

A Efetivação Democrática do Direito à Saúde Mediante a Tutela Coletiva e o Incidente de Coletivização de Demandas Individuais

ORLANDO SAMPAIO DE ALMEIDA MONTEIRO DA SILVA
Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Sergipe
Email: orlando_sampaio814@hotmail.com

FLÁVIA MOREIRA GUIMARÃES PESSOA
Doutora em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Professora da Universidade Federal de Sergipe
Email: flaviampessoa@gmail.com

Resumo: O presente artigo analisa as consequências negativas da proliferação desenfreada de demandas individuais a respeito do direito à saúde à luz de uma democracia constitucional discursiva que preconize um processo aberto e coletivo de elaboração de políticas públicas. O estudo busca criticar a inocuidade da judicialização individual do direito à saúde em face dos problemas gerados, sobretudo em relação ao regime democrático, seja sob o viés tradicional, seja na ótica de uma atuação contramajoritária do Judiciário. Propugna-se, desse modo, a preferência pela justiciabilidade coletiva do direito à saúde, tendo como catalisador o instituto do incidente da conversão de ações individuais em demanda coletiva. A temática é abordada pelo método dedutivo, por meio de pesquisa doutrinária e jurisprudencial. O artigo pretende, ao fim, demonstrar que a excessiva judicialização individual do direito à saúde não tem produzido soluções satisfatórias, bem como, em última instância, tem violado a democracia constitucional, o que pode vir a ser mitigado por meio da conversão de ações individuais em processos coletivos nos quais é possível a discussão democrática.

Palavras-chave: Tutela Coletiva; Direito à Saúde; Novo Código de Processo Civil



A Efetivação Democrática do Direito à Saúde Mediante a Tutela Coletiva e o Incidente de Coletivização de Demandas Individuais

Orlando Sampaio de Almeida Monteiro da Silva
Flávia Moreira Guimarães Pessoa

1. INTRODUÇÃO

A controvérsia a respeito da judicialização do direito à saúde, no que concerne ao custeio de tratamentos médicos não previstos em listagens oficiais, é infindável. O perene antagonismo entre aqueles que defendem a reserva do possível e os que priorizam o mínimo existencial não tem produzido quaisquer soluções substanciais. Ademais, o aumento do número de demandas individuais, embora imprescindíveis àqueles que vivenciam situações emergenciais ligadas a esse direito, tem gerado distorções de natureza democrática.

O movimento neoconstitucionalista trouxe consigo novas perspectivas de interpretação do texto constitucional, o que foi chamado por parte da doutrina de nova hermenêutica constitucional. Dentre outros aspectos, a supremacia do texto constitucional em face da legislação ordinária e o redimensionamento do papel dos princípios jurídicos mudaram o perfil do intérprete e aplicador do Direito. Nesse contexto, o Judiciário passou a ser instado contumazmente a se pronunciar a respeito de políticas públicas, principalmente aquelas atinentes ao direito à saúde.

Um dos pontos de celeuma em derredor da judicialização do direito à saúde é o que se refere à democracia constitucional, dentro de uma perspectiva contramajoritária. Diz-se que estaria o Poder Judiciário a exercer uma função contramajoritária a partir da proteção de direitos fundamentais inerentes àqueles que necessitam

de procedimentos médicos e medicamentos não elencados em leis e atos administrativos, sendo que estes advêm de representantes eleitos pela vontade da maioria. Contudo, a judicialização individual excessiva tem culminado em decisões judiciais assimétricas, além de um prejuízo geral à saúde pública, tanto para aqueles que necessitam de tratamentos médicos listados, como em relação aos que carecem daqueles sem previsão por atos administrativos.

Nesse contexto, a tutela coletiva do direito à saúde configura opção promissora. Isso porque essas demandas coletivas permitem o diálogo institucional, a conferir voz não só a órgãos representativos dos poderes, mas também à própria sociedade por meio de associações ou outras entidades. Apesar dos benefícios da concentração de pleitos individuais em processos coletivos serem consideráveis, houve o veto presidencial ao art. 333 projeto de lei do Novo Código de Processo Civil, o qual previa o denominado incidente de coletivização de demandas individuais.

Para alcançar a meta a que se propõe, o presente trabalho se divide em três partes, afora sua conclusão. Em sua primeira parte, é exposta a relação entre neoconstitucionalismo e democracia constitucional. Na segunda, busca-se delinear, sob o viés da democracia, o caráter paradoxal da judicialização individual excessiva do direito à saúde.

Na terceira, adentra-se o âmago do presente trabalho, o qual se refere à efetivação democrática do direito à saúde mediante a tutela coletiva e o veto presidencial ao artigo 333 do projeto de lei do novo diploma processual. Objetiva-se examinar a viabilidade de um ambiente democrático e discursivo em ações coletivas por meio do instituto processual veiculado no referido artigo vetado, qual seja, o incidente de conversão de ações individuais em demanda coletiva. Para cumprir tal objetivo, foi utilizado o método dedutivo referente à pesquisa bibliográfica.

2. NEOCONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

O presente tópico não tem o objetivo de empreender qualquer espécie de releitura ou análise histórica do fenômeno neoconstitucionalista. Trata-se de tema renitentemente abordado, cujo aprofundamento genérico não traria qualquer enriquecimento ao debate que se pretende. O objetivo, aqui, é selecionar questões específicas que emergiram no contexto neoconstitucionalista, as quais culminaram na denominada nova hermenêutica constitucional.

Precisar conceitualmente o que vem a ser o neoconstitucionalismo constitui uma verdadeira aporia, visto que não há nada perto de um consenso a respeito de sua definição. Por isso, a formulação aqui apresentada se reveste menos de um rigor etimológico e mais de uma delimitação do objeto de estudo. O foco, portanto, reside nos marcos filosófico e teórico (BARROSO, 2007).

Com efeito, na segunda metade do século XX, houve o fenômeno da reconstitucionalização, a redimensionar o lugar da Constituição no ordenamento jurídico e na comunidade política como um todo (BARROSO, 2007). A Constituição já era vista como um documento jurídico, mas destituída da coercitividade intrínseca às normas jurídicas em geral. Via-se a Constituição como um simples protocolo de intenções políticas, as quais, no máximo, corporificariam vetores axiológicos ao processo legiferante. Por sua vez, a legislação ordinária era enaltecida cegamente ao ponto de se ter a visão de que seria unicamente ela a veicular direito e sistematizar o Estado. Com esse novo papel da Constituição no âmago do sistema jurídico, tanto sob uma perspectiva de validade como também de justiça, o texto constitucional ganha destaque e passa a demandar uma nova hermenêutica. É precisamente nessa questão que emergem os pontos destacados neste tópico: o marco filosófico e o marco teórico.

No primeiro deles, destaca-se o pós-positivismo como referencial teórico. Trata-se de superação do debate secular entre positivistas e jusnaturalistas. Em um primeiro momento, o jusnaturalismo moderno propugnava uma aproximação entre lei e razão, ou seja, entre Direito e elementos extrajurídicos apreensíveis pela racionalidade humana. Conquanto tenha servido de força motriz às revoluções liberais, teve seu ocaso no final do século XIX (BARROSO, 2007). É nesse momento histórico que se sobrepõe o paradigma epistemológico científico, o que mais tarde alicerçaria, no Direito, o modelo positivista.

O pós-positivismo reaproximou o Direito da Moral, afinal, já havia ficado mais do que claro que aquele não se autojustificava e, portanto, mostrou-se inevitável o recurso a elementos extrajurídicos para fundamentá-lo. Dalmo de Abreu Dallari ressalta que, com essa reaproximação, o texto constitucional naturalmente se destacou por conta de sua textura flexível e aberta. A presença de normas principiológicas, a comportar ponderações a respeito de aspectos meta-jurídicos, conferiu posição singular ao texto constitucional. Com efeito, seria por meio da Constituição que se empreenderia uma mudança no Direito como um todo, porquanto seu texto comportava um maior diálogo com a Moral e, por conseguinte, com a própria justificação do direito positivo (DALLARI, 2010, p. 88).

No momento em que atesta a força normativa de princípios como o do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, abrem-se as portas para o debate axiológico a respeito dos institutos jurídicos (SARMENTO, 2006, p. 23).

Em relação ao marco teórico, destaca-se a expansão da jurisdição constitucional (BARROSO, 2007) como consectário imediato desse novel protagonismo da Constituição. Considerando-se seu novo papel fundante do sistema jurídico, nada mais natural

que a ampliação do controle de constitucionalidade da legislação ordinária, justamente para salvaguardar a eficácia das normas constitucionais.

