em contrapartida, é definido pelo autor como a “tomada de posição por parte do juiz no sentido de atuar de modo politicamente ativo e implementar linhas destinadas a expandir o campo de decisão judicial ou amplificar o poder político do tribunal”<sup>48</sup>.

Em síntese, portanto, enquanto a judicialização diz respeito ao fenômeno em que diversos conflitos e interesses são levados à apreciação do Poder Judiciário, o ativismo se refere à própria postura adotada para sua solução na via judicial.

Por oportuno, para fins didáticos, além do ativismo judicial, é apropriado proceder à distinção da judicialização de outras categorias correlacionadas que podem gerar certa confusão conceitual, tais quais a justiciabilidade e juridificação. Desse modo, a justiciabilidade, termo utilizado por Alexy (2008, p. 461), é a possibilidade de se exigir que determinado direito seja garantido na via judicial, relacionando-se ao próprio direito de acesso à justiça. Quando se fala na justiciabilidade do direito a saúde, por exemplo, trata-se sobre a adequação da via judicial para o pleito de tal direito; a justiciabilidade do direito à saúde, por conseguinte, resulta em sua judicialização. A juridificação, por outro lado, refere-se ao processo de inserção de determinado assunto na esfera jurídica, passando a constituir questão de direito. Também a título de exemplo, conforme Bucci (2002, p. 25), a Constituição Federal de 1988 redundou na juridificação das políticas públicas no Brasil, as quais passaram, a partir do importante marco jurídico, a ser pautadas a partir de categorias jurídicas, inclusive para fins de profissionalização da burocracia e da gestão pública como modo de atender aos anseios da sociedade.

Feitos tais esclarecimentos conceituais – e partindo da premissa de que a judicialização é um fenômeno complexo e multifatorial – passa-se a delimitar separadamente os fenômenos da judicialização da política e do direito.

---

<sup>48</sup> Leite, contudo, não reconhece a judicialização do direito como uma categoria autônoma, referindo-se tão somente à judicialização da política. O autor diferencia, ainda, o ativismo judicial político, consistente na “postura ativista do juiz no sentido de proferir decisões judiciais sobre questões de mérito político e estabelecimento de políticas públicas [...]”, do ativismo judicial jurisdicional, em que o magistrado “sentencia sobre matéria puramente jurídica relativa à garantia de direitos individuais e sanção de atos ilícitos” (2014, p. 181).



### 3.3.1 Sobre a judicialização da política

A judicialização da política diz respeito à aproximação entre Direito e política, não apenas em decorrência da intervenção do Poder Judiciário na esfera de atuação dos demais Poderes, mas por uma questão de vinculação à Constituição Federal. Isso ocorre devido à transformação estrutural da ordem jurídica, da qual resulta que a atuação jurisdicional em questões políticas não é uma faculdade, mas sim uma imposição. Com efeito, a supracitada dimensão objetiva dos direitos fundamentais produz uma noção de dever de proteção estatal, reduzindo os espaços e a margem de discricionariedade do poder público na conformação das políticas públicas, mercê da existência de parâmetros jurídicos fixados na Carta Constitucional. Nessas questões, portanto, o Poder Judiciário, quando provocado, deve obrigatoriamente assegurar a observância a tais parâmetros.

Destarte, em suma, pode-se dizer que a judicialização da política consiste em o Poder Judiciário fiscalizar e rever, com base nas regras constitucionais, as decisões tomadas pelos Poderes Executivo e Legislativo. Leite (2014, p. 180) define esse fenômeno como o "processo sócio-político por meio do qual o poder constituinte e parlamentar amplia a área de atuação dos tribunais, juridicizando setores da vida política, social e econômica que antes não estavam sujeitos a ação judicial". Tate (1995, p. 41), a seu turno, conceitua a judicialização da política com base em dois significados nucleares<sup>49</sup> (tradução nossa):

1. o processo pelo qual tribunais e juízes vêm a produzir ou progressivamente dominar a realização de políticas públicas que haviam sido previamente estabelecidas (ou, acredita-se amplamente, deveriam ter sido estabelecidas) por outras agências governamentais, especialmente legislativas e executivas, e
2. o processo pelo qual fóruns não judiciais de negociação e de tomada de decisão vêm a ser dominados por regras e procedimentos quase judiciais (legalistas).

Conforme Gervasoni e Leal (2013, p. 72), a judicialização da política teve sua gênese nos EUA com o paradigmático caso *Marbury x Madison*<sup>50</sup>, quando o Poder Judiciário passou a exercer um papel de destaque na vida política e social, por meio do controle de

<sup>49</sup> "For clarity and consistency, I follow Vallinder's conceptual survey of the judicialization of politics (chap. 2 of this volume), which suggests two core meanings for the term: the process by which courts and judges come to make or increasingly to dominate the making of public policies that had previously been made (or, it is widely believed, ought to be made) by other governmental agencies, especially legislatures and executives, and 2. the process by which nonjudicial negotiating and decision-making forums come to be dominated by quasi-judicial (legalistic) rules."

<sup>50</sup> Célebre julgado de 1803, de relatoria de John Marshall, em que a Corte Suprema dos Estados Unidos afastou a aplicação de lei federal que lhe outorgara competência originária para analisar writ of *madamus* contra atos de autoridades federais. Entendeu-se, na paradigmática decisão, que a legislação infraconstitucional não poderia ampliar o rol de competências previamente estabelecido na constituição federal americana. (CALAZANS, 2016).

constitucionalidade das leis. Todavia, a despeito do caráter paradigmático daquela decisão, as autoras lecionam que o processo de judicialização da política se deu de forma lenta no período posterior, tanto que foi apenas a partir do Século XX que a corte constitucional norte-americana passou a atuar de forma mais relevante na efetivação dos direitos fundamentais. Além da experiência norte-americana, a ampliação do espectro de atuação dos tribunais constitucionais também foi sentida na Europa, onde se verificou a constitucionalização do direito, o reconhecimento da eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais e a ampliação dos instrumentos para o controle de constitucionalidade (GERVASONI e LEAL, 2013, p. 72).

O fenômeno da judicialização da política, em tal contexto, relaciona-se à consolidação do Poder Judiciário como poder político. De fato, nos países em que existe o controle de constitucionalidade (*judicial review*), o Judiciário se coloca ao nível dos demais Poderes em uma das tarefas mais importantes do sistema político, ou seja, o processo decisório relacionado à produção normativa. Exemplificativamente, em sentido contrário, nos países em que não há controle jurisdicional de constitucionalidade, o Poder Judiciário não participa da dimensão normativa do Estado, limitando-se a atuar, tecnicamente, na solução de conflitos (GERVASONI e LEAL, pp. 80/81).

Por outro lado, a judicialização da política pode ser explicada conforme quatro abordagens distintas, quais sejam, funcionalista, centrada em direitos, institucionalista e centrada nos tribunais. Na abordagem funcionalista, a judicialização da política é produzida pela divisão do governo em diferentes níveis, inclusive a separação de poderes e a forma federalista. Nessa dinâmica, da descentralização governamental exsurge a atuação do Poder Judiciário como um terceiro imparcial na resolução das controvérsias entre os Poderes ou entre os entes federados. Relaciona-se à criação de variadas agências reguladoras e entidades administrativas dotadas de certa autonomia, o que cria uma necessidade de coordenação delas, tarefa por vezes imputada ao Judiciário. Por outro lado, segundo a abordagem centrada nos direitos, a judicialização da política ocorre de baixo para cima, relacionando-se à conscientização de que os direitos dos cidadãos devem prevalecer e são imponíveis ao poder político. Nessa abordagem, o Poder Judiciário passa a ocupar espaços que não ocupava porque os indivíduos passam a confiar mais na resposta jurisdicional do que na barganha política. A abordagem institucionalista, por sua vez, reporta-se a submissão à norma jurídica, cuja aplicação deverá ser garantida por um tribunal superior, dotado de alguma forma de poder de *judicial review*. Aqui, a judicialização da política é favorecida por fatores institucionais como o regime democrático, a existência de separação de poderes e a

possibilidade de *judicial review*. Na abordagem centrada nos tribunais, por fim, a judicialização da política decorre da própria postura dos magistrados, os quais se arvoram do poder de decisão em temas morais e políticos, mesmo que assim deixem de observar a separação de poderes. Trata-se de uma abordagem crítica quanto à postura ativista dos magistrados, que nela são classificados como alheios aos limites constitucionais (HIRSCHL, 2008, p. 20-24).

Além dessas quatro abordagens, é possível destacar uma quinta visão, que se refere à judicialização de cima para baixo, em que o próprio Poder Legislativo transfere ao Judiciário o enfrentamento de questões de alta relevância e controvérsia política, a fim de evitar o respectivo desgaste político (LEITE, 2014, p. 184/185). Isso ocorreu, por exemplo, na questão relativa às uniões homoafetivas, matéria que tramitou durante anos no Congresso Nacional, mas acabou sendo decidida pelo Supremo Tribunal Federal<sup>51</sup> (LEAL e ALVES, 2014).

A partir da compreensão da judicialização da política segundo as referidas abordagens, é possível identificar três tendências ou faces desse fenômeno. A primeira delas é a judicialização das relações sociais, relacionada ao advento do Estado Social e ao surgimento de intrincadas estruturas estatais para a consecução de seus fins. Dessa forma, com a crescente complexidade das sociedades, o Poder Judiciário passa a atuar como responsável pela manutenção da harmonia ou coesão social. A segunda face da judicialização da política é a criação de políticas públicas pelo Judiciário, o que pode ocorrer tanto por meio de decisões judiciais concretizadoras de direitos fundamentais, quanto pela resolução judicial de conflitos no âmbito dos órgãos do Estado, pertinentes, por exemplo, à separação dos poderes ou à relação entre entes federados (HIRSCHL, 2012, p. 134-138; CONSANI, 2015, p. 25-26). A terceira face da política judicializada é descrita por Hirschl (2008) como a megapolítica ou política pura, pois se refere à transferência para os tribunais de questões sobre processos eleitorais. Nessas disputas, o Poder Judiciário resolve litígios envolvendo não só a higidez do processo eleitoral, mas também fundos partidários, financiamento de campanhas, propaganda eleitoral, aprovação ou interdição de partidos políticos e candidatos e, inclusive, a decisão acerca do resultado final de uma eleição, como ocorreu nos EUA em 2004 (George W. Bush v. Al Gore)<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132.

<sup>52</sup> Segundo Hirschl (2008, p. 2), “These range from electoral outcomes and corroboration of regime change to foundational collective identity questions, and nation-building processes pertaining to the very nature and definition of the body politic as such.” “Estes variam de resultados eleitorais e corroboração de mudança de

Contudo, há autores, como Tonelli e Godois, que criticam a judicialização da política, classificando-a como incompatível com a democracia. Nesse sentido, Tonelli (2016, p. 7) reconhece a existência de uma “tensão entre democracia e Estado de Direito, ou seja, entre o poder político (democracia) e o Direito (constituição, direitos fundamentais)”. Para a autora, conseqüentemente, a expansão global do Poder Judiciário resulta na “invasão da política pelo direito” e na “politização do judiciário, que ameaça a democracia e o próprio Estado de Direito” (2016, pp. 7/8). Godois (2016), por sua vez, assim também o assume, asseverando que

Por outro lado, o deslocamento da esfera de produção legislativa e política para o Poder Judiciário tem o efeito de tornar a elaboração de regras gerais infensa ao escrutínio da população. Ainda que com todos os conhecidos problemas da democracia representativa, é certo que parlamentares e governantes se submetem periodicamente ao escrutínio popular (prestam contas aos eleitores e se submetem a avaliação periódica), e, ademais, assembleias e poderes legislativos são mais abertos à transparência e à participação popular. O Poder Judiciário é, dos poderes, o mais impermeável à cidadania. Salvo o *amicus curiae* do controle concentrado de constitucionalidade - agora merecidamente ampliado pelo novo Código de Processo Civil -, a concepção de uma decisão judicial é um ato eminentemente pessoal e impermeável à participação popular e ao controle social.

Todavia, com a devida vênia a tal posicionamento, adota-se o entendimento de que a judicialização da política não é incompatível com o princípio democrático, já citado alhures. Primeiramente, porque o fenômeno da judicialização não advém, necessariamente, de intento de protagonismo por parte do Poder Judiciário, mas também dos próprios anseios da sociedade, que vislumbra na Justiça a possibilidade de acesso a direitos que, via de regra, deveriam ser tutelados pelos próprios Poderes Executivo e Legislativo. Basta referir, em tal sentido, que a jurisdição é exercida somente mediante provocação e, aliás, os juízes e Tribunais sequer podem se furtar a apreciar as demandas que lhes são apresentadas<sup>53</sup> (GERVASONI e LEAL, 2013, pp. 88/89). Em segundo lugar, na judicialização da política, o Poder Judiciário não se arvora da condição de legislador em si, mas, simplesmente, busca – ou, ao menos, assim deveria fazê-lo – garantir observância aos regramentos da Constituição Federal. Dessa forma, uma atuação jurisdicional estritamente pautada nas normas constitucionais não pode ser classificada como antidemocrática. Por fim, como também já se argumentou anteriormente, o princípio democrático não é absoluto, uma vez que não pode se sobrepor à dimensão objetiva dos direitos fundamentais e aos valores mais caros do Estado

---

regime a questões fundamentais de identidade coletiva, e processos de construção de nação relativos à própria natureza e definição do corpo político como tal” (tradução nossa).

<sup>53</sup> Princípios da inércia e da inafastabilidade da jurisdição.

Social e Democrático de Direito, em especial a dignidade da pessoa humana. Portanto, nas hipóteses em que uma opção política adotada democraticamente for nociva a tais valores e direitos, estes deverão prevalecer em detrimento daquela, cabendo ao Poder Judiciário assim o garantir.

### **3.3.2 Sobre a judicialização do direito**

Partindo da premissa de que a judicialização da política se refere, como visto, à juridicização de setores da vida política e à consolidação do Judiciário como poder político, cumpre ressaltar que a judicialização do direito constitui, dentro do fenômeno geral da judicialização, espécie distinta daquela.

A judicialização do direito, ou jurisprudencialização, pode ser definida, em síntese, como o estabelecimento das decisões do Poder Judiciário enquanto fonte de direito. Trata-se do direito do caso concreto e da interpretação, que reforça o espaço de atuação do Poder Judiciário e posiciona a jurisprudência como fonte normativa, galgando, em determinados casos, o mesmo status da própria legislação. Nessa dinâmica, conseqüentemente, diversas espécies de provimentos jurisdicionais não irradiam efeitos somente perante as partes do processo, porém em face de toda a sociedade. Leal e Alves (2014, p. 11), em tal sentido, aduzem que a judicialização do direito refere-se “à transposição de decisões estratégicas para o rumo social – aborto, pesquisas genéticas, uniões homoafetivas, etc – dos poderes políticos para o Poder Judiciário”, do que resulta a formação de um “‘Direito Judicial’, ou seja, cunhado na seara jurisdicional, e não na esfera deliberativa, como deveria, originariamente, ser”.

Leal e Alves (2014, p. 11) também referem que esse processo de jurisprudencialização se iniciou após a Segunda Guerra Mundial, quando os sistemas jurídicos influenciados pela Revolução Francesa passaram a, progressivamente, superar os ideais positivistas da subsunção<sup>54</sup>. Vale ressaltar, contudo, que a referida influência, em especial no pertinente à tripartição de poderes idealizada por Montesquieu (2000), repercutiu de maneiras distintas nos países das tradições jurídicas da common law e da civil law. De fato, na civil law francesa, após a Revolução de 1789, aos magistrados cabia apenas aplicar estritamente a legislação, formando a figura do juiz silogista. Nos países, da common law, como os EUA,

---

<sup>54</sup> Exercício silogístico de mero enquadramento do fato na norma e extração da consequência jurídica.

por outro lado, adotou-se o sistema de freios e contrapesos, conferindo-se ao Judiciário maior autonomia para fiscalizar a atuação dos demais Poderes (KREBS, 2015b, p. 142-145).

Por isso, entende-se que a judicialização do direito deve ser compreendida na perspectiva do diálogo entre as tradições da *civil law* e da *common law*. Impende esclarecer, para tanto, que o termo *common law* se refere aos sistemas jurídicos baseados no modelo inglês do direito consuetudinário (KREBS, 2015a, p. 79), com valorização dos costumes como fonte de direito em detrimento de leis formais. Embora os países que adotam essa tradição também possuam produção legislativa e codificação (MARINONI, 2009), neles se confere grande força normativa aos precedentes judiciais, com observância a alguns princípios peculiares, como o do *treat like cases alike*<sup>55</sup> e o *stare decisis*<sup>56</sup>. O *civil law*, em contrapartida, designa as jurisdições que adotaram o modelo europeu, derivado do direito romano e do direito germânico (KREBS, 2015a, p. 79). Essa tradição tem como principal fonte de direito a lei escrita e se caracteriza pelo juiz silogista (boca da lei), ao qual, no exercício da jurisdição, incumbe apenas aplicar estritamente o ordenamento jurídico.

Todavia, a par de tais distinções, as tradições da *common law* e da *civil law* dialogam e coexistem dentro de sistemas jurídicos vinculados essencialmente a uma e a outra (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 639). De fato, alguns países da *common law*, como os EUA, por exemplo, possuem legislação mais numerosa do que diversos países da tradição romano-germânica. O oposto ocorre em sistemas jurídicos baseados na *civil law*, nos quais, além do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, existem ferramentas para a irradiação de efeitos vinculantes a algumas decisões judiciais.

O Brasil bem representa essa tensão ou coexistência entre as duas tradições jurídicas, pois, conquanto o direito pátrio se fundamente na vertente romano-germânica, ele vem progressivamente recebendo forte e concreto influxo da *common law*. Com efeito, a partir da influência do neoconstitucionalismo<sup>57</sup> no direito brasileiro, o exercício jurisdicional passou a transcender o silogismo jurídico, passando a se pautar em princípios, em precedentes judiciais e na própria literatura jurídica. Essa tendência foi sentida no Código Civil de 2002

---

<sup>55</sup> Aplicação da mesma tese aos casos de circunstâncias fáticas semelhantes.

<sup>56</sup> As decisões proferidas pelas cortes superiores vinculam as decisões futuras, delas próprias e das inferiores, com ideal de estabilidade.

<sup>57</sup> Se o constitucionalismo, nos dizeres de Canotilho (2000, p. 51), é uma "técnica de limitação de poder" originada da Revolução Francesa e da independência norte-americana - notadamente das cartas constitucionais delas resultantes - o neoconstitucionalismo se refere ao movimento teórico surgido após a Segunda Guerra Mundial, que propunha uma reconfiguração do ordenamento jurídico. Em síntese, essa reestruturação consistia em a Constituição passar a exercer maior influência na atividade hermenêutica. Caracterizam o neoconstitucionalismo, destarte, a diferenciação entre normas e princípios e a prevalência da ponderação em detrimento da subsunção (MARTINS, 2017).

(BRASIL, 2002), que trouxe conceitos abertos e indeterminados, de forma a ampliar o espectro de atuação do magistrado no caso concreto (CARNACCHIONNI, 2013). Além da mera subsunção, portanto, a atividade jurisdicional passou a envolver a ponderação entre princípios. O atual caminhar da legislação processual civil também denota essa transformação na atividade jurisdicional, que, como se disse, supera o silogismo jurídico, tecnicista, para se converter em uma atividade com conteúdo político que se constitui em fonte de direito. O sistema de precedentes do Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015b) é um forte exemplo disso, pois vários dos julgamentos com potencial caráter vinculante devem ser realizados em meio a procedimentos imbuídos de nítido caráter democratizante. Prova disso é a possibilidade de participação do *amicus curiae* e de realização de audiências públicas no controle concentrado de constitucionalidade<sup>58</sup>, nos recursos extraordinário e especial repetitivos<sup>59</sup>, bem como nos incidentes de resolução de demandas repetitivas<sup>60</sup>.

Além desses aspectos, Leal e Alves (2014, p. 12) enumeram como causas da judicialização do direito a supremacia dos direitos fundamentais, a constitucionalização do Direito e outros fatores culturais e jurídicos inerentes à contemporaneidade. A partir da noção de supremacia dos direitos fundamentais, entende-se que estes constituem elementos centrais da ordem jurídica, transmutando-se em princípios que demandam concretização e determinação do seu conteúdo no caso concreto, mesmo nas hipóteses em que a legislação ordinária sobre eles se omite. A constitucionalização do Direito, por sua vez, decorre da ampliação das matérias passíveis de controle de constitucionalidade, o que resulta em aumento do número de questões que submetem à jurisdição constitucional. A essas duas causas, adicionam-se fatores culturais e jurídicos: os primeiros, decorrentes do maior nível de conscientização da população sobre seus direitos e das expectativas quanto à possível solução jurisdicional; os segundos, relacionados à ampliação dos meios de acesso à justiça, bem como dos mecanismos para o estabelecimento das decisões judiciais como fonte de direito.

Valendo-se de um exemplo oriundo do direito previdenciário, o fenômeno da judicialização do direito resta claramente delineado no Recurso Especial nº 1.720.805/RJ (BRASIL, 2018a). Esse reclamo, submetido à sistemática de recursos repetitivos<sup>61</sup> (Tema 982 do Superior Tribunal de Justiça), versou sobre a extensão do acréscimo de 25% da

---

<sup>58</sup> Artigos 7º, § 2º, e 9º, § 1º, da Lei nº 9.868/99 (BRASIL, 1999).

<sup>59</sup> Artigo 1.038, I e II, do CPC. (BRASIL, 2016).

<sup>60</sup> Artigo 983, § 1º, do CPC. (BRASIL, 2016)

<sup>61</sup> Sobre a sistemática de recursos repetitivos, estatuiu o CPC: “Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça”. (BRASIL, 2016)

aposentadoria por invalidez – devido a pessoas que necessitam de cuidados permanentes de terceiros – para os demais benefícios previdenciários, como, por exemplo, aposentadoria por tempo de contribuição, aposentadoria por idade e pensão por morte. No caso, a clara intenção do legislador foi restringir o acréscimo apenas aos titulares de aposentadoria por invalidez, como consta expressamente do artigo 45 da Lei nº 8213/91 (BRASIL, 1991). Todavia, no julgamento do recurso especial em 22/08/2018, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que não deveria prevalecer a vontade do legislador, pois a situação de vulnerabilidade e a necessidade de auxílio permanente podem ocorrer com qualquer segurado do INSS<sup>62</sup>. Nesse caso, portanto, o Poder Judiciário suplantou a legislação a fim de garantir a observância aos princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana, pois o julgamento proferido no recurso especial repetitivo em questão gerará efeitos *erga omnes*, vinculando tanto os órgãos jurisdicionais inferiores (eficácia vertical) como o próprio Superior Tribunal de Justiça (eficácia horizontal)<sup>63</sup>. Mais do que isso, o precedente do STJ – ao menos em tese – deverá ser observado pela própria Administração Pública, conforme artigo 1.040, IV, do CPC<sup>64</sup> (BRASIL, 2016).

A judicialização do direito também pode repercutir sensivelmente no pertinente ao direito à saúde, como, aliás, provavelmente ocorrerá no julgamento do Recurso Extraordinário nº 566471 (BRASIL, 2007), que versa sobre o fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do SUS. O recurso, que ainda não foi julgado até a elaboração desta dissertação, certamente delineará em alguma medida os contornos da judicialização da saúde no Brasil, pois o julgamento a ser proferido pelo Supremo Tribunal Federal será dotado de caráter vinculante, efeito natural do reconhecimento da repercussão geral.

---

<sup>62</sup> 1ª Seção STJ firmou, nesse julgamento, a seguinte tese: “Comprovada a necessidade de assistência permanente de terceiro, é devido o acréscimo de 25%, previsto no artigo 45 da Lei 8.213/1991, a todas as modalidades de aposentadoria”. (BRASIL, 2018a)

<sup>63</sup> Estatui o Código de Processo Civil de 2015: “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”. (BRASIL, 2016).

<sup>64</sup> “Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma: [...] IV - se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada”. (BRASIL, 2016)



### 3.4 O CONTEXTO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM SAÚDE NO BRASIL: UM MATIZ INDIVIDUALISTA

Verificados os fundamentos jurídicos e políticos da judicialização, suas causas, conceituação e subdivisões, passa-se ao estudo específico da judicialização da saúde, tema relacionado ao objeto principal da presente dissertação, ou seja, a tutela coletiva do direito à saúde. Nesse aspecto, deve-se ressaltar que este estudo não tem a pretensão de apresentar uma descrição holística e completa do relevante fenômeno, cujas dimensões colossais no Brasil redundam em *overload* de dados e em uma infinidade de estudos, artigos científicos, dissertações e teses. Em verdade, a judicialização da saúde será abordada apenas com o objetivo de perquirir sobre seus principais contornos, no contexto do marco teórico desta pesquisa, para que o panorama nacional sirva de perspectiva para a análise do cenário local da Subseção Judiciária de Criciúma, recorte espacial aqui adotado. Para tanto, serão elencadas as causas e principais aspectos da judicialização da saúde no país. Enumerar-se-ão, igualmente, alguns marcos desse fenômeno, como a Audiência Pública nº 4, o julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, a criação do Fórum Nacional de Saúde, bem como os Projetos de Lei nº 8.058/14 e 415/2015, que versam sobre o controle judicial de políticas públicas e sobre a judicialização da saúde. Por fim, proceder-se-á à análise acerca da dimensão individual da judicialização das políticas públicas em saúde, inclusive para suporte do estudo de sua dimensão coletiva no último capítulo do trabalho.

#### 3.4.1 Caracteres e causas da judicialização das políticas públicas em saúde

A judicialização das políticas públicas em saúde é um fenômeno relacionado aos elementos anteriormente abordados no presente estudo, exurgindo como produto daqueles. Com efeito, sua origem pode ser atribuída tanto à gênese do direito fundamental à saúde reconhecido pela Constituição Federal de 1988, quanto ao progressivo processo de expansão do Poder Judiciário, que, desde a ampliação de seu espectro de atuação, passou a intervir em políticas públicas, confrontando, em tal mister, os Poderes Legislativo e Executivo.

Iniciada a partir da década de 1990 em casos de síndrome da imunodeficiência adquirida - Sida/Aids<sup>65</sup> (FERNANDES, 2018, p. 137), a judicialização das políticas públicas em saúde, desde então, tem sido instrumento para acesso aos mais variados tratamentos

---

<sup>65</sup> Vide, nesse sentido, o Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 271.286-8/RS, de relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado em 12/09/2000.

médico-hospitalares, como medicamentos, órteses, próteses, tratamentos experimentais, tratamentos no exterior, vagas em unidades de terapia específica, entre outros (BRITO, 2015, p. 203). Consiste, desse modo, no resultado do processo de concretização do direito fundamental à saúde, em que o Poder Judiciário passou a ser o *locus* de solução das disputas entre os cidadãos e o poder público (BRAGA, 2015, p. 369). Como se trata de um fenômeno complexo e multifatorial, a judicialização da saúde representa um processo sociopolítico, no “sentido do alargamento das possibilidades de ação junto ao Poder Judiciário, e o aumento exponencial do número de demandas, de caráter individual, interpostas junto a esse poder, que versam sobre questões de saúde” (DELDUQUE, MARQUES e CIARLINI, 2013, p. 183).

De outra parte, extrai-se do magistério de Schwartz (2001, p. 163):

A saúde, como direito público subjetivo e fundamental do ser humano que é, quando lesionada, não pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário. Essa é, no constitucionalismo contemporâneo, a tarefa mais elevada do Poder Judiciário: garantir a observância e o cumprimento dos direitos fundamentais do homem.

Para o autor gaúcho, portanto, quando o Poder Judiciário intervém nas políticas públicas de saúde não há invasão da seara de competências dos outros Poderes, pois a ele (Judiciário) incumbe outorgar a tutela jurisdicional a quem a pleiteia, notadamente diante do já mencionado princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional. Assim, no entender de Schwartz, ao atuar jurisdicionalmente na garantia do direito à saúde, em verdade, o Judiciário está tão somente promovendo a cidadania e a dignidade humana, princípios que dão forma ao Estado Social e Democrático de Direito idealizado na Constituição Federal de 1988. No mesmo sentido, conforme Jorge (2015, pp. 321/322), “o cerne da discussão não é se pode ou não haver controle judicial das políticas públicas de saúde, mas sim quais parâmetros devem ser considerados na decisão judicial e como o processo decisório pode ser aprimorado”. Para tal fim, segundo o autor, faz-se necessário o exercício de uma “atividade criativa” para a eficácia do controle desempenhado pelo Poder Judiciário. Essa criatividade jurídica, em tal contexto, deve proporcionar modelos institucionais mais eficazes, mediante a participação dos órgãos governamentais e judiciais envolvidos, notadamente agências públicas, câmaras técnicas e soluções extrajudiciais adotadas a partir de um diálogo interinstitucional.

Conquanto sintonizado com os ideais constitucionais, o fenômeno em questão deve ser compreendido com certa cautela. Maria Paula Dallari Bucci (2013, p. 33), nesse giro, admite que a judicialização da saúde, em um primeiro momento, foi “saudada como uma importante inovação institucional, filha da Constituição cidadã de 1988, que finalmente

conferiria aos direitos, em particular os direitos sociais, uma garantia de efetividade [...]”. Todavia, segundo a professora da USP, no seguir da década de 1990 a judicialização tornou-se um problema, pois o número de ações judiciais para o fornecimento de medicamentos tornou-se “epidêmica”, como se verá logo a seguir. Brito (2015, p. 204) também ressalta os aspectos positivos e negativos da judicialização da saúde:

A judicialização tem o seu lado positivo por ser um instrumento de concretização do direito social subjetivo prescrito na Constituição Federal (CF), além de poder ser compreendida como um estímulo ao Executivo e ao Legislativo para não se acomodarem em omissões. Mas, evidentemente, existem os aspectos negativos da judicialização, entre eles, a interferência no orçamento e as instabilidades nas políticas públicas implementadas pelo Executivo.

De qualquer forma, a par da complexidade do fenômeno da judicialização da saúde, é possível delimitar algumas causas para sua ocorrência, tais quais a discrepância entre a estrutura normativa do direito à saúde e sua concretização no plano fático, o subfinanciamento do SUS, o alto custo dos serviços em saúde, os interesses da indústria farmacêutica e a dicotomia entre as redes pública e privada de saúde. Ressalta-se, desde já, entretanto, que o rol aqui apresentado não é exaustivo, pois podem existir outros fatores facilitadores do processo de judicialização.

Como visto, a Constituição Federal de 1988 instituiu um projeto de Estado Social e Democrático de Direito, fundamentalizou os direitos sociais e determinou que o direito à saúde fosse implementado por meio de políticas públicas efetivadas no âmbito do Sistema Único de Saúde. Esses avanços, contudo, redundaram no fenômeno da judicialização, pois a discrepância entre a estrutura normativa do direito fundamental à saúde e a sua concretização no plano fático gera insatisfação na população, cujas expectativas criadas a partir das promessas da Carta Constitucional são frequentemente frustradas na prática. Importante notar, como já referido, que o sistema constitucional não prevê apenas uma vasta gama de direitos fundamentais, mas também estabelece diversas ferramentas jurídicas para que a população os exija na via judicial em caso de omissão do poder público. Conseqüentemente, esse descompasso entre a estrutura normativa do direito à saúde e a realidade concreta é uma importante causa da judicialização.

Por outro lado, tendo em vista que os direitos fundamentais sociais constituem direitos a prestações em sentido estrito, de natureza positiva, sua concretização pressupõe investimentos de recursos públicos. Todavia, o que se verifica no cenário brasileiro, apesar dos já referidos esforços do SUS, é uma realidade de descaso político e de insuficiência de

políticas públicas, na qual o recorrente subfinanciamento da rede pública impulsiona o fenômeno da judicialização da saúde. Realmente, "a saúde nunca foi o foco central das políticas de Estado brasileiras", porquanto sempre "foi deixada na periferia da agenda política institucional, sendo foco das atenções apenas quando das recorrentes epidemias com repercussão econômica ou social" (DELDUQUE, MARQUES e CIARLINI, 2013, p. 192).

Vale ressaltar, além disso, que o subfinanciamento é especialmente sensível no caso da saúde, pois se trata de um direito cuja garantia é muito dispendiosa para o poder público. Nesse sentido, segundo Schulze e Gebran (2015, p. 164/165):

Os direitos de um modo geral, e direito à saúde de um modo específico, têm custos e muitas vezes bastante elevados. Para prestar um satisfatório atendimento, público seja no setor privado, deve haver profissionais qualificados, postos de saúde e hospitais, equipamentos, fármacos, órteses, próteses e medicamentos especiais (OPME), incentivo à pesquisa, enfim, um complexo de atividades que permitam haver uma oferta adequada tanto do ponto de vista quantitativo quanto qualitativo. Isto gera um custo elevado que necessita ser bem gerido, de modo a otimizá-los.

Consequentemente, conforme Schwartz (2001, p. 162), "devido à insuficiência – e em alguns casos ausência – de políticas públicas tendentes à correção/melhoria da realidade sanitária do Brasil, o cidadão deve possuir um resguardo, um seguro para efetivar seu direito historicamente construído: a saúde". Em tal contexto, a intervenção do Poder Judiciário em decisões políticas que deveriam ser realizadas pelos Poderes Legislativo e Executivo decorre dessa omissão, ou seja, da verdadeira inoperância em concretizar as garantias expressamente previstas na Constituição Federal no pertinente ao direito à saúde.

Outro aspecto que deve ser obrigatoriamente mencionado como causa da judicialização da saúde – ou, se não como causa, como fator a ela umbilicalmente ligado – é a atuação da indústria farmacêutica, que constitui, diga-se de passagem, um dos mercados mais ricos do mundo. De fato, segundo Schulze e Gebran (2015, p. 165), isso ocorre porque "A busca pelo lucro, o investimento maciço em marketing, as técnicas de inserção de novos produtos no mercado, o desenvolvimento tecnológico, as patentes e seus prazos de validade", entre outros motivos, "têm gerado efeitos bastante nefastos que causam tanto prejuízos individuais quanto coletivos". Em tal contexto, por vezes, a inserção de um novo fármaco no mercado não decorre necessidades terapêuticas propriamente ditas, mas sim de interesses comerciais. Por isso, Schulze e Gebran (2015, p. 167) advertem que a padronização de novos medicamentos na rede pública deve ser realizada com cuidados, pois "nem tudo que é ofertado ou prescrito é necessariamente o ótimo para o paciente, tampouco o mais eficaz, com maior eficiência ou a melhor acurácia".

De outro norte, a dicotomia entre os serviços públicos e privados de saúde constitui uma importante causa da judicialização (GEBRAN e SCHULZE, p. 130). Como visto anteriormente, a Constituição Federal estabeleceu a saúde como direito a ser garantido por meio de políticas públicas, porém também autorizou sua exploração pela rede particular. Nesse aspecto, Paim (2009, p. 47), reconhece que a "Constituição não definiu se a saúde deve ser considerada um bem público ou um serviço a ser comprado no mercado", porém esclarece que "essa ambiguidade adveio de debates e acordos políticos no processo constituinte", representando o que "foi possível conquistar naquele momento". Dessa realidade, decorre que a rede privada de saúde, devido ao seu fortíssimo potencial econômico, usualmente fornece serviços de maior qualidade, atualidade e efetividade do que a rede pública. O predomínio da rede particular é demonstrado pela constatação de que o Brasil é, quiçá, o único país do mundo com cobertura universal do sistema estatal de saúde em que o dispêndio privado é maior do que o público. Os usuários do SUS, nesse cenário, acabam criando a expectativa de que os serviços públicos de saúde da rede pública possam prover os mesmos acessos disponibilizados na rede particular, o que não se dá na prática. Isso ocorre, aliás, porque muitos dos profissionais que atuam na rede pública também o fazem na rede privada, o que redundava em um intercâmbio de informações, em que os pacientes do SUS têm ciência sobre a superioridade e as vantagens que em tese se fazem presentes no atendimento particular ou nos planos de saúde. Da mesma forma, o SUS muitas vezes presta atendimento em hospitais privados credenciados onde se oferece o atendimento particular, o que também pode gerar insatisfação nos usuários da rede pública. Por isso, Schulze e Gebran (2015, p. 170) defendem a ruptura com o atendimento público por meio da rede privada e a criação de unidades de atendimento totalmente públicas. Os autores sustentam também a estruturação da carreira pública, a fim de que os profissionais em saúde atuem exclusivamente na rede pública.

Apresentados os contornos da judicialização da saúde e suas causas, cumpre arrolar alguns de seus principais marcos, ou seja, eventos importantes que foram ou podem ser decisivos para os caminhos da tutela jurisdicional do direito à saúde no país.

### **3.4.2 Alguns marcos da judicialização da saúde no Brasil**

Sem a pretensão de relacionar todos os eventos relevantes para a configuração da judicialização da saúde no Brasil, enumerar-se-ão, a seguir, alguns marcos, como a Audiência Pública nº 4, o julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 pelo Supremo Tribunal Federal, a Recomendação nº 31/2010 do Conselho Nacional de Justiça e a criação do Fórum

Nacional de Saúde, os Projetos de Lei nº 8.058/14 e 415/2015, que versam sobre o controle judicial de políticas públicas e sobre a judicialização da saúde, bem como o recente julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1657156/RJ (Tema 106).

#### 3.4.2.1 A Audiência Pública nº 4/2009 e a STA nº 175

Diante do expressivo aumento do número de ações em saúde que ascendiam até o Supremo Tribunal Federal no final dos anos 2000, dentre as quais diversos pedidos de suspensão de segurança, suspensão de liminar e suspensão de tutela antecipada, o então presidente da Corte, Ministro Gilmar Mendes, convocou, em 05/03/2009, uma audiência pública para discussão do tema (BRITO, 2015, p. 205). Nesse desiderato, realizou-se a Audiência Pública nº 4 do STF (BRASIL, 2009), nos meses de abril e maio de 2009, em que foram ouvidos aproximadamente 50 especialistas, entre advogados, defensores públicos, membros do Ministério Público e da Magistratura, professores, médicos, técnicos de saúde e usuários do Sistema Único de Saúde. (JORGE, 2015, p. 326). Esses participantes podiam ser divididos em dois grandes grupos: os favoráveis e os contrários à judicialização da saúde. Dentre os que se opunham à judicialização, incluíam-se gestores do SUS, procuradores dos Estados, dos Municípios e advogados da União, os quais, em síntese, defendiam a redução do espaço de atuação do Poder Judiciário em relação ao direito à saúde. Já o grupo favorável à intervenção judicial abrangia representantes da sociedade civil, advogados, promotores e defensores públicos, para quem deveria ocorrer o fortalecimento do Poder Judiciário como forma de concretização do direito à saúde (BRITO, 2015, pp. 206/207).

No despacho de convocação para a audiência pública, o Ministro Gilmar Mendes delimitou os seguintes pontos controvertidos:

- 1) Responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde;
- 2) Obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública;
- 3) Obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes;
- 4) Obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS;
- 5) Obrigação do Estado de fornecer medicamento não lícitado e não previsto nas listas do SUS;
- 6) Fraudes ao Sistema Único de Saúde. (BRASIL, 2009)

Segundo Jorge (2015, p. 327), constatou-se na audiência que a maioria dos fármacos pleiteados judicialmente integrava as listas da rede pública, razão pela qual a judicialização, naquele contexto, decorria da própria omissão do poder público em executar programas já existentes. As experiências e dados colhidos na Audiência Pública nº 4 influenciaram decisivamente o julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175<sup>66</sup> (BRASIL, 2010) e os critérios ali estabelecidos. Dentre estes, o reconhecimento de que o direito à saúde possui uma dupla dimensão, individual e coletiva, bem como a responsabilidade estatal solidária abrangendo os três entes federativos (JORGE, 2015, p. 327; DELDUQUE, MARQUES e CIARLINI, 2013, p. 209).

No paradigmático julgamento da STA nº 175/2010, ocorrido no ano de 2010, o STF apreciou pedido de suspensão de tutela antecipada formulada pela União em face de acórdão proferido pela 1ª Turma do TRF da 5ª Região, que impôs àquela o fornecimento do medicamento Zavesca (princípio ativo Miglustate) a uma paciente portadora da patologia denominada Niemann-Pick Tipo C. Tal julgamento assumiu referidos contornos paradigmáticos porque foi a primeira manifestação do STF sobre a judicialização da saúde após a realização da Audiência Pública nº 4, razão pela qual se baseou na ampla fundamentação técnica e jurídica proporcionada por aquela.

As conclusões do voto condutor proferido pelo Ministro Gilmar Mendes fixaram alguns parâmetros a serem seguidos pelo Poder Judiciário no julgamento de ações relacionadas às políticas públicas de saúde, quais sejam: (a) a existência ou não de política pública estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte; se houver, o Judiciário deve intervir para seu cumprimento no caso de omissões ou de prestação ineficiente; (b) se não houver política pública, o juiz precisa verificar se a prestação de saúde pleiteada está contida nos protocolos do SUS; caso não esteja, é preciso distinguir se o medicamento tem registro na ANVISA e se o SUS fornece tratamento alternativo eficaz; (c) se os medicamentos e os tratamentos têm caráter experimental, o Estado não está obrigado a fornecê-los; (d) os tratamentos novos ainda não incluídos nos protocolos do SUS, mas fornecidos pela rede particular de saúde, podem ser deferidos, desde que seguidos de ampla instrução probatória e com reduzida possibilidade de deferimentos cautelares (BRASIL, 2010).

Segundo Gebran Neto e Schulze (2015, p. 173), o julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 fez o “Leading case a orientar a apreciação judicial de litígios

---

<sup>66</sup> No voto condutor do julgado, o Ministro Gilmar Mendes referiu: “Passo então analisar as questões complexas relacionadas à concretização do direito fundamental à saúde, levando em conta, para tanto, as experiências e os dados colhidos na Audiência Pública - Saúde, realizada neste tribunal nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009”. (BRASIL, 2010)

envolvendo direito à saúde”. Todavia, a par do esmero adotado no julgamento – que, inclusive, foi democraticamente aberto à ampla discussão na audiência pública que o precedeu –, a verdade é que a STA n° 175 não foi suficiente para estabilizar o problema da judicialização da saúde no país, tanto que, nos anos seguintes, o número de ações judiciais em saúde só fez aumentar, como se verificará mais adiante, na análise da dimensão individual desse fenômeno. Além disso, a judicialização das políticas públicas em saúde continua controvertida no próprio âmbito do STF onde, como referido, atualmente tramita o Recurso Extraordinário n° 566471 (BRASIL, 2007), cujo objeto é o fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do SUS.

#### 3.4.2.2 A Recomendação n° 31 de 30 de março de 2010 do Conselho Nacional de Justiça e a criação do Fórum Nacional de Saúde

Além de influenciar o julgamento da STA n° 175, a Audiência Pública n° 4 redundou na designação de um grupo de trabalho para apresentar estudos e propostas de medidas tendentes ao aperfeiçoamento da tutela jurisdicional do direito à saúde. Disso resultou a aprovação, pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça, da Recomendação n° 31 de 30 de março de 2010, que indicava a “a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde” (BRASIL, 2010a). O documento estipulou diversas ações a serem efetivadas pelo Poder Judiciário, tais quais a celebração de convênios entre os tribunais, a melhor interação entre Judiciário e Administração Pública, a orientação dos magistrados quanto à instrução probatória dos processos em saúde e a inclusão do Direito Sanitário como matéria individualizada nos concursos da magistratura (WERNER, 2017, p. 242; SCHULZE e GEBRAN, 2015, p. 173).

A partir dessas diretrizes, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n° 107, em 6 de abril de 2010, que instituiu o “Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde”. Segundo a resolução, incumbiria ao fórum “elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos”, bem como as seguintes competências (BRASIL, 2010b):

Art. 2° [...]



- I - o monitoramento das ações judiciais que envolvam prestações de assistência à saúde, como o fornecimento de medicamentos, produtos ou insumos em geral, tratamentos e disponibilização de leitos hospitalares;
- II - o monitoramento das ações judiciais relativas ao Sistema Único de Saúde;
- III - a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à otimização de rotinas processuais, à organização e estruturação de unidades judiciárias especializadas;
- IV - a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à prevenção de conflitos judiciais e à definição de estratégias nas questões de direito sanitário;
- V - o estudo e a proposição de outras medidas consideradas pertinentes ao cumprimento do objetivo do Fórum Nacional.

Após o I Encontro do Fórum Nacional de Saúde (BRASIL, 2011), publicou-se, em abril de 2011, um relatório do panorama da judicialização da saúde no Brasil, segundo o qual, à época, tramitavam 240.980 de ações em saúde no Poder Judiciário (BRITO, 2017, p. 210). Schulze e Gebran (2015, p. 174/193) enumeram oito premissas advindas das orientações da Recomendação nº 31/2010 do CNJ e do I Encontro do Fórum Nacional de Saúde: (a) há direito subjetivo público ao fornecimento de medicamento previsto em política pública, porém seu deferimento deve ocorrer por meio do próprio SUS; (b) é desnecessária a comprovação da hipossuficiência para fazer jus à prestação material; (c) há vedação legal de fornecimento de medicamento não aprovado pela ANVISA<sup>67</sup>; (d) é necessária a existência de prévio requerimento administrativo; (e) as ações judiciais de medicamentos devem ser instruídas com prescrição de médico em exercício no SUS; (f) os tratamentos devem ser realizados pelo SUS segundo as diretrizes fixadas na política pública, ressalvada a demonstração de inadequação ou ineficácia para o paciente, e vedada a adoção de tratamentos experimentais; (g) necessidade de realização de perícia médica pautada na medicina baseada em evidências; e (h) conflitos de interesse entre o prescritor e o fármaco prescrito devem ser de conhecimento público.

Percebe-se, portanto, que os eventos ocorridos no âmbito do STF e do CNJ entre 2009 e 2011 foram – ou poderiam ter sido – decisivos na definição dos rumos da judicialização da saúde no Brasil. Entrementes, ressalta-se novamente, eles não resolveram suficientemente tal problemática, ainda atual na conjuntura do Poder Judiciário brasileiro. Tanto o é, que, segundo um abrangente estudo realizado pelo CNJ (BRASIL, 2013, p. 43) no ano de 2013 sobre a judicialização da saúde, os dados e premissas resultantes da Audiência

---

<sup>67</sup> Os autores reconhecem, contudo, que essa questão demanda alguns debates, mas reforçam que eventual judicialização da aprovação de fármaco pela ANVISA não pode ocorrer na via individual.

Pública nº 4, da Recomendação nº 31/2010 e do I Fórum Nacional de Saúde são raramente mencionados nas decisões judiciais prolatadas em ações relativas ao direito à saúde<sup>68</sup>.

#### 3.4.2.3 O Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 8.058/2014

A proposição legislativa em análise, de autoria do Deputado Federal Paulo Teixeira, “Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências” (BRASIL, 2014a). Conforme sua justificação, o PL foi idealizado pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais - CEBEPEJ, presidido pelo Professor Kazuo Watanabe e, posteriormente, pela Professora Ada Pellegrini Grinover.

Sobre o conteúdo do projeto, vale citar o Capítulo I, que enumera os princípios aplicáveis ao controle jurisdicional de políticas públicas, quais sejam, proporcionalidade, razoabilidade, garantia do mínimo existencial, justiça social, atendimento ao bem comum, universalidade das políticas públicas e equilíbrio orçamentário<sup>69</sup>. O Capítulo II, por sua vez, fixa a competência da justiça comum estadual ou federal, por intermédio de ação coletiva, e prevê a possibilidade de qualquer espécie de ação ou provimento para a correção de políticas públicas. No capítulo III, o texto estabelece o rito processual, a obrigatoriedade da intervenção do MP e faculta a participação do *amicus curiae*.

O PL também traz algumas inovações, dentre as quais a possibilidade de o juiz determinar ao poder público o “cumprimento de obrigações de fazer sucessivas, abertas e flexíveis”, inclusive para fins de planejamento e dotação orçamentária (artigo 18). Cria a figura do comissário ou colaborador (artigo 19), a quem incumbe “a implementação e acompanhamento das medidas necessárias à satisfação das obrigações”. Determina também a realização de encontros periódicos entre magistrados para conhecimento e possível harmonização de entendimentos sobre a matéria (artigo 24), bem como a criação do Cadastro Nacional de Processos sobre Políticas Públicas (artigo 26). Restringe, ainda, o deferimento da tutela nas ações individuais às hipóteses que versarem sobre o mínimo existencial (artigo 28).

---

<sup>68</sup> No estudo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, constatou-se o seguinte: “- Pouca menção à Audiência Pública do STF: a maioria das decisões não citou ou tomou como referência a Audiência Pública que o STF realizou em 2009 a respeito da judicialização da saúde, tampouco adotou quaisquer posições que estiveram presentes nesta audiência. - Pouca menção ao CNJ: a maioria das decisões não citou ou tomou como referência as contribuições do CNJ sobre o tema, especialmente as Recomendações n. 31 e n. 36, que sugerem estratégias de como os juízes devem lidar com a judicialização da saúde pública e suplementar na atividade judicante. - Pouca menção ao Fórum Nacional e aos Comitês estaduais: a maioria das decisões não citou ou tomou como referência as contribuições do Fórum Nacional de Saúde e dos Comitês estaduais na atividade judicante”.

<sup>69</sup> STRECK e LIMA (2015) criticam contundentemente o rol de princípios estabelecido no artigo 2º do PL nº 8.058/2014, tanto por já haver previsão no ordenamento jurídico, quanto pela tendência brasileira à “política da fabricação de princípios”, ou “pan-principiologismo”, o que redundava no “ativismo judicial”.

Apresentado em Plenário no dia 04/11/2014, o PL foi distribuído à Comissão de Finanças e Tributação (CFT) e teve designado como relator o Deputado Esperidião Amin de Santa Catarina, em 17/04/2015. A proposição foi objeto de audiência pública realizada na Câmara em 01/09/2015 e, atualmente, aguarda a apreciação do requerimento para realização de audiência pública formulado pelo Deputado Paulo Teixeira em 11/04/2018.

O PL recebeu duras críticas de Streck e Lima (2015), os quais questionaram o “pan-principiologismo” incutido na proposta, o qual, segundo eles, redundava em indesejado ativismo judicial e indica que “o governo vai se acostumando a transferir o seu dever de fazer políticas em direção ao Judiciário”. De qualquer sorte, a par dessas críticas e independentemente de qualquer juízo axiológico, o Projeto de Lei nº 8.058/2014 demonstra como a intervenção judicial em políticas públicas é questão controvertida no Brasil.

#### 3.4.2.4 O Projeto de Lei do Senado nº 415/2015

O Projeto de Lei nº 415/2015 (BRASIL, 2015d) foi apresentado pelo Senador Cássio Cunha Lima, com a seguinte ementa:

Altera a Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências, para tornar obrigatória a definição em regulamento e a divulgação do indicador ou parâmetro de custo-efetividade utilizado na análise das solicitações de incorporação de tecnologia e tornar obrigatório o respeito aos requisitos de aleatoriedade e publicidade na distribuição dos processos às instâncias responsáveis por essa análise.

Como se extrai de sua justificativa, a proposição legislativa mostra preocupação quanto à judicialização da saúde no país, notadamente em relação a ordens judiciais para fornecimento de tecnologias terapêuticas não aprovadas pela CONITEC mediante Protocolos Clínicos e as diretrizes terapêuticas. Da mesma forma, o projeto também se reporta à ausência de legislação a indicar os parâmetros e indicadores de custo-efetividade, equação que, segundo ele, é indispensável para “para balizar a incorporação de tecnologia no âmbito do SUS”.

Para tanto, a proposição altera a redação do artigo 19-O da Lei nº 8.080/1990 (BRASIL, 1990a), estabelecendo que “Será definido em regulamento e amplamente divulgado o indicador ou parâmetro de custo-efetividade [...]”, bem como que o processo de incorporação de tecnologia obedecerá aos “requisitos de aleatoriedade e publicidade, na forma

definida em regulamento, com os objetivos de minimizar a ocorrência de vieses de seleção e de conflitos de interesse”.

Destarte, o principal aspecto da proposição é estabelecer concretamente o custo-efetividade como parâmetro para incorporação de novos medicamentos pela CONITEC, bem como determinar um critério concreto de análise. Nesse sentido, segundo a justificção, “atribuir um valor intermediário à RCEI<sup>70</sup>, em uma faixa situada entre o praticado nos países desenvolvidos e o preconizado pela OMS<sup>71</sup>, seria mais compatível com o status do Brasil – sétima economia do mundo e importante país emergente [...]”.

O Projeto de Lei nº 415 foi protocolado em 01/07/2015 e aprovado pela Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática em 01/03/2016. Atualmente, a proposição encontra-se na Comissão de Assuntos Sociais, onde aguarda por sua apreciação desde a realização de audiência pública em 24/08/2017. (BRASIL, 2015d)

Embora não faça parte do objeto desta dissertação emitir um juízo de valor sobre a fixação do critério de custo-efetividade como fator preponderante para fornecimento de medicamentos – tarefa que demandaria um estudo específico –, não se pode negar que se trata de questão de inegável polêmica. De fato, valorar a vida humana com base em critérios matemáticos relacionados ao PIB nacional e à expectativa de vida pode parecer medida eticamente questionável, notadamente diante da dimensão objetiva do direito fundamental à saúde, que o impõe como base do Estado Social e Democrático de Direito. Em contrapartida, todavia, pode-se argumentar que o estabelecimento de referidos critérios é uma forma de proteger a dignidade humana, pois se cuida de medida que visa a otimizar os poucos recursos disponíveis para o financiamento das políticas públicas em saúde.

De toda sorte, a existência de um projeto de lei que tem por objetivo regulamentar a judicialização da saúde corrobora a percepção de que, passados oito anos do julgamento da STA nº 175 pelo STF, o tema ainda é extremamente relevante e controverso no cenário brasileiro.

---

<sup>70</sup> Incremental Cost Effectiveness Ratio" (ICER), ou Razão Custo-Efetividade Incremental (RCEI).

<sup>71</sup> Extrai-se da justificção da proposição: “Frise-se, no que concerne ao limiar adotado para a análise de custo-efetividade, que existem dois parâmetros aceitos internacionalmente: de um lado, nas maiores economias do mundo, considera-se custo-efetivo o procedimento cujo RCEI seja inferior a cinquenta mil dólares por ano de vida salvo; de outro lado, a Organização Mundial da Saúde (OMS) recomenda que o limiar consista em três vezes o Produto Interno Bruto (PIB) per capita por Anos de Vida Ajustados para Qualidade (QALY) ou Anos de Vida Ajustados para Incapacidade (DALY).”

### 3.4.2.5 O julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1657156/RJ (Tema 106)

O recurso especial em questão foi interposto pelo Estado do Rio de Janeiro em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que reconheceu o direito ao fornecimento dos colírios azorga, glaub e optive a paciente portadora de glaucoma crônico bilateral (CID 440.1). O reclamo foi submetido à sistemática de recursos repetitivos, sendo afetada a seguinte tese: “Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106)” (BRASIL, 2018b).

O recurso, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, foi julgado pela 1ª Seção do STJ em 04/05/2018, a qual, por unanimidade lhe negou provimento. Todavia, foi no julgamento dos respectivos embargos de declaração, em 21/09/2018, que o órgão colegiado fixou definitivamente a tese do precedente, como segue:

VI- TESE FIXADA: A tese fixada no julgamento repetitivo passa a ser: A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:

- i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
- ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
- iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência. (BRASIL, 2018b)

O julgamento do recurso especial gerará relevantes efeitos práticos na judicialização da saúde, pois, como foi submetido à sistemática de recursos repetitivos, vinculará todos os juízes e tribunais locais (eficácia vertical) e o próprio Superior Tribunal de Justiça (eficácia horizontal), na forma do artigo 927, III, do CPC (BRASIL, 2016). De toda sorte, a Corte Superior modulou os efeitos do julgado, determinando que os requisitos ali estabelecidos incidissem apenas em relação aos processos distribuídos a partir de 04/05/2018.

### 3.4.3 Dimensão individual da juridificação das políticas públicas em saúde

Como relatado, a par dos esforços do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, o número de ações de medicamentos vem aumentando progressivamente desde 2010, razão pela qual se trata de uma problemática cuja solução – ou mesmo estabilização – é de difícil visualização em qualquer prognóstico. Tal realidade fica claramente delineada no estudo realizado por Schulze (2017) com base na 13ª Edição do

Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça, segundo o qual, nos últimos anos, tramitaram no Brasil as seguintes quantidades de ações cíveis relacionadas à saúde: (a) 2011: 240.980 processos; (b) 2014: 392.921 processos; (c) 2015: 854.506 processos; (d) 2016: 1.346.931 processos; e (e) 2017: 1.778.269 processos.

Cumpra consignar que as 1.346.931 ações em trâmite no ano de 2016 englobavam os mais diversos temas relacionados à saúde, nas áreas pública e privada, como, por exemplo, lides entre planos de saúde e consumidores, bem como serviços hospitalares. Nesse universo, contudo, as ações mais numerosas são as relacionadas aos serviços de saúde no âmbito do SUS, incluindo fornecimento de medicamentos (312.147 processos), tratamento médico-hospitalar (98.579 processos) e tratamento médico hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos (214.947 processos) (SCHULZE, 2017).

Os números, já elevados em 2016, aumentaram sensivelmente no ano de 2017, quando atingiram 1.778.269 de ações relacionadas à saúde, versando sobre: saúde (Direito Administrativo e outras matérias de Direito Público) – 152.201 ações; fornecimento de medicamentos (SUS) – 420.930 ações; tratamento médico-hospitalar (SUS) – 135.849 ações; tratamento médico hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos (SUS) – 242.684; ressarcimento ao SUS – 4.474 ações; reajuste da tabela do SUS – 3.004 ações; convênio médico com o SUS – 1.350 ações; repasse de verbas do SUS – 1.044 ações; e terceirização do SUS – 1.328 ações (SCHULZE, 2018).

Os achados são expressivos e corroboram a tese de que a judicialização da saúde é uma problemática de inegável atualidade.

Ainda, é importante consignar que a maioria absoluta das ações em saúde acima referidas são individuais. De fato, conforme Fernandes (2018, p. 138), embora o acolhimento judicial das demandas judiciais relacionadas à saúde tenha “sido motivada pela dimensão do risco coletivo à saúde” – como se deu em relação à AIDS durante a década de 1990 –, “a tutela individual ganhou autonomia e prevalência, deixando em segundo plano as preocupações com a saúde coletiva”. O estudo realizado pelo CNJ (BRASIL, 2013, p. 43) em 2013 retrata bem tal situação, pois lá se constatou a “Predominância da litigação individual”, concluindo-se que “a proporção entre ações coletivas e ações individuais é ainda grande, de modo que a maioria radical de demandas judiciais de saúde versa sobre ações individuais”.

Esse caráter individualista pode ser classificado como um fator negativo da judicialização, na medida em que o julgamento das ações judiciais em saúde segundo a racionalidade própria dos conflitos bilaterais resulta em decisões alheias à dimensão objetiva de tal direito. Em tal contexto, os provimentos jurisdicionais exarados em ações individuais

garantem apenas de forma emergencial o direito de um cidadão específico. Por isso, esses provimentos individuais podem vir até mesmo a prejudicar a política pública de saúde, mercê do dispêndio de recursos públicos sem o necessário planejamento. Fernandes assim o sustenta:

O problema é que, com a multiplicação de ações individuais, sem maior preocupação com as políticas públicas – que pressupõem, em tese, a dimensão distributiva da justiça –, as decisões adotam a racionalidade própria dos conflitos bilaterais, inadequada ao trato dos interesses qualificados como transindividuais e indivisíveis. A atomização dos conflitos oculta a dimensão coletiva, o impacto da prestação individual na melhoria da saúde de todos. Assim, embora se disponha a resolver, com os instrumentos jurídicos tradicionais, questões envolvendo direitos sociais, o pretório vem utilizando a racionalidade inerente ao direito subjetivo individual e afastando objeções de cunho consequencialista.

Além desses aspectos, outro fator negativo que pode ser atribuído ao caráter individual da judicialização é o desequilíbrio entre o dispêndio de recursos nas vias judicial e administrativa e o número de pacientes atendidos nas duas searas. Nesse sentido, conforme Godois (2016), as ações judiciais movidas por 61 mil pacientes geraram dispêndio de R\$ 235.000.000,00 pelo Estado do Rio Grande do Sul em 2014. Ainda, segundo o autor, tal quantia era “[...] aproximadamente três vezes maior que o volume de recursos consumidos no atendimento de demandas de 103 mil pacientes que não recorreram à Justiça”. Do mesmo modo, segundo informação prestada pelo Subsecretário de Planejamento e Orçamento do Ministério da Saúde, em Audiência Pública da Câmara dos Deputados realizada no dia 29/08/2016, decisões judiciais favoráveis em ações individuais consumiram aproximadamente 25% do orçamento catarinense para a saúde em 2015 (BRASIL, 2016a). Entende-se, por isso, que a judicialização pode repercutir em desrespeito ao princípio da isonomia, uma vez que os pacientes que têm acesso ao sistema de justiça recebem um tratamento diferenciado daqueles que não o têm.

Além do desequilíbrio na distribuição dos recursos públicos, o próprio volume de gastos com ações de medicamentos também assume proporções alarmantes. A título de exemplo, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2016d), a judicialização do acesso à saúde gerou custos de cinco bilhões de reais em 2015 e projeção de sete bilhões de reais em 2016. Note-se, além do dispêndio com os tratamentos médicos em si, o próprio processo judicial possui custo elevado para os cofres públicos, pois, segundo pesquisa realizada pelo Centro de Pesquisas sobre o Sistema de Justiça Brasileiro

(RECONDO, 2015), a média nacional era de R\$ 2.369,73<sup>72</sup> por ação em 2013. Dessa forma, analisando essa cifra na perspectiva das 1.778.269 ações em saúde pública e privada que tramitavam no Brasil em 2017, observa-se que o custo para o julgamento desses processos é, no mínimo, expressivo<sup>73</sup>, tratando-se de mais um aspecto negativo da atual configuração da judicialização da saúde.