Ante o fato de o texto constitucional ter sido alçado ao centro balizador do sistema jurídico, nada mais natural que o advento de novas categorias interpretativas, tais como os princípios interpretativos da proporcionalidade, supremacia constitucional e interpretação conforme a Constituição (COMPARATO, 2003, p. 112). Dessa forma, o Poder Judiciário foi instado a solucionar situações da vida de forma inovadora, a transcender substancialmente os comandos normativos ordinários. Se por um lado o vetusto sofisma do juiz como “boca da lei” já havia sido rechaçado há muito tempo, por outro o viés criativo da interpretação constitucional, nesse contexto, restou elasticado a um nível nunca antes vivenciado.

Possibilitou-se ao magistrado desvelar novos caminhos interpretativos, a despertar, todavia, uma série de dúvidas a respeito dos limites dessa nova hermenêutica constitucional. O texto constitucional, em regra, é maleável e, portanto, demanda do intérprete uma postura mais ativa e inovadora. Lidar com princípios definitivamente requer um ato interpretativo consideravelmente mais complexo se comparado às normas-regra. Os princípios, portanto, seriam, no mais das vezes, valores e opções axiológicas, diferentemente das normas jurídicas (SAMPAIO, 2014, p.114).

Ponderações e críticas surgiram, mormente no que concerne à legitimidade do Judiciário para prolatar decisões contrárias à legislação ordinária, visto que se trata de instância não eletiva, diferentemente do Legislativo. A premissa democrática foi trazida à superfície dos debates acerca da legitimidade de decisões judiciais que viessem a incidir sobre o campo atinente às funções típicas do Legislativo e, também, do Executivo. Até que ponto pode o magistrado, a pretexto de efetivar o texto constitucional, alterar o

programa normativo legislado, o qual decorre ou serve de arrimo a decisões políticas consubstanciadas pelo Poder Executivo? Como conciliar essa possibilidade com a ideia ortodoxa de democracia segundo a qual seria um regime político caracterizado essencialmente pela vontade de uma maioria? São perguntas que, até os dias atuais, despertam discussão interminável.

Em uma concepção rasa de democracia, as leis ordinárias seriam fruto da vontade da maioria, porquanto concretizadas mediante processo legislativo integrado por representantes eleitos democraticamente. Essas leis, em última instância, seriam emanções do próprio povo. Por outro lado, a legislação infraconstitucional não possibilitaria, em regra, divagações axiológicas em seu processo interpretativo, o que produziria injustiças (FERNANDES; PEDRON, 2008, p. 44). Com a proeminência do texto constitucional, volta-se atenção ao seu rol de direitos e garantias fundamentais, na condição de portas de entrada para discussões de cunho axiológico.

Ainda em relação à celeuma referente à democracia, ressaltam-se dois argumentos habitualmente apresentados. O primeiro se refere à chamada legitimidade discursiva do Poder Judiciário, segundo a qual as decisões judiciais se legitimam não por meio da representatividade inerente ao Legislativo, mas mediante a argumentação racional. Refere-se a uma legitimação oriunda de um discurso racional propagador de valores comunitários. Assim, tendo em vista que as normas constitucionais são, em regra, polissêmicas, os fundamentos das decisões judiciais se mostram consistentes a partir de um confronto discursivo (FERRAZ JR., 2006, p. 56).

A legitimidade, nesse ponto, estaria na motivação, por parte do magistrado, das decisões proferidas, a possibilitar a sindicabilidade destas, seja do ponto de vista processual, seja sob o viés social. Assim, em um primeiro momento, a resposta aos argumentos de deslegitimação democrática do Judiciário se deu por meio de

denominada legitimidade discursiva. Contudo, com o passar do tempo, esse argumento tradicional não se mostrou suficiente.

Destarte, a ponderação acerca de questões relativas à legitimidade decorre, também, do rompimento do paradigma da legalidade tecno-formal, visto que elas se ligam ao sistema de valores socialmente compartilhados (WOLKMER, 2007).

Por isso, construiu-se a teoria da contramajoritariedade dos provimentos jurisdicionais que buscassem prestigiar o texto da Constituição em detrimento da legislação ordinária. Ao se submeter o trabalho do legislador infraconstitucional a uma interpretação conforme a Constituição, bem como ao se invalidar normas ordinárias ante a declaração de inconstitucionalidade, impede-se a perpetuação de uma ditadura da maioria (BINENBOJM, 2004, p. 109). Isso porque, apesar de o Legislativo ser composto por representantes eleitos pela maioria, as normas ordinárias não se justificam simplesmente por sua gênese naquele poder.

A utilização dessa nova hermenêutica constitucional, ao garantir a salvaguarda dos direitos fundamentais, age verdadeiramente em nome da vontade popular, visto que preservará as posições jurídicas mais essenciais (ALEXY, 2007, p. 39). O Poder Judiciário, em sede de aferição da constitucionalidade das leis, abre uma porta para o debate acerca das concepções sociais do texto constitucional e permite a formação de um consenso, o qual confere legitimidade democrática à jurisdição constitucional. Nesse raciocínio, funcionaria como amplificador das concepções sociais e, com base também nelas, analisaria a compatibilidade formal e material dos atos legislativos ante os dispositivos constitucionais.

Nessa seara, um dos vieses conceituais da chamada democracia constitucional é justamente a noção de que o texto da Constituição também é fruto de uma escolha democrática, não só pelo fato de eventualmente decorrer de uma assembleia constituinte composta

eletivamente, mas por corporificar valores e direitos fundamentais. Protegê-los significa, conseqüentemente, concretizar a chamada democracia constitucional, a qual se distancia sensivelmente do conceito tradicional de regime democrático, mas justifica o viés contramajoritário (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p . 48).

Em outro ângulo, há o que se denomina de concepção forte de Estado Democrático de Direito, segundo a qual os sujeitos de direito, integrantes de uma comunidade política, são copartícipes de um projeto de vida. Em conjunto com seus representantes, têm o direito de participar ativamente nas escolhas políticas do governo eleito, sobretudo de modo a defender os interesses de minorias. Trata-se do aspecto contramajoritário da democracia, que é aprimorada na medida em que se associa seu aspecto formal e substancial a fim de buscar soluções políticas - e também decisões judiciais - socialmente contextualizadas (SAMPAIO, 2014, p. 122).

Acrescente-se que, no Brasil, dois fatores são cruciais para que se perceba a insuficiência e a ilusão de que se reveste um conceito formal de democracia. O primeiro se refere à corrupção tão noticiada nos dias atuais, a qual se capilarizou consideravelmente, a produzir influxos sobre grande parte das instâncias de poder. Nessa perspectiva, não se pode afirmar que os congressistas brasileiros priorizam os interesses da maioria dos cidadãos em face de pretensões de outra ordem, tais como as partidárias e as econômicas. O segundo se refere à atuação incansável dos denominados grupos de pressão, os quais exercem *lobby* contínuo junto aos parlamentares. Contudo, tais grupos se referem a categorias específicas, o que significa que nem de longe possuem a representatividade intrínseca a um modelo democrático (ZAMPIERI, 2013).

Ademais, há de se destacar a oligarquização dos partidos políticos no sentido de que os representantes eleitos, em verdade, os utilizam para a consecução de finalidades pessoais. Diante de

tal conjuntura, surgem os movimentos sociais em rede, os quais buscam, uma vez constatada a insuficiência do sistema democrático vigente, aprimorá-lo de modo inovador. Com efeito, esses grupos sociais objetiva, por intermédio de novos mecanismos democráticos, o debate de direitos coletivos, dentre outros elementos inerentes ao regime democrático (FRAGA; MIRANDA, 2017).

No âmbito do direito à saúde, por vezes os medicamentos e procedimentos inclusos nas listas oficiais de custeio pelo Estado não se coadunam com os tratamentos médicos mais efetivos para as principais patologias que assolam a população. Não há, por parte do Legislativo e do Executivo, ímpeto efetivo de atualização dessas listas nem em submetê-las, periodicamente, ao crivo da sociedade. Em face disso, afirmar simplesmente que as referidas listagens oficiais representariam a concretização de uma vontade majoritária não se mostra plausível.

Fica claro, portanto, que o argumento de uma vontade da maioria veiculada pelos representantes eleitos é falacioso, a despertar a necessidade de uma concepção material ou substancial de democracia. Sob a ótica substancial, a democracia se relaciona com os direitos fundamentais, sendo estes verdadeiros limitadores do conteúdo das decisões legislativas. Significa dizer que, por mais que formalmente válidos, os atos produzidos pelos representantes eleitos podem vir a apresentar incongruências materiais se vulnerarem direitos e garantias fundamentais. Em um Estado Social, também não podem os congressistas quedarem-se inertes diante de determinadas questões que deverão ser objeto de legislação, o que configuraria um vício legislativo pela inércia (FERRAJOLI, 2006, p. 34). O conceito de democracia deve englobar tanto a procedimentalização das decisões dos representantes, como também um conteúdo harmônico com os direitos fundamentais.