Consequentemente, ao julgar individualmente as milhares de ações de medicamentos que tramitam todos os anos, a Justiça "apaga o incêndio", porém não resolve o problema estrutural da saúde no país. Ou seja, trata-se de uma solução cara e ineficaz, pois não impede que tais ações continuem a se repetir em um ciclo vicioso. De fato, conforme Delduque, Marques e Ciarlini (2013, p. 181), as decisões judiciais obrigam o Estado a fornecer aos cidadãos medicamentos com base em suas necessidades individuais. Todavia, a solução adotada nesse viés individualista, por vezes, vai de encontro às "determinações da política pública de saúde", que é "formalizada para atender as necessidades terapêuticas de toda a sociedade brasileira, de acordo com dados e prioridades cabíveis para a escolha da melhor oferta terapêutica a todos que dela necessitarem". A esses fundamentos, os autores adicionam "que judicializar excessivamente e em desfavor das políticas públicas de saúde e, em especial, de maneira individual, desestrutura o setor da Saúde". (DELDUQUE, MARQUES e CIARLINI, 2013, p. 193)

Nas pesquisas para o já referido estudo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2013 (BRASIL, 2013, p. 115), dentre as várias entrevistas com sujeitos envolvidos na judicialização da saúde, chamou a atenção o relato de um defensor público do Distrito Federal. O profissional, cujo nome não foi publicado na pesquisa, em um relato algo emocionado, descreveu a tensão entre a tutela coletiva e individual do direito à saúde da seguinte forma:

Nós ainda temos a cultura da judicialização. A Defensoria ano passado teve uma campanha nacional de busca pela resolução extrajudicial. Foi a campanha da Anadep. O nome deste núcleo – nós falamos núcleo de saúde porque é mais fácil de falar – é "Núcleo de conciliação e mediação de saúde". Ele nasceu com essa vocação e isso não foi eu que inventei. Isso foi cinco anos atrás eu nem era defensor. Então criar uma comissão de mediação é a vocação desse núcleo para resolver um problema que não é só individual, ele é coletivo. **Não dá para pensar na saúde individualmente senão você destrói o sistema. Quando eu entro com uma ação, eu tenho de resolver o problema daquele meu impasse, mas o sistema tem de**

---

<sup>72</sup> Segundo Recondo, "O custo médio por processo é calculado dividindo-se a despesa total da Justiça pelo total de processos baixados. Os dados são coletados em pesquisas oficiais promovidas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) – Justiça em Números e o Relatório de Portes dos Tribunais em Tecnologia da Informação e Comunicação."

<sup>73</sup> Mais de quatro bilhões de reais.



**estar de pé amanhã, porque amanhã eu irei atender mais 80 pessoas aqui.** Essa é uma visão que o defensor tem que o advogado privado regra geral não preza. Nós não. Estamos pra resolver o problema de quase 14 mil pessoas por ano, que é o número de atendimentos que a gente faz. (BRASIL, 2013, p. 115 – grifo nosso)

O problema da judicialização individual é este, portanto: o deferimento da tutela jurisdicional na lide bilateralizada não leva em conta as repercussões que serão produzidas na política pública de saúde, nem tampouco em que medida o dispêndio naquele processo individual poderá comprometer o sistema como um todo.

Nesse ponto, retomando a referência às proporções epidêmicas atingidas pela judicialização da saúde, Bucci (2017, pp. 31-33) relata que o fenômeno atingiu seu paroxismo<sup>74</sup> entre junho de 2015 e fevereiro de 2016, período em que a Universidade de São Paulo recebeu aproximadamente 13 mil medidas liminares ordenando o fornecimento da substância fosfoetanolamina sintética a pacientes de câncer. No entender da autora, essa enxurrada de ordens judiciais ignorou o fato de que sequer se tratava de um medicamento, inclusive por não haver à época parecer médico ou estudo científico demonstrando que o uso da substância era benéfico ou curativo. O caso da fosfoetanolamina é um retrato do caos institucional que pode advir da judicialização da saúde, especialmente na via individual. Deveras, conforme Santos et al (2017, p. 140), as ações pleiteando a fosfoetanolamina foram movidas aos milhares por autores residentes em todas os Estados da Federação, totalizando cerca de 13 mil processos. Nesses litígios, a legitimidade passiva era incerta e volátil, pois, além da Universidade de São Paulo, o Estado de São Paulo e outras unidades federativas eram apenas eventualmente incluídas no polo passivo. Disso resultou que a USP arcou com custos para o fornecimento do fármaco para pacientes de todos os Estados, num total aproximado de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais). Tudo isso para a disponibilização de uma substância que foi produzida em um laboratório de química, testada em ratos, sem quaisquer estudos ou acompanhamento médico em seres humanos. Há de se ressaltar, contudo, que a decisão para dispensação da fosfoetanolamina não foi adotada apenas pelo Poder Judiciário, mas também pelos Poderes Legislativo e Executivo, tanto que a Lei 13.269/2016 (BRASIL, 2016b) autorizou o uso da substância por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna antes de seu registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Essa lei, contudo, é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5501 (BRASIL, 2016c), na qual, em maio de 2016, foi proferida decisão liminar para suspender sua eficácia e proibir o uso da fosfoetanolamina sintética no Brasil.

---

<sup>74</sup> Segundo a própria autora, o auge da judicialização enquanto “doença institucional”.

Embora se trate de um caso exacerbado das possíveis problemáticas relacionados à judicialização da saúde, o relato serve para demonstrar que a análise judicial dos pleitos de medicamentos deve ser realizada com extremo cuidado, inclusive a fim de evitar o desperdício dos já poucos recursos públicos destinados à saúde. Ora, como bem asseveram Leal e Alves (2015, p. 125), “Levar direitos sociais a sério equivale, ao mesmo tempo, levar a escassez a sério”. Por isso, como referido anteriormente, o ideal é que a incorporação de novos fármacos na rede do SUS não ocorra de forma individualizada, como normalmente é o caso na judicialização da saúde, mas sim por meio de protocolos clínicos, cuja implementação ocorre de forma abrangente e beneficia toda a coletividade.

Por fim, acerca de um possível prognóstico e caminhos da judicialização da saúde, Schulze e Gebran (2015, p. 193) propõem uma nova pauta política e judicial, que contenha discussões sobre:

- Relação custo-benefício dos novos medicamentos,
- Inclusão de novos medicamentos na RENAME pela CONITEC,
- Eficácia dos "novos medicamentos",
- Aprovação de novos fármacos pela ANVISA,
- Políticas públicas na área de saúde, com definição sobre o conceito e limites da universalidade e integralidade,
- Menor interferência judicial na concessão de medicamentos fora da política pública, maior controle sobre a qualidade da política existente.

A par dessas propostas, como será demonstrado no próximo capítulo, entende-se que o reconhecimento da preponderância da dimensão coletiva do direito à saúde é indispensável para a prestação de uma tutela jurisdicional mais efetiva. De fato, como visto, o direito à saúde não constitui um bem individual, a ser egoisticamente gozado, mas sim patrimônio coletivo, que deve ser protegido como valor basilar da sociedade. Isso ocorre porque a saúde é condição para a dignidade da pessoa humana, princípio intrínseco ao Estado Social e Democrático de Direito.

Dessa forma, o processo coletivo é o meio mais adequado para uma melhor prestação jurisdicional em saúde, pois, além de concentrar em uma só relação processual os interesses de uma vasta gama de cidadãos, também permite que a solução judicial repercuta em face da coletividade, com observância, portanto, à necessária equidade e isonomia no trato do direito à saúde. Mais do que isso, o processo coletivo amolda-se ao direito em questão enquanto conquista do Estado Social e Democrático de Direito, com valorização de sua dimensão coletiva.

#### **4 A TULELA COLETIVA DA POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE À LUZ DO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 5001439-79.2010.4.04.7204 – A ACP DAS INSULINAS DA JUSTICA FEDERAL DE CRICIÚMA-SC**

Como será demonstrado neste capítulo, a ACP das insulinas sintetiza, em certa medida, a fundamentação teórica desenvolvida na dissertação, desde o Estado Social e Democrático de Direito, perpassando pela dimensão coletiva do direito social à saúde, da política pública correspondente e da judicialização. Isso ocorre porque o processo em questão tratou da saúde como direito transindividual, valendo-se de sua justiciabilidade coletiva e objetivando o deferimento dos serviços de saúde não apenas a uma pessoa, mas sim a uma universalidade de portadores de diabetes mellitus tipo 1.

Desse modo, tratar-se-á, inicialmente, sobre a tensão entre as dimensões coletiva e individual do direito à saúde, discorrendo sobre a adequação da tutela coletiva como modelo para sua tutela jurisdicional. Estudar-se-á, ainda, o processo coletivo, a tutela dos direitos transindividuais no Brasil e a ação civil pública. A partir disso, passar-se-á propriamente à análise da ação civil pública nº 5001439-79.2010.4.04.7204, do Inquérito Civil nº 133.003000241/2008-98 e da audiência pública de 13 de maio de 2010. Por fim, serão enumeradas as consequências e o panorama atual da judicialização da saúde na Justiça Federal de Criciúma.

##### **4.1 A TENSÃO ENTRE AS DIMENSÕES COLETIVA E INDIVIDUAL DO DIREITO À SAÚDE: A ADOÇÃO DO PROCESSO COLETIVO COMO MODELO PARA A TUTELA JURISDICIONAL DO DIREITO À SAÚDE**

O direito fundamental à saúde é produto das transformações ocorridas a partir do advento do Estado Liberal, no final do Século XVIII, perpassando pelo Estado Social do Século XX até o Estado Social e Democrático de Direito idealizado pela Constituição Federal de 1988. Desde então, com base na fundamentalização do direito à saúde e na ampliação do acesso à justiça reconheceu-se que: (a) o direito à saúde impõe ao Estado condutas negativas, relacionadas ao dever de abstenção de ações que possam ofendê-lo, e positivas, que obrigam o poder público a concretizar esse direito mediante prestações desenvolvidas por meio de políticas públicas; (b) a omissão do Estado no caráter positivo/prestacional do direito à saúde

redunda em lesão a direito subjetivo, outorgando ao cidadão a possibilidade de pleitear perante o Poder Judiciário a efetivação de medidas que o assegurem.

Todavia, o direito à saúde é mais do que isso.

Com efeito, além da dimensão individual, relacionada ao direito subjetivo, a saúde também é dotada de caráter coletivo e se materializa em uma dimensão objetiva, pois traz consigo uma carga de valores imponíveis ao Estado e a toda a sociedade, mormente por se tratar de condição indispensável ao exercício da cidadania e da dignidade da pessoa humana. Existe, portanto, uma verdadeira dualidade no direito à saúde, que constitui, assim, direito individual e coletivo. Em regra, essa natureza dúpliciça deveria fortalecer o direito em questão, já que o reconhecimento de sua dimensão coletiva o eleva ao *status* de bem comum e redundando em sua consolidação, inclusive para fins de tutela do direito individual subjetivo. Contudo, a dualidade, no contexto do cenário de intensa judicialização da saúde no país, tornou-se conflituosa e vem causando ofensa à isonomia e à equidade.

De fato, embora a judicialização da saúde represente uma conquista da cidadania, ela também tem gerado algumas consequências negativas, do que já se cuidou nos capítulos anteriores. Além desses referidos malefícios, outro aspecto relevante a ser apontado é que a judicialização, ao menos em sua atual configuração, gera forte tensão entre as dimensões individual e coletiva do direito à saúde. Isso ocorre porque, em suma, o enfrentamento das ações judiciais de forma individualizada por vezes repercute em prejuízo à dimensão coletiva do direito, como lecionam Borges e Schumacher (2013, p. 37).

Se de um lado é verdade que a efetivação do direito à saúde de um indivíduo se materializa quando este obtém uma medida judicial que garante acesso ao medicamento/tratamento postulado, de outro, também é verdade que essa efetivação pode estar sendo garantida mediante sacrifício de uma política pública estabelecida na busca pela universalidade e igualdade desse acesso a toda coletividade, condições estas indissociáveis do direito fundamental à saúde, nos moldes estabelecidos pela nova Constituição. O que está implícito no desenho constitucional desse direito social é o dever do Estado de fazer ponderações que possibilitem que a utilização dos bens e serviços disponíveis se dê de forma a garantir universalidade e igualdade de acesso.

Barberato e Geraige Neto (2014) convergem em igual sentido, asseverando que as ações individuais podem resultar em “severas injustiças e distorções no sistema brasileiro”, pois as lides relacionadas à saúde “se afastam da bilateralidade da relação jurídica clássica, caracterizando-se pela distributividade e plurilateralidade, já que os efeitos de suas decisões não se restringem apenas às partes do processo, atingindo, em verdade, toda a coletividade”. Fernandes (2018, p. 148) também reconhece a existência dessa tensão, referindo que “o

grande desafio é conciliar interesses individuais e coletivos nas situações em que é necessária a ponderação da equidade em saúde". Ainda, conforme Gotti (2015, p. 176), as ações em saúde possuem "um caráter policêntrico ou plurilateral, porque o objeto que medeia as relações dos sujeitos é indivisível ou está indiviso, de modo que afeta cada um diante de todos e todos diante de cada um". Para a autora, portanto, dessa inter-relação resulta que "a decisão de uma causa acaba afetando outros que dela não participaram, especialmente levando-se em consideração os recursos escassos" (GOTTI, 2015, p. 176).

A tensão entre a dimensão individual e coletiva do direito pode ser especialmente sentida se analisada na perspectiva da necessária isonomia e equidade na tutela do direito à saúde. Deveras, enquanto a isonomia se relaciona à percepção de que a igualdade constitui valor supremo da sociedade – como consta do Preâmbulo da Constituição Federal<sup>75</sup> – a equidade se refere ao reconhecimento das desigualdades e das situações de discriminação como critérios que devem nortear a concretização do direito. Em suma, portanto, a igualdade material no direito à saúde somente pode ser alcançada mediante um agir pautado na equidade. Um exemplo concreto – e não tão incomum – de que a judicialização da saúde pode redundar em ofensa aos princípios da isonomia e da equidade se dá em pedidos de intervenção cirúrgica para transplantes de órgãos. Nesses casos, uma decisão que deferir o pleito judicial para imediata realização da cirurgia poderá repercutir em prejuízo aos demais pacientes que aguardam pelo transplante em uma fila de espera. Destarte, esse tipo de decisão, "que fura a fila" (FERNANDES, 2018, p. 144), sem dúvidas ofende os princípios da isonomia e da equidade em saúde.

Na configuração atual da judicialização, portanto, há predomínio da tutela individual os órgãos jurisdicionais concedem emergencialmente a tutela do direito à saúde sem ter sua perspectiva enquanto direito coletivo objeto de política pública. Prova disso é a constatação de que, até hoje, decisões judiciais determinam o fornecimento de medicamentos e de tratamentos cirúrgicos sem menção ou observância aos parâmetros fixados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da STA 175, ainda em 2010.

Tais constatações demonstram que o processo civil tradicional, de caráter bilateral e pautado na lógica do individualismo, mostra-se insuficiente para a tutela do direito à saúde, aqui entendido na amplitude e complexidade de sua configuração, em suas dimensões coletiva

---

<sup>75</sup> 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. (BRASIL, 1988).

e individual, objetiva e subjetiva. Jorge (2015, pp. 318/319) assim o estatui, aduzindo que "a teoria tradicional do direito e o processo civil clássico não contemplam de forma plena a dinâmica prospectiva e estratégica das políticas públicas". Isso se dá porque eles são "voltados para a relação entre indivíduos, típica do modelo liberal, razão pela qual efetivam a 'microjustiça' em detrimento da 'macrojustiça', objeto dos programas de ação governamental". A isso, o autor adiciona que a atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas deve se basear na noção de um "processo civil de interesse público". Appio (2005, p. 33), a seu turno, refere que

As ações coletivas refletem uma necessidade da sociedade contemporânea, qual seja a exigência de dar proteção a bens indispensáveis ao convívio social de seus cidadãos, especialmente em regiões densamente povoadas e industrializados, impondo ao Estado um dever de proteção.

Por isso, o processo coletivo mostra-se mais apropriado para a tutela jurisdicional do direito à saúde, já que, devido às suas peculiaridades – como, por exemplo, a diferenciada extensão da coisa julgada *erga omnes* –, gera potenciais benefícios a toda a coletividade. Note-se, não se defende aqui o descabimento da ação individual para a defesa do direito à saúde, notadamente em relação a situações excepcionais, tais quais os pedidos de medicamentos para doenças raras, que dificilmente são contempladas por protocolos clínicos. O que se argumenta, na realidade, é que o cenário atual brasileiro, de absoluta preponderância da tutela individual em detrimento da tutela coletiva, é nocivo ao direito à saúde e ao próprio exercício da jurisdição. Deveras, como visto, a tutela individual pode repercutir em prejuízo à coletividade, pois a garantia emergencial do fármaco ou tratamento compromete recursos destinados ao financiamento de uma política pública. O referido desequilíbrio entre recursos públicos e número de paciente contemplados nas vias judicial e administrativa corrobora tal argumento, já que, comprovadamente, na via judicial, se gasta mais dinheiro para atender menos pessoas. Em relação ao Poder Judiciário em si, a judicialização também traz prejuízos, mercê do elevado número de processos tramitando em nossos tribunais e fóruns, bem como do grande dispêndio de recursos públicos para o julgamento dessas ações.

A adoção do processo coletivo como modelo para a atividade jurisdicional pressupõe o reconhecimento de que a coletividade é sujeito de direito e de que ela demanda uma nova juridicidade. Pilati (2012, pp. 134-136) assim o leciona, argumentando que o Sistema Único de Saúde, mais do que uma pessoa jurídica, constitui sistema público-estatal, ao qual não se aplicam apenas as regras do direito administrativo tradicional, mas sim

procedimentos de exercício coletivos. Por isso, o autor assevera que o enfrentamento das lides por meio da judicialização tradicional gera grandes dificuldades para o Poder Judiciário.

Refere o professor da UFSC:

O SUS, pois, é caso típico de democratização do processo: o papel do juiz, nas demandas que o envolvem, é de fazer com que o SUS atue como o SUS. Deve o juiz garantir a realização do procedimento coletivo, em que as autoridades de saúde em que as autoridades de saúde ( federais, estaduais e municipais) da comunidade deliberem, com o interessado e/ou seus representantes, sobre a solução do caso concreto.

[...]

A democratização do processo perante a dimensão constitucional participativa pós-moderna exigirá do Judiciário - não ativismo voluntarismo autoritário, mas - intensa atividade no plano do ius edicendi. No caso do SUS, isso significa dizer que ele (SUS) judiciário tanto quanto aos usuários e as autoridades de saúde; e que atuar preventivamente na composição dos conflitos do setor fará parte da rotina da jurisdição pós-moderna, tanto quanto seria para o pretor romano e seu edictum, nas situações assemelhadas.

Enfim, partindo da premissa de que o SUS não é instituição pública nem privada, mas sim coletiva, pertencente a todos, a tutela coletiva poderá ser exercida de forma que os sujeitos envolvidos atuem como condôminos, participando ativamente da construção da decisão a ser tomada. Por todos esses motivos, entende-se que o processo coletivo constitui a resposta para o problema da excessiva judicialização da saúde no país. Nesse norte, a decisão judicial coletiva que determina a incorporação de um fármaco na rede do SUS a determinada categoria de pacientes pode ser cumprida de forma racionalizada, isonômica e equitativa pelo poder público. Racionalizada porque a aquisição da tecnologia em saúde não ocorrerá de forma emergencial para uma só pessoa, mas sim como objeto de cuidadoso planejamento administrativo, com investimento dos recursos públicos da forma mais eficiente. Isonômica porquanto o cumprimento da ordem judicial deverá abranger todas as pessoas que se enquadrarem nos critérios fixados para incorporação da tecnologia. Equânime, por fim, devido à necessidade de que a decisão se baseie em critérios técnicos que atendam às peculiaridades e diversidade dos potenciais pacientes a serem contemplados pela tecnologia a ser incorporada.

## 4.2 A SAÚDE COMO DIREITO TRANSINDIVIDUAL E SUA JUSTICIABILIDADE COLETIVA

A par dos argumentos acima expostos, faz-se necessário enumerar os instrumentos de tutela coletiva existentes no direito pátrio, bem como estabelecer de que forma eles podem se adequar ao direito fundamental à saúde. Essa investigação deve partir da noção de que a dimensão coletiva não é exclusiva do direito à saúde, estendendo-se a uma grande diversidade de direitos que ultrapassam a esfera individual do ser humano e refletem em favor da coletividade. Isso se deve às profundas alterações verificadas no Estado e na sociedade desde a Revolução Industrial e o advento do Estado Liberal, as quais repercutiram sensivelmente na ordem jurídica, transformando suas bases tradicionais pautadas no individualismo. Nesse sentido, as sucessivas transformações pelas quais passou o Estado criaram as condições propícias para a existência de novos atores sociais, evidenciados em grupos e movimentos sociais. Assim, no contexto desses grupos e da massificação da sociedade, verificou-se o surgimento de diferentes interesses e pretensões, transcendentais aos interesses individuais característicos do Estado Liberal. Diante dessa nova categoria de interesses e direitos, os instrumentos processuais criados para a solução de litígios individuais perderam sua funcionalidade, impulsionando a atualização dos mecanismos jurisdicionais, de forma a compatibilizar o processo aos novos rumos da sociedade de massas. É nesse cenário que a ciência jurídica passou a perquirir sobre os interesses/direitos transindividuais ou metaindividuais (APPIO, 2005, p. 37).

A título de esclarecimento, conquanto a literatura jurídica diferencie os conceitos de interesse e direito, sustentando que o direito corresponde ao interesse juridicamente protegido, tem prevalecido o entendimento de que essa distinção não se faz necessária em termos práticos (SIQUEIRA, 2011, pp. 110-112; BRANDÃO, 1996, pp. 100/101). De fato, razão não há para tal dicotomia, uma vez que os direitos e interesses são igualmente tutelados em importantes diplomas normativos brasileiros, que a eles se referem indistintamente. Assim ocorre, por exemplo, no artigo 129, III, da Constituição Federal (BRASIL, 1988):

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

E também no artigo 81 da Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990c):



Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Portanto, no presente estudo, os interesses e direitos são compreendidos como categorias indistintas.

Esclarecida tal questão, segundo o magistério de Grinover, Watanabe e Mullenix (2008, p. 229), os interesses metaindividuais ou transindividuais constituem uma categoria a par da tradicional dicotomia entre interesses público e privado. De fato, enquanto o interesse público se adstringe à relação entre Estado e indivíduo e o interesse privado à clássica relação entre credor e devedor, os interesses transindividuais dizem respeito aos direitos das massas, de caráter comunitário, que demandam a tutela de necessidades coletivas. Assim, a supracitada dicotomia dá lugar ao sistema tricotômico constituído por interesses públicos, privados e metaindividuais. Desse modo, segundo Mazzilli (2007, p. 48), os direitos metaindividuais situam-se em uma "posição intermediária entre o interesse público e interesse privado", tratando-se de "interesses que excedem o âmbito estritamente individual, mas não chegam propriamente a constituir interesse público". Para Appio (2005, p. 37), ainda, os interesses metaindividuais "são decorrência direta de uma sociedade complexa, na qual vários grupos buscam a proteção de interesses específicos", dinâmica em que a "proteção coletiva destes direitos e interesses se revela como uma imposição ao Estado, constituindo-se num bem autônomo em relação aos primeiros". No mesmo norte, conforme Brandão (1996, p. 83), esses direitos "inserem-se em uma outra ordem, diversa do direito de cunho individualista-liberal, objeto de ação característica da ciência processual civil".

Tradicionalmente, o conceito de direitos metaindividuais abrange os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Contudo, embora estes últimos sejam comumente classificados como direitos transindividuais, isso ocorre apenas por uma opção política do legislador, que os incluiu dentre os interesses passíveis de tutela judicial coletiva. De fato, como leciona Zavascki (2009, p. 33), os direitos coletivos são "subjettivamente transindividuais", ou seja, não possuem titulares determinados. Por isso, o termo direito coletivo é designação genérica que abrange apenas as duas modalidades de direitos metaindividuais, quais sejam, os direitos difusos e coletivos *stricto sensu*. Os direitos

individuais homogêneos, por sua vez, não podem ser assim denominados, pois possuem titulares determinados e sua coletivização "tem um sentido meramente instrumental", de forma a permitir uma tutela jurisdicional mais efetiva.

Estabelecidas essas premissas sobre os direitos transindividuais, cumpre consignar que, segundo a definição conferida pelo artigo 81, I, do Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/90 (BRASIL, 1990c), são difusos os interesses "transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato". Dessa forma, os interesses difusos se caracterizam pela indeterminação de seus sujeitos, consubstanciando-se em direitos subjetivos pertencentes a toda a coletividade (SIQUEIRA, 2011, p. 115). Igualmente, a agregação dos titulares indeterminados dos direitos difusos advém de uma situação de fato, inexistindo qualquer vínculo jurídico a associá-los. Além disso, outra característica dos direitos difusos é a indivisibilidade de seu objeto, até porque, em se tratando de direitos cuja titularidade é indeterminada ou indeterminável, não há falar em divisão.

Por outro lado, também na literalidade do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990c), em seu artigo 81, II, os direitos coletivos são os "transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base". Vale esclarecer que os direitos coletivos podem ser entendidos no sentido lato e em sentido estrito. Lato sensu, eles se referem aos próprios direitos transindividuais e metaindividuais, como constou do texto constitucional. Por outro lado, stricto sensu, os direitos coletivos referem-se a pessoas determinadas ou determináveis, relacionadas entre si em função de um bem jurídico, como estatui o Código de Defesa do Consumidor (SIQUEIRA, 2011, pp. 116/117). Por conseguinte, os interesses coletivos distinguem-se dos difusos devido à determinabilidade<sup>76</sup> de seus titulares, uma vez que estes são conectados por uma relação jurídica base. As duas categorias de interesses transindividuais assemelham-se, entretanto, por conta da indivisibilidade de seu objeto (SIQUEIRA, 2011, p. 117).

Ainda, conforme o artigo 81, III, do CDC, constituem interesses ou direitos individuais homogêneos "os decorrentes de origem comum". Como referido acima, a transindividualidade desses direitos é acidental ou legal, pois foram equiparados aos direitos difusos e coletivos apenas a fim de viabilizar sua tutela coletiva. Trata-se de direitos divisíveis

---

<sup>76</sup> Nesse sentido, Zavascki (2009, p. 36) aduz que a transindividualidade dos interesses difusos é absoluta, mercê da indeterminabilidade de seus titulares, enquanto que os direitos coletivos são relativamente transindividuais, na medida em que seus sujeitos são determináveis.

e de titularidade claramente individualizada, de modo que a ligação entre os sujeitos decorre de uma origem comum (ZAVASCKI, 2009, p. 37). Portanto, pode-se dizer que, em relação aos interesses individuais homogêneos, cuida-se da tutela coletiva de direitos individuais, não propriamente da tutela de direitos coletivos (SIQUEIRA, 2011, p. 119; ZAVASCKI, 2009).

Delineados os contornos dos direitos transindividuais, cumpre consignar que a saúde também pode ser compreendida como direito coletivo *lato sensu*, razão pela qual é possível sua justiciabilidade coletiva. Deveras, segundo Siqueira (2011, p. 115), trata-se de direito transindividual, pois apresenta "uma abrangência extremamente gravosa a um número realmente indeterminado de pessoas". Para o autor, dessa forma, "a omissão estatal, quando da efetividade do direito à saúde, poderá atingir um número imensurável de pessoas", razão pela qual não se trata de interesse meramente privado nem tampouco exclusivamente público, referindo-se a toda a coletividade. Por isso, reafirma-se a dupla dimensão saúde, que deve ser entendida tanto na perspectiva individual quanto na coletiva (DALLARI e NUNES, 2010, p. 10). Globkner (2015, p. 135) também reconhece a transindividualidade do direito à saúde<sup>77</sup>:

Ocorre, entretanto, que a concepção do direito subjetivo, categoria historicamente desenvolvida no âmbito do individualismo liberal, acompanhada de uma práxis voltada prioritariamente para a concepção individualista no processo judicial, pode não se revelar suficiente para a tutela da saúde como direito de segunda e terceira dimensão. O fato é que, muito embora o direito à saúde possa ser adequadamente tutelado individualmente, também é possível, com frequência, reconhecer-se, na sua tutela, o caráter de interesse difuso, coletivo estrito senso ou individual homogêneo.

Além de transindividual, o direito à saúde pode ser enquadrado nas três categorias de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos<sup>78</sup>. Realmente, partindo da concepção de que o direito à saúde é complexo e deve ser entendido a partir de uma visão

---

<sup>77</sup> O autor também sustenta que o direito à saúde pode ser classificado como de primeira, segunda e terceira dimensão de direitos fundamentais, referindo que (GLOBKNER, 2015, p. 134): "A tutela da saúde pelo Direito perpassa também todas as dimensões dos Direitos Fundamentais. Como direito de primeira dimensão, o direito à saúde impõe o dever de respeito à vida e à integridade biopsíquica de toda pessoa humana, protegendo-a de toda indevida agressão. Como direito de segunda dimensão, impõe o dever de promoção das condições mínimas que permitam a cada indivíduo o desenvolvimento pleno de suas capacidades para realização de seus projetos de vida. Por fim, como direito de terceira dimensão, projeta-se para além da perspectiva da liberdade e igualdade individual, alcançando, como direito difuso e coletivo, proteger a vida humana digna em sociedade, conectando o tema da saúde à pauta ambiental, ecológica, da preservação da paz e da identidade cultural, entre outras, no campo dos direitos humanos de terceira dimensão, também chamados direitos de solidariedade ou de fraternidade".

<sup>78</sup> Fernandes (2018, p. 179) reconhece a saúde como interesse difuso, coletivo e individual homogêneo nos seguintes termos: "Na saúde, uma ação que gera modificação em um protocolo de acesso determinado conjunto de ações ou serviços protege interesses difusos, quando indeterminados ou indetermináveis os que irão beneficiar-se da medida. Se o grupo é identificado ou identificável, principalmente quando a ação é proposta por uma associação em prol de seus associados, o interesse é coletivo. Sempre, porém, que for incluído pedido de cunho comutativo, especialmente a indenização individual, trata-se de pretensão individual, tutelada coletivamente em face da pluralidade de titulares em situação semelhante".

holística, é fácil perceber seu caráter difuso, porquanto ele sofre importante influência da massificação da sociedade, relacionando-se intrinsecamente ao meio ambiente e ao modo de vida – os níveis de saúde sofrem forte influência das indústrias farmacêutica e alimentícia, por exemplo. Por isso, “o fato de que a maior parte das doenças e agravos à saúde, de uma forma ou de outra, são dissemináveis na sociedade e dependentes de fatores sociais, dão às ações e serviços de saúde o caráter de interesse difuso”, o que também ocorre “em face da natureza indivisível e da saúde pública e da titularidade indeterminada do direito à sua proteção e preservação”. (GLOBKNER, 2015, p. 135). De outro norte, podem ocorrer situações em que um grupo de pacientes seja conectado por uma relação jurídica-base, em casos de “doenças e agravos à saúde que acometem grupos sociais ou classes de pessoas determinadas ou determináveis”. Nessas situações, destarte, o direito à saúde pode assumir a forma de interesse coletivo *stricto sensu* (GLOBKNER, 2015, p. 136). Igualmente, “o interesse tutelado pelo direito à saúde também pode ser – e amiúde o é – caracterizado como um direito individual homogêneo, pois seu objeto é divisível e passível de tutela individual, muito embora revele, quase em regra, uma origem comum” (GLOBKNER, 2015, p. 136). Aliás, o entendimento da saúde como direito individual homogêneo é importante fator para sua justiciabilidade coletiva, pois, a par de seu caráter de direito subjetivo individual, a origem comum permite que as várias pretensões individuais sejam cumuladas na mesma relação processual. Daí exsurge a possibilidade de se manejar uma ação civil pública para pleitear o fornecimento de um fármaco a determinado grupo de pessoas que se enquadrem nos critérios técnicos a serem estabelecidos na decisão judicial. Note-se, nesse caso, o direito de cada paciente poderia ser individualizado e, inclusive, objeto de ação individual própria; todavia, a origem comum das pretensões permite o pleito coletivo, que certamente possui maior força e impacto, além de produzir potenciais efeitos gerais devido à amplitude da coisa julgada a ser produzida.

Consequentemente, tendo em vista que a saúde constitui direito transindividual, difuso, coletivo e individual homogêneo, adota-se o entendimento de que é plenamente viável sua justiciabilidade coletiva.

#### 4.2.1. Processo coletivo: da *class action* à tutela dos direitos transindividuais no Brasil

Zavascki (2009, p. 23) situa a origem das ações coletivas na tradição da *common law* da Inglaterra, onde, no Século XVII, os tribunais de equidade (*courts of chancery*) admitiam o *bill of peace*, espécie de processo em que um representante demandava em nome de determinado grupo. Essa forma rudimentar originada da Inglaterra mais tarde viria a se transformar na *class action*, especialmente difundida nos EUA a partir de 1938, com o advento da Regra n° 23 (*Rule n° 23*) da Norma do Processo Civil Federal (*Federal Rules of Civil Procedure*) (ZAVASCKI, 2009, p. 24; GIDI, 2007, p. 57). Em síntese, a Regra n° 23 permitia que um ou mais membros de um grupo promovessem ação em defesa dos interesses de todos os seus pares, desde que a classe representada fosse numerosa demais para a reunião de todos os seus integrantes, a questão de direito dissesse respeito a todo o grupo, as alegações e defesas do representante fossem similares às dos demais membros e o representante defendesse os interesses da classe suficiente e adequadamente<sup>79</sup>.

Sem a pretensão de um maior aprofundamento sobre o tema, vale ressaltar que as *class actions* norte-americanas possuem três objetivos principais, quais sejam, promover a economia processual, franquear o acesso à justiça e garantir a aplicação do direito material (GIDI, 2007, p. 25). A eficiência e a economia processual decorrem de uma multiplicidade de ações individuais repetitivas poderem ser substituídas por uma única ação coletiva. Dessa concisão, segundo Gidi (2007, p. 26), a *class action* representa economia de tempo e de dinheiro não somente para o grupo autor da ação, mas também para o Poder Judiciário e para o próprio réu. Por outro lado, no pertinente ao acesso à Justiça, a ação coletiva permite a tutela de matérias que dificilmente seriam objeto de ação individual. Um exemplo disso se dá nas lesões de reduzido valor financeiro, cuja judicialização individual é economicamente inviável, porém se torna plausível como objeto de ação coletiva. Por fim, também para Gidi (2007, p. 33) a *class action* possibilita a efetivação do direito material, tanto por meio da correção do ato ilícito coletivo (*corrective justice*), quanto pelo caráter didático das decisões proferidas em processos coletivos, cuja amplitude e abrangência podem incentivar a observância voluntária dos direitos massificados (*deterrence*). Para Siqueira (2011, pp. 120/121), tais objetivos também se fazem presentes nas ações coletivas no Brasil.

---

<sup>79</sup> Na redação conferida pela reforma de 1966, conforme Gidi (2007, p. 503): Rule 23. Class Actions (a) Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if: (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable; (2) there are questions of law or fact common to the class; (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.

Por outro lado, uma diferença marcante entre a *class action* e o processo coletivo brasileiro é que, neste, a legitimidade ativa se restringe a alguns órgãos públicos ou privados que tenham como finalidade precípua a defesa dos interesses transindividuais, ao passo que, naquela, qualquer membro de um determinado grupo pode figurar como representante dos demais. Consequentemente, no sistema norte-americano, ocorre certa dificuldade na adequação da representatividade, motivo pelo qual a verificação da extensão da coisa julgada tem de ser aferida caso a caso. No Brasil, diferentemente, o problema da representatividade não se faz presente, uma vez que a lei define expressamente os legitimados para o manejo da ação coletiva. Da mesma forma, os efeitos da coisa julgada também são expressamente estabelecidos e delimitados na legislação de regência, como se verá no item seguinte.

De toda forma, paralelamente à tradição da *common law*, o Brasil foi pioneiro ao institucionalizar a tutela coletiva dentre os países que adotam o sistema da *civil law*. Essa "revolução" no processo civil ocorreu a partir dos anos 1970, motivada, principalmente, pela necessidade de operacionalização da tutela jurisdicional do meio ambiente e do consumidor, demandas massificadas que exigiram diferentes respostas por parte da ordem jurídica (ZAVASCKI, 2009, pp. 27 e 30). Naquele contexto, a Lei nº 6.513/1977 (BRASIL, 1977) alterou a redação original da Lei da Ação Popular – Lei nº 4.717/65 (BRASIL, 1965), a fim de classificar como patrimônio público "os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico". Essa alteração legislativa, portanto, desde então possibilitou a tutela dos bens e direitos de natureza difusa por meio da ação popular. No entanto, foi a Lei da Ação Civil Pública – Lei nº 7.347/85 (BRASIL, 1985) que representou o marco mais importante do processo coletivo no país, uma vez que instituiu um verdadeiro "subsistema de processo", destinado à tutela "dos direitos transindividuais, caracterizados por se situarem em domínio jurídico não de uma pessoa ou de pessoas determinadas, mas sim de uma coletividade" (ZAVASCKI, 2009, p. 30). Posteriormente, a Constituição Federal de 1988 veio a consolidar a tutela dos direitos de natureza transindividual, ampliando o âmbito da ação popular (artigo 5º, LXXIII) e outorgando legitimidade ao Ministério Público para propor ação pública relacionada a qualquer espécie de direitos e interesses difusos e coletivos (artigo 129, III). A Carta Constitucional também inovou com a técnica de substituição processual, reconhecendo a legitimidade de entidades associativas e sindicais para defender o interesse de seus associados (artigos 5º, XXI e 8º, III), bem como a legitimação para o mandado de segurança coletivo de partidos políticos, organizações sindicais, entidades de classe e associações (artigo 5, LXX, 'b'). Além desses importantes marcos normativos, o Código de

Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/90 (BRASIL, 1990c) instituiu a possibilidade da ação coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos (ZAVASCKI, 2009, p. 31).

Portanto, a estrutura normativa brasileira prevê expressamente o cabimento da ação coletiva para a tutela dos direitos transindividuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos. Trata-se, nos dizeres de Zavascki (2009, p. 31), de "um subsistema específico, rico e sofisticado, aparelhado para atender aos conflitos coletivos características da sociedade moderna". Nesse subsistema, os interesses metaindividuais podem ser objeto de ação civil pública, de ação popular e de mandado de segurança coletivo. Na presente dissertação, contudo, tratar-se-á mais detidamente sobre a ação civil pública, pois ela se relaciona diretamente ao objeto da pesquisa, que abrange o estudo de caso sobre a ACP das insulinas, que tramitou na Subseção Judiciária de Criciúma.

Nada obstante, no tangente à ação popular, o artigo 1º da Lei nº 4.717/65 (BRASIL, 1965) estatui que:

Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

Dessa forma, todos os cidadãos brasileiros no gozo dos direitos políticos detêm legitimidade para mover ação popular na defesa do patrimônio público, entendido como “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico” (artigo 1º, § 1º, BRASIL, 1965). Além disso, como referido acima, a Constituição Federal de 1988 ampliou o objeto dessa ação, que passou a abranger a defesa da moralidade administrativa e do meio ambiente (artigo 5º, LXIII, BRASIL, 1988).

O mandado de segurança coletivo, por sua vez, encontra previsão no artigo 5º, LXIX e LXX, da Constituição Federal, como segue:

Art. 5º [...]

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados; (BRASIL, 1988)

Destarte, a Constituição permitiu que o *writ* passasse a integrar os instrumentos de tutela jurisdicional coletiva, consubstanciando-se, assim, em mecanismo para a defesa dos interesses transindividuais. Dessa forma, embora o mandado de segurança coletivo possua essência semelhante ao mandado de segurança individual, a diferença entre eles consiste em que, naquele, o direito líquido e certo a ser defendido é de natureza metaindividual.

De toda sorte, a par da relevância de todos os instrumentos processuais da tutela coletiva, passa-se ao estudo da ação civil pública com maior detalhamento, tanto por se tratar de instituto de ampla utilização na tutela dos direitos metaindividuais, quanto por observância ao estudo de caso proposto nesta dissertação (ACP das insulinas).

#### 4.3. A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE

Estabelecidos os antecedentes históricos e os contornos gerais do processo coletivo no Brasil, cumpre discorrer sobre os principais aspectos da ação civil pública. Como visto, o primeiro diploma legislativo brasileiro a instituir a tutela jurisdicional dos direitos transindividuais foi a Lei da Ação Popular (BRASIL, 1965), após sua reforma pela Lei nº 6.513/1977 (BRASIL, 1977). Entretanto, naquele momento, a tutela coletiva ainda era recepcionada de forma tímida e mitigada em nosso sistema jurídico (SIQUEIRA, 2011, p. 176), panorama que somente veio a se alterar com o advento da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, conhecida como a Lei da Ação Civil Pública - LACP (BRASIL, 1985).

A LACP adotou o modelo da *class action* norte-americana, porém com alguns temperamentos, uma vez que o sistema estadunidense foi adaptado à realidade brasileira, notadamente, como referido, em relação à legitimidade ativa e ao alcance da coisa julgada (SIQUEIRA, 2011, p. 177). O processo de criação e aprovação dessa inovadora legislação resultou das profundas transformações vivenciadas no Século XX, que produziram a massificação da sociedade e a criação de interesses transcendentais à esfera individual. No contexto brasileiro, Appio (2005, p. 16) classifica a Lei da Ação Civil Pública como o resultado de esforços engendrados nos meios acadêmico e judicial, relacionando-a também à reconstrução do conceito de cidadania após o período dos governos militares.



Conquanto a gênese da ação civil pública corresponda ao advento da Lei nº 7.347/85, a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi decisiva para sua configuração, uma vez que o texto constitucional ampliou o rol de legitimados para defesa dos interesses transindividuais e o objeto das ações coletivas. Igualmente, a posterior edição do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990c) veio a completar a estrutura processual da ação civil pública, pois a LACP e o CDC dialogam e coexistem harmoniosamente (SIQUEIRA, 2011, p. 181).

Desde então, a ação civil pública – ACP vem sendo utilizada como relevante instrumento para a garantia de uma variada gama de direitos transindividuais, tais quais ambientais, do consumidor, bancários, previdenciários e tributários. Além desses direitos, uma importante função das ACPs é servir como instrumento para tutela do direito à saúde, fundamento básico do Estado Social e Democrático de Direito. Nesse aspecto, aliás, Brandão (1996, pp. 40/41) entende que ação civil pública transcende o conceito de mero instrumento processual ou jurídico, consubstanciando-se em instrumento político. Isso ocorre, no entender do autor, por que esse tipo de ação coletiva serve como conexão entre a sociedade civil e o Estado, especialmente na concepção de que este não constitui apenas um "centro de poder", porém materializa "a promessa de realização de direitos sociais [...]".

No que tange ao objeto, a LACP estabelece em seu artigo 1º:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

- I - ao meio-ambiente;
- II - ao consumidor;
- III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
- IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;
- V - por infração da ordem econômica;
- VI - à ordem urbanística;
- VII - à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos;
- VIII - ao patrimônio público e social.

Portanto, no que pertine ao seu objeto mediato, ou seja, o bem da vida a ser defendido (BRANDÃO, 1996, p. 127), a ação civil pública destina-se à promoção da tutela de quaisquer direitos e interesses transindividuais. Dentre estes, os direitos relacionados ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, à ordem econômica, à economia popular, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e ao patrimônio público e social. Além desses temas, o inciso IV prevê expressamente a ACP para tutela de qualquer direito difuso ou coletivo, o que confere grande amplitude a esse tipo de ação. Vale ressaltar que, embora do

ponto de vista técnico, nos moldes da Lei n° 7.347/85 (BRASIL, 1985), a ação civil pública não constitui instrumento para a tutela dos direitos individuais homogêneos, a Lei n° 8.078/90 (BRASIL, 1990c) assim o autoriza expressamente no artigo 91, porém com a denominação de ação civil coletiva<sup>80</sup>. De toda sorte, a par dessa ressalva, na prática, as ACPs têm sido utilizadas, indistintamente, para a tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (ZAVASCKI, 2009, p. 55).

Por outro lado, em relação a seu objeto imediato, pertinente à natureza da prestação jurisdicional pleiteada (BRANDÃO, 1996, p. 127), conquanto a LACP preveja apenas o acolhimento de pretensões condenatórias<sup>81</sup>, é possível seu manejo para qualquer tipo de pleito, inclusive de natureza constitutiva ou declaratória, por conta do disposto no artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor<sup>82</sup>. A LACP prevê, ainda, diversas ferramentas processuais para a efetivação da tutela perseguida, como medidas cautelares (artigo 4°), liminares (artigo 12) e a concessão da tutela específica (artigo 11).

No tangente à legitimidade ativa, a Lei n° 7.347/85 (BRASIL, 1985) estatui que:

Art. 5° Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:  
 I - o Ministério Público;  
 II - a Defensoria Pública;  
 III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;  
 IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;  
 V - a associação que, concomitantemente:  
 a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;  
 b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Em relação ao Ministério Público, a legitimação para tutela de direitos difusos e coletivos é função institucional estabelecida pela própria Constituição Federal em seu artigo 129, III<sup>83</sup> (BRASIL, 1988). Ademais, a participação do Ministério Público na ação civil pública é obrigatória mesmo nos casos em que não ele atua como autor, hipóteses em que deve intervir na qualidade de fiscal da ordem jurídica, como determina o artigo 5°, § 1°, da

<sup>80</sup> Dispõe a Lei n° 8.078/90: Art. 91. Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes.

<sup>81</sup> Art. 3° A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

<sup>82</sup> Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

<sup>83</sup> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

Lei nº 8.347/85<sup>84</sup> (BRASIL, 1985). Ainda, no que concerne aos direitos individuais homogêneos, a legitimidade do MP advém do artigo 127 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), segundo o qual o “Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (ZAVASCI, 2009, p. 219). Da mesma forma, a Lei Complementar nº 75/93, artigo 6º, VII, ‘d’, prevê a competência do Ministério Público da União para promover ação civil pública visando à defesa dos direitos individuais homogêneos<sup>85</sup>.

Quanto aos demais legitimados, como a Defensoria Pública, União, Estados e Municípios, a legitimação pressupõe a existência de interesse processual, no sentido de que o objeto da ação civil pública deve possuir alguma espécie de pertinência temática com os interesses e as funções institucionais daqueles (ZAVASCKI, 2009, p. 63). A correlação entre interesse processual e legitimidade também se dá em relação às autarquias, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às associações. Para estas, aliás, a configuração da legitimidade depende de requisitos mais severos, tais quais a constituição há mais de um ano e a inclusão dentre suas finalidades do próprio objeto da ação.

Cumprir consignar, ainda, que os legitimados para ação civil pública atuam em regime de substituição processual, defendendo, em nome próprio, direitos difusos ou coletivos de que não são titulares (ZAVASCKI, p. 64). Além disso, é possível a formação de litisconsórcio ativo, porém sempre de forma facultativa.

A competência para julgamento da ação civil pública é, nos termos do artigo 2º da LACP, a do "foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa". Segundo Siqueira (2011, p. 197), esse regramento contribui para a efetividade da ACP, pois permite a proximidade entre o julgador e o dano causado ou iminente. Cumprir consignar que a referida competência é de natureza funcional, portanto absoluta e improrrogável. Ainda, nas hipóteses em que o dano se estender a mais de um território de jurisdição, isso redundará em competência concorrente entre as comarcas ou subseções envolvidas.

---

<sup>84</sup> Art. 5º [...] § 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

<sup>85</sup> Art. 6º Compete ao Ministério Público da União [...] VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para: a) a proteção dos direitos constitucionais; b) a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; c) a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor;

d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos;

Em relação ao procedimento, quando o Ministério Público figura como autor, a ação civil pública é normalmente precedida por um inquérito civil, previsto no artigo 8º, § 1º, da Lei nº 7.347/85<sup>86</sup> (BRASIL, 1985). Cuida-se, em síntese, do procedimento administrativo que tem por finalidade permitir que o Ministério Público obtenha elementos e subsídios para o ajuizamento da ação. O inquérito civil é instaurado por ato do representante do MP (promotor de justiça, procurador da república, procurador do trabalho) e, após a fase de instrução, pode ser concluído de três maneiras: (a) arquivamento, (b) ajuizamento da ação civil pública e (c) assinatura de termo de ajustamento de condutas (TAC).

No mais, a par de algumas peculiaridades, à ação civil pública aplicam-se, subsidiariamente, os regramentos do Código de Processo Civil. Por isso, ela segue o procedimento comum, devendo a petição inicial atender os requisitos do artigo 319 do CPC (BRASIL, 2015), inclusive no pertinente ao valor da causa. Como já se referiu, há possibilidade de deferimento de medidas liminares e cautelares, com a ressalva de que, em caso de interposição de agravo de instrumento contra decisão que concedeu a tutela provisória, o próprio juiz prolator da decisão poderá conceder suspensivo ao recurso (artigo 14 da LACP<sup>87</sup> – BRASIL, 1985). Da mesma forma, conquanto o ato citatório siga os regramentos usuais do procedimento comum, quando a lide envolve direitos individuais homogêneos faz-se necessária a publicação no órgão oficial de edital de intimação dos eventuais interessados, para que possam intervir nos autos como assistentes litisconsorciais (artigo 94 do CDC<sup>88</sup> – BRASIL, 1990c). Por fim, a sentença poderá ser condenatória, constitutiva ou declaratória, conforme o objeto imediato fixado na petição inicial.

De outro norte, a coisa julgada na ação civil pública possui uma amplitude maior do que a produzida nas ações individuais em geral, tratando-se, quiçá, de uma de suas características mais marcantes e relevantes. Nesse sentido, deve-se destacar que a análise desse instituto nas ações civis públicas deve ser realizada sobre "um prisma sistemático", para que todos os dispositivos legais relacionados ao tema sejam interpretados de maneira conjunta (SIQUEIRA, 2011, p. 213). De fato, como mencionado, o subsistema da ACP é regulamentado pelas Leis nº 7.347/85, nº 8.078/90 e pela Constituição Federal, cujos

---

<sup>86</sup> Art. 8º [...] § 1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.

<sup>87</sup> Art. 14. O juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte.

<sup>88</sup> Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.

regramentos coexistem e dialogam. Nesse giro, as regras para delimitação da coisa julgada são fixadas pelo art. 103 da Lei n° 8.078/90 (BRASIL, 1990c), que assim estatui:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:  
I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;  
II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;  
III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

Percebe-se, da leitura do dispositivo legal, que ação civil pública possui regras diferenciadas quanto à coisa julgada em relação aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Dessa forma, no tangente aos direitos difusos, o trânsito em julgado da sentença produzirá efeitos erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, caso em que será possível o manejo posterior da mesma ação com base em novos elementos probatórios. No concernente aos direitos coletivos *stricto sensu*, a coisa julgada irradia efeitos ultra partes, restritos ao grupo, categoria ou classe de pessoas. Tal qual ocorre em relação aos interesses difusos, também será possível a repetição da ação nas hipóteses de julgamento de improcedência por falta de provas. Nesses dois casos, conseqüentemente, a sentença de improcedência não produzirá coisa julgada material, inclusive por observância ao artigo 103, § 1º, do CDC (BRASIL, 1990c), segundo o qual “Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe”.

No que se refere aos direitos individuais homogêneos, a coisa julgada será erga omnes apenas em casos de procedência do pedido, a fim de beneficiar as vítimas e seus sucessores. Nessas ações, contudo, faculta-se aos titulares dos direitos individuais o ingresso na ação coletiva na forma do artigo 94 do CDC (*right to opt in*<sup>89</sup>), porém os que assim procederem sofrerão os efeitos da coisa julgada mesmo em caso de improcedência (*pro et contra*).

Portanto, aqui reside uma curial diferença entre a *class action* estadunidense e a ação coletiva brasileira: naquela, em havendo adequação da representação, a coisa julgada

---

<sup>89</sup> Nesse ponto, a ACP também se diferencia da *class action* norte-americana, pois nesta, opostamente, o que ocorre é a notificação dos titulares do direito para que possam requerer sua exclusão da ação coletiva (*right to opt out*).

atinge todos os membros do grupo, tanto nas sentenças de procedência quanto de improcedência (*wether favorable or not*); nesta, em contrapartida, a coisa julgada se dá *secundum eventum litis*, conforme o fundamento ou o resultado da sentença. Vale ressaltar, contudo, que em todos os casos de ação civil pública sobre direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, a coisa julgada erga omnes e ultra partes não beneficiará os autores de ações individuais que não requererem a suspensão destas no prazo de 30 dias da ciência sobre a existência da ação coletiva, conforme artigo 104 do CDC<sup>90</sup> (BRASIL, 1990c). Observa-se, ainda, que, nesses casos, não há litispendência entre a ação coletiva e a individual.

Esses, portanto, são os principais contornos da ação civil pública, subsistema processual que pode – e deve – ser utilizado como meio para a tutela do direito social à saúde. Nesse sentido, partindo da premissa de que a saúde também constitui interesse transindividual – coletivo, difuso e individual homogêneo –, é forçoso reconhecer sua justiciabilidade por meio da ação civil pública, inclusive porque, como visto, essa opção processual repercute em ganhos no ponto de vista da racionalidade, da economia processual, da isonomia, da equidade e do próprio fortalecimento do direito material.

Globkner (2015, pp. 142) assim o argumenta, pois compreende a “saúde como bem jurídico protegido, em sua múltipla dimensão (individual, social e de cidadania)”, do que decorre a adequação da ação civil pública para sua tutela jurisdicional. No entender do autor, isso ocorre porque a ACP potencialmente repercute “na esfera jurídica de todos os cidadãos que possuam interesses na demanda”, na medida em que a sentença de procedência produz “eficácia ultra partes e erga omnes”. Globkner (2015, pp. 143) adiciona que, além da adequação à vocação institucional do MP, a tutela coletiva proporciona a “racionalização da atuação institucional”, mormente diante da “realidade incontornável da amplitude da demanda por esta atuação, contraposta à limitação de recursos materiais e humanos requeridos para a mesma, a que também a Instituição está sujeita”. Em suma, as mesmas dificuldades enfrentadas pelo Poder Judiciário para o enfrentamento da judicialização individual da saúde também são sentidas pelo Ministério Público, razão pela qual a ação civil pública coletiva pode constituir uma ferramenta para otimização de sua atuação na defesa do direito em questão.

---

<sup>90</sup> “Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva”.

Ressalta-se, por fim, que o Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido o cabimento da ação civil pública para a tutela do direito transindividual à saúde, bem como sua eficácia erga omnes. A Corte Superior assim o decidiu, por exemplo, no Recurso Especial nº 1.518.879/SC (BRASIL, 2015e) que versou sobre o fornecimento dos medicamentos hipometilantes a pacientes portadores da Síndrome Mielodisplásica<sup>91</sup>. O Supremo Tribunal Federal também vem convergindo em tal sentido, como ocorreu no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 727864/PR, no qual a Corte Constitucional reconheceu o dever de custeio, pelo Estado, de serviços hospitalares prestados por instituições privadas em casos de urgência e de inexistência de leitos na rede pública<sup>92</sup> (BRASIL, 2014b).

<sup>91</sup> ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. EFICÁCIA DA DECISÃO. LIMITES. JURISDIÇÃO DO ÓRGÃO PROLATOR. EFICÁCIA ERGA OMNES.

1. É missão do Ministério Público Federal a promoção, pela via coletiva, da tutela dos interesses e direitos individuais coletivamente considerados, com repercussão social. Na hipótese dos autos, verifica-se que o Parquet não pretende defender apenas os interesses da cidadã que faleceu no curso do processo, mas sim de todos os cidadãos que se encontram em situação semelhante.

2. No que se refere à abrangência da sentença prolatada em ação civil pública relativa a direitos individuais homogêneos, a Corte Especial decidiu, em recurso repetitivo, que "os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC)" (REsp 1243887/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado sob a sistemática prevista no art. 543-C do CPC, DJ 12/12/2011).

3. Os efeitos do acórdão dos autos são erga omnes, abrangendo todas as pessoas enquadráveis na situação da substituída, sob pena de ocorrerem graves limitações à extensão e às potencialidades da ação civil pública, o que não se pode admitir.

4. "As ações que versam interesses individuais homogêneos participam da ideologia das ações difusas, como sói ser a ação civil pública. A despersonalização desses interesses está na medida em que o Ministério Público não veicula pretensão pertencente a quem quer que seja individualmente, mas pretensão de natureza genérica, que, por via de prejudicialidade, resta por influir nas esferas individuais" (REsp 1.005.587/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJe 14/12/2010, grifei).

5. Nos termos dos arts. 5º, inciso III, e 7º, inciso IV, da Lei n. 8.080/90, é obrigação do Estado o estabelecimento de condições que assegurem o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde, razão pela qual é cabível a condenação dos entes federados ao fornecimento dos medicamentos hipometilantes aos demais pacientes portadores da Síndrome Mielodisplásica, mediante prescrição médica de profissional habilitado na rede pública de saúde. Recurso especial conhecido e provido.

<sup>92</sup> RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – CUSTEIO, PELO ESTADO, DE SERVIÇOS HOSPITALARES PRESTADOS POR INSTITUIÇÕES PRIVADAS EM BENEFÍCIO DE PACIENTES DO SUS ATENDIDOS PELO SAMU NOS CASOS DE URGÊNCIA E DE INEXISTÊNCIA DE LEITOS NA REDE PÚBLICA – DEVER ESTATAL DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE E DE PROTEÇÃO À VIDA RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AOS ESTADOS – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO ESTADO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – [...] 2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA: INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO À PROTEÇÃO JURISDICCIONAL DE DIREITOS REVESTIDOS DE METAINDIVIDUALIDADE – LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CF, ART. 129, III) – A FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO “DEFENSOR DO POVO” (CF, ART. 129, II) – DOUTRINA – PRECEDENTES. 3. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS PESSOAS POLÍTICAS QUE INTEGRAM O ESTADO FEDERAL BRASILEIRO, NO CONTEXTO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) – COMPETÊNCIA COMUM DOS ENTES FEDERADOS (UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS) EM TEMA DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA À SAÚDE PÚBLICA E/OU INDIVIDUAL (CF, ART. 23, II). DETERMINAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE, AO INSTITUIR O DEVER ESTATAL DE DESENVOLVER AÇÕES E DE

Estabelecidos os contornos da ação civil pública e sua adequação à tutela do direito à saúde, inicia-se o estudo de caso proposto na presente dissertação.

#### 4.4 AÇÃO CIVIL PÚBLICA N° 5001439-79.2010.4.04.7204 – A ACP DAS INSULINAS

Percorrido todo o caminho cognitivo desde o Estado Social e Democrático de Direito até a tutela coletiva e sua adequação como instrumento de concretização do direito à saúde<sup>93</sup>, passa-se ao estudo de caso relacionado à ação civil pública n° 5001439-79.2010.4.04.7204 (TRF4, 2010). Embora se trate processo ajuizado em 2010 e julgado nos anos de 2011 e 2012, sua análise ainda se mostra relevante. Isso ocorre porque, como se verá mais adiante, a decisão final lá proferida gerou importantes consequências na judicialização da saúde na Justiça Federal em Criciúma, as quais são sentidas até a atualidade.

Pois bem, a ação civil pública foi proposta pelo Ministério Público Federal em face da União e do Estado de Santa Catarina no dia 09/07/2010 e distribuída para a Segunda Vara Federal da Subseção Judiciária de Criciúma, unidade jurisdicional que detinha a competência para o processamento e julgamento das causas cíveis. Tratou-se de um processo coletivo, pois o objeto delimitado na petição inicial consistia em “viabilizar o acesso dos portadores de diabetes mellitus tipo 1, mediante a implementação de Protocolo Clínico, aos análogos de insulina de longa e de curta duração”. Aquela ação, aqui denominada como a ACP das Insulinas, foi precedida pelo Inquérito Civil n° 133.003000241/2008-98 da Procuradoria da República no Município de Criciúma, instaurado em 01/10/2008. Nesse procedimento, investigou-se a judicialização da saúde na Subseção Judiciária de Criciúma e buscaram-se medidas para melhorar o atendimento administrativo e diminuir o número de processos envolvendo a concessão de medicamentos na região. No curso do inquérito civil, a partir da ciência de que o maior número de ações se relacionava ao fornecimento de insulinas, o MPF promoveu, em parceria com a Câmara de Vereadores de Criciúma, audiência pública em 13/05/2010 para tratar especificamente sobre a incorporação do Protocolo Clínico

---

PRESTAR SERVIÇOS DE SAÚDE, TORNA AS PESSOAS POLÍTICAS RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIAS PELA CONCRETIZAÇÃO DE TAIS OBRIGAÇÕES JURÍDICAS, O QUE LHES CONFERE LEGITIMAÇÃO PASSIVA “AD CAUSAM” NAS DEMANDAS MOTIVADAS POR RECUSA DE ATENDIMENTO NO ÂMBITO DO SUS – CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DA AÇÃO CONTRA UM, ALGUNS OU TODOS OS ENTES ESTATAIS – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

<sup>93</sup> Caminho que perpassou pelo estudo da gênese dos direitos sociais, da configuração do direito fundamental à saúde, do protagonismo do Poder Judiciário como garante de tais direitos e do fenômeno da judicialização em seu matiz individual.



abrangendo os análogos de insulina de longa (glargina e levemir) e de curta (aspart e lispro) duração (TRF4, 2010).