De outro lado, a vontade popular, enquanto confluência factível de uma pluralidade de visões de mundo, apenas pode

ser aferida legitimamente por intermédio de um ambiente discursivo e comunicativo. Com isso, uma democracia alicerçada em representação política demanda a possibilidade de uma racionalidade discursiva e popular pautada nos direitos fundamentais (ALEXY, 2007, p. 96). A efetivação dos direitos fundamentais, nesse contexto, não prescinde de uma participação popular no processo deliberativo através de procedimentos discursivos estipulados, afinal é inafastável a necessidade de se dar voz àqueles que mais têm interesse em sua concretização. Desse modo, o Poder Legislativo não substitui materialmente a vontade popular, nem muito menos tem a prerrogativa, conquanto eleito, de dispor do texto constitucional (OLIVEIRA, 2004, p. 35).

O caráter discursivo deve integrar o conceito de democracia, ou seja, o que se está a apresentar não é uma mera espécie de regime democrático, mas a essência de qualquer democracia. Uma vez assimilada a discussão como forma racional e compartilhada de se construir soluções, a democracia torna-se deliberativa. Nessa situação, o discurso é institucionalizado, a significar que os próprios pontos de vista plurais são conduzidos ao cerne do Estado para fins de processo decisório (MARINONI, 2012, p. 55). Essa ótica de democracia se amolda harmonicamente com a noção ortodoxa de legitimidade discursiva do Judiciário, segundo a qual os provimentos jurisdicionais seriam legitimados desde que racional e consistentemente motivados. Diante do exposto, as decisões judiciais se tornam democraticamente legítimas contanto que presentes fundamentos socialmente reconhecidos, não como certos em si mesmos, mas como razoáveis. Não se trata da apreensão onírica, pelo julgador, da vontade metafísica da comunidade, mas da capacidade de trazer ao processo judicial cognitivo a multiformidade de opiniões presente na sociedade.

Em sendo assim, destaca-se a teoria discursiva de Habermas, na qual o autor alemão concebe uma democracia procedimental

em que a legitimidade das decisões produzidas pelo Poder Público, em todas as suas instâncias, depende da viabilização de um ambiente discursivo identificado pela livre circulação de ideias (HABERMAS, 2003, p. 63). É plenamente possível a utilização da teoria discursiva habersiana para atribuir legitimidade democrática às decisões judiciais confrontadoras de disposições normativas infraconstitucionais. A visão segundo a qual os Tribunais Constitucionais não teriam legitimidade para invalidar atos legislativos supostamente irradiados de uma instância majoritária é deixado para trás. O Judiciário terá legitimidade democrática desde que se abram suas portas à sociedade para que esta possa participar ativamente do deslinde decisório. Não se trata de uma busca utópica por um consenso, mas sim por um entendimento, que significa a busca por decisões pautadas em uma racionalidade discursiva (HABERMAS, 2003, p. 70).

Nessa perspectiva de democracia constitucional e discursiva, o argumento da contramajoritariedade tem sido repetidamente manejado a fim de motivar as decisões judiciais concessivas prolatadas no âmbito de ações individuais sobre o direito à saúde. Ante as rotineiras oposições pautadas na ilegitimidade democrática do Judiciário e no cânone da separação dos poderes, diz-se que as decisões concessivas de medicamentos e procedimentos médicos não credenciados se revestem de uma função contramajoritária, por prestigiar o contingente minoritário da sociedade (BUCCI, 2006, p. 54).

No entanto, a utilização irrestrita do argumento da contramajoritariedade sem o imprescindível espaço discursivo, não só desvirtua o conceito, como também ocasiona justamente o efeito negativo que se busca evitar: a malversação dos recursos públicos pertinentes à saúde. Há de se ponderar, ainda, se realmente é possível uma esfera discursiva e democrática no contexto dos processos individuais.

Em face da crítica ao viés contramajoritário como tautologia discursiva, há de se examinar o devido processo legal coletivo. Isso porque se trata de princípio que sofre releitura ao incidir na seara da tutela coletiva, sendo que preconiza a participação dos interessados nesse tipo de processo. Conforme será visto em tópico posterior, o devido processo legal coletivo se mostra auspicioso no que tange à reflexão acerca da função contramajoritária e, também, do nível de participação social nas demandas coletivas.

3. O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A partir da Constituição Federal de 1988, o direito à saúde foi alçado a um alto patamar de relevância. Destaque-se que foi a primeira vez, no Brasil, que o direito à saúde foi positivado no texto constitucional. A Constituição Federal, ao estatuir em seu artigo 196, *caput*, a saúde como direito de todos e dever do Estado, conferiu-lhe um duplo aspecto.

O primeiro aspecto diz respeito ao direito à abstenção de atos prejudiciais à saúde, enquanto o segundo se refere ao direito a prestações estatais no sentido de efetivá-la de forma satisfatória (SARLET; FIGUEIREDO, 2012). Na perspectiva de André de Carvalho Ramos, esse expediente do legislador constituinte coaduna-se mais com a indivisibilidade dos direitos humanos do que meramente a sua natureza de direito social, a qual enseja a necessidade de prestações estatais (RAMOS, 2011, p. 25).

De outro lado, a Constituição Federal de 1988 inovou ao prever os direitos sociais em capítulo próprio referente ao Título II, a elencá-los nos artigos 6º ao 11. Assim, se no passado discutia-se a natureza jurídica dos direitos sociais enquanto normas jurídicas ou meros compromissos políticos, o texto constitucional de 1988 abre uma janela interpretativa no intuito de conferir envergadura fundamental

também a esses direitos e, portanto, exigibilidade tanto quanto em relação aos demais.

Ingo Sarlet, dessarte, reconhece que a Constituição Federal não apenas positiva genericamente o direito à saúde mas lhe confere, inclusive, proteção jurídica mais robusta em relação aos outros direitos sociais (SARLET, 2007).

Além disso, merece destaque o fato da Constituição prever expressa e originariamente a competência comum, quanto ao direito à saúde, de todos os entes federativos consoante artigo 23, inciso II, a despertar a responsabilização solidária nos mesmos em caso de violação daquele. Trata-se de norma-base que serviu de fundamento inicial à justiciabilidade do direito à saúde. Demais disso, até o advento do texto constitucional de 1988, o ordenamento jurídico pátrio não veiculava formas consistentes de efetivação, nos casos de inércia estatal, dos direitos sociais. Como dito, esses direitos eram vislumbrados como reles programas políticos, condicionados à vontade dos representantes eleitos. Em caso de descumprimento por parte do Poder Público, inexistiam mecanismos claros de proteção (LEAL, 2009, p. 77).

Contudo, a Constituição Federal de 1988 trouxe, em seu texto, normas aptas a tornar concretamente possível a judicialização de questões referentes aos direitos sociais, a exemplo daquelas atinentes à inafastabilidade da jurisdição em caso de lesão ou ameaça de direito, mandado de segurança, mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão (BARCELLOS, 2011, p. 28). Portanto, o texto constitucional de 1988 não só positivou de forma específica o direito à saúde, mas também instrumentos para sua salvaguarda. Dessa forma, em face da contínua inércia estatal no que concerne à saúde pública, tornaram-se frequentes demandas individuais resultantes em decisões judiciais determinativas de entrega de medicamentos aos jurisdicionados.

Não se descarta, outrossim, que o reconhecimento dos direitos sociais não decorreu de um ato de benevolência estatal ou de concessão espontânea. A positivação dos retrocitados direitos se originou das constantes reivindicações perpetradas por movimentos sociais, sendo que os trabalhadores tiveram especial participação nesse processo (CECATO; DE OLIVEIRA, 2016, p. 99). Relaciona-se a característica importante dos direitos fundamentais em geral, qual seja, a historicidade. Isso significa que se por um lado os denominados direitos de primeira dimensão foram consagrados em um cenário de luta por liberdade ante o julgo estatal, por outro os direitos de segunda dimensão - sobretudo os sociais - decorreram de protestos por intervenções estatais no intuito de se garantir uma vida digna (BOBBIO, 2004, p. 33).

De outro lado, a legislação infraconstitucional também representa guarida às pretensões relativas ao direito à saúde. No que diz respeito ao Sistema Único de Saúde, a Lei nº 8.080/90, em seu artigo 6º, determina expressamente o fornecimento e custeio gratuito de medicamentos e procedimento terapêuticos, desde que previstos em listas a serem veiculadas nos respectivos atos administrativos (ASENSI, 2012).

No entanto, embora a mencionada lei preveja, em seu artigo 12, a presença de órgãos representativos da sociedade junto ao Sistema Único de Saúde, o que se presencia, na prática, são listagens defasadas, de modo que as pessoas acabam por não lograr êxito em seus requerimentos administrativos de assistência médico-hospitalar. Além da insuficiência no custeio de medicamentos e tratamentos normatizados, o Poder Público não mantém atualização contínua do respectivo rol, gerando distorções sensíveis na saúde pública.

Nesses termos, a judicialização individual da saúde, ante o referido contexto, configura, por vezes, a única forma de concretização desse direito. Como será visto no próximo tópico,

apesar de se tratar de intervenção legítima do Poder Judiciário, visto que a proteção de direitos fundamentais se insere na realização democrática, a profusão de ações individuais não tem gerado mudanças abrangentes.

Pelo contrário, a situação tornou-se irracional, a produzir decisões judiciais discrepantes e descontextualizadas, provocando prejuízo à saúde daqueles que se utilizam de procedimentos médicos listados e sem qualquer efeito substancial sobre as políticas públicas correlatas.

4. A JUDICIALIZAÇÃO INDIVIDUAL DA SAÚDE PÚBLICA COMO PARADOXO DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Inobstante o alto grau de relevância constitucional outorgado, pela Constituição Federal, ao direito à saúde, no Brasil, sua efetivação ainda continua insuficiente. Destarte, constatou-se que remanescer à espera de mudanças legislativas e, sobretudo, de medidas administrativas eficientes, colocaria em risco, ante a demora, a integridade física daqueles que necessitam de assistência médico-hospitalar ou de medicamentos específicos.

Em um primeiro momento, os argumentos fazendários giraram em torno da natureza jurídica do direito à saúde que, embora indubitável direito fundamental, teria natureza de norma programática.¹ Com essa natureza, o direito à saúde deveria ser

1 No que diz respeito às normas denominadas programáticas, faz-se necessário esclarecer seu significado à luz do entendimento do professor J.J. Gomes Canotilho. Em sua concepção, não se pode falar em mera eficácia programática, porquanto toda norma constitucional tem caráter imperativo em face dos órgãos integrantes do poder político. As normas programáticas, conquanto não reguladas no âmbito infraconstitucional, vinculam o legislador e todos os demais órgãos dos poderes públicos. Portanto, considerá-las como meras promessas ou compromissos de natureza política, e não dotadas de normatividade idêntica às demais normas constitucionais, é a causa de o referido professor anuncia a morte das normas programáticas (Destarte, na medida em que a Administração Pública argumenta pela destituição de eficácia das normas relativas ao direito à saúde,

efetivado gradativamente, ou seja, conforme os recursos materiais disponíveis. Contudo, esse argumento não logrou êxito diante da doutrina e jurisprudência majoritárias, tanto do ponto de vista teórico quanto sob o viés prático.

Em adendo ao que já foi dito em tópico anterior, sob o prisma da teoria dos direitos fundamentais, a indivisibilidade desses direitos é de observância obrigatória pelas instâncias do poder. Isso porque, ao se vulnerar direitos sociais, sob qualquer argumento, estar-se-á a lesar todo o arcabouço de direitos e garantias fundamentais (SAMPAIO, 2014). Não se pode, por exemplo, conceber o direito à vida meramente como a situação jurídica de manutenção da incolumidade física, ou seja, como estrito direito de não ser morto. Atualmente, o que se tem é precisamente o direito à vida digna, o qual inexoravelmente demanda a realização do direito à saúde (RAMOS, 2011, p. 104)

Na perspectiva prática, o argumento orçamentário também não se mostrou exitoso, sobretudo porque os constantes casos de corrupção, assim como a ausência de fundamentações substanciais em face de certas alocações de recursos públicos, culminaram em uma descrença generalizada na alegada exiguidade financeira. Nesse contexto, o Judiciário logo se tornou uma opção recorrente àquelas pessoas que necessitam de ações rápidas relativas ao direito à saúde. O mencionado poder passou a ser provocado à apreciação de uma profusão ininterrupta de ações individuais sobre o direito à saúde.

Como aduzido, as normas constitucionais atinentes aos direitos à saúde se revestem de aplicabilidade imediata, mormente ante o caráter indivisível dos direitos fundamentais. Lado outro, embora as políticas públicas correlatas sejam resultado da atuação dos poderes Legislativo e Executivos – poderes simbolicamente

por serem programática, está a violar a força normativa da constituição (CANOTILHO, 2011).

democráticos – não se pode limitar o debate a partir de uma visão formal de democracia. Em uma ótica substancial, a democracia deve ser vislumbrada em harmonia com os direitos fundamentais, ou seja, nenhum argumento majoritário é suficiente para fins de disposição negativa desses direitos.

Se por um período o Judiciário era instado a se manifestar conforme uma concepção formalista e binária - lícito e ilícito - do Direito, posteriormente o referido poder passou a analisar questões mais complexas com base em outro prisma interpretativo. Desse modo, uma vez provocado Judiciário a dirimir temáticas tipicamente inseridas no rol de atribuições intrínsecas aos demais poderes, emerge cenário de constante tensão ou, até mesmo, crise institucional (CUNHA; COUTO, 2017).

Em outro ângulo, a complexidade crescente dos contextos judiciais judicializados tem culminado em um distanciamento entre significante e significados jurídicos. Dessarte, a heterogeneidade fática, assim como a multiformidade das variáveis - sociais, econômicas e políticas - pertinentes à justiciabilidade de políticas públicas tem gerado um hiato crescente entre o texto genérico e a decisão concreta. Essa circunstância culmina em um maior poder daquele que é chamado a decidir. Em detrimento do Legislativo, o Judiciário, com o objetivo de solucionar situações concretas complexas, transcende a literalidade das normas constitucionais e legais (ADEODATO, 2013).

Nessa seara, necessária a menção do fenômeno do ativismo judicial². Dentro da ótica do conceito de democracia constitucional, o ativismo judicial pretende, dentre outros aspectos, conferir aspectos

2 Não se desconhece as críticas veementes ao chamado ativismo judicial. Há, portanto, quem entenda que seus efeitos são deletérios, visto que não há de se qualificar o ativismo em positivo ou negativo. Nesse entendimento, estaria o ativismo ligado ao decisionismo, ou seja, o manejo de princípios e, de modo subterrâneo, noções morais e subjetivas com o escopo de se construir uma interpretação e, por conseguinte, uma decisão judicial. Vê-se a decisão como ato de responsabilidade

de ordem material àquele. Como foi dito, a visão tradicional de democracia concebe as leis enquanto manifestação da vontade geral do povo, porquanto oriundas de processo legislativo cujos partícipes são representantes eleitos. Por outro lado, nem sempre uma lei - e a norma nela veiculada - será capaz de conduzir a uma resposta satisfatória à realidade fática. Assim, sob esse prisma, o ativismo funcionaria como um forma contramajoritária de realizar os direitos instrumentalizados nas citadas normas.

Desse modo, o Judiciário, ao determinar, em processos individuais, o fornecimento de medicamentos e o custeio de procedimentos cirúrgicos específicos por parte da Administração Pública, alicerça-se, em regra, nas normas constitucionais concernentes ao direito à saúde. Ao preconizar o texto constitucional em detrimento de legislações infraconstitucionais supervenientes e de escolhas administrativas, assume caráter contramajoritário (HOFFMAN; BENTES, 2008).

Na prática, há os medicamentos e tratamentos institucionalizados com base em listagens oficiais, corporificadas com base em atos legislativos e administrativos, de outro, há o grupo de pessoas que, conquanto também titulares do direito fundamental à saúde carecem de intervenções médico-hospitalares não previstas pelo Estado. Perante esse contexto, não pode o Poder Judiciário, ao ser provocado, eximir-se de conceder o medicamento ou o procedimento pleiteado apenas com base na ausência de legitimidade democrática. Pelo contrário, ao se perceber a clara insuficiência das medidas governamentais de saúde, a exemplo da obsolescência das mencionadas listas oficiais, torna-se imperiosa a concretização judicial do direito à saúde.

política, a qual invariavelmente se funda no regime democrático e, portanto, se liga, indissociavelmente, à lei (STRECK, 2014).

Não se trata de mitigar o regime democrático por meio de uma retórica contramajoritária. A contramajoritariedade e a democracia não são conceitos dissonantes, visto que aquela, se exercida de forma a prestigiar a realização de direitos e garantias fundamentais, torna-se instrumento democrático. A democracia, por conseguinte, não se refere apenas à manifestação, no Brasil, da vontade popular por intermédio de representantes eleitos, a englobar, também, a proteção e corporificação de direitos fundamentais em relação ao maior contingente de pessoas possível.

Por outro lado, há de se ponderar as consequências danosas de uma judicialização individual excessiva do direito à saúde, principalmente do ponto de vista democrático. Para tanto, trazem-se algumas decisões judiciais prolatadas no contexto da tutela judicial desse direito fundamental.

O exame das decisões judiciais referente a essas ações individuais permite concluir que a tutela individual do direito à saúde se inclina ao casuísmo. Além da insegurança jurídica, essa situação resulta em violação do princípio da isonomia, haja vista inexistir elemento diferencial objetivo e previamente determinado que motive tratamento jurídico diverso (MELLO, 2003, p. 19).