Posteriormente, com base nos aportes técnicos e fáticos colhidos pela Procuradoria da República, propôs-se a ação civil pública que versou sobre tais medicamentos e da qual se tratará a seguir. Por ora, contudo, cumpre consignar que o inquérito civil, a audiência pública e a ação civil pública em questão subsumem todo aporte teórico apresentado nesta dissertação. De fato, as medidas adotadas pelo MPF no caso tiveram por objetivo efetivar o direito à saúde, garantia fundamental do Estado Social e Democrático de Direito que, no entender do MPF, não estava sendo devidamente atendida pela política pública existente à época. Por tal motivo, requereu-se a intervenção do Poder Judiciário, a fim de que a omissão ou insuficiência do Poder Executivo fosse suprida pela atuação jurisdicional. Igualmente, reforçando as reflexões aqui realizadas anteriormente, percebeu-se, no caso em análise, que a tutela judicial do direito à saúde na via judicial era exacerbada e contraproducente, pois redundava em gasto de recursos públicos sem a devida racionalização e assoberbamento da máquina judiciária. Entendeu-se, por conseguinte, que a opção pela tutela coletiva contribuiria para a racionalidade, isonomia e equidade, uma vez que a decisão judicial pretendida pelo MPF resultaria em benefício a todos pacientes portadores de diabetes mellitus da região que se enquadrassem no Protocolo Clínico. Aliás, a própria delimitação do pedido na incorporação do protocolo compatibiliza-se à fundamentação deste estudo, pois, como já se referiu alhures, trata-se do meio mais adequado para a padronização de novas tecnologias no âmbito do SUS. Isso ocorre porque os Protocolos Clínicos estabelecem de forma clara os critérios de diagnóstico e de tratamento para cada doença, bem como observam a dimensão coletiva do direito à saúde. Da mesma forma, entende-se que o procedimento adotado pelo Ministério Público Federal no caso atendeu ao princípio democrático inerente ao Estado Social e Democrático de Direito, pois o inquérito civil e a audiência pública permitiram a participação efetiva da sociedade, não se tratando de uma ação idealizada em gabinete, num isolamento robinsoniano. Pode-se dizer, por isso, que a ACP das insulinas – a despeito de seu posterior insucesso – procurou atender à sua missão política, ou seja, servir como elemento de conexão entre o Estado e a sociedade civil.

Feitas essas breves considerações, serão avaliados a seguir os principais aspectos da ACP das Insulinas e do inquérito civil e da audiência pública que a precederam. Tal análise será realizada na perspectiva do aporte teórico estabelecido no presente estudo, ou seja, da dimensão coletiva do direito à saúde enquanto valor básico do Estado Social e Democrático de Direito, bem como de sua compatibilização ao processo coletivo.

#### 4.4.1 O Inquérito Civil nº 133.003000241/2008-98

O Inquérito Civil nº 133.003000241/2008-98 foi instaurado em 01/10/2008 pela Portaria nº 36/2008 (TRF4, 2010), do Procurador da República Darlan Airton Dias. Dentre os fundamentos para a instauração do procedimento, vale citar as seguintes constatações: (a) a existência de 500 ações individuais de medicamentos em trâmite na Subseção Judiciária de Criciúma, inclusive com o MPF figurando como autor em algumas delas; (b) alguns dos fármacos pleiteados judicialmente já estavam incluídos na rede básica municipal, porém mesmo assim não eram disponibilizados para a população; (c) notícias de fraudes em alguns pedidos judiciais de medicamentos de alto custo, com apresentação de atestados médicos falsos. Por tais motivos, o MPF entendeu que existia a “necessidade urgente de dar tratamento coletivo à questão, no âmbito da Subseção Judiciária de Criciúma/SC”. Para tanto, consequentemente, resolveu-se instaurar o inquérito civil a fim de “apurar a situação do fornecimento de tratamento médico e medicamentos por via judicial, no âmbito da Subseção Judiciária Federal de Criciúma/SC”, bem como “subsidiar a atuação do Ministério Público Federal no tratamento coletivo da questão e no combate a eventuais fraudes” (TRF4, 2010).

O ato inicial de instrução do inquérito consistiu em um levantamento sobre as ações em saúde que tramitavam na Justiça Federal em Criciúma. O resultado dessa pesquisa, realizada entre 02/10/2008 e 08/10/2008, constou do despacho nº 800/2008 (TRF4, 2010), de 16/10/2008. Segundo o documento, tramitavam na Segunda Vara Federal de Criciúma, à época, 667 ações versando sobre medicamentos, das quais pelo menos 20% se referiam ao diabetes mellitus. Com base nesses números, em reunião com representantes da 21ª Gerência Estadual de Saúde e da Advocacia Geral da União, o membro do MPF recomendou a adoção das seguintes linhas de atuação:

- a) promover a melhoria do atendimento administrativo nos municípios, no que toca ao fornecimento dos medicamentos da Assistência Farmacêutica Básica;
- b) promover a melhoria do atendimento administrativo nas Unidades de Dispensação de Medicamentos Excepcionais;
- c) promover a aplicação integral dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do Ministério da Saúde;
- d) promover a implantação adequada de programas de saúde específicos, tais como o Programa Hiperdia<sup>94</sup>, voltado ao tratamento de hipertensão arterial e/ou diabetes. (TRF4, 2010)

---

<sup>94</sup> Sistema de Cadastramento e Acompanhamento de Hipertensos e Diabéticos desenvolvido no SUS.

O objetivo do MPF, em tais recomendações, era racionalizar a atuação das três esferas federativas a fim de que o atendimento em saúde na via administrativa ocorresse de forma mais eficaz. Desse modo, naquela ótica, essa comunhão de esforços resultaria em diminuição da judicialização, que deveria ficar restrita "àqueles casos em que o medicamento ou tratamento não está previsto no sistema farmacêutico do SUS" (TRF4, 2010).

Naquele momento, embora já se verificasse uma incipiente preocupação específica com o diabetes, não se adotou nenhuma medida tendente ao fornecimento de análogos de insulinas pela rede pública. Contudo, durante o trâmite do inquérito civil, com base em experiências oriundas de outros Estados brasileiros, a Associação Catarinense de Medicina propôs a instituição do Protocolo Clínico para dispensação de análogos de insulinas de longa de curta duração para atendimento do paciente com diabetes mellitus tipo 1 na rede pública de saúde (TRF4, 2010). Conforme relato da proposta, o "diabetes mellitus é uma enfermidade metabólica caracterizada por hiperglicemia em decorrência da deficiência absoluta ou parcial na produção de insulina pelo pâncreas, associada a graus variáveis de resistência à insulina". A patologia pode ser classificada em: tipo 1 (diabetes insulino-dependente), "caracterizado pela deficiência absoluta de produção de insulina por destruição das células beta pancreáticas"; e tipo 2 (diabetes não-insulino-dependente), que "ocorre geralmente em pessoas obesas, mais frequentemente no adulto, podendo acometer crianças e idosos". O diabetes mellitus tipo 1 é considerado uma doença mais grave, inclusive por apresentar alto grau de morbimortalidade. A Secretaria de Estado da Saúde de Santa Catarina fornecia apenas a insulina NPH Humana 100 UI/ml, ao passo que os Municípios disponibilizavam somente a Insulina Regular Humana 100 UI/ml. Todavia, essas opções terapêuticas não cumpriam o objetivo fundamental do tratamento do diabetes, estabelecido no DCCT (Estudos das Complicações e Controles do Diabetes tipo 1), qual seja, manter a glicemia o mais próximo do normal durante as 24 horas do dia. Por tal motivo, propôs-se a padronização dos análogos de insulinas de longa duração (Glargina e Levemir) e de curta duração (aspart e lispro), as quais atuariam de forma mais eficaz na manutenção do nível de glicemia dos pacientes durante todo o dia.

No entanto, a despeito da indicação para a padronização dos análogos de insulina, a Comissão de Farmácia e Terapêutica da Secretaria de Estado da Saúde de Santa Catarina, em reunião realizada no dia 17/09/2009, decidiu pela sua não padronização, com base em relatório médico do Centro Catarinense de Reabilitação – CCR (TRF4, 2010). Tal decisão foi levada ao conhecimento do MPF de Criciúma no ofício nº 148/2010 da Diretoria de Assistência Farmacêutica da Secretária de Estado da Saúde de Santa Catarina, em 23/02/2010

(TRF4, 2010). Naquele documento, foram enumerados os argumentos técnicos do parecer que embasou a negativa à padronização, como seguem:

1. Existe tratamento e controle para tratamento do diabetes tipo 1 e tipo 2 disponibilizados pelo SUS;
2. As insulinas análogas não apresentam vantagem em relação às insulinas convencionais em termos de melhora nas taxas de hemoglobina glicosilada, assim como não há informações científicas que mostrem que melhore o controle metabólico e reduza os sintomas crônicos do diabetes;
3. Um percentual elevado dos pacientes com ações judiciais não são portadores de diabetes tipo 1, assim como estes pacientes não foram atendidos no SUS, demonstrando que o demonstrando que o Protocolo proposto não seria seguido;
4. Não cabe ao estado de maneira isolada, deliberar sobre padronização de medicamentos de uso ambulatorial, considerados de alto custo;
5. É necessário analisarmos o custo/benefício aceitável para o sistema continuar público (TRF4, 2010).

A decisão pela não padronização dos análogos de insulina repercutiu sensivelmente no Inquérito Civil nº 133.003000241/2008-98, incentivando a designação de audiência pública para tratar especificamente sobre o Protocolo Clínico controvertido, conforme edital de convocação publicado em 05/05/2010. Isso se deu, igualmente, diante da verificação de que ocorrera a incorporação de protocolos similares nos Estados do Paraná e de Minas Gerais, bem como no Distrito Federal (TRF4, 2010).

#### **4.4.2 A audiência pública de 13 de maio de 2010**

A audiência pública relativa aos análogos de insulina ocorreu em 13/05/2010, no Auditório da Associação dos Municípios da Região Carbonífera – AMREC, em Criciúma/SC. O evento foi realizado pelo Ministério Público Federal em parceria com a Câmara de Vereadores do Município de Criciúma/SC, e contou, conforme relato da petição inicial da ACP (TRF4, 2010), com as seguintes presenças:

Procuradores da República Darlan Airton Dias (Criciúma) e Flávio Pavlov (Rio do Sul), dos Vereadores Romanna Remor e Ivan Westphal, dos médicos Genoir Simoni (Presidente da Associação Catarinense de Medicina), Alexandre Rol (Presidente da Sociedade Catarinense de Endocrinologia), Daniel Meller (endocrinologista), Carlos André Tonelli (endocrinologista), Rômulo Pizolati (nefrologista), dos Procuradores do Estado Marcos Rafael Bristot de Farias e Aline Cleusa de Souza, de Clélia Fontanela, representante do Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul de Santa Catarina (UNESC), da Diretora de Assistência Farmacêutica da Secretária de Saúde do Estado de Santa Catarina, Maria Tereza Agostini, da Farmacêutica da 21ª Gerência Regional de Saúde, Eloá Ramos Aléssio, de farmacêuticos, de representantes de Gerências Municipais e Regionais de Saúde da região, de acadêmicos da UNESC dos cursos de Farmácia, Direito e Medicina, além de outras

autoridades e cidadãos, representantes/portadores de diabetes mellitus e comunidade em geral. (TRF4, 2010)

Portanto, percebe-se que a audiência pública foi realizada em um ambiente democrático, pois contou com a participação, dentre outros, do Ministério Público Federal, da Procuradoria do Estado, da Gerência Regional de Saúde do Estado, de secretarias de saúde dos Municípios da região, da Associação Catarinense de Medicina, de representantes de pacientes e da comunidade em geral. Desse modo, tratou-se de um *locus* em que os diversos interesses envolvidos na instituição do Protocolo Clínico puderam ser manifestados. Além do espaço democrático de discussão, a audiência pública também restou proveitosa por conta dos importantes dados técnicos nela produzidos, os quais, aliás, subsidiaram o posterior ajuizamento da ACP pelo MPF.

Conquanto não seja possível reproduzir aqui todas as falas proferidas na audiência (TRF4, 2010<sup>95</sup>), as informações ali apresentadas deram conta da dimensão que a judicialização da saúde já assumia na Subseção Judiciária de Criciúma à época. Nesse sentido, extrai-se da manifestação do Procurador da República Darlan Airton Dias:

[...] então o Supremo manteve aberta esta porta para a judicialização, e eu vou falar aqui da realidade de Criciúma, que é a que eu conheço e tenho atuado nisso. Em 2008 começou a haver a declinação de competência deste processo para a justiça federal, porque então em regra estes processos estavam começando na justiça estadual, seja através de um advogado contratado pelo paciente, seja através do Ministério Público Estadual. O entendimento de que a responsabilidade é solidária do município, da união, e dos estados, e com isso os processos vieram para a justiça federal. E aí a avalanche de processos começou a chegar na justiça federal é tão grande que nós fizemos um levantamento, uma equipe de servidores do Ministério Público foi na justiça e analisou processo a processo para ver e entender o caso, qual era o medicamento que estava pedindo, qual era o município, então isto nos deu alguns dados, este levantamento foi feito em outubro de 2008, nós tínhamos então seiscentos e sessenta e sete processos. Em maio de 2010, agora, nós temos mil, seiscentos e tantos processos, ou seja, tivemos um crescimento de cerca de 150% em pouco mais de um ano e meio, e isso não para de crescer. (TRF4, 2010)

O membro do MPF também se referiu especificamente às ações relacionadas ao diabetes mellitus:

[...] vamos hoje tratar de diabetes, hoje daquele número de mil e setecentas ações judiciais, aproximadamente, eu digo com segurança que pelo menos 20% estão relacionadas a diabetes, seja a questão dos análogos de insulina, eventualmente fitas e reagentes, aqueles equipamentos que são necessários para os testes, então se nós

---

<sup>95</sup> Curiosamente, o termo de transcrição da audiência pública indica que o ato teria ocorrido em dia (14/05/2010) e local (Câmara de Vereadores de Criciúma) distintos daqueles constantes do edital de convocação confeccionado pelo MPF. Todavia, tendo em vista o conteúdo do edital e o próprio relatório da ACP, considerou-se que a audiência foi realizada no dia 13/05/2010, na sede da AMREC.

tivermos uma solução para este tema diminuirá muito, inclusive o custo do estado com servidores da justiça, juízes, procuradores do Ministério Público, procuradores que defendem o estado, a união, que defendem o município, este custo da máquina judiciária que está sendo movida para tratar, sem contar também a perícia médica, porque o juiz não consegue decidir sem ouvir um perito, este perito tem que ser pago, tudo isso tem um custo não computado, mas certamente não é barato este custo. (TRF4, 2010)

Além do excessivo custo financeiro advindo da recorrente judicialização de pretensões relacionadas ao diabetes, o Presidente da Associação Brasileira de Medicina, Genoir Simone, discorreu sobre seus malefícios e argumentou que o Brasil vivencia uma situação de descontrole da patologia:

[...] considerando o Brasil, isso é mais agravante ainda, quando a gente vê isto aqui, neste estudo realizado no Brasil, avaliando 6.701 pacientes em dez cidades brasileiras, 85% deles com tipo 2 e 15% do tipo 1, observem que 90% destas crianças estão mal controladas, e que elas evoluirão precocemente com complicações decorrentes do diabetes, mesmo no diabetes tipo 2 ainda não insulino-dependente, 73% tem um controle não adequado com índices de hemoglobina glicada superior a 7%, então são dados estatísticos do Brasil que preocupam a nós médicos, tem que preocupar os gestores porque isto implicará em muitos custos a curto prazo de tempo. (TRF4, 2010)

O médico também relatou as graves consequências advindas da doença:

Quais os cuidados e por que a gente se preocupa tanto? E estas são as principais, macrovasculares, para os grandes vasos, o infarto agudo do miocárdio, o derrame, o AVC, as lesões de grandes vasos periféricos, e a mionecrose diabético, ou seja, a degeneração progressiva do organismo, e as microvasculares que são as mais faladas, que é a rinopatia, a perda progressiva da visão, a nefropatia levando à insuficiência renal e muitos destes pacientes em hemodiálise é a principal de hemodiálise no Brasil, pacientes diabéticos, a perda da sensibilidade periférica, e além disso estas outras alterações como a dificuldade de esvaziamento gástrico, impotência sexual, sensibilidade diminuída dos órgãos internos e a cardiomiopatia, então desta forma a rinopatia é a principal causa de cegueira em adultos nos países desenvolvidos, afeta 2,5 milhões de pessoas no mundo, a nefropatia e a doença renal são a principal causa nos países desenvolvidos, 10 a 20% dos diabéticos morrem de insuficiência renal, a perda da sensibilidade periférica, com formação de úlceras nos pés, infecções, e amputações, tem os pacientes diabéticos 40 vezes mais chances de ter do que pessoas normais, doenças cérebro-vasculares, os AVCs, duas vezes mais chances do que pessoas normais, também doenças cardiovasculares os pacientes diabéticos tipo 2 tem duas a quatro vezes mais chance de infarto agudo do miocárdio ou AVC do que os não diabéticos, e 80% dos diabéticos tipo 2 morrem de doenças cardiovasculares e eles morrem em média cinco a dez anos antes do que as pessoas normais, então vejam que é uma doença que leva progressivamente a uma deterioração precoce do ser humano. (TRF4, 2010)

Sobre a eficácia das insulinas disponibilizadas pelo SUS, referiu o especialista:

Quando a gente tem uma insulina mais fisiológica nós vamos controlar melhor o paciente, evitando com isso o risco da hipoglicemia, e só quem viu uma

hipoglicemia sabe das conseqüências e o medo que isto trás aos pais no decorrer do tratamento. Aqui eu coloquei todas as insulinas, então a insulina ultrarrápida, que atua até quatro horas e controla a hiperglicemia logo após as refeições, a insulina regular, vejam que ela não alcança o pico, a insulina NPH, que tem uma parábola, vejam, ela não tem absorção homogênea e as insulinas análogas “determir” e “glagina”, que teriam pico de ação vinte e quatro horas, o que diminuiria o quê? O risco de hipoglicemia como o NPH provoca quando você ministra múltiplas doses, aqui é mais importante ainda vocês observarem, observem comparando a NPH e as análogas, a forma de absorção das análogas ao longo das vinte e quatro horas ela se comportam muito semelhante em todos indivíduos, enquanto que a insulina NPH, observem, em cada indivíduo ela tem um mecanismo de ação diferente, e com isso provocará uma resposta diferente a cada paciente que a utilizar [...] (TRF4, 2010)

O Presidente da Sociedade Catarinense de Endocrinologia, Alexandre Rol, acerca das vantagens dos análogos de insulinas, relatou que

[...] é importante a gente saber que começou lá atrás com uma insulina, a gente já teve insulina bovina, a gente já teve insulina suína, a gente tem a insulina derivada humana, e a gente chegou numa fase dos análogos de insulina, é a evolução de toda a indústria farmacêutica, da medicina, da ciência como um todo e trazendo os benefícios que os pacientes diabéticos podem ter [...] paciente estava com a glicose de 500, ele não sabia que era diabético, diabético tipo 2, cinquenta e um anos, ele vai receber o quê? NPH, tem indicação de NPH, por quê? Porque ele é um paciente que ele não vai ter risco de fazer hipoglicemia, a gente, ao pensar em análogo a gente pensa naquele paciente com risco de hipoglicemia, que é aquela criança que no meio da noite pode fazer uma hipoglicemia e não vai acordar para chamar a mãe ou no outro extremo, o nosso pai ou nosso avô insulino-dependente que vai ter sessenta, setenta, oitenta anos e que no meio da noite pode ter uma hipoglicemia, nestas situações um análogo é um diferencial, ele evita uma situação de um risco extremo, e no idoso muito grave relacionado com a questão cardíaca dele [...]. (TRF4, 2010)

No seguir, houve o contraponto por parte dos representantes da Gerência Regional de Saúde e da Procuradoria do Estado. Além disso, outros profissionais da área médica se manifestaram, assim como alguns pais de pacientes também puderam relatar suas realidades de convivência com a patologia de diabetes mellitus. Tratou-se, dessa forma, de um ambiente democrático, em que a sociedade civil participou ativamente das discussões sobre o Protocolo Clínico e influenciou o próprio agir do Ministério Público Federal, que, posteriormente, veiculou os anseios da população em uma ação civil pública. Nesse aspecto, ainda, vale transcrever a seguinte manifestação do Procurador da República Darlan Airton Dias durante o ato, em que discorreu sobre a judicialização da saúde:

[...] no entanto acho que o desafio nosso, Dra. Maria Tereza, é desjudicializar, então se nós pudermos, eu já lhe vou dar a palavra, se nós pudermos ter zero ação judicial sobre insulina, e eu lhe digo o seguinte, se a partir do momento em que tenha um protocolo e aí depois vou pedir para que o Dr. Genoir explique um pouco como é o protocolo para quem vai ter o direito de fornecimento, quem estiver fora do protocolo nós vamos dizer: olha, sinto muito, mas isso não é um caso de justiça, é um caso de medicina, o seu médico tem que justificar que você esteja no protocolo

se não nós não vamos entrar com ação nenhuma, então este é o nosso desafio [...] (TRF4, 2010)

A manifestação do membro do MPF converge para o argumento defendido nesta dissertação, no sentido de que a atuação jurisdicional em relação à saúde deve ser racionalizada, a fim de possibilitar a estabilização dos conflitos entre os cidadãos e o poder público, bem como resultar em eventual diminuição da judicialização. Nesse sentido, como já se referiu, a observância a protocolos clínicos contribui para uma atuação racionalizada e isonômica, pois outorga aos agentes públicos critérios concretos para nortear a análise dos pleitos de fármacos. Por outro lado, sem pretender entrar no universo técnico da medicina<sup>96</sup>, os dados colhidos na audiência pública proveram o MPF de subsídios para o ajuizamento da ação civil pública, na medida em que demonstraram a gravidade da patologia diabetes e a ineficácia do tratamento disponibilizado pela rede pública. Além disso, o próprio MPF pareceu ter reconhecido que a postura anterior de ajuizar ações civis públicas individualizadas para pleito de fármacos em nome dos cidadãos não era o meio mais adequado, tanto que, após a audiência pública, optou pelo manejo de uma ação coletiva.

#### **4.4.3 Trâmite e julgamento da ACP das Insulinas**

Como referido, em 09/07/2010, o Ministério Público Federal propôs a ação civil pública nº 5001439-79.2010.4.04.7204 (TRF4, 2010) em face da União e do Estado de Santa Catarina, pleiteando a incorporação do Protocolo Clínico abrangendo aos análogos de insulina de longa e de curta duração para portadores de Diabetes Mellitus tipo1. A ação se baseou em todos os elementos comprobatórios produzidos no Inquérito Civil nº 133.003000241/2008-98 e na audiência pública promovida pela Procuradoria da República e a Câmara de Vereadores do Município de Criciúma em 13/05/2010. O feito foi distribuído à Segunda Vara Federal de Criciúma, que à época detinha a competência para processamento e julgamento das causas de natureza cível. O pedido principal da exordial era a condenação do Estado de Santa Catarina, com verbas repassadas pela União e apoio das secretarias municipais de saúde, a implantar o Protocolo Clínico e fornecer “aos pacientes portadores de diabetes mellitus, tipo 1, residentes na Subseção Judiciária de Criciúma/SC e que se enquadrem nos critérios do Protocolo Clínico, os análogos de insulina de longa (glargina e levemir) e de curta (aspart e lispro)

---

<sup>96</sup> A saúde não é aqui abordada do ponto de vista médico, mas sim como direito e pressuposto para o pleno exercício da cidadania.



duração”. Além do pedido principal, o MPF requereu a tutela de urgência para que o protocolo fosse implantado liminarmente.

Dentre os principais fundamentos da ACP, podem-se mencionar os dados colhidos no inquérito civil, segundo o qual 20% das ações de medicamentos na Subseção Judiciária de Criciúma versavam sobre o diabetes; a existência de protocolos clínicos similares no Paraná, Minas Gerais e Distrito Federal; a importância do controle glicêmico nos pacientes portadores de diabetes mellitus, tanto para qualidade de vida quanto para evitar as sérias complicações que podem ser causadas pela hipoglicemia; os benefícios advindos do uso dos análogos de insulina, que são mais eficazes do que as insulinas disponíveis na rede pública em manter o controle dos níveis de glicemia durante todas as horas do dia; o enquadramento no Protocolo Clínico ocorreria apenas em relação aos pacientes que preenchessem as condições ali estabelecidas, não se tratando de distribuição indiscriminada do fármaco; a implantação do protocolo racionalizaria o fornecimento dos análogos, que deixariam de ser pleiteados e judicialmente e passariam a ser obtidos diretamente na via administrativa; o custo para implantação do protocolo deveria ser analisado na perspectiva do dispêndio público com as complicações advindas do diabetes, pois “as complicações advindas do tratamento inadequado da diabetes mellitus ocasionaram 5.610 internações e 152 óbitos somente com as internações o Estado de Santa Catarina gastou R\$ 3.142.611,86” em 2009 (TRF4, 2010).

Após as manifestações da União e do Estado de Santa Catarina sobre a liminar, o então Juiz Federal Substituto Germano Alberton Junior proferiu decisão interlocutória em 24/08/2010, em que rejeitou o pedido de tutela de urgência (TRF4, 2010). Para tanto, o magistrado ponderou que é preciso avaliar “se a importância da promoção do direito à saúde, no caso concreto, justifica a intensidade de restrição de outras normas constitucionais”, como, por exemplo, “as vinculadas ao princípio orçamentário, ao princípio democrático, à igualdade e outros”. O julgador asseverou que o deferimento da tutela pleiteada pressupunha a demonstração de

(1) que o medicamento prescrito é adequado ao tratamento da doença; (2) que o paciente tenha buscado tratamento junto à rede pública; (3) que os medicamentos disponibilizados pela rede pública para tratamento da doença sejam inadequados/ineficazes ao paciente; (4) que os medicamentos pedidos sejam necessários, ou seja, os únicos aptos ao tratamento da moléstia. (TRF4, 2010)

Nessa perspectiva, o juiz federal entendeu que já havia política pública contemplando o tratamento do diabetes, estabelecida pelo Ministério da Saúde conforme

determinação da Lei nº 11.347/06. Concluiu, igualmente, com base em estudo da Secretaria de Estado da Saúde, que a opção terapêutica disponibilizada pelo SUS equivalia àquelas integrantes do novo Protocolo Clínico. Destarte, diante da incerteza quanto à inadequação do medicamento ofertado na rede pública, concluiu que, naquele momento processual, não era possível reconhecer a verossimilhança das alegações (TRF4, 2010).

O Estado de Santa Catarina e a União ofereceram contestações, respectivamente, em 27/09/2010 e 04/11/2010. O Estado arguiu a ilegitimidade passiva do MPF para requerer a instituição de protocolo clínico, sua própria ilegitimidade passiva e a impossibilidade jurídica do pedido. No mérito, discorreu sobre os limites da atuação jurisdicional nas políticas públicas de saúde, disse que há política pública relacionada ao diabetes e defendeu a inexistência de omissão do poder público. Argumentou tratar-se de responsabilidade exclusiva da União. Relacionou a competência do Governo Federal para estabelecimento das políticas públicas em saúde e a reserva do possível. Asseverou que o pedido ofende ao princípio da precedência da fonte de custeio em relação às ações da seguridade social. A União, por sua vez, em longo arrazoado, arguiu a impropriedade de via da ação civil pública como sucedâneo da ação de declaração de inconstitucionalidade por omissão. Defendeu a ilegitimidade ativa do MPF e sua própria ilegitimidade passiva, com a consequente incompetência da Justiça Federal. Sustentou a existência de litispendência com a ação nº 2005.72.00.003928-0<sup>97</sup> proposta na Subseção Judiciária de Florianópolis. Arguiu a carência de ação e a impossibilidade jurídica do pedido. Discorreu sobre o limite espacial da coisa julgada a ser proferida na ACP. Defendeu a observância da lista de medicamentos preconizada pelo SUS. Discorreu sobre a política do SUS para tratamento do diabetes mellitus. Tratou também sobre a política de saúde pública no Brasil e da reserva do possível. (TRF4, 2010)

---

<sup>97</sup> A ação civil pública foi movida pelo MPF em face da União, para fins de ao fornecimento de medicamentos aos portadores de hipertensão arterial e diabetes mellitus cadastrados no Programa Nacional de Assistência Farmacêutica. O pedido foi julgado parcialmente procedente, com os seguintes comandos sentenciiais: “1) a União forneça de maneira contínua e ininterrupta os medicamentos para hipertensão arterial e diabetes mellitus dos pacientes cadastrados no Programa Nacional de Assistência Farmacêutica (...), de forma a contemplar a demanda de todos os Municípios da Seção Judiciária do Estado de Santa Catarina, excluindo, no caso concreto, aqueles que integram as Subseções Judiciárias de Joinville/e e Jaraguá do Sul; e 2) a União encaminhe relatórios mensais a esse Juízo e ao Ministério Público Federal durante seis meses, informando as medidas efetivadas em cumprimento à antecipação de tutela e à sentença. Fixou, ainda, o juízo a quo multa diária no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), para o caso de descumprimento da sentença”. A União interpôs recurso de apelação em face da sentença, porém, em 24/04/2006, a 3ª Turma do TRF4 negou provimento ao recurso e, posteriormente, aos respectivos embargos de declaração. A União interpôs recurso extraordinário e recurso especial, os quais foram admitidos pelo vice-presidente da Corte Regional. Determinou-se o sobrestamento do recurso extraordinário, mercê da existência de repercussão geral reconhecida no STF (Tema 262). O STJ, por sua vez, negou provimento ao recurso especial. Vale ressaltar, contudo, que essa ação civil pública possuiu objeto mais restrito do que a ACP das insulinas de Criciúma, pois, nesta houve pedido para fornecimento de substâncias não incorporadas pelo SUS, ao passo que naquela não havia tal pretensão, mas apenas discussão sobre a responsabilidade da União pelo fornecimento de fármacos.

No seguir da instrução processual, o Estado de Santa Catarina requereu a designação de perícia médica e a União pleiteou a colheita de prova testemunhal. Todavia, os autos foram diretamente conclusos para sentença.

Em 04/08/2011, a Juíza Federal Substituta Adriana Regina Barni Ritter proferiu sentença. Inicialmente, a magistrada indeferiu as diligências probatórias requeridas pelos réus, entendendo que os elementos colhidos no inquérito civil e na audiência pública mostravam-se suficientes para o julgamento antecipado da lide. Em relação às preliminares de ilegitimidade ativa e de impossibilidade jurídica do pedido, a julgadora reconheceu que o direito à saúde constituía direito difuso e individual homogêneo, razão pela qual era cabível sua justiciabilidade por meio de ação civil pública, conforme as Leis nº 7.347/85 e 8.078/90. Sobre as teses de ilegitimidade passiva dos réus, ela aduziu que, “Assim, tratando-se de obrigação solidária, a União e o Estado de Santa Catarina possuem legitimidade para figurar no polo passivo da presente demanda”, uma vez que “a Constituição da República atribuiu a todos o dever de assegurar o direito à saúde”. Nesse aspecto, aliás, a juíza federal observou um dos preceitos firmados no julgamento da STA nº 175 pelo STF, ou seja, a responsabilidade solidária entre os três entes federativos em relação aos serviços públicos de saúde. A decisão também afastou a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, sob o fundamento de que “o ordenamento não veda o estabelecimento de demanda judicial para declaração de direito ao recebimento de prestações positivas do Estado de promoção do direito à saúde”. A preliminar de litispendência também foi rejeitada, uma vez que as duas ações possuíam delimitação espacial e causa de pedir distintas (TRF4, 2010).