A desigualdade gerada não se restringe aos processos judiciais, mas se irradia para a seara administrativa, visto que decisões judiciais que determinam o custeio, pelo Poder Público, de medicamentos e tratamentos particularmente onerosos, a margem de qualquer análise conjunta dos poderes, tende a gerar distorções orçamentárias. Não se está a endossar a reducionista tese fazendária no sentido de que a reserva do possível põe termo à questão, mas a reconhecer a abrangência da temática em análise.

Com efeito, a função contramajoritária do Judiciário deve ser episódica e almejar a correção de distorções pontuais. Em outras palavras, a atuação contramajoritária deve ser a exceção e não a

regra. Contudo, no Brasil, a judicialização individual excessiva do direito à saúde tem gerado uma subversão no próprio regime democrático que se busca consagrar através da concretização judicial do direito à saúde. Além da citada instabilidade orçamentária, a qual, em certos casos, prejudica a aquisição de medicamento e o custeio de tratamentos previstos nas listagens oficiais, há a irracionalidade contínua da situação em vislumbre.

Isso significa que a perpetuação de ações individuais que versem sobre o direito à saúde, principalmente com a prolação de decisões concessivas descontextualizadas do ponto da disponibilidade de recursos específicos à área da saúde, tende a consolidar uma conjuntura a respeito da qual pouco se debate em busca de soluções consistentes e abrangentes. Cria-se, portanto, uma conjuntura irracional em que o Legislativo e o Executivo se mostram anacrônicos diante da situação hodierna da saúde, a caber ao Judiciário dirimir essa distorção.

No entanto, a judicialização individual do direito à saúde tem culminado em provimentos jurisdicionais díspares embora relativos a situações equivalentes. Para além das consequências negativas já mencionadas, destaca-se a inexistência de efeitos positivos abrangentes desses processos individuais, não só por conta da limitação oriunda da natural eficácia *inter partes* das decisões neles prolatadas, mas também pela referida irracionalidade sistêmica.

O contexto em exame se tornou tautológico, ou seja, se os demais poderes não agem, o processamento judicial da questão incide como a solução mais rápida e palpável, sobretudo a se perceber o histórico das decisões proferidas nesses processos, as quais, como foi indicado, por vezes, determinam a realização de procedimentos médico-hospitalares de altos custos e restritos a hospitais fora do país sem qualquer

análise pormenorizada. Enquanto isso, o debate parece ter sido paralisado na polarização maniqueísta entre reserva do possível e mínimo existencial.

O fundamento da função contramajoritária para subsidiar decisões concessivas de tratamento médicos de valor exorbitante, sem critérios objetivos, além de não mais se sustentar, tornou-se mera retórica. A respeito do tema, Alexander Bickel ressalta as chamadas dificuldades contramajoritárias. Para o autor, o Judiciário não poderia subverter o regime democrático ao prolatar decisões contrárias a emanações legislativas e administrativas, porquanto estas estariam respaldadas em uma vontade majoritária, salvo em situações revestidas de alto grau de excepcionalidade (BICKEL, 1986, p. 142).

Ao encampar esse entendimento, o mencionado autor anteviu o risco de uma atuação judicial contramajoritária, ou seja, a possibilidade da exceção vir a se tornar regra. Bickel, então, conjecturou as denominadas virtudes passivas, as quais seriam parâmetros de autocontenção judicial no sentido de restringir a função contramajoritária do Judiciário (BICKEL, 1986, p. 151). Nessa perspectiva, é comum encontrar, na doutrina e jurisprudência pátrias, o elenco de critérios com o desiderato de racionalizar a judicialização individual do direito à saúde.

Luís Roberto Barroso enumera alguns requisitos à determinação judicial de custeio estatal de certos medicamentos ou tratamentos médicos, como por exemplo a apreciação adstrita a tratamentos previstos em listagens oficiais, substâncias disponíveis no Brasil, e a eventual indispensabilidade do medicamento à manutenção da vida do requerente (BARROSO, 2007). Na seara jurisprudencial, na STA nº 175, o então relator, ministro Gilmar Mendes, ressaltou que, além da predileção por medicamentos listados, há de se aferir se a problemática

se subsume a omissão legislativa ou a mera negativa administrativa³.

Todavia, essas condicionantes carecem de efetividade em longo prazo. Conquanto possam objetivar, até certo ponto, as decisões judiciais, não modificará a essência dos problemas relativos à saúde. Isso porque a sua maioria se refere a impasses ligados à obsolescência dos medicamentos e tratamentos listados, bem como à ineficiência na alocação orçamentária em prol do custeio dos mesmos. Esses obstáculos, entretanto, não são passíveis de resolução por intermédio de processos individuais.

A atual profusão de demandas individuais se converteu em uma subversão democrática. Além de prejudicar aqueles que necessitam de assistência médico-hospitalar nos moldes previstos nas listagens oficiais, em decorrência da desproporção orçamentária gerada, ocasiona insegurança jurídica àqueles que buscam, judicialmente, o custeio de tratamentos não previstos. Subverte-se, por conseguinte, tanto a concepção tradicional de democracia quanto o seu aspecto substancial.

Sendo assim, a tutela coletiva do direito à saúde se mostra apta a recepcionar, de forma plenamente democrática, os pleitos a ele

3 A decisão proferida, pelo STF, na STA 175 em 2010, possui relevância singular no que diz respeito à judicialização do direito à saúde. O relator Min. Gilmar Mendes fixou, em seu voto, parâmetros a serem seguidos em análises judiciais de questões relativas ao direito à saúde. Em primeiro lugar, o órgão jurisdicional deve investigar a existência de política pública que englobe a prestação postulada pelo requerente, de modo que poderá o Judiciário suprir eventual omissão em sua disponibilidade à população. Na hipótese de não existirem políticas públicas específicas, deverá o juiz perquirir se a medida pleiteada integra o protocolo do SUS. Em caso negativo, deverá examinar se há omissão legislativa ou administrativa, sendo que, na situação em que o pleito se refira a tratamentos ou remédios experimentais, o Estado não teria obrigação de custeá-los. Contudo, cumpre ressaltar que, no ano de 2015, em decisão proferida monocraticamente na (PET) 5828, o Min. Luiz Edson Fachin deferiu pedido liminar suspendendo decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) que impedia uma paciente de ter acesso a substância contra o câncer fornecida pela Universidade de São Paulo (campus de São Carlos). Assim, o ministro, com base na excepcionalidade do caso, possibilitou o fornecimento de medicamento que sequer se encontrava em estágio experimental à época (SARLET, 2015).

correlatos. Há mecanismos, no microsistema processual de direitos metaindividuais, aptos a transformar a demanda coletiva em um ambiente discursivo, no qual se poderá conferir voz tanto àqueles que necessitam de tratamentos oficiais quanto àqueles que almejam assistência médica não listada. Trata-se de diálogo institucional capaz de produzir soluções mais duradouras e abrangentes, o qual será aprofundado no tópico subsequente.

5. O DEVIDO PROCESSO LEGAL COLETIVO E O INCIDENTE DE COLETIVIZAÇÃO DE DEMANDAS INDIVIDUAIS.

O excesso de ações individuais tem gerado insegurança jurídica, casuísmos injustificados, assim como a subversão do conceito de democracia constitucional pautada na proteção de direitos fundamentais. A situação fica ainda mais clara ao se examinar a décima segunda edição do Relatório Justiça em Números, divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça. Sobre a judicialização do direito à saúde, considerando as ações ajuizadas até o ano de 2015, o quantitativo de processos pertinentes à saúde pública sofreu um aumento de mais de 100% (cem por cento) em relação ao ano de 2014⁴.

A tentativa, ademais, de se propalar critérios objetivos para esse tipo de demanda também se mostrou ineficiente, porquanto o Judiciário não possui capacidade institucional plena para, simultaneamente, fazer o cotejo das consequências orçamentárias em face das políticas públicas envolvidas e, após, decidir a respeito (BARROSO, 2013, p. 29). No entanto, também não pode o Judiciário, diante de situações vitais, quedar-se inerte e simplesmente não decidir com base em uma concepção formalista de legitimidade democrática.

4 Justiça em números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2016. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>. Acesso em 21 mar 2017.

O diálogo institucional representa possibilidade promissora em relação ao contexto apresentado. Por outro lado, antes de prosseguir no estudo que se pretende nesse trabalho, cabe esclarecer a semântica aplicada ao termo. Assim, fala-se em uma teoria do diálogo institucionais, cuja uma de suas vertentes ressalta que a noção tradicional de separação dos poderes representa obstáculo à solução judicial de determinadas questões. Em contextos fáticos que o Judiciário é provocado a se pronunciar sobre a realização estatal de direitos que possuem aspectos prestacionais, a existência de barreiras, com base na separação dos poderes, pode vir a ocasionar decisões potencialmente lesivas às atividades dos demais poderes e, portanto, à sociedade (CLÈVE; LORENZETTO, 2015).