Sobre o mérito da lide, a magistrada discorreu acerca da configuração do direito à saúde e sua justiciabilidade, referindo que:

A Constituição da República de 1988 reservou um lugar de destaque para a saúde, tratando-a, de modo inédito no constitucionalismo pátrio, como um verdadeiro direito fundamental:

Art. 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 e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (grifei)

Nesse passo, qualificar um dado direito como fundamental não significa apenas atribuir-lhe importância meramente retórica, ou seja, destituída de qualquer consequência jurídica. Pelo contrário, a constitucionalização do direito à saúde acarretou um aumento formal e material de sua força normativa, com inúmeras consequências práticas daí advindas, sobretudo no que se refere à sua efetividade.

Tem-se entendido, de forma quase pacífica na jurisprudência, que o direito à saúde, consagrado no art. 196 da Constituição da República, confere ao seu titular (ou seja, a todos) a pretensão de exigir diretamente do Estado que providencie os meios materiais para o gozo desse direito, como, por exemplo, o fornecimento dos

medicamentos necessários ao tratamento ou o custeio de uma operação cirúrgica específica. [...] (TRF4, 2010)

Em relação ao diabetes mellitus, a sentença reportou-se às normas específicas para tratamento da patologia no âmbito do SUS – Lei nº 11.347/06 e Portaria GM 2.583/07. A partir delas, a decisão constatou a especial proteção destinada aos portadores de diabetes, inclusive mediante “Lei específica a garantir o direito de acesso aos medicamentos escolhidos pelo SUS e aos insumos correspondentes, e, mais do que isso, à revisão periódica da relação de medicamentos disponibilizados”. A partir dessa noção do dever de revisão periódica dos medicamentos oferecidos pela rede pública, a juíza federal passou a perquirir sobre o pedido de implantação do Protocolo Clínico, fazendo-o com base no princípio da proporcionalidade, que, em seu entender, abrangia

[...] os subprincípios da adequação (aptidão do meio, considerada a finalidade pretendida), da necessidade (menor sacrifício do direito restringido) e da proporcionalidade em sentido estrito (avaliação final do custo-benefício da prestação pleiteada e do direito restringido) (TRF4, 2010)

Consequentemente, a par da ponderação que o poder público deve realizar entre os princípios da igualdade e do mínimo vital, a magistrada ressaltou que “há situações em que a garantia da dignidade da pessoa humana se sobrepõe!”. Partindo dessa premissa, portanto, ela verificou que os análogos de insulina de longa (glargina e levemir) e de curta (arpart e lispro) duração, embora não estivessem padronizados pelo Ministério da Saúde, possuíam registro na ANVISA e eram regularmente comercializados no país. Observou também, com base nos elementos de prova extraídos do inquérito civil e da audiência pública, que os análogos de insulina eram mais eficazes do que as opções disponíveis no SUS, uma vez que aquelas propiciavam “maior estabilidade nas taxas de açúcar no sangue ao longo do dia”. Constatou, além disso, que “o uso dos análogos de insulina diminui, ou ao menos retarda, o aparecimento das complicações secundárias ao Diabetes, como as nefropatias, retinopatias e cardiopatias”, de forma a diminuir “os gastos do Sistema de Saúde com o seu tratamento e com a perda da sua capacidade de trabalho”. Outro aspecto importante mencionado pela magistrada foi que outros Estados da Federação já haviam instituído protocolos para a disponibilização dos análogos de insulina pela rede pública de saúde, como Paraná, Minas Gerais e Distrito Federal. Diante desses elementos, a juíza federal consignou que restava suficientemente “comprovado que o uso dos análogos de insulina de curta e longa duração

traz, efetivamente, melhores resultados, a curto e longo prazo, ao tratamento dos pacientes portadores de Diabetes Melittus do tipo 1". (TRF4, 2010)

Por conseguinte, a ação civil pública foi julgada procedente, inclusive com deferimento do pedido liminar, nos seguintes termos:

Ante o exposto, rejeito as preliminares arguidas e, no mérito, JULGO PROCEDENTE o pedido, para:

(1) condenar o Estado de Santa Catarina a implantar, na Rede Pública de Saúde, o 'Protocolo Clínico para dispensação de análogos de insulina de longa e de curta duração para atendimento do paciente com Diabetes Mellitus tipo 1 na Rede Pública de Saúde - Programa de Otimização do Diabetes tipo 1' proposto pelo Conselho Regional de Medicina (OUT5 - evento 01);

(2) condenar a União ao fornecimento dos análogos, em espécie, ou dos recursos financeiros necessários para a sua aquisição, ou ainda para o seu reembolso; e

(3) condenar os Réus à disponibilização dos análogos de insulina de longa e curta duração aos pacientes portadores de Diabetes Melittus do tipo 1 residentes dentro dos limites territoriais desta Subseção Judiciária, e que preencham os critérios estabelecidos no citado Protocolo Clínico, através de suas Secretarias Regionais de Saúde e/ou com apoio das Secretarias Municipais de Saúde.

Porque presentes os requisitos legais, REVEJO a decisão do evento 12 e DEFIRO a medida liminar para determinar aos Réus que implementem as medidas determinadas nesta sentença no prazo máximo de trinta dias a partir de sua intimação, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00. (TRF4, 2010)

A sentença prolatada na ACP das Insulinas também converge para os fundamentos teóricos anteriormente expostos no presente estudo. De fato, o direito à saúde foi ali concebido como fundamento primordial do Estado Social e Democrático de Direito, o qual impõe ao Estado a adoção de prestações positivas que o assegurem. Lá se admitiu, igualmente, que o direito em questão possui uma dimensão coletiva, consubstanciando em interesse transindividual, tanto difuso quanto individual homogêneo. A partir disso, reconheceu-se sua justiciabilidade por meio de ação coletiva e a legitimidade do Ministério Público Federal para tanto. No mérito, a sentença aderiu ao entendimento de que a intervenção judicial em políticas públicas deve ocorrer de forma criteriosa, limitando-se àquelas hipóteses em que os valores mais caros à sociedade estiverem em voga, como é o caso do direito à saúde, intrinsecamente relacionado ao princípio da dignidade humana. No pertinente ao diabetes mellitus em si, a decisão reconheceu a importância da incorporação de novas tecnologias no SUS mediante Protocolos Técnicos, os quais possibilitam tutela da saúde com observância à isonomia e à equidade. Nesse sentido, segundo a sentença, todos os pacientes residentes no território da Subseção Judiciária de Criciúma deveriam receber o mesmo tratamento segundo os ditames e critérios fixados no protocolo, evitando a prolação de decisões judiciais contraditórias em ações individuais. No que pertine à racionalidade

processual, por fim, o julgamento da ação civil pública mostrou-se concatenado com as circunstâncias vivenciadas na Subseção Judiciária de Criciúma à época, pois pretendeu concentrar em uma só relação processual as pretensões de inúmeros pacientes em tratamento de diabetes, patologia que então era objeto de cerca de 300 processos individuais.

Por conseguinte, o proceder do Ministério Público Federal na fase pré-processual e a posterior atuação da Justiça Federal merecem ser enaltecidos, porquanto aplicaram de forma concreta princípios basilares do Estado Social e Democrático de Direito, reconhecendo a importância da participação democrática e a fundamentalidade do direito à saúde, tratando-o como pressuposto para o exercício da cidadania. Realmente, o instituto da ação civil pública foi devidamente utilizado como instrumento de conexão entre a sociedade civil e o Estado, uma vez que a população foi plenamente ouvida antes de seu ajuizamento. Assim, a ACP das insulinas foi legitimada pelo princípio democrático intrínseco ao Estado Social e Democrático de Direito, pois adveio de discussões e estudos realizados com participação dos atores sociais envolvidos, dentre os quais membros do Judiciário, do MP, médicos, representantes do Poder Executivo e, principalmente, os usuários do SUS. Por conseguinte, o agir do MPF e do Judiciário pautou-se nos anseios da população local de forma concatenada com a necessária racionalidade na prestação do serviço público, resultando em uma comunhão de esforços que certamente traria benefícios para a coletividade. Estes benefícios, contudo, são aqui mencionados apenas em caráter hipotético, uma vez que, como se verá a seguir, o entendimento adotado em primeira instância foi revisto na instância recursal.

#### **4.4.4 O julgamento da Apelação Cível**

A União e o Estado de Santa Catarina interpuseram recursos de apelação em face da sentença em 16/08/2011 e 21/09/2011. Após as contrarrazões do MPF, os autos ascenderam ao TRF da 4ª Região em 18/10/2011, onde foram distribuídos à relatora Maria Lúcia Luz Leiria.

Em seu parecer, a Procuradoria Regional da República opinou apenas pelo “provimento parcial da apelação e da remessa oficial, com o intuito de reduzir a multa diária cominada à União e ao Estado de Santa Catarina em caso de descumprimento do prazo estipulado, ou, alternativamente, de estender o referido período”. (TRF4, 2010)

Todavia, a Desembargadora Federal proferiu voto provendo os recursos, a fim de reformar a decisão de primeiro grau (TRF4, 2010). Para tanto, entre outros argumentos, a relatora referiu que

Vê-se, pois, que o SUS fornece Insulina Humana aos portadores da doença. Ela não é, entretanto, a única forma de insulina existente. Há décadas laboratórios no mundo inteiro dedicam-se ao estudo e produção de insulina não humana, sintéticas ou não, chamados de Análogos de Insulina. Os principais são Lispro, Aspart, Glulisina, Glargina e Detemir. São fabricadas pelos laboratórios Sanofi-Aventis, Novo Nordisk e Eli Lilly and Company e dizem ter como diferencial a velocidade de ação e o tempo que permanecem em atividade.

Esta afirmação, entretanto, não é suficientemente comprovada. Em contrapartida aos estudos defendendo tais medicamentos, inúmeras experiências com grupos de pacientes indicam que os resultados 'não foram significativamente diferentes em ambos os grupos', sendo a Insulina e os Análogos à Insulina igualmente eficazes (ou com variação de eficácia pouca ou irrelevante) [...] (TRF4, 2010)

O voto em questão conduziu o julgamento da 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que, por unanimidade, deu provimento aos recursos de apelação. O julgado recebeu a seguinte ementa:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPLANTAÇÃO DE PROTOCOLO CLÍNICO PARA TRATAMENTO DE DIABETES MELLITUS TIPO I. FORNECIMENTO DE ANÁLOGOS DE INSULINA. ESTADO DE SANTA CATARINA. EFICIÊNCIA E EFICÁCIA DO INVESTIMENTO PÚBLICO. FALTA DE COMPROVAÇÃO SUFICIENTE. DEFERIMENTO EM ACÇÃO COLETIVA. IMPOSSIBILIDADE. ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS COM PERÍCIA ESPECÍFICA. NECESSIDADE. ESTUDO PRÉVIO. POLÍTICA GOVERNAMENTAL. OMISSÃO ESTATAL. INEXISTÊNCIA.

1. É cabível ação civil pública para defesa de direito e interesses individuais homogêneos, detendo o Ministério Público Federal legitimidade ativa para ajuizá-la. A implantação de Protocolo Clínico para o tratamento de determinada moléstia enquadra-se na hipótese. São a União e o Estado legitimados para figurar no pólo passivo do feito, descentralizada a política de gestão do SUS com divisão de atribuições entre estes entes.

2. Descabe intervenção do Judiciário em políticas governamentais sob pena de violação do princípio da separação dos poderes. Alegado direito a tratamento específico de Diabetes Mellitus I pelo SUS, a higidez do medicamento e consequente eficiência e eficácia de sua distribuição devem ser analisadas, tratando-se de questão de mérito aferir a omissão ou não do poder público competente para fazê-lo. Configurado interesse jurídico e possibilidade jurídica do pedido, presentes as condições da ação para análise do mérito.

3. Afastada pretensão de implantação de Protocolo Clínico no Estado de Santa Catarina para tratamento da Diabetes Mellitus I com fornecimento de medicamentos análogos da insulina(a) quando inexistente unanimidade ou sequer entedimento majoritário da área médica acerca da segurança e eficiência do tratamento em questão, (b) quando a Administração não se mostra omissa, com reiterados estudos afastando o binômio eficiência/eficácia na utilização destes medicamentos em larga escala e gratuitamente, (c) quando existe elenco de medicamentos para o tratamento da moléstia, sendo eles devidamente fornecidos pelo sistema público de saúde e (d) quando não há, além de Projeto de Protocolo Clínico feito pela Associação Catarinense de Medicina, estudo demonstrando o interesse público/eficácia do investimento, ou seja, se este é o dispêndio mais interessante e importante ao Estado considerando o rol de doenças já objeto de investimento.

4. Revogada medida liminar concedida em sentença. (TRF4, 2010)

O Ministério Público Federal não interpôs recurso em face da decisão colegiada, a qual transitou em julgado no dia 11/04/2012.

Vale ressaltar, a postura de resignação do MPF na ocasião decorreu da tendência ao predomínio da tutela individual que então já se fazia presente no Poder Judiciário brasileiro. De fato, como visto acima, a via individual constituiu historicamente o modelo para a justiciabilidade do direito à saúde, motivo pelo qual os esforços para valorização de sua dimensão coletiva eram recebidos com certa desconfiança pela Justiça, como ocorreu no caso analisado. Esse cenário certamente contribuiu tanto para o julgamento de improcedência dos pedidos formulados na ACP das insulinas, quanto para a não interposição de recursos por parte do Ministério Público Federal.

#### 4.5 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NA JUSTIÇA FEDERAL DE CRICIÚMA-SC APÓS A ACP DAS INSULINAS: FORTALECIMENTO OU LIMITAÇÃO DA TUTELA COLETIVA?

O julgamento de improcedência da Ação Civil Pública das Insulinas exerceu efeitos paradigmáticos na judicialização da saúde na Subseção Judiciária de Criciúma, onde, desde então, houve absoluta prevalência de ações individuais, notadamente para fornecimento de medicamentos. A ACP poderia ter funcionado como um divisor de águas em favor da judicialização coletiva da saúde, porém não o fez. Em verdade, ela redundou em efeito exatamente oposto, pois o julgamento de improcedência parece ter desestimulado o MPF a buscar a tutela coletiva do direito em questão, tanto que, nos anos posteriores, ao menos segundo as pesquisas aqui realizadas, não houve o manejo de quaisquer ações civis públicas versando sobre o direito transindividual à saúde na Subseção Judiciária de Criciúma. Consequentemente, o legado da ACP das insulinas consiste na persistência do alto número de ações judiciais de medicamentos, nas problemáticas geradas por essa realidade e na prevalência do individualismo.

Cumprido consignar, nesse ponto, que não se pretende emitir qualquer juízo de valor sobre a decisão proferida pelo TRF da 4ª Região, nem tampouco classificá-la como correta ou equivocada. De fato, qualquer opinião em tal sentido seria injusta, uma vez que a perspectiva sobre a lide naquela oportunidade certamente era diferente da visão atual do caso. Deveras, na época, o julgamento da STA nº 175 pelo STF era recente e o Poder Judiciário brasileiro ainda se adaptava incipientemente ao fenômeno da judicialização da saúde, cujos contornos e limites não estavam bem claros. Da mesma forma, a tutela coletiva da saúde não se consolidara como uma possibilidade efetiva em relação a tal direito. Ademais, presentemente, passados cerca de seis anos desde aquela decisão, a visão sobre o caso é



privilegiada, pois permite a contraposição entre o julgamento proferido e as consequências na judicialização da saúde.

Feita essa ressalva, percebe-se que o julgamento de improcedência da ACP das Insulinas pelo TRF da 4ª Região repercutiu sensivelmente na judicialização da saúde na Subseção Judiciária de Criciúma, redundando, como apontado, no abandono completo das ações coletivas e na absoluta preponderância das ações individuais. Com efeito, em dissertação que analisou a tutela jurisdicional da saúde no TRF4 no período de março de 2010 e dezembro de 2014, Rodrigues (2016, p. 159) detectou a predominância das ações individuais de medicamentos no sul de Santa Catarina. Aduz a autora:

No entanto, no cenário sob exame, observou-se a caracterização de uma judicialização da saúde exclusivamente individualista. Em nenhum caso transpareceu na região sul do estado de Santa Catarina a atuação da sociedade civil organizada na busca da tutela do Poder Judiciário visando à assistência farmacêutica de grupo de pacientes acometidos por determinada patologia, o que poderia contribuir para promover a inclusão social, por intermédio do exercício da cidadania republicana prestigiada pela Constituição Federal de 1988, repercutindo na redução nos gastos públicos com a máquina judiciária ao evitar a proliferação de demandas repetitivas.

Essa tendência ainda se faz presente no recorte local adotado. De fato, conforme levantamento realizado no presente estudo com base em dados primários, em julho de 2018 havia 1.843 ações em trâmite versando sobre o direito à saúde na Subseção Judiciária de Criciúma (anexo I)<sup>98</sup>. Segundo a pesquisa efetuada, tratava-se exclusivamente de processos individuais, relacionados, em sua absoluta maioria, ao fornecimento de medicamentos. Esses dados demonstram que a atuação da Justiça Federal entre 2008 e 2018 não logrou êxito em estabilizar a conturbada relação entre os usuários do sistema público de saúde e a Administração Pública, uma vez que as pretensões relacionadas ao serviço público continuam a ser reiterada e constantemente judicializadas. A comparação entre a quantidade de processos judiciais em saúde que tramitavam na Justiça Federal de Criciúma em 2008 (667 ações) e no corrente ano (1.843) reflete tal realidade, pois denota o crescimento progressivo da judicialização na via individual, em absoluto detrimento da via coletiva.

Entende-se que o julgamento de improcedência da ACP das insulinas contribuiu decisivamente para tal cenário. Primeiramente, porque se tratou do caso paradigma da tutela coletiva do direito à saúde na região, tanto que o insucesso da ação civil pública visivelmente

---

<sup>98</sup> Os dados foram extraídos da plataforma de gestão processual da Justiça Federal e abrangem os sistemas SIAPRO (processos físicos), e-Proc e e-ProcV2. Integram os números os processos em andamento que versam sobre o direito à saúde em geral, tais quais medicamentos, planos de saúde, erro médico entre outros.

desencorajou o Ministério Público Federal a adotar essa via para veicular pretensões relacionadas a tal direito. Basta referir, nesse sentido, que o MPF passou a mover ações civis públicas individuais para pleitear o fornecimento de medicamentos, atuando como substituto processual (RODRIGUES, 2016, p. 203). Em segundo lugar, as próprias lides relacionadas aos análogos de insulinas contribuem para os altos números da judicialização na Subseção Judiciária de Criciúma. Nesse aspecto, conforme levantamento efetuado pela Advocacia Geral da União, por meio da Equipe Virtual de Alto Desempenho de Direito à Saúde- E-Quad/Saúde, entre 01/01/2017 e 31/05/2018 foram ajuizadas 604 ações de medicamentos em face da União na Subseção Judiciária de Criciúma (anexo V). Destas, cerca de 50 ações versavam sobre insulinas e análogos, representando mais de 8% dos processos ajuizados. No mesmo período, segundo o levantamento da AGU, foram movidas 2.450 ações de medicamentos na Justiça Federal de Santa Catarina. Portanto, as ações de medicamentos na Subseção Judiciária de Criciúma representam aproximadamente 25% do total de processos ajuizados no Estado.

Da mesma forma, conforme dados extraídos do sistema E-ProcV2, entre outubro de 2014 e setembro de 2018 foram proferidas mais de 170 sentenças em ações que tratavam sobre os análogos pleiteados na ACP das insulinas na Justiça Federal em Criciúma (anexo VII). Portanto, a existência desses processos decorre diretamente da improcedência da ação civil pública estudada nesta dissertação, gerando consequências negativas no que pertine à política pública de saúde e à própria prestação jurisdicional.

Em relação às consequências nocivas ao serviço público de saúde, verificou-se que a judicialização redundava em maior gasto de recursos públicos, devido à ausência de prévio planejamento administrativo. A título de exemplo, em uma ação individual que tramitou junto à Segunda Vara Federal de Criciúma entre 2013 e 2018 (TRF4, 2013), a sentença que determinou o fornecimento das insulinas Glargina e Asparte foi objeto de reiterado descumprimento pelos réus (União, Estado de Santa Catarina e Município de Criciúma). Por tal motivo, o magistrado condutor do feito determinou o bloqueio via Bacenjud de valores para o ressarcimento do montante que a parte autora dispendeu para adquirir o medicamento com recursos próprios, bem como para o custeio de três meses de tratamento. Assim, os valores bloqueados da conta do Estado de Santa Catarina foram disponibilizados à autora, que os utilizou para adquirir o fármaco diretamente no mercado. Em tal situação, portanto, embora se cuidasse de recursos públicos, a aquisição do fármaco não foi precedida por licitação nem tampouco por qualquer espécie de planejamento administrativo. Esse procedimento é nocivo às contas públicas, uma vez que o custo do

medicamento adquirido na via judicial é, via de regra, superior ao custo da aquisição de medicamentos pela Administração Pública mediante procedimentos licitatórios. Na ação judicial em análise, por exemplo, conforme nota fiscal anexada aos autos, em dezembro de 2016, a parte autora pagou R\$ 143,23 por uma caneta contendo 3 ml da insulina Glargina I (TRF4, 2013). Em contrapartida, em licitações realizadas nos Estados que já incorporaram o protocolo clínico dos análogos de insulinas, tal medicamento vem sendo adquirido por valores inferiores. Nesse sentido, em pregão realizado pelo Município de Brasilândia/MS, no mês de fevereiro de 02/2017, a empresa vencedora ofertou proposta para aquisição da caneta contendo 3 ml de Glargina pelo custo aproximado de R\$ 123,00 (anexo VI). A diferença é expressiva, mormente levando-se em conta que o medicamento em questão é amiúde deferido na via judicial a milhares de pacientes que padecem de diabetes.

Aliás, a aquisição de fármacos diretamente pelos jurisdicionados nas ações de medicamentos é fato extremamente comum. Prova disso é a constatação de que a Segunda Vara Federal de Criciúma, em abril de 2017, verificou o descumprimento de tutelas de urgência em 395 ações de medicamentos e determinou o bloqueio de valores via Bacenjud para compra direta pelos jurisdicionados em todas elas (anexo II). Nessas ações, ademais, houve aplicação de multa por ato atentatório à dignidade da justiça, o que onerou ainda mais o Erário. Além desses ônus, como se referiu alhures, deve-se adicionar o próprio custo de cada processo judicial, que no Brasil perfaz a média de R\$ 2.369,73.

Não bastasse o maior dispêndio de recursos públicos, o próprio exercício jurisdicional sofre importante repercussão da judicialização da saúde, uma vez que o fenômeno exige grande esforço do Poder Judiciário para atendimento da respectiva demanda processual. De fato, além do elevado número de ações judiciais versando sobre a matéria – do que já se tratou acima –, as ações de medicamentos demandam a prática de diversos atos processuais, notadamente diante do reiterado descumprimento das ordens judiciais pela Administração Pública. Na ação anteriormente adotada como modelo<sup>99</sup>, exemplificativamente, foram proferidas, entre 2013 e 2018, mais de 10 decisões judiciais, compreendendo despachos, decisões interlocutórias, sentença e acórdão. Além dessas decisões, houve grande número de atos ordinatórios, intimações, requisições e pesquisas via Bacenjud, o que resultou em um trâmite processual com 239 eventos ou movimentações. Dessa forma, analisando os dados do processo adotado como paradigma na perspectiva das 1.839 ações em saúde que tramitam na Justiça Federal de Criciúma, percebe-se o impacto que

---

<sup>99</sup> Autos n° 5003078-30.2013.4.04.7204/SC. (TRF4, 2013)

a judicialização exerce sobre o funcionamento da máquina judiciária. A par dos referidos atos processuais, as ações de medicamentos também exigem a produção de prova técnica, com a nomeação de peritos médicos e a realização de exames periciais. Assim, considerando que grande parte dos autores dessas ações é contemplada com o benefício da gratuidade da justiça, os honorários periciais são usualmente adiantados com recursos do próprio TRF4, o que também onera os cofres públicos. Nesse ponto, vale ressaltar que a Justiça Federal tem realizado importantes ações a fim de equalizar os gastos nos processos que versam sobre saúde e otimizar a prestação jurisdicional. Para tanto, em 04/2017, foi firmado convênio entre a Justiça Federal de Santa Catarina e a Secretaria de Estado da Saúde de Santa Catarina a fim de oferecer subsídios técnicos para que os magistrados proferissem decisões nas ações de medicamentos, com a formação do Núcleo de Apoio Técnico ao Judiciário - NATJus/SC (anexo III). Nessa nova dinâmica, portanto, o NATJus/SC passou a emitir pareceres sobre a adequação do fármaco pleiteado em cada ação, dispensando, muitas vezes, a nomeação de perito judicial e o pagamento de honorários.

De qualquer sorte, esses achados são aqui apresentados a fim de demonstrar que a massificação da tutela individual do direito à saúde não é benéfica a nenhum dos atores envolvidos em tais litígios. Ora, ao jurisdicionado, usuário do SUS, tal realidade redundava em insegurança jurídica, em morosidade e em inefetividade da prestação jurisdicional. Ainda, a predominância da via individual pode gerar ofensa ao princípio da isonomia, pois, se, de um lado, a decisão judicial proferida em uma ação coletiva beneficia isonomicamente determinado grupo, de outro, as ações individuais podem resultar em julgamentos distintos para pessoas em situações análogas. Para a Administração Pública, o resultado da judicialização é também nefasto, já que o custo da prestação do serviço público na via judicial é superior ao da via administrativa. Além disso, a judicialização da saúde produz outros ônus, como a manutenção da estrutura jurídica para defesa da Fazenda Pública nos processos judiciais e as corriqueiras penalidades aplicadas em tais litígios. Nesse aspecto, a título de ilustração, a Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina recebeu 6.197 pendências (citações, intimações e ofícios) oriundas das ações de medicamentos em trâmite na Subseção Judiciária de Criciúma, no ano de 2017, e 4.308 até setembro de 2018<sup>100</sup> (anexo IV). Para o Poder Judiciário, igualmente, o julgamento célere das ações de medicamentos demanda grandes esforços, notadamente diante das restrições orçamentárias da Emenda Constitucional

---

<sup>100</sup> Os números da Subseção Judiciária de Criciúma são superiores aos das Subseções Judiciárias de Joinville (1.778 em 2017) e de Florianópolis (5.223 em 2017).

nº 95 (BRASIL, 2016d) e o prognóstico de diminuição da força de trabalho na Justiça Federal nos anos vindouros.

Consequentemente, é esse contexto que fundamenta a defesa das ações coletivas como alternativa para a estabilização da judicialização da saúde e o aprimoramento da política pública correspondente. A ACP das insulinas bem representa essa realidade, uma vez que parte das ações em trâmite na Subseção Judiciária de Criciúma versa sobre os análogos de insulina abrangidos pelo protocolo clínico nela defendido. O seu julgamento de procedência, portanto, evitaria diretamente a necessidade de manejo de tais ações para o reconhecimento do direito ao fornecimento das substâncias. Mais que isso, o acolhimento da ACP das insulinas poderia ter funcionado como marco zero da judicialização da saúde na Justiça Federal em Criciúma, de forma a estabelecer a via coletiva como o modelo processual a ser seguido para solução de litígios relacionados ao fornecimento de medicamentos. Na prática, todavia, isso não aconteceu e o resultado é o aumento progressivo das ações de medicamentos, o descumprimento das ordens judiciais expedidas pela Justiça Federal e o prejuízo nos serviços públicos de saúde.

Na prática, portanto, o cenário da judicialização da saúde na Justiça Federal de Criciúma caminha na contramão do referencial teórico apresentado neste estudo e reproduz o panorama nacional de altíssimos números de ações individuais. Realmente, conquanto a saúde continue a ser reconhecida como direito fundamental nas ações individuais em trâmite na Subseção Judiciária de Criciúma, o direito em questão não vem sendo tutelado como um valor coletivo basilar do Estado Social e Democrático de Direito, mas sim como bem individual, a ser gozado egoisticamente. No contexto local, portanto, as sentenças que determinam o fornecimento de medicamentos não incorporados pelo SUS também levam em conta apenas os aspectos relacionados aos autores das ações e suas necessidades individuais, sem qualquer análise relativa às possíveis repercussões na política pública de saúde. A dimensão coletiva do direito à saúde, dessa forma, vem sendo completamente ignorada. Do mesmo modo, o princípio democrático do Estado Social e Democrático de Direito também não tem sido contemplado, uma vez que os anseios da população – como aqueles externados na audiência pública acima referida – não são acolhidos pela justiça de forma coletiva, concentrada, mas apenas individualmente, de forma pulverizada, o que, obviamente, enfraquece as respectivas demandas.

De qualquer sorte, considerando que parte dos aspectos negativos observados no cenário atual da Judicialização da Saúde na Justiça Federal em Criciúma poderia ter sido

evitada com o julgamento de procedência da ACP das insulinas, percebe-se a potencial efetividade da via coletiva para a estabilização da judicialização da saúde no Brasil.

## 5 CONCLUSÃO

Como visto no primeiro capítulo, o Estado Liberal clássico instituído a partir da Revolução Francesa de 1789 outorgou importantes contribuições para humanidade, dentre as quais a concepção de Estado de Direito, a divisão de poderes e a fundamentalização de direitos humanos. Todavia, o *laissez-faire* redundou em graves mazelas sociais, relacionadas à Revolução Industrial, que catalisou profundas transformações na Europa, como o êxodo rural e a criação de uma grande massa de trabalhadores nos centros urbanos. Esses graves problemas sociais produziram um inexorável clamor por uma mudança de paradigma, potencializada pela pressão advinda do Marxismo e da Revolução Russa. Naquele contexto, a gênese do Estado Social adveio da necessidade de transformação do Estado Liberal para fins de manutenção do Capitalismo. Por isso, o novo modelo de Estado não alterou as hierarquias sociais então existentes, mas apenas as reproduziu. O Estado Social, desse modo, consubstanciou-se em um modelo intervencionista, ao qual, além da garantia dos direitos de primeira dimensão, se impunha o dever de propiciar o gozo dos direitos de segunda dimensão, relacionados à saúde à educação ao trabalho e à assistência social. O Estado Social e Democrático de Direito, contudo, transcende o Estado Social, pois, além da preocupação social intrínseca a este, visa a incorporar o princípio democrático como elemento constitutivo, promovendo a justiça social e a efetiva participação do povo no controle das decisões estatais. Esse é o modelo adotado pela Constituição Federal de 1988, a qual instituiu um verdadeiro projeto de sociedade para o Brasil.

No seguir, procedeu-se à distinção entre os direitos humanos e fundamentais, reconhecendo-se a existência de dicotomia entre os conceitos e referindo-se que aqueles são os direitos reconhecidos nos documentos internacionais. Observou-se que os direitos fundamentais são dotados de uma fundamentalidade formal e de uma fundamentalidade material, podendo ser classificados em cinco dimensões distintas, conforme o contexto histórico em que tiveram sua gênese. Os direitos sociais são classificados como de segunda dimensão, pois surgiram com o advento do Estado Social e do dever de intervenção estatal para estabilizar as mazelas sociais supracitadas, constituindo ferramentas para a concretização da igualdade material. Na Constituição Federal de 1988, eles se relacionam intrinsecamente aos princípios da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Constatou-se, igualmente, que os direitos fundamentais sociais possuem aplicabilidade imediata e, em sua maioria, natureza prestacional, sendo também dotados de dimensões subjetiva e objetiva, individual e coletiva.