Outrossim, embora existam diferentes vieses em que a teoria dos diálogos institucionais é concebida⁵, no presente estudo adota-se a combinação das principais características de cada um deles. Nessa perspectiva, a junção das vertentes da teoria dos diálogos institucionais resulta em dois elementos basilares que devem nortear o contato entre as instâncias do poder. Trata-se do equilíbrio e da associação.

O equilíbrio implica na ausência de preponderância da interpretação judicial da Constituição, de forma que o Judiciário seria um catalisador de discussões - com participação social - com o escopo de que se chegue a uma interpretação constitucional mais abrangente. Busca-se, portanto, noções a respeito do texto constitucional que contemplem não só o entendimento dos demais

5 Basicamente, a teoria dos diálogos institucionais se divide em três sentidos. No primeiro, se tenta harmonizar as concepções normativas oriundas da realidade de cada poder para que, ao final, se chegue a uma decisão que consagre características de cada uma delas. No segundo sentido, pressupõe-se a inexistência de definitividade da interpretação constitucional empreendida em decisões judiciais, de forma que aquela estaria condicionada a um exame pelos demais poderes. Por último, no terceiro preconiza-se, ao invés do resultado a que se quer chegar, os modos de concretização do dialogo institucional.

poderes, como também o próprio arcabouço de valores vigentes na sociedade. Por sua vez, o caráter associativo concerne à verificação de que as contribuições oriundas dos demais poderes à espécie debatida, no âmbito judicial, podem culminar em solução contextualizada. Tal expediente, inclusive, faz com a execução de decisões judiciais prolatadas nesse contexto sejam melhor executadas, a se evitar desproporções prejudiciais ao interesse coletivo (BATEUP, 2006).

Ademais, a premissa sobre a qual se alicerça a denominada teoria dos diálogos institucionais é a de que a busca por uma resposta final a ser dada por um dos poderes - inclusive o Judiciário - é apenas uma meta de curto-prazo. Em regra, às situações fáticas judicializadas subjaz uma conjuntura mais ampla e que não pode ser simplesmente desconsiderada no processo decisório. Outrossim, cada instância política tem, consoante seu plexo de funções típicas e atípicas, algo a contribuir com o debate e, por conseguinte, com a decisão que se busca construir (MENDES, 2008, 115).

Conforme noticia Daniel Sarmiento (2008, p. 44), não se trata de prática recente, visto que já foi cogitado, pública e formalmente, na audiência pública nº 04, no ano de 2009⁶. O Ministro Gilmar Mendes, à época presidente do Supremo Tribunal Federal, convocou audiência pública para tratar da judicialização da saúde, especificamente com o escopo de formular medidas relativas a questões técnico-administrativas, políticas e econômicas.

6 No curso da audiência pública nº 04, realizada pelo STF no ano de 2009, o então Procurador do Estado do Rio de Janeiro apresentou algumas propostas com o objetivo de tornar a judicialização do direito à saúde mais eficiente. Uma delas foi precisamente a conversão de ações individuais em demandas coletivas. Segundo Barroso, esse expediente realizaria não apenas a universalização inerente ao direito à saúde, mas também a própria isonomia constitucional, tendo em vista que diminuiria o risco de decisões judiciais discrepantes a respeito de casos essencialmente equiparáveis. Como forma de instrumentalizar essa conversão, Barroso sugeriu que o Judiciário oficiasse ao Ministério Público ou outro legitimado coletivo para reunir as demandas individuais em ação coletiva. Ademais, propõe, também, que o Judiciário intime órgãos e entidades interessados, a fim de que venham a participar das discussões na seara do processo coletivo (BRASIL, STF, 2009).

Alguns resultados positivos decorreram dessa audiência pública, a exemplo da criação de grupo de trabalho voltado unicamente ao estudo e à análise de demandas judiciais sobre o direito à saúde, a reunir não apenas membros do Judiciário, mas também especialistas em direito sanitário e em saúde de forma geral. Posteriormente, após a Recomendação nº 31 do Conselho Nacional de Justiça, foram celebrados convênios para a disponibilização de suporte técnico de médicos e farmacêuticos, com o intuito de fornecer auxílio no âmbito da judicialização individual do direito à saúde.

De outro lado, cumpre ressaltar outras medidas, tais como a criação do Fórum Nacional da Saúde, das Jornadas de Direito à Saúde, criação de câmaras técnicas e a especialização de varas em matéria de saúde pública, as quais configuram inegável avanço. Todavia, essas ações têm se limitado à seara extrajudicial, a produzir debates longos acerca da ampliação do rol de procedimentos e remédios de custeio pelo Estado, mas sem efetividade substancial.

Com efeito, tudo o quanto foi dito acerca de democracia constitucional e discursiva, aspecto contramajoritário e diálogo institucional se relaciona com o conceito de devido processo legal coletivo⁷. O conceito corrente de devido processo legal, muito

7 Aqui se mostra necessário o seguinte esclarecimento. O processo coletivo se refere a uma categoria própria que, embora erigida a partir de pressupostos intrínsecos ao processo civil tradicional, se reveste de características e institutos próprios. Dessarte, a tutela coletiva de direitos, em sua vertente processual, emerge a partir da constatação de que os tradicionais institutos do processo civil - essencialmente individualista - não só se mostram insuficientes diante das peculiaridades dos direitos metaindividuais, como também diante do princípio constitucional do acesso à justiça (art. 5º, inciso XXXV, da CFRB). A tutela de direitos coletivos em sentido amplo demanda a releitura de institutos basilares, assim como a criação de outros, a fim de que se possa conceber um processo que, embora iniciado a partir de entes representativos, almeja caráter discursivo e, portanto, participativo (VENTURI, 2007). Trata-se, em última instância, de releitura imprescindível do acesso à justiça, porquanto dele também faz a parte a imperiosidade de decisões judiciais pautadas na isonomia material e, conseqüentemente, na segurança jurídica. Longe de se limitar ao elemento quantitativo, a tutela coletiva de direitos transindividuais, é capaz de proporcionar uma nova ótica da participa-

utilizado no âmbito do processo civil individual, necessitou sofrer um redimensionamento a fim de que se adequasse à judicialização coletiva de direitos. Com base constitucional no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, o devido processo legal possui dois vieses, um formal outro substancial.

Sinteticamente, fala-se em devido processo legal formal quando se está a examinar as garantias processuais, a exemplo do juiz natural e da duração razoável do processo, as quais tem o objetivo de dotar o processo de estabilidade. Isso porque o jurisdicionado é capaz de saber, a partir das referidas garantias, como tramitará seu processo e de que modo proceder com o escopo de defender sua pretensão em juízo (BUENO, 2016, p. 179).

Por outro lado, processo devido não é apenas aquele que observa normas jurídicas correlatas previamente estabelecidas, mas também o que produz conteúdos decisórios substancialmente coerentes. Portanto, sob o viés material, o devido processo legal constitui a produção de decisões razoáveis⁸, desde que respeitado sua face formal.

Por outro lado, no âmbito da tutela coletiva, o devido processo legal é submetido à imprescindível releitura, de sorte que seja compatibilizado com suas nuances. Um de seus desdobramentos específicos, no processo coletivo, é o aspecto da participação nesse tipo processual. Dito de outro modo, para que se possa falar de um devido processo coletivo, é necessário promover a participação dos interessados no processo, sobretudo tendo em vista a extensão

ção processual, no sentido de produzir provimentos jurisdicionais atualizados e oriundos de um ambiente dialógico (MANCUSO, 2015).

8 Por não se tratar de elemento imprescindível ao assunto trabalhado, não se aprofundará eventuais entendimentos que distinguem razoabilidade de proporcionalidade. Portanto, o termo *decisão razoável* se refere à conhecida análise tripartição, de forma a contemplar os elementos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (BARROSO, 2014).

natural da coisa julgada coletiva. Refere-se ao caráter democrático do processo coletivo (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2017, p. 115).

Conquanto se trate de processo em que entes representantes, por expressa autorização legal, judicializem interesses metaindividuais, há de se abrir espaço para a participação⁹. Nesse caso, não se trata da participação tradicional, tipicamente atrelada à noção individualista de contraditório, mas sim de mecanismo democrático pautado na mediação por instituições ou associações específicas.

Dessa forma, em conjunto com os conceitos já trabalhado, tem-se que as problemáticas atinentes ao direito à saúde, por mais que corriqueiramente materializadas em ações individuais, refletem na sociedade como um todo. Como explanado, além das intrínsecas questões orçamentárias, a concessão de medicamentos e tratamentos específicos pelo Judiciário a alguns e a negativa em face de outros culmina em violação da própria isonomia substancial.