Adotou-se, nesse sentido, o entendimento de que os direitos fundamentais sociais correspondem aos direitos a prestações em sentido estrito, de forma concatenada com o objeto de estudo, ou seja, a tutela coletiva do direito à saúde.

O direito à saúde, por sua vez, pode ser definido como a faculdade de se exigir do Estado as medidas e ações necessárias à prevenção e ao tratamento de doenças, para manutenção do bem-estar físico, mental e social do ser humano. A saúde se consolidou como dever estatal com o advento do Estado Social, quando passou a impor ao poder público a prestação de serviços em tal área. No Brasil, embora as Constituições anteriores mostrassem certa preocupação institucional com a saúde, apenas com a Constituição Federal de 1988 ela foi expressamente eleita como direito fundamental. Assim, a Carta Constitucional garantiu a saúde como direito de todos e dever do Estado. Vale ressaltar, contudo, que a saúde não constitui apenas direito subjetivo, mas também possui uma dimensão objetiva, consistente em uma carga de valores imponível ao Estado e a toda sociedade. Da mesma forma, ela não pode ser entendida tão somente como direito individual, já que possui uma dimensão coletiva, sendo este um dos motivos, aliás, de sua afeição à tutela jurisdicional coletiva. Além disso, a saúde também é direito complexo, tratando-se de verdadeira manifestação cultural, razão pela qual deve ser entendida na perspectiva de diferentes contextos, inclusive marcadores étnicos, sociais e profissionais, de forma holística. De toda sorte, o direito a saúde não foi aqui abordado como um problema teórico em si, mas sim como a causa da judicialização da saúde no Brasil e como parâmetro para oposição entre as tutelas individual e coletiva.

Conforme referido no segundo capítulo, a Constituição Federal de 1988 determinou a prestação dos serviços públicos de saúde por meio do Sistema Único de Saúde, cuja criação relacionou-se à reforma sanitária ocorrida nos anos 80 e ao próprio surgimento do Direito Sanitário como ramo específico do Direito. O SUS presta serviços por meio de instituições públicas e privadas, consubstanciando-se em uma rede hierarquizada e regionalizada, baseada nos princípios do acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde. Todavia, desde sua criação em 1988, o Sistema Único de Saúde tem vivenciado uma situação de histórico e recorrente subfinanciamento, tanto que o Brasil figura entre os países que possuem a menor participação no PIB das verbas destinadas à saúde. Verificou-se, igualmente, que essa escassez em nível nacional se reproduz no Município de Criciúma, onde os investimentos em saúde são insuficientes para contemplar todas as demandas existentes. Tal carência de recursos repercute sensivelmente na Política Nacional de Medicamentos, uma vez que nem todas as substâncias com registro sanitário na ANVISA são incorporadas pela rede pública. Aqui se detectou um ponto curial do estudo, porquanto a constante pressão da



sociedade para que as novas tecnologias disponibilizadas na rede privada também o sejam incorporadas pelo SUS impulsionam o fenômeno da judicialização. Concluiu-se, além disso, que a incorporação de novas substâncias deve ocorrer por meio de protocolos clínicos, procedimento que atende, inclusive, à dimensão coletiva do direito à saúde.

A partir desses achados, passou-se ao estudo da judicialização, fenômeno complexo e multifatorial relacionado intrinsecamente ao processo de expansão Global do Poder Judiciário (juristocracia). No Brasil, esse processo associa-se intrinsecamente à Constituição Federal de 1988, que reforçou a noção de cidadania, fundamentalizou diversos direitos – inclusive de índole social –, consolidou a independência do Poder Judiciário e estabeleceu variados mecanismos para que os cidadãos pudessem questionar judicialmente os atos dos Poderes Executivos e Legislativo. Detectou-se, igualmente, a distinção entre os conceitos de judicialização e ativismo judicial, bem como entre a judicialização da política e a judicialização do direito. No pertinente à judicialização da saúde, percebeu-se a predominância do matiz individualista, bem como a origem na gênese do direito fundamental à saúde e no progressivo processo de expansão do Poder Judiciário. Ainda entre as principais causas da judicialização da saúde, pode-se citar a discrepância entre a estrutura normativa do direito à saúde e sua concretização no plano fático, o subfinanciamento do SUS, o alto custo dos serviços em saúde, os interesses da indústria farmacêutica e a dicotomia entre as redes pública e privada de saúde. Por outro lado, a despeito do entendimento de que a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas surgiu, inicialmente, como conquista da cidadania, o fenômeno veio a assumir proporções epidêmicas nas últimas décadas, repercutindo negativamente no orçamento da saúde e na própria atividade jurisdicional. A constatação de que existe um projeto de lei em trâmite no Senado Federal (PL nº 415/2015) com o objetivo de regulamentar a judicialização da saúde denota a relevância e atualidade da problemática detectada. Prova disso é a existência de 1.778.269 processo sobre saúde em trâmite no Brasil em 2017, dos quais, conforme levantamento do CNJ, a maioria absoluta consistia em ações individuais. Esse caráter individualista pode ser classificado como um fator negativo da judicialização, na medida em que o julgamento das ações judiciais em saúde segundo a racionalidade própria dos conflitos bilaterais resulta em decisões alheias à dimensão objetiva de tal direito. Em tal contexto, os provimentos jurisdicionais exarados em ações individuais garantem apenas de forma emergencial o direito de um cidadão específico, sem avaliar as possíveis repercussões na política pública de saúde, nem tampouco em que medida o dispêndio naquele processo individual poderá comprometer o sistema como um todo.

No terceiro e último capítulo, diante dos referidos malefícios da judicialização individual da saúde, passou-se a argumentar no sentido de que as ações coletivas constituem a via mais adequada para a tutela do direito à saúde, inclusive com observância às dimensões objetiva e coletiva a ele intrínsecas. A pesquisa verificou, aliás, que a predominância da via individual gera forte tensão entre as dimensões individual e coletiva do direito à saúde, uma vez que o enfrentamento das ações judiciais de forma individualizada por vezes repercute em prejuízo à sua dimensão coletiva, bem como aos princípios da isonomia e equidade. Constatou-se, enfim, que na atual configuração da judicialização da saúde os sujeitos envolvidos atuam egoisticamente, pautados em manifesto e desenfreado individualismo. Entendeu-se que essa postura é incompatível à dimensão objetiva do direito à saúde, o qual, mais do que uma garantia individual, deve ser entendido como um dos pilares do Estado Social e Democrático de Direito, constituindo valor a ser protegido e promovido por toda a sociedade. Constatou-se, igualmente, que o processo civil tradicional, de caráter bilateral e pautado na lógica do individualismo, mostra-se insuficiente para tutela do direito à saúde, o que demanda a adoção de uma nova juridicidade, de forma que a tutela jurisdicional se adeque à dimensão coletiva de tal direito.

No seguir, o estudo discorreu sobre a transindividualidade do direito à saúde e sua justiciabilidade coletiva, reconhecendo nele os caracteres dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Tratou-se, ainda, sobre o histórico e as espécies de ações coletivas existentes no Brasil, notadamente sobre a ação civil pública, analisando-a comparativamente às *class actions* norte-americanas e perquirindo sobre os efeitos e o alcance da coisa julgada. Demonstrou-se, assim, que as ações civis públicas podem e devem ser utilizadas como meio para a tutela do direito social à saúde, mercê de sua inegável natureza transindividual, como reconhecem, aliás, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Com base em todo o suporte teórico acima relatado, passou-se propriamente ao estudo de caso da ACP das insulinas. Cuida-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal em face da União e do Estado de Santa Catarina em 2010, na Justiça Federal de Criciúma, cujo objeto consistia em “viabilizar o acesso dos portadores de diabetes mellitus tipo 1, mediante a implementação de Protocolo Clínico, aos análogos de insulina de longa e de curta duração”. A ação, que foi precedida por inquérito civil e audiência pública, foi julgada procedente em primeiro grau.

Ressalta-se, desde já, que a ACP das Insulinas convergiu para os fundamentos teóricos anteriormente expostos no presente estudo. De fato, o direito à saúde foi ali concebido como fundamento primordial do Estado Social e Democrático de Direito, o qual

impõe ao Estado a adoção de prestações positivas que o assegurem. Admitiu-se, igualmente, que o direito em questão possui uma dimensão coletiva, consubstanciando-se em interesse transindividual, tanto difuso quanto individual homogêneo. A partir disso, reconheceu-se sua justiciabilidade por meio de ação coletiva e a legitimidade do Ministério Público Federal para tanto. Além disso, todo o procedimento da ACP foi pautado no princípio democrático, uma vez que o MPF apenas ajuizou a ação após a realização de audiência pública, a qual evidenciou os anseios da população e a pertinência técnica da implantação do protocolo clínico.

Apesar disso, a sentença de procedência foi reformada pelo TRF4, e o MPF não interpôs recurso para as instâncias superiores. Assim, constatou-se que o insucesso da ACP das insulinas desestimulou o Ministério Público Federal a utilizar a via coletiva para a tutela do direito à saúde. Nesse sentido, após o julgamento de improcedência em 2012, não houve o manejo de quaisquer ações coletivas em saúde na Subseção Judiciária de Criciúma, com predomínio absoluto das ações individuais. Essa realidade produziu resultados negativos, já que o número de ações de medicamentos vem aumentando progressivamente na Justiça Federal de Criciúma, passando de 667 ações no ano de 2008 a 1.843 no ano de 2018. Verificou-se, ademais, que a quantidade elevada de processos produz relevantes prejuízos ao Sistema Único de Saúde, uma vez que os medicamentos adquiridos na via judicial são usualmente mais caros do que na via administrativa. Isso ocorre, especialmente, porque em diversas oportunidades o descumprimento das ordens judiciais redundava em ordem judicial para o sequestro de valores do Estado de Santa Catarina, os quais são disponibilizados para que os autores das ações adquiram os fármacos diretamente no mercado. Por outro lado, as numerosas ações de medicamentos em Criciúma demandam grandes esforços da Justiça Federal, na medida em que cada processo exige a prática de numerosos atos processuais, tanto pelos magistrados quanto pelos servidores em secretaria. Nesse aspecto, constatou-se que a Subseção Judiciária de Criciúma, em 2017 e 2018, praticou mais atos processuais em ações de saúde do que as unidades jurisdicionais de centros maiores, como Florianópolis e Joinville, o que demonstra potenciais deficiências nos serviços públicos de saúde na região e corrobora a afirmação anterior sobre o subfinanciamento do SUS em nível local. Observou-se, enfim, que o julgamento de improcedência da ACP das insulinas contribuiu decisivamente para tal quadro, pois estabeleceu o marco zero na judicialização da saúde na Justiça Federal de Criciúma, de absoluta predominância da via individual. Conseqüentemente, o legado da ação civil pública consiste na persistência do alto número de ações judiciais de medicamentos, nas problemáticas geradas por essa realidade e na prevalência do individualismo.

Estabelecidas essas premissas, retoma-se a questão central desta pesquisa: *Considerando o atual contexto do fenômeno da judicialização da saúde e o julgamento da ACP das Insulinas pela Justiça Federal de Criciúma, em que medida o exercício da tutela coletiva pode contribuir para a estabilização deste cenário e para o fortalecimento da saúde enquanto política pública do Estado Social e Democrático de Direito?*

Entende-se, diante da questão apresentada, que a hipótese proposta restou confirmada. Com efeito, os estudos realizados confirmaram que a saúde é direito social fundamentalizado na Constituição Federal de 1988 e consubstancia valor básico do Estado Social e Democrático de Direito ali estabelecido. Constatou-se que o modelo de Estado em questão é dotado de um princípio democrático, que impõe o gozo e a defesa dos direitos fundamentais – e do direito à saúde – como patrimônio de toda a coletividade. Verificou-se, igualmente, a par do cabimento da tutela jurisdicional pela via individual, que o processo coletivo compatibiliza-se mais adequadamente à dimensão coletiva do direito à saúde e constitui uma alternativa apropriada para estabilização da judicialização e fortalecimento da política pública correspondente.

De fato, no pertinente à judicialização em si, a concentração em um só processo das demandas de uma universalidade de pacientes contribui para a racionalidade da prestação jurisdicional e garante a observância aos princípios da isonomia e da equidade. A racionalidade se faz presente porque a aquisição da tecnologia em saúde não ocorrerá de forma emergencial para uma só pessoa, mas sim como objeto de cuidadoso planejamento administrativo, com investimento dos recursos públicos da forma mais eficiente. A isonomia resta atendida, a seu turno, porque o cumprimento da ordem judicial deverá abranger todas as pessoas que se enquadrarem nos critérios fixados para incorporação da tecnologia, de forma a evitar a prolação de decisões contraditórias para pessoas em situações análogas. A equidade, por fim, relaciona-se à necessidade de a decisão se basear em critérios técnicos que atendam às peculiaridades e diversidade dos potenciais pacientes a serem contemplados pela tecnologia a ser incorporada. O estudo de caso aqui apresentado assim o comprova, pois os medicamentos abrangidos pela ACP das insulinas continuaram a ser pleiteados individualmente em centenas de ações individuais em decorrência do julgamento de improcedência daquela, integrando o elevado número de processos em saúde da Subseção Judiciária de Criciúma. Dessa realidade decorreu prejuízo à racionalização do serviço público, bem como à isonomia e equidade para os autores das ações, que vivenciaram incertezas e distintos caminhos processuais para obter a mesma tutela jurisdicional pretendida.

Além da racionalidade, isonomia e equidade da jurisdição, a via coletiva também se amolda mais adequadamente à dimensão coletiva do direito à saúde, que, como já ressaltado, não deve ser entendido como um bem individual a ser gozado egoisticamente, mas sim como patrimônio de toda a coletividade e valor basilar da sociedade. Dessa forma, no processo coletivo, o provimento judicial não beneficia apenas um usuário do sistema público de saúde, mas toda uma gama de pacientes que apresentem quadros médicos similares.

De outro norte, a via coletiva também pode fortalecer a política pública em saúde, uma vez que as ações individuais resultam em aumento dos gastos de recursos públicos. Isso ocorre, notadamente, porque o tratamento médico deferido na via judicial é mais oneroso ao SUS e abrange outros ônus, tais quais despesas processuais e a própria manutenção da estrutura para administração do contencioso judicial.

Ainda, a tutela coletiva também pode repercutir sensivelmente na interação entre a população e o SUS, de forma que aquela passe a atuar como partícipe das decisões e caminhos da saúde pública, não como mera receptora das políticas públicas. Esse foi o caso na ACP das insulinas, ação que não adveio de mera produção intelectual dos gabinetes do Ministério Público, mas sim de construção coletiva da sociedade, que foi ouvida e participou ativa e decisivamente na elaboração do pleito para incorporação do protocolo clínico dos análogos de insulina. Dessa forma, partindo da premissa de que o SUS não é instituição pública nem privada, mas sim coletiva, pertencente a todos, a tutela coletiva poderá ser exercida de forma que os sujeitos envolvidos atuem como condôminos, participando ativamente da construção da decisão a ser tomada.

Por todos esses motivos, entende-se que o processo coletivo encontra-se em sintonia com os ideais do Estado Democrático de Direito e constitui uma importante alternativa para estabilização das graves problemáticas produzidas pela judicialização da saúde. Quiçá a adoção das ações coletivas como novo modelo para a tutela judicial do direito à saúde possa reverter o atual quadro de aumento progressivo do número de ações de medicamentos e resultar em ganho para todas as instituições e atores envolvidos nas relações de saúde pública, notadamente em favor dos usuários do Sistema Único de Saúde.

## REFERÊNCIAS

- AGUSTINI, Carlos Fernando Coruja. **O protocolo clínico como parâmetro para decisão judicial sobre o fornecimento de medicamento excepcional**. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, 2009. Disponível em <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/103223/265730.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em 22/01/2019.
- AITH, Fernando. **Curso de direito sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- \_\_\_\_\_. Perspectivas do direito sanitário no Brasil: As garantias jurídicas do direito à saúde e os desafios para sua efetivação. In: SANTOS, Lenir. (Org.). **Direito da saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2010.
- \_\_\_\_\_. A emergência do Direito Sanitário como um novo campo do Direito. In ROMERO, Luiz Carlos; DELDUQUE, Maria Célia. **Estudos de Direito Sanitário: a produção normativa em Saúde**. Brasília: Senado Federal, 2011.
- ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha - “Grundgesetz”. Berlim, Deutscher Bundestag, 1949. Tradução de Aechen Assis Mendonça. Disponível em <[btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf](http://bestellservice.de/pdf/80208000.pdf)> Acesso em 03/12/2018.
- ALENCAR, Bruna de e CISCATI, Rafael. **Investimento federal em saúde deverá cair novamente em 2017**. 2016. Disponível em <<https://epoca.globo.com/vida/noticia/2016/09/investimento-federal-em-saude-devera-cair-novamente-em-2017.html>> Acesso em 22/08/2018.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- APPIO, Eduardo. **A ação civil pública no Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2005.
- ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE MEDICINA. **SUS: O que você precisa saber sobre o Sistema Único de Saúde**, volume 1. São Paulo: Atheneu, 2008.
- BARBERATO, Celso e GERAIGE NETO, Zaiden. O direito à saúde no contexto do neoconstitucionalismo. **Nomos, Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito – UFC**, v. 34, n.º. 2 (2014). Disponível em <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1217>> Acesso em 01/08/2018.
- BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. 2009. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/eadcnpj/mod/resource/view.php?id=47743>> Acesso em 23/08/2018.
- BAÚ, Vanderlise Wentz. **A dimensão coletiva do acesso à justiça e a (in)efetividade na proteção dos direitos sociais no Brasil**. Orientador: Douglas Cesar Lucas. 136 p. Dissertação (mestrado) – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2014. Disponível em

<<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2802/Vanderlise%20Wentz%20Ba%20c3%ba.pdf?sequence=1>> Acesso em 24/07/2018.

BLUCHE, Frédéric; RIALS, Stéphane; TULARD, Jean. **A revolução francesa**. Tradução e Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1989.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade. Para uma teoria geral da política**. 14ª São Paulo: Editora Paz e Terra, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004a.

\_\_\_\_\_. **Do Estado Liberal ao Estado Social**: 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004b.

BORGES, Danielle da Costa Leite e SCHUMACHER, Mercedes. O equilíbrio entre o individual e o coletivo na busca pela universalidade do Sistema Único de Saúde. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, v. 2, n. 2, 2013. Disponível em <<https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/66/111>> Acesso em 02/09/2018.

BRAGA, Paulo Vitor Bergamo. Judicialização, assistência farmacêutica e argumentação. Análise da jurisprudência do TRF da 3ª Região. In BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (coordenadoras). **Judicialização da Saúde - A Visão do Poder Executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ação Civil Pública**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996.

BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. **RDA – revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 263, p. 175-220, maio/ago. 2013. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10648/9641>> Acesso em 27/05/2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Audiência pública realizada em 29/08/2016a. Disponível em <<http://www.camara.leg.br/internet/sitaqweb/textoHTML.asp?etapa=11&nuSessao=1023/16&nuQuarto=0&nuOrador=0&nuInsercao=0&dtHorarioQuarto=14:30&sgFaseSessao=&Data=29/8/2016&txApelido=PEC%20241/16%20-%20NOVO%20REGIME%20FISCAL&txFaseSessao=Reuni%C3%A3o%20Deliberativa%20Extraordin%C3%A1ria&txTipoSessao=&dtHoraQuarto=14:30&txEtapa=>>> Acesso em 30/08/2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010a, que Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=877>> Acesso em 30/08/2010.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 107 de 06 de abril de 2010b, que Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência

à saúde. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2831>> Acesso em 30/08/2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. I Encontro do Fórum Nacional da Saúde. 2010c. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/sistemas/sistema-carcerario-e-execucao-penal/455-acoes-e-programas/programas-de-a-a-z/forum-da-saude/13435-i-encontro-do-forum-nacional-da-saude>> Acesso em 30/08/2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. Justiça e Pesquisa - Judicialização da saúde: dados e experiências. 2013. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>> Acesso em 31/08/2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. CNJ e Ministério da Saúde firmam acordo para criação de banco de dados. 23/08/2016d. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83208-cnj-e-ministerio-da-saude-firmam-acordo-para-criacao-de-banco-de-dados>> Acesso em 30/08/2018.

\_\_\_\_\_. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)> Acesso em 09/01/2019.

\_\_\_\_\_. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)> Acesso em 09/01/2019.

\_\_\_\_\_. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)> Acesso em 09/01/2019.

\_\_\_\_\_. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)> Acesso em 09/01/2019.

\_\_\_\_\_. Ato institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-05-68.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm)> Acesso em 09/01/2019.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Constituicao/Constituicao67.htm)> Acesso em 09/01/2019.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)> Acesso em 09/01/2019.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)> Acesso em 17/01/2017.



\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional n. 29, de 13 de setembro de 2000, que altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm)> Acesso em 22/08/2018.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional n° 86, de 17 de março de 2015a, que altera os arts. 165, 166 e 198 da Constituição Federal, para tornar obrigatória a execução da programação orçamentária que especifica. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc86.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc86.htm)> Acesso em 22/08/2018.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional n° 95, de 15 de dezembro de 2016d. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm)> Acesso em 22/10/2018.

\_\_\_\_\_. Lei n° 4.717 de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L4717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4717.htm)> Acesso em 05/09/2018.

\_\_\_\_\_. Lei n° 6.513, de 20 de dezembro de 1977. Dispõe sobre a criação de Áreas Especiais e de Locais de Interesse Turístico; sobre o Inventário com finalidades turísticas dos bens de valor cultural e natural; acrescenta inciso ao art. 2° da Lei n° 4.132, de 10 de setembro de 1962; altera a redação e acrescenta dispositivo à Lei n° 4.717, de 29 de junho de 1965; e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6513.htm#art33](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6513.htm#art33)> Acesso em 05/09/2018.

\_\_\_\_\_. Lei n° 8.080, de 19 setembro de 1990a. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm)>. Acesso em 17/01/2017.

\_\_\_\_\_. Lei n° 8.142, de 28 de dezembro de 1990b. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8142.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8142.htm)>. Acesso em: 21/08/2018.

\_\_\_\_\_. Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990c. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm)> Acesso em 03/09/2018.

\_\_\_\_\_. Lei n° 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9782.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9782.htm)>. Acesso em: 21/08/2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)> Acesso em 14/07/2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015b. Código de Processo Civil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 17/01/2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.269/2016, de 13 de abril de 2016b. Autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2016/lei-13269-13-abril-2016-782885-publicacaooriginal-150083-pl.html>> Acesso em 28/08/2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017a. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm)>. Acesso em 18/07/2017.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei Orçamentária para 2019 (Projeto de Lei nº 27/2018-CN). RELATÓRIO SETORIAL. ÁREA TEMÁTICA II – Saúde de 27 de novembro de 2018c. Disponível em <[http://www.camara.leg.br/internet/comissao/index/mista/orca/orcamento/or2019/rel\\_setor/sector02/rel\\_apresentado.pdf](http://www.camara.leg.br/internet/comissao/index/mista/orca/orcamento/or2019/rel_setor/sector02/rel_apresentado.pdf)> Acesso em 03/01/2018.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. Resolução nº 338, de 06 de maio de 2004. Disponível em <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2004/res0338\\_06\\_05\\_2004.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2004/res0338_06_05_2004.html)> Acesso em 23/08/2018.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Departamento de Atenção Básica. Política nacional de medicamentos 2001/Ministério da Saúde, Secretaria de Políticas de Saúde, Departamento de Atenção Básica. – Brasília: Ministério da Saúde, 2001. Disponível em <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica\\_medicamentos.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_medicamentos.pdf)> Acesso em 23/08/2018.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. Relatório de Gestão 2017b. Disponível em <<http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2018/abril/16/RELATORIO-DE-GESTAO-2017--COMPLETO-PARA-MS.pdf>> Acesso em 14/01/2019.

\_\_\_\_\_. Portal Brasil. **População teve acesso a 1,4 bi de consultas médicas pelo SUS em um ano.** 2015c. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/editoria/saude/2015/06/populacao-teve-acesso-a-1-4-bi-de-consultas-medicas-pelo-sus-em-um-ano>> Acesso em 22/08/2018.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei nº 8.058/2014a. Câmara dos Deputados. Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758>> Acesso em 05/05/2017.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei nº 415/2015d. Senado Federal. Altera a Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências, para tornar obrigatória a definição em regulamento e a divulgação do indicador ou parâmetro de custo-efetividade utilizado na análise das solicitações de incorporação de

tecnologia e tornar obrigatório o respeito aos requisitos de aleatoriedade e publicidade na distribuição dos processos às instâncias responsáveis por essa análise. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122071>> Acesso em 30/08/2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.720.805/RJ (Tema 982), 22/08/2018a. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1.720.805&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>> Acesso em 27/08/2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1657156 / RJ (Tema 106), 21/09/2018b. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201700256297>> Acesso em 23/10/2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.518.879/SC, 05/11/2015e. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22a%E7%E3o+civil+publica%22+e+coletiva+e+saude+&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=15>> Acesso em 06/09/2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Audiência pública nº 4. Abril e maio de 2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>> Acesso em 29/08/2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 727864/PR, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 04/11/2014b. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7218726>> . Acesso em 17/07/2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5501. Relator Ministro Marco Aurélio. 2016c. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4966501>> Acesso em 28/08/2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 566471, Relator Ministro Marco Aurélio. 2007. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565078>> Acesso em 27/08/2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. STA/175 - AG. REG. na Suspensão de Tutela Antecipada. 17 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>> Acesso em 19/08/2018.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002;

\_\_\_\_\_. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (Orgs.). **Políticas públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013;

BUSS, Paulo Marchiori. **A IX Conferência Nacional de Saúde**. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 3, p. 297-300, Sept. 1991. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X1991000300001](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X1991000300001)>. Acesso em 09/01/2019.

CALAZANS, Paulo Murillo. **Marbury vs. Madison: um breve exame histórico, político e jurídico**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 154, nov 2016. Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=17974](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17974)> Acesso em 22/01/2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

\_\_\_\_\_. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora: 2008.

CANUT, Letícia. Comissões intergestores: inovação na descentralização das políticas de saúde. In CUSTODIO, André Viana (Org.); VIEIRA, Reginaldo de Souza (Org.). **Estado, Política e Direito: políticas públicas e sociais**. 1. ed. Criciúma: Editora Unesc, 2011.

\_\_\_\_\_. Estado democrático de direito, políticas públicas e direito à saúde: uma breve introdução sobre o SUS. In VIEIRA, Reginaldo de Souza (Org.); CERETTA, Luciane Bisognin. **Temas em direito sanitário & saúde coletiva: SUS – uma política pública de Estado**. Tomo I. 1. ed. Criciúma: Editora Unesc, 2013a.

\_\_\_\_\_. **Exercício do direito coletivo à saúde na pós-modernidade jurídico-política brasileira: Nova estrutura participativa para a formulação das políticas do sistema único**. Orientador, José Isaac Pilati - Florianópolis, SC, 2013b. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós - Graduação em Direito. Disponível em <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/107489/319575.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em 05/08/2018.

CAPELETI, Célia Regina Capeleti, VIDAL, Pedro Walter Guimarães Tang. **Direitos Sociais e sua Efetivação: Uma Análise a Partir dos Princípios da Proporcionalidade e da Proibição do Retrocesso Social**. Disponível em <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/5873>> Acesso em 15/07/2017.

CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. **Curso de Direito Civil**. Parte geral. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

CARVALHO, Déa et al. O Sistema Único de Saúde: uma retrospectiva e desafios. In: ALVES, Sandra Mara Campos; DELDUQUE, Maria Célia; DINO NETO, Nicolas (Orgs.). **Direito sanitário em perspectiva**, volume 2. Brasília: ESMPU/FIOCRUZ, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder Comparato. **A Constituição Alemã de 1919**. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/alema1919.htm>> Acesso em 27/02/2018.

\_\_\_\_\_. **A Constituição Mexicana de 1917**. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm>> Acesso em 27/02/2018.

CONSANI, Cristina Foroni. O federalista e a democracia: revisitando a teoria da separação dos Poderes e o papel do Judiciário. **Rev. direitos fundam. democ.**, v. 18, n. 18, p. 146-181, jul./dez. 2015. Disponível em <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/608/444>> Acesso em 27/08/2018.

CONSTANT, Benjamin. **The liberty of the ancients compared with that of the moderns**. Disponível em: <<http://www.earlymoderntexts.com/pdf/conslibe.pdf>>. Acesso em: 01/09/2017.

CONSTITUIÇÃO da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> Acesso em 03/08/2018.

COSTA, Marli Marlene Moraes da; REIS, Suzéte da Silva. Aportes teóricos sobre a fundamentalidade dos direitos fundamentais e sociais. In CUSTODIO, André Viana (Org.); VIEIRA, Reginaldo de Souza (Org.). **Estado, Política e Direito: políticas públicas e sociais**. 1. ed. Criciúma: Editora Unesc, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**, 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>, acesso em 13/01/2016.

DELDUQUE, Maria Célia; MARQUES, Sílvia Badim; CIARLINI, Álvaro. Judicialização das Políticas de Saúde no Brasil. In ALVES, Sandra Mara Campos; DELDUQUE, Maria Célia; DINO NETO, Nicolas (Orgs.). **Direito sanitário em perspectiva**, volume 2. Brasília: ESMPU/FIOCRUZ, 2013.

ELIAS, Paulo Eduardo. Uma visão do SUS. In ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE MEDICINA. **SUS: O que você precisa saber sobre o Sistema Único de Saúde**, volume 1. São Paulo: Atheneu, 2008.

ESPING-ANDERSEN, Gosta et al. A NEW WELFARE ARCHITECTURE FOR EUROPE? Report submitted to the Belgian Presidency of the European Union. 2001. Disponível em <<https://pdfs.semanticscholar.org/bc3f/661a6e43ef2b0220bcb4c05a5a94cbe8f3c8.pdf>> Acesso em 21/07/2018.

ESPING-ANDERSEN, Gosta e MYLES, John. (2007). **The Welfare State and Redistribution**. Disponível em

<[https://www.researchgate.net/publication/255583959\\_The\\_Welfare\\_State\\_and\\_Redistribution](https://www.researchgate.net/publication/255583959_The_Welfare_State_and_Redistribution)> Acesso em 19/07/2018

FERNANDES, Antônio Joaquim Schelleberger. **Direito à saúde: tutela coletiva e mediação sanitária**. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

FERNÁNDEZ, Antoni. Las políticas públicas. p. 460-482. In: BADIA, Miquel Carminal (Editor). **Manual de ciência política**. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2004.

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

GALBREITH, John Kenneth **1929: A grande crise**. São Paulo: Editora Larousse do Brasil, 2010.