Com efeito, se mostra satisfatório a coletivização dessas demandas, visto que o processo coletivo é dotado de institutos que viabilizam o debate democrático, a exemplo das audiências públicas, termos de ajustamento de conduta, *amicus curiae*, etc. Esses

9 Vale mencionar crítica doutrinária que refuta a imprescindibilidade da participação no processo coletivo. Segundo essa visão, a participação pode e deve ser afastada quando se possa construir decisões judiciais razoáveis sem sua ocorrência. Parte-se da premissa de que a participação, numa semântica tradicional de abertura processual aos interessados individualmente considerados, pode, em algumas hipóteses, representar obstáculo ao deslinde regular do processo (VITTORELLI, 2016). Entretanto, tal raciocínio se mostra coerente apenas quando se elege como premissa um conceito estático de participação. Isso porque o citado autor afirma que não se pode falar em representação como espécie de participação ou em participação representativa. Não se concorda com esse raciocínio, porquanto a sociedade pode e deve ter acesso junto aos entes dotados de legitimidade coletiva, mesmo que não se faça uso de tal prerrogativa. A abertura potencial à participação não é invalidada se não utilizada, de modo que remanesce legítima enquanto possibilidade. Na medida em que os legitimados veiculam, no processo, os pleitos dos grupos sociais - principalmente os vulneráveis e os minoritários - há de se reconhecer a observância da participação no processo coletivo.

mecanismos o tornam campo prolífico para o já aludido diálogo institucional, além da própria participação social.

Nesse contexto, o instituto do incidente de coletivização de demandas individuais em coletivas, previsto, antes do veto presidencial, no artigo 333 do projeto do Novo Código de Processo Civil, mostrava-se auspicioso. Como requisitos para essa conversão, o dispositivo estabelecia dois pontos. O primeiro se referiria à relevância social enquanto o segundo à eventual impossibilidade de formação de litisconsórcio. No que tange às hipóteses de cabimento, destacam-se aquelas em que a relação jurídica plurilateral merecessem resolução uniforme, a prestigiar o tratamento isonômico dos litigantes.

Em sede de razões de veto, o Executivo se ateve a asseverar que a redação do dispositivo poderia a causar conversões irrestritas, bem como prejuízo ao interesse das partes. Entretanto, tais razões não sobrevivem à essência da teoria geral do processo coletivo, mormente pelo fato de as ações coletivas serem uma realidade palpitante em território brasileiro.

A concordar com as mencionadas razões, muitas vezes se levantaram no sentido de afirmar que o instituto objeto de veto presidencial conferiria poder demasiado ao magistrado, romperia com a típica inércia jurisdicional, violaria a duração razoável do processo, bem como consubstanciaria um processo judicial autoritário (CRUZ e TUCCI, 2015). Todavia, esse entendimento, além de destoar do texto legal, desconsidera a necessária interpretação sistemática e teleológica do novo texto processual civil.

Em relação ao disposto na norma vetada, os parágrafos do dispositivo em tela restringem as hipóteses em que pedidos individuais possam vir a ser reunidos em processos coletivos. Em resumo, a conversão não se aplica nos casos de direitos individuais homogêneos, quando já iniciada, na demanda individual, a audiência

de instrução e julgamento. Ademais, a conversão poderá ocorrer mesmo que o autor tenha cumulado pedido de natureza estritamente individual, hipótese em que o processamento desse pedido dar-se-á em autos apartados.

Com base nas referidas regras normativas, tem-se que o incidente de conversão não configura arbítrio judicial, visto que requer postulação a respeito, além de se submeter ao crivo do contraditório por parte de todos os sujeitos processuais interessados. A interpretação sistemática e teleológica do novo texto processual esclarece que este consagra, de forma cabal, o contraditório, enquanto direito à informação e à reação em face de toda e qualquer decisão judicial. Portanto, não há de se falar em processo autoritário, haja vista a interpretação do artigo de lei vetado se dá de modo contextualizado ante todas as demais normas processuais.

Em relação à aduzida subversão da duração razoável do processo, destaque-se que há a previsão de processamento de pedidos estritamente individuais em autos apartados, a não sofrerem qualquer solução de continuidade resultante da conversão em demanda coletiva. Lado outro, sob o prisma do microsistema de tutela coletiva, não se pode desconsiderar a possibilidade jurídica de tutela provisória, em sede de ação coletiva, com base no artigo 4^a da Lei 7.347/85 em adendo com os artigos 294 e seguintes do Novo Código de Processo Civil. Essa tutela provisória, com base em toda a novel regulamentação processual, pode ser concedida com vistas a salvaguardar os pleitos veiculados nas ações individuais objeto de conversão. Dessarte, não se correria o risco de colocar em perigo a saúde daqueles que judicializam pleitos urgentes, assim como, concomitantemente, não se afastaria as vantagens da tutela coletiva (MARINONI, 2017, p. 103).

De outro lado, Antônio Gidi afirma que o microsistema de processo coletivo, formado, por exemplo, pelo Código de Defesa

do Consumidor e pela Lei da Ação Civil Pública, proporcionaram a democratização do processo. Isso porque, ao possibilitar a reunião de demandas relativas a direitos metaindividuais em um só processo, além de consagrar a segurança jurídica, concretiza o princípio da igualdade, sendo este um dos principais alicerces de qualquer regime democrático (MAZZILI, 2011, p. 227).

No campo da justiciabilidade do direito à saúde, a conversão de demandas individuais é particularmente benéfico em face de toda a problemática exposta. Quantos aos citados requisitos positivados, indubitável, por regra, a relevância social desse tipo de demanda, afinal se refere à integridade física do requerente. Quanto à impossibilidade de litisconsórcio, ressalte-se o aspecto econômico, visto que, notadamente, aqueles que se utilizam da saúde pública não dispõem não só de recursos financeiros razoáveis, mas também de informações mínimas sobre a legitimidade do interesse a ser objeto de postulação. Sendo assim, dificilmente irão se predispor a se reunir no polo ativo de ações sobre direito à saúde.

Ainda mais importante é a questão referente ao tratamento isonômico dos litigantes. Como foi dito, um dos grandes problemas da judicialização individual é a dissonância entre as diversas decisões prolatas. Não raro pessoas que necessitam do mesmo medicamento ou tratamento médico sem previsão administrativa acabam por receber provimentos jurisdicionais díspares, inobstante a similitude fática. Conforme observa Luís Roberto Barroso, a decisão judicial proferida em ação coletiva o produzirá efeitos *erga omnes*, nos termos definidos pela legislação, preservando a igualdade e universalidade no atendimento da população (BARROSO, 2013).

Portanto, em uma primeira perspectiva, a conversão de diversas ações individuais a respeito dos mesmos tratamentos médico-hospitalares em demanda coletiva eliminaria os mencionados obstáculos, de forma que não venha a ser dado abordagens distintas

a realidades fáticas equivalentes, a margem de qualquer elemento legítimo de discriminação. Todavia, há de se analisar esse instituto processual sob a ótica da democracia constitucional.

Com efeito, o processo coletivo, diferentemente de ações individuais, permite um maior debate a respeito do objeto litigioso. Luiz Guilherme Marinoni salienta que a discussão, em ações coletivas, não só viabiliza como, principalmente, requer uma análise panorâmica das políticas públicas correlatas, visto que além da eficácia transcendente da coisa julgada coletiva, os legitimados ativos têm maior capacidade de instruir os autos com elementos mais substanciais (MARINONI, 2017, p. 204). Será viável, inclusive, dimensionar o grau de necessidade das pessoas em relação àquele remédio ou tratamento específico (BARROSO, 2007).

Não se pode esquecer, como reconhece Luís Roberto Barroso, da tendência do juiz, em processos individuais, se preocupar, preponderantemente, com a micro-justiça, ou seja, com a resolução daquela situação concreta específica, a desconsiderar, por exemplo, a disponibilidade de recursos para o atendimento de indivíduos que necessitam de tratamentos médicos de disposição gratuita pelo Poder Público (BARROSO, 2007). Naturalmente, a urgência do objeto dessas ações individuais acaba por, inclusive, gerar um efeito sentimental no órgão julgador, o qual, por vezes, se vê como responsável pela vida do requerente (CANCELA JÚNIOR, 2009).

Nas demandas coletivas, esses impasses podem ser sobrepujados através de um diálogo institucional com a participação de órgãos técnicos de saúde, entidades administrativas do Executivo, representantes do Legislativo, dentre outros atores sociais. A eficácia *erga omnes* da coisa julgada coletiva torna imperioso o debate acerca de que caminho tomar no que tange às políticas públicas. Nessa espécie de processo, é possível, mediante ajuste com a Administração Pública após a necessária discussão, a

atualização das listas de medicamentos e tratamentos, assim como, uma melhor utilização de recursos públicos na aquisição de remédios listados.