GARCIA-PELAYO, Manuel. **As transformações do Estado contemporâneo**. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NETO, João Pedro Gebran. SCHULZE, Clenio Jair. **Direito à Saúde. Análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015.

GIDI, Antônio. **A Class Action como instrumento de tutela coletiva de direitos: As ações coletivas em uma perspectiva comparada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. **The Oxford handbook of law and politics**. Nova York: Oxford University Press, 2008.

GLOBKNER, Osmir Antonio. A tutela individual e coletiva do direito à saúde pelo Ministério Público. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, v. 8, 2015. Disponível em <[http://www.esmp.sp.gov.br/revista\\_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/209](http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/209)> Acesso em 03/09/2018.

GODOIS, Leandro. Jurisdição e Democracia: Uma Análise da Judicialização da(s) Política(s) sob a Perspectiva Democrática. In XII Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea e II Mostra Nacional de Trabalhos Científicos. Disponível em <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/issue/current>> Acesso em 12/04/2017.

GOMES, Leandro Ribeiro. **Libertários e Bolcheviques: a repercussão da Revolução Russa na imprensa operária anarquista brasileira (1917-1922)**. 2012. 242 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista, Faculdade de Ciências e Letras de Assis, 2012. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11449/94089>> Acesso em 03/12/2018.

GOTTI, Alessandra. **Judicialização do direito à saúde e insuficiência dos mecanismos tradicionais de resolução de conflitos**. In BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (coordenadoras). **Judicialização da Saúde - A Visão do Poder Executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017.

HERRERA FLORES, Joaquin. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2009.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge, MA, Harvard University Press, 2007.

\_\_\_\_\_. **The Judicialization of Megapolitics and the Rise of Political courts**. *Annual Review of Political Science*. Vol. 11, 2008. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1138008>> Acesso em 28/08/2018.

\_\_\_\_\_. O novo constitucionalismo e a judicialização da política. In: Luiz Moreira (Org). **Judicialização da Política**. São Paulo: 22 Editorial, 2012.

HUBERMAN, Leo. **História da Riqueza do Homem**. Zahar Editores, 1981.

JORGE, Ighor Rafael de. Novas formas de enfrentamento da judicialização da saúde: a Audiência Pública n. 4 e as medidas adotadas nos Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo. In BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (coordenadoras). **Judicialização da Saúde - A Visão do Poder Executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017.

KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **Sistema de precedentes e direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015a.

\_\_\_\_\_. **A importância dos direitos fundamentais para o sistema de precedentes**. Dissertação submetida ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, para obtenção do Grau de Mestre em Direito. 2015b. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/135144/334392.pdf?sequence=1>. Acesso em 14/07/2018.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A jurisdição constitucional entre judicialização e ativismo judicial. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. (Orgs). **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. t. 13. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2013.

LEAL, Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. A Judicialização da Política e do Direito: um fenômeno decorrente de múltiplas causas, sob diferentes abordagens. In: **Anais do XI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**. Santa Cruz do Sul: EdUNISC, 2014.

\_\_\_\_\_. **Judicialização e Ativismo Judicial**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2015.

LEITE, Roberto Basilone. **O papel do juiz na democracia: Ativismo Judicial Político X Ativismo Judicial Jurisdicional - 500 anos de autoritarismo e o desafio da transição para a democracia no Brasil contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2014.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006.

MAGALHÃES, Breno Baía e FERREIRA, Vanessa Rocha. **STF e os parâmetros para a judicialização da saúde**. 15/01/2017. Disponível em < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/stf-e-os-parametros-para-judicializacao-da-saude-15012017> > Acesso em 29/08/2018.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia Científica**.

4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

MARINONI, Luis Guilherme. Aproximação Crítica entre as Jurisdições de Civil Law e de Common Law e a Necessidade de Respeito aos Precedentes no Brasil. **Revista de Processo**, v. 172, p. 175-232, 2009.

\_\_\_\_\_. **Precedentes Obrigatórios**. 2. Ed. Rev. E atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; Mitidiero, Daniel. **Novo curso de processo civil. Tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 2 ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARTÍNEZ, Alejandro Rosillo. **Fundamentação dos direitos humanos desde a filosofia da libertação**. Ijuí-RS: Editora Unijui, 2015.

MARTINEZ, Vinício. Estado do bem estar social ou Estado social? **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 656, 24 abr. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6623>> Acesso em 02/03/2018.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 20 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MÉXICO. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Disponível em <<http://www.bicentenario.gob.mx/PDF/MemoriaPolitica/1917COF.pdf>> Acesso em 26/02/2018.

MINISTÉRIO da Saúde alerta sobre custos da judicialização. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85915-ministerio-da-saude-alerta-sobre-custos-da-judicializacao>> Acesso em 23/03/2018.

MONTEIRO, Artur Péricles Lima. Um horizonte mais amplo para o direito à saúde: ação governamental em escala e processo administrativo para formulação de protocolos clínicos. In BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (coordenadoras). **Judicialização da Saúde - A Visão do Poder Executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**, v. I São Paulo: Nova Cultural, 2000.

MORAES, Maria Valentina de; LEAL, Maria Clarissa Henning. Controle e Implementação de Políticas Públicas na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: uma análise crítica. In VIEIRA, Reginaldo de Souza; PRÉVE, Daniel Ribeiro; PILATI, José Issac (organizadores). **Estado, Política e Direito: políticas públicas, gestão pública e direitos fundamentais – Volume 5 – Curitiba: Editora CRV, 2015.**

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. São Paulo. Cortez; Brasília. UNESCO, 2000. Disponível em <



[https://www.researchgate.net/publication/44251432\\_Morin\\_os\\_sete\\_saberes\\_necessarios\\_a\\_educacao\\_do\\_futuro](https://www.researchgate.net/publication/44251432_Morin_os_sete_saberes_necessarios_a_educacao_do_futuro)> Acesso em 12/08/2018.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao pensamento complexo**. 4. ed., Porto Alegre: editora Sulina, 2011.

MORLINO, Leonardo. Qualidades da democracia: como analisá-las. **Sociedade e Cultura**, vol. 18, núm. 2, julho-dezembro, 2015, pp. 177-194. Universidade Federal de Goiás. Goiânia, Brasil. Disponível em <<http://www.redalyc.org/pdf/703/70346854015.pdf>> Acesso em 23/07/2018.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de direito**: do Estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito. Coimbra: Almedina, 2006.

OLSEN; Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais. Efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

PAIM, Jairnilson Silva. S. **O que é o SUS**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2009.

PEPE, Vera Lúcia Edais e OSÓRIO-DE-CADTRO, Cláudia Garcia Serpa. Assistência farmacêutica no Sistema Único de Saúde. In ALVES, Sandra Mara Campos; DELDUQUE, Maria Célia; DINO NETO, Nicolas (Orgs.). **Direito sanitário em perspectiva**, volume 2. Brasília: ESMPU/FIOCRUZ, 2013.

PILATI, José Isaac. **A propriedade e função social na pós-modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: A preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917. **Revista de informação legislativa**, v. 43, n. 169, p. 101-126, jan./mar. 2006. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/92449>> Acesso em 03/12/2018.

PIOLA, Sérgio Francisco. Financiamento público da Saúde: algumas questões. In ALVES, Sandra Mara Campos; DELDUQUE, Maria Célia; DINO NETO, Nicolas (Orgs.). **Direito sanitário em perspectiva**, volume 2. Brasília: ESMPU/FIOCRUZ, 2013.

PLATÃO. **A república**. Introdução, tradução e notas de Maria Helena da Rocha Pereira. 9 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2001.

POSSOLLI, José Luiz. **Direito à saúde: um estudo de caso dos gastos em ações e serviços públicos de saúde à luz da Lei Complementar nº 141/2012 no município de Criciúma-SC**. - 2017. 195 p: il; 21 cm. Dissertação (Mestrado) - Universidade do Extremo Sul Catarinense, Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Socioeconômico, Criciúma, 2017. Orientador: Reginaldo de Souza Vieira. Coorientador: Dimas de Oliveira Estevam.

RECONDO, Felipe. **Que tribunal gasta mais dinheiro para julgar um processo? Índice mostra qual o custo judicial de cada corte do país**. Jota, 30/06/2015. Disponível em <<https://www.jota.info/justica/que-tribunal-gasta-mais-dinheiro-para-julgar-um-processo-30062015>> Acesso em 31/08/2018.

RIOS, Roger Raupp. Direito à saúde, universalidade, integralidade e políticas públicas: princípios e requisitos em demandas judiciais por medicamentos. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 31, agosto. 2009. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/60658/direito\\_sa%c3%bade\\_universalidade\\_rios.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/60658/direito_sa%c3%bade_universalidade_rios.pdf)> Acesso em 07/08/2018.

RIZZI, Ester Gammardella. **Revolução mexicana: o direito em tempos de transformação social**. 2016. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-25052017-155455/pt-br.php>> Acesso em: 03/12/2018.

RODRIGUES, Adriane . Bandeira. **A judicialização do fornecimento de medicamentos frente à universalidade do Sistema Único de Saúde**. Orientador: Reginaldo de Souza Vieira. 322 p. Dissertação (mestrado) – Universidade do Extremo Sul Catarinense. Programa de Pós-graduação em Desenvolvimento Socioeconômico, Criciúma, 2016. Disponível em <[http://www.bib.unesc.net/pergamum/biblioteca/index.php?resolution2=1024\\_1tipo\\_pesquisa=eid\\_biblioteca=tipo\\_obra\\_selecionados=etermo=ecolecao\\_selecionados=eid=eword=#posicao\\_dados\\_acervo](http://www.bib.unesc.net/pergamum/biblioteca/index.php?resolution2=1024_1tipo_pesquisa=eid_biblioteca=tipo_obra_selecionados=etermo=ecolecao_selecionados=eid=eword=#posicao_dados_acervo)>. Acesso em 19/01/2017.

ROSEN, George. **Uma história da saúde pública**. Tradução de Marcos Fernando da Silva Moreira e José Ruben de Alcântara Bonfim. São Paulo: Hucitec - Universidade Estadual Paulista; Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, 1994.

RUA, Maria das Graças. **Análises de políticas públicas: conceitos básicos**. Disponível em: [projetos.dieese.org.br/projetos/SUPROF/Analisepoliticaspublicas.PDF](http://projetos.dieese.org.br/projetos/SUPROF/Analisepoliticaspublicas.PDF). Acesso em 08/08/2014.

SANTA HELENA, Eber Zoehler. **O fenômeno da desjudicialização**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 922, 11 jan. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7818>> Acesso em 24/07/2018.

SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). **Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SANTOS, Márcia Valquíria Batista dos Santos et al. O caso da fosfoetanolamina sintética, judicialização com risco à saúde. In BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (coordenadoras). **Judicialização da Saúde - A Visão do Poder Executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 6 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>> Acesso em 07/08/2018.

\_\_\_\_\_. **As aproximações e tensões existentes entre os Direitos Humanos e Fundamentais**. 23/01/2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-23/direitos-fundamentais-aproximacoes-tensoes-existentis-entre-direitos-humanos-fundamentais>> Acesso em: 23/07/2018.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e Metodológicos. In REIS, Jorge Renato dos e LEAL, Rogério Gesta, **Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos**, Tomo 8, Santa Cruz do Sul, Edunisc, 2008.

SCHULZE, Clênio Jair. **Números atualizados da judicialização da saúde no Brasil**. 11/09/2017. Disponível em <<http://emporiododireito.com.br/leitura/numeros-atualizados-da-judicializacao-da-saude-no-brasil-por-clenio-jair-schulze>> Acesso em 30/08/2018.

\_\_\_\_\_. Os números do CNJ sobre a judicialização da saúde em 2018. **Revista Consultor Jurídico**, 10 de novembro de 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-nov-10/opiniao-numeros-judicializacao-saude-2018>> Acesso em 23/01/2018

SCHWAB, Jürgen. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Org: Leonardo Martins. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006. Disponível em <[http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_7738-544-1-30.pdf](http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-1-30.pdf)> Acesso em 29/07/2018.

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

SERRA, José. As duas reformas da saúde. In ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE MEDICINA. **SUS: O que você precisa saber sobre o Sistema Único de Saúde**, volume 1. São Paulo: Atheneu, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

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

SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (Orgs.). **Políticas públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

\_\_\_\_\_. Políticas Públicas: questões temáticas e de pesquisa. **Caderno CRH**, Salvador, n. 39, p. 11-24, jul./dez. 2003. Disponível em [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/359019/mod\\_resource/content/1/T2%20Celina%20Souza%20Políticas%20publicas%20RCRH-2006-273.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/359019/mod_resource/content/1/T2%20Celina%20Souza%20Políticas%20publicas%20RCRH-2006-273.pdf). Acesso em 14/01/2018.

STRECK, Lênio Luiz. **O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?** Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo> > Acesso em 25/08/2018.

STRECK, Lenio Luiz e LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **Lei das Políticas Públicas é 'Estado Social a golpe de caneta?'** Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-10/lei-politicas-publicas-estado-social-golpe-caneta>> Acesso em 02/05/2017;

STRECK, Lênio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência Política e teoria do estado**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

STURZZA, Janaína Machado e CASSOL, Sabrina. Do direito à saúde no Brasil ao *diritto alla salute* na Itália: breves apontamentos sóciojurídicos. In: GOREZEVSKI, Clóvis e REIS, Jorge Renato dos (org.). **Direitos Fundamentais Sociais como Paradigmas de uma Sociedade Fraterna: constitucionalismo contemporâneo**. Santa Cruz do Sul: IPR, 2008.

TATE, Chester Neal. Why the expansion of judicial power?. In: TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn (Eds.). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York/London: New York University Press, 1995.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. **O papel das políticas públicas no desenvolvimento local e na transformação da realidade**. AATR-BA, 2002. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/aatr2/a\\_pdf/03\\_aatr\\_pp\\_papel.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/aatr2/a_pdf/03_aatr_pp_papel.pdf). Acesso em: 04 abr. 2017.

TONELLI, Maria Luiza Quaresma. **Judicialização da política**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2016.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. Subseção Judiciária de Criciúma/SC. Ação civil pública nº 5001439-79.2010.4.04.7204. Ajuizada em 09/07/2010. Disponível em <[https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta\\_processual\\_resultado\\_pesquisa&txtValor=50014397920104047204&selOrigem=SC&chkMostrarBaixados=&todasfases=&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=&numPagina=1](https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50014397920104047204&selOrigem=SC&chkMostrarBaixados=&todasfases=&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=&numPagina=1)> Acesso em 19/02/2019.

\_\_\_\_\_. Procedimento do Juizado Especial Cível nº 5003078-30.2013.4.04.7204. Ajuizado em 17/04/2013. Disponível em <[https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta\\_processual\\_resultado\\_pesquisa&txtValor=50030783020134047204&selOrigem=SC&chkMostrarBaixados=&todasfases=&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=&numPagina=3](https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50030783020134047204&selOrigem=SC&chkMostrarBaixados=&todasfases=&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=&numPagina=3)> Acesso em 19/02/2019.

VIANA, Nildo. **A constituição das políticas públicas**. Disponível em: [www.nee.ueg.br/seer/index.php/revistaplurais/article/view/69/96](http://www.nee.ueg.br/seer/index.php/revistaplurais/article/view/69/96). Acesso em: 11.08.2014.

VIEIRA, Reginaldo de Souza. A cidadania na república participativa: pressupostos para a articulação de um novo paradigma jurídico e político para os conselhos de saúde, 2013. 527 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, 2013.

VIAL, Sandra Regina Martini. El derecho a la salud en Brasil: su efectividad a través del postulado de la fraternidade. In URBINA, Jorge Tomillo e CUEVAS, Joaquim Cayón de Las Cuevas (diretores). **Estudios sobre Derecho de la Salud**. Pamplona: Aranzadi, 2011.

VIEIRA, Roseli Schminski e VIEIRA, Reginaldo de Souza. Saúde do Idoso e Execução da Política Nacional da Pessoa Idosa nas Ações Realizadas na Atenção Básica à Saúde. **Revista de Direito Sanitário**, Brasil, v. 17, n. 1, p. 14-37, 2016. ISSN 2316-9044. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/117042/114640>>. Acesso em 16/01/2017.

WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. Políticas públicas e o direito fundamenta; à saúde: a experiência das jornadas de direito da saúde do Conselho Nacional de Justiça. In BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (coordenadoras). **Judicialização da Saúde - A Visão do Poder Executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017.

WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (orgs). **Os novos direitos no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. Marx, a questão judaica e os direitos humanos. **Revista Sequência**, n.º 48, p. 11-28, jul. de 2004. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/1250-1264-1-PB.pdf>> Acesso em 03/12/2018.

VIANA, Nildo. **A constituição das políticas públicas**. Disponível em: <[www.nec.ueg.br/seer/index.php/revistaplurais/article/view/69/96](http://www.nec.ueg.br/seer/index.php/revistaplurais/article/view/69/96)>.

ZAULI, Eduardo Meira. Judicialização da política, poder judiciário e comissões parlamentares de inquérito no Brasil. **Rev. Sociol. Polit.** [online]. 2011, vol.19, n.40. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_isoref&pid=S0104-44782011000300014&lng=en&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_isoref&pid=S0104-44782011000300014&lng=en&tlng=pt)> Acesso em 24/08/2018.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 4 edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

**ANEXOS**

**ANEXO I – RELATÓRIO DO SIAPRO COM O NÚMERO DE AÇÕES EM SAÚDE  
NA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE CRICIÚMA**

Mes/Ano: **07/2018 a 07/2018**

UF: **SC**

Subsecao: **CRICIUMA**

Vara: **Todas**

Somar UAA: **Sim**

Dados: **SIAPRO e-Proc e-ProcV;**

RelatOrio: **5 - Processos em andamento**

Classe: **Várias**

Compete'ncia: **Várias**

Assunto: **Vários**

Magistrado: **Vários**

Entidade: **Todas**

Tipo de Parte: **Qualquer**

Juízo
SIAPRO 04 - Criciúma SCCRIO3F Juizo Federal da 3ª VF de Criciúma SCCRIO3S - Juizo Substituto da 3ª VF de Criciúma SCCRIO4F - Juizo Federal da 4ª VF de Criciúma SCCRIO4S - Juizo Substituto da 4ª VF de Criciúma Total 04 - Criciúma SIAPRO Total SIAPRO e-Proc Total e-Proc e-ProcV2 04 - CRICIUMA SCCRIO2F - Juizo Federal da 2ª VF de Criciúma SCCRIO2S - Juizo Substituto da 2ª VF de Criciúma SCCRIO3F - Juizo Federal da 3ª VF de Criciúma SCCRIO3S - Juizo Substituto da 3ª VF de Criciúma SCCRIO4F - Juizo Federal da 4ª VF de Criciúma SCCRIO4S - Juizo Substituto da 4ª VF de Criciúma Total 04 - CRICIUMA e- ProcV2 Total e-ProcV2 Total para esta Subsecao 1 Em tramitacao no Juizo 2 Conclusos para Sentenca 3 Reman. TRF/STJ/STF/TR aguardando 4 Sobrestados e Suspensos 5 Andamento (1 + 3 + 4)

1	2	3	4	5
1	0	0	0	1
1	0	0	0	1
2	0	0	0	2
2	0	0	0	2
6	0	0	0	6
6	0	0	0	6
0	0	0	0	0
279	4	90	147	516
281	17	107	149	537
81	3	65	96	242
76	2	53	109	238
76	6	31	39	146
91	6	33	34	158
884	38	379	574	1837
884	38	379	574	1837
890	38	379	574	1843



## ANEXO II – CERTIDÃO DA SEGUNDA VARA FEDERAL DE CRICIÚMA

**Poder Judiciario**  
**JUSTIca FEDERAL**  
**Seca() Judiciaria de Santa Catarina**  
**r Vara Federal de Cricitima**

Avenida Centenario, 1570 - Bairro: Santa Barbara - CEP: 88804-001 - Fone: (48)3431-4200  
 - [www.jfsc.jus.br](http://www.jfsc.jus.br) - Email:  
[sccri02@jfsejus.br](mailto:sccri02@jfsejus.br)

**PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CIVEL N° 5009260-27.2016.4.04.7204/SC**

AUTOR: FELICE JAQUELINE SCHNACK PIERI (PAIS)

AUTOR: ANTONIO SCHNACK PIERI (ABSOLUTAMENTE

INCAPAZ (ART. 3° CC)) REI: ESTADO DE SANTA CATARINA

REU: UNIAO - ADVOCACIA GERAL DA UNIAO

**REIN:** MUNICIPIO DE CRICIUMA/SC

### CERTIDAO

Certifico que em cerca de 395 processos que tramitam nesta 2a Vara Federal houve o descumprimento das tutelar de urgência deferidas ou sentenças definitivas, sendo necessario realizar o bloqueio de valores das contas do Estado de Santa Catarina, conforme relacao que segue em anexo.

Certifico, ainda, que em 326 desses processos houve deciso judicial advertindo os rats acerca do reconhecimento da pratica de ato atentatorio a dignidade da Justica, com aplicacdo da respectiva multa, alem de multa cominatOria imposta em decisOes anteriores e determinacao para remessa dos autos ao MPF, consoante lista de processos que segue.

Documento eletronico assinado por **FERNANDO DIETRICH DE LIMA, Diretor de Seeretaria**, na forma do artigo 1º, inciso III. da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolucao TRF 4" Regi n° 17, de 26 de marco de 2010. A conferacia da **autenticidade do doeurnento** esta disponivel no endereco eletronico <http://www.trf4.jus.br/trt4/processos/veritica.php>. mediante o preenchimento do cOdigo verificador **720002285501v2** e do cOdigo CRC **237c56a0**.

Informacoes adicionais da assinatura:

Signatario (a): FERNANDO DIETRICH DE

LIMA Data e Hora: 5/4/2017. as 16:32:14

**5009260-27.2016.4.04.7204**

**720002285501 .V2**

**ANEXO III – DOCUMENTAÇÃO RELATIVA AO CONVÊNIO NATJUS/SC****CONVÊNIO - EXTRATO**

Seção Judiciária de Santa Catarina

Justiça Federal

**EXTRATO DO CONVÊNIO N. 04/2017**

PA nº 0002021-54.2017.4.04.8002; Convenientes: JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRO GRAU EM SANTA CATARINA, CNPJ nº 05.427.319/0001-11, e a SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE DE SANTA CATARINA – SES/SC, CNPJ nº 80.673.411/0001-87; Objeto: criação e a instalação de um projeto piloto de “Núcleo de Apoio Técnico ao Judiciário” - NATJus/SC, com o objetivo de fornecer subsídios técnicos aos magistrados nas ações oriundas das Subseções Judiciárias de Criciúma e de Itajaí, que busquem compelir o Estado de Santa Catarina ao fornecimento de medicamentos e de componentes nutricionais, via troca de informações institucionais. Vigência: 05 anos, a contar de 31/10/2017, podendo ser prorrogado. Assinatura: 03/07/2017.

Paulo Tarcísio Bonelli

**ANEXO IV – RELATÓRIO DE PENDÊNCIAS DA PROCURADORIA GERAL DO  
ESTADO**

**Zimbra** [bff@jfsc.jus.br](mailto:bff@jfsc.jus.br)

**Fwd: Judicialização da saúde Bruno Favaro**

**De :** ANDRE DOUMID BORGES <[andre@pge.sc.gov.br](mailto:andre@pge.sc.gov.br)> Qui, 18 de out de 2018 17:04

**Assunto :** Fwd: Judicialização da saúde Bruno Favaro

**Para :** [bff@jfsc.jus.br](mailto:bff@jfsc.jus.br)

Forwarded message--

Subject: Re: Judicialização da saúde Bruno Favaro

To: ANDRE DOUMID BORGES <[andre@pge.sc.gov.br](mailto:andre@pge.sc.gov.br)>

Prezado Dr. André,

As informações que a Corregedoria possui sobre as ações de Saúde, são as seguintes:

1) Total de pendências recebidas (Citações/Intimações/Ofícios) na agenda dos Procuradores referente a Justiça Federal de SC: a) 2018 (até setembro)

<b>Comarca</b>	<b>Contagem de Movimentação</b>
Subseção Judiciária de Criciúma	4308
Subseção Judiciária de Florianópolis	3233
Subseção Judiciária de Tubarão	1597
Subseção Judiciária de Joinville	1048
Subseção Judiciária de Blumenau	847
Subseção Judiciária de Itajaí	745

**ANEXO V - LEVANTAMENTO EFETUADO PELA ADVOCACIA GERAL DA  
UNIÃO, POR MEIO DA EQUIPE VIRTUAL DE ALTO DESEMPENHO DE  
DIREITO À SAÚDE- E-QUAD/SAÚDE, ENTRE 01/01/2017 E 31/05/2018**

Ações SC		Pedido	Freq.
2450		RANIBIZUMABE - LUCENTIS	92
604		RIVAROXABANA - XARELTO	42
		GLIMEPIRIDA+CLORIDRATO DE METFORMINA - MERITOR	42
		BEVACIZUMABE - AVASTIN	42
		INSULINA GLARGINA - LANTUS	39
		AFLIBERCEPT - EYLIA	36
		ENOXAPARINA SÓDICA	33
		INSULINA DEGLUDECA - TRESIBA	29
		MICOFENOLATO DE MOFETILA	28
		BROMETO DE TIOTRÓPIO - SPIRIVA RESPIMAT	25
		Meritor	20
		NUSINERSENA - SPINRAZA	20
		VIDAGLIPTINA + CLORIDRATO DE METFORMINA - GALVUS MET	19
		CLORIDRATO DE CINACALCETE - MIMPARA	18
		BORTEZOMIBE - VELCADE	18
		RANIBIZUMABE - LUCENTIS	16
		TEMOZOLAMIDA - TEMODAL	15
		NIVOLUMABE - OPDIVO	15
		TERIPARATIDA - FORTEO	14
		Insulina Glargina	14
		LINAGLIPTINA - TRAYENTA	13
		TICAGRELOR - BRILINTA	12
		ESILATO DE NINTEDANIBE - OFEV	12
		EMPAGLIFLOZINA - JARDIANCE	12
		ACETATO DE ABIRATERONA - ZYTIGA	12
		ÁCIDO URSODESOXICÓLICO - URSACOL	12
		VENLAFAXINA	11

Rótulos de Linha	Freq.
GLIMEPIRIDA+CLORIDRATO DE METFORMINA - MERITOR	41
RANIBIZUMABE - LUCENTIS	23
VIDAGLIPTINA + CLORIDRATO DE METFORMINA - GALVUS MET	18
INSULINA GLARGINA - LANTUS	15
EMPAGLIFLOZINA - JARDIANCE	11
BROMETO DE TIOTRÓPIO - SPIRIVA RESPIMAT	11
ENOXAPARINA SÓDICA	10
INSULINA DEGLUDECA - TRESIBA	10
RIVAROXABANA - XARELTO	9
LINAGLIPTINA - TRAYENTA	9
ACETATO DE ABIRATERONA - ZYTIGA	6
TRIMETAZIDINA - VASTAREL	6
BEVACIZUMABE - AVASTIN	5
SITAGLIPTINA+METFORMINA - JANUMET	5
MICOFENOLATO DE MOFETILA	5
ALOGLIPTINA - NESINA	5
DAPAGLIFLOZINA+METFORMINA - XIGDUO	4
SULFATO DE GLICOSAMINA	4
PEMBROLIZUMABE - KEYTRUDA	4
CLORIDRATO DE CINACALCETE - MIMPARA	4
METILFENIDATO - CONCERTA	4
AFLIBERCEPT - EYLIA	4
OXALATO DE ESCILATROPAM - LEXAPRO	4
TEMOZOLAMIDA - TEMODAL	4
DAPAGLIFLOZINA - FORXIGA	4
BORTEZOMIBE - VELCADE	4
LEVETIRACETAM - KEPPRA	3

**ANEXO VI – EDITAL RELATIVO A PREGÃO DO MUNICÍPIO DE  
BRASILÂNDIA/MS**

**AVISO - RESULTADO DE LICITAÇÃO  
PREGÃO PRESENCIAL**

O Município de Brasilândia – MS, através de seu Pregoeiro, torna público o resultado do processo abaixo:

Modalidade da Licitação: Pregao Presencial nº. 2/ 2017 - Processo nº 75/ 2017.

Objeto: Contratação de Empresa para fornecimento de Insulina Glargina (Lantus), visando atender Secretaria Municipal de Saúde.

Resultado: Empresa (s) vencedora (s):

FARMACIA FARMAKO LTDA	16.683,00	Dezesseis mil e seiscentos e oitenta e três reais
--------------------------	-----------	---

Brasilândia – MS, 03/02/2017.

Carlos Alberto Ávila da Silva - Pregoeiro

**ANEXO VII – RELATÓRIO DO E-PROCV2 SOBRE SENTENÇAS PROFERIDAS  
COM MENÇÃO AOS ANÁLOGOS DE INSULINA**

<b>Total de Minutas Listadas: 122</b>		
<b>Nro. processo</b>	<b>Cod. assunto</b>	<b>Usuário</b>
50135159620144047204	"01040411"	ROA
50145595320144047204	"01040411"	JPJ
50106656920144047204	"01040411"	CSF
50149856520144047204	"01040411"	ROA
50126714920144047204	"01040411"	CSF
50154463720144047204	"01040411"	GHM
50160518020144047204	"01040411"	CVI
50154905620144047204	"01040411"	GHM
50000603020154047204	"01040411"	LKK
50161911720144047204	"01040411"	LKK
50124142420144047204	"01040411"	ROA
50176609820144047204	"01040411"	CVI
50169698420144047204	"01040411"	JPJ
50156351520144047204	"01040411"	LKK
50171594720144047204	"01040411"	ROA
50180064920144047204	"01040411"	CVI
50173838220144047204	"01040411"	LKK
50169646220144047204	"01040411"	SCA
50018634820154047204	"01040411"	JPJ
50179346220144047204	"01040411"	SDC
50161591220144047204	"01040411"	LKK
50019847620154047204	"01040411"	GHM
50003460820154047204	"01040411"	LKK
50016799220154047204	"01040411"	JPJ
50019630320154047204	"01040411"	GHM
50019856120154047204	"01080102"	SCA
50015829220154047204	"01040411"	MOO
50022099620154047204	"01040411"	MOO
50020132920154047204	"01040411"	MOO
50045448820154047204	"01040411"	LKK
50040381520154047204	"01040411"	MOO

Total de Minutas Listadas: 49		
Nro. processo	Cod. assunto	Usuário
50135159620144047204	"01040411"	ROA
50126714920144047204	"01040411"	CSF
50154463720144047204	"01040411"	GHM
50154905620144047204	"01040411"	GHM
50124142420144047204	"01040411"	ROA
50176609820144047204	"01040411"	CVI
50169698420144047204	"01040411"	JPJ
50176679020144047204	"01040411"	CVI
50173838220144047204	"01040411"	LKK
50161591220144047204	"01040411"	LKK
50019630320154047204	"01040411"	GHM
50022099620154047204	"01040411"	MOO
50011714920154047204	"01040411"	ARI
50059582420154047204	"01040412"	GHM
50055962220154047204	"01040411"	CVI
50032267020154047204	"01040411"	E073182629