Em pesquisa realizada nessa temática, Carolina Martins Marinho, constatou-se que a judicialização individual do direito à saúde - o que ocorreu em 84,7% das situações examinadas - não se mostra adequada, visto que se tende a desconsiderar as implicações gerais da decisão judicial prolatada (MARINHO, 2009).

Quanto à questão das consequências das referidas decisões no contexto de ações individuais, Cláudio Pereira de Souza Neto afirma que uma das premissas indicativas de eventual quebra da isonomia nesses processos individuais decorre da operação cognitiva em se conjecturar se a universalização daquela decisão afetaria negativamente outras pessoas que fazem uso da saúde pública. Assim, o autor salienta que, na maioria dos casos, o medicamento ou tratamento concedido por determinação judicial, caso passasse a ser disponibilizado de forma universal, inviabilizaria o fornecimento daqueles previstos em listagens oficiais, a prejudicial um número elevado de pessoas (SOUZA NETO, 2008).

O citado autor ainda traz mais dois aspectos interessantes ao debate, ao salientar que, por intermédio da tutela coletiva do direito à saúde, evita-se o benefício em relação àqueles que possuem acesso à justiça em detrimento dos que não tem, assim como cria ambiente propício à organização dos demandantes em associações civis (SOUZA NETO, 2008).

O primeiro ponto se mostra também conseqüente do princípio da isonomia, haja vista se reconhecer que muitos indivíduos, inobstante possuam interesses legítimos, não buscam o Judiciário, por falta de recursos, informações a respeito da possibilidade de assistência pela Defensoria Pública, dentre outros motivos. No segundo aspecto, a mobilização do cidadão por meio do agrupamento em associações

da sociedade civil representa consequência lógica do contexto em que o Judiciário passe a converter ações individuais repetitivas sobre o direito à saúde em demandas coletivas, o que tornará a situação ainda mais racional pelos motivos já elencados.

No que concerne ao viés democrático, a conversão de demandas individuais de saúde, nos moldes do dispositivo legal vetado em comento, constitui solução plausível à questão da legitimidade do Judiciário. A participação, em demandas coletivas, de entidades de representação social, a exemplo de associações civis, em conjunto com órgãos estatais, reforçaria o caráter aglutinador do conteúdo da decisão a ser proferida, sobretudo porque possibilitaria ao juiz conhecer, de forma ampla, a situação de todos os interessados. Com isso, a função contramajoritária deixa de configurar mera retórica argumentativa e é concretizada, na prática, por intermédio do ambiente discursivo criado no processo coletivo.

Sob a ótica processual, a decisão judicial, em processo coletivo, é passível de construção mediante o diálogo social, institucional entre os poderes, cuja esfera de discussão pode ser viabilizada através de audiências públicas e a intervenção de terceiros como o *amicus curiae*. De outro lado, no cumprimento de decisão judicial coletiva, há a oportunidade, na demanda coletiva, de submissão de planejamentos apresentados pela Administração Pública ao crivo do contraditório, ou seja, à análise não só pelo Judiciário, mas também, de forma democrática, pela sociedade.

Ainda sob a ótica do microsistema processual coletivo, à luz do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, a tutela coletiva do direito à saúde apresenta outros pontos positivos. Nos casos em que o pedido da ação coletiva seja julgado improcedente, não resultará em prejuízo, ao se tratar de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, aos pleitos individuais, sejam aqueles já instrumentalizados em ações individuais ou os que serão judicializados no futuro.

Além disso, no caso dessas duas espécies de direitos metaindividuais, a coisa julgada será *secundum eventum probationis*, ou seja, a improcedência do pedido, na ação coletiva, somente a produzirá em caso de acervo probatório suficiente. Caso contrário, os legitimados poderão intentar nova ação coletiva contra a qual não haverá coisa julgada anterior (GIDI, 1995, p. 46). No que tange aos direitos individuais homogêneos, embora sem previsão legal expressa, o entendimento majoritário é o de que se aplica a mesma sistemática dos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, de sorte que os sujeitos de direito individualmente considerados não tenham prejudicado o seu direito de ação.

Dessa forma, apesar de inexistir outra norma a alicerçar o incidente de conversão de ações individuais em processo coletivo, além de o veto em questão ter sido mantido na forma do artigo 65, §4º da Constituição Federal, não se descarta da possibilidade de novo procedimento legislativo com o escopo de positivizar o instituto em comento.

Diante do exposto, constata-se que o instituto presente no dispositivo vetado, qual seja, o incidente de conversão de demandas individuais se mostra consideravelmente auspicioso no que concerne aos impasses inerentes à justiciabilidade do direito à saúde.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

6.1. A Judicialização individual do direito à saúde se tornou algo patológico na atualidade brasileira. Se por um lado as decisões judiciais prolatadas solucionam momentaneamente questões vitais, por outro geram uma série de outros problemas duradouros e que acabam por prejudicar justamente o direito à saúde que se busca proteger.

6.2. Em uma perspectiva tradicional de democracia, esta se alicerça na vontade maioria externada por intermédio de

representantes eleitos. Contudo, o Legislativo e o Executivo brasileiros já deram sinais consideráveis de que não priorizam aspectos sociais em suas respectivas atuações. Há de se considerar o aspecto contramajoritário inerente ao regime democrático, no sentido de que há direitos fundamentais inderrogáveis mesmo que pela suposta vontade majoritária. Nessa ótica, as decisões proferidas no âmbito da judicialização individual do direito à saúde têm se fundado no aspecto contramajoritário em favor daquele grupo de pessoas que necessita de tratamentos médicos não oficializados.

6.3. Nessas demandas individuais, não há qualquer espaço discursivo para que se dê voz tanto àqueles que almejam os referidos tratamentos quanto aos que se utilizam de procedimentos médicos previstos nas listagens oficiais, bem como ao próprio Poder Público. Dessarte, o espeque contramajoritário dessas decisões em ações individuais acaba por se tornar mera retórica argumentativa, a gerar prejuízo, inclusive, às minorias que se busca salvaguardar.

6.4. No processo coletivo, há mecanismos democráticos de discussão, a exemplo das audiências públicas e do *amicus curiae*. Outrossim, nas demandas coletiva, é viável uma esfera pública discursiva em que possam debater órgãos estatais e entidades representativas da sociedade acerca das políticas públicas referentes ao direito à saúde. Nesse ambiente, a decisão judicial coletiva será construída com base em elementos concretos relativos às possibilidades estatais e às necessidades da sociedade em relação à saúde pública. Demais disso, o cumprimento de sentença, através da apresentação de planejamentos consistentes por parte do Estado, será passível de fiscalização social.

6.5. Nesse contexto, o incidente de coletivização de demandas individuais, inobstante objeto de veto presidencial mantido pelo Legislativo, veicula instituto processual promissor. Isso porque, por intermédio do incidente de conversão de ações individuais em

demandas coletivas, seria possível reunir os pleitos individuais em processos coletivos. Com isso, afastar-se-ia o risco de decisões judiciais violadoras da isonomia, descontextualizadas em relação aos recursos orçamentários, além de promover a atualização das políticas públicas correlatas com base em um debate democrático entre os interessados.

6.6. Pelos motivos expostos, apesar da manutenção legislativa do veto presidencial do artigo 333 do projeto de lei do Novo Código de Processo Civil, não subsiste obstáculo jurídico a um novo procedimento legislativo com o escopo de positivar o incidente de conversão de ações individuais em demandas coletivas. Essa medida representaria abertura legal à efetivação democrática do direito à saúde.

Data de Submissão: 13/05/2017

Data de Aprovação: 11/07/2017

Processo de Avaliação: double blind peer review

Editor Geral: Fernando Joaquim Ferreira Maia

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

Assistente de Edição: Rafaela Patrícia Inocência

Diagramação: Emmanuel Luna

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Org.). **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas públicas**. In: Revista de Direito Administrativo. Abr/Jun.2005 n° 240. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf> Acesso em 21 nov. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democratização e supremacia judicial: direito e política no brasil contemporâneo**. In: _____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Cadernos [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, jun. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>> Acesso em: 10 de jan. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. 2007. Disponível em <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>> acesso: 19.12.17.

BARROSO, LUÍS. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 255.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. 2008. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf> Acesso em 21 nov. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BATEUP, Christine. **The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue**. *Brooklyn Law Review*, v. 71, 2006. p. 1118.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. 2.ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição democrática brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10 ed., Brasília: UnB, 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiência Pública n. 04**. Presidida pelo Ministro Gilmar Mendes, período de 27- 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Disponível:<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>. Acesso em: 08/03/2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.p. 31.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 167.

CANELA JÚNIOR, Oswaldo. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: um novo modelo de jurisdição**. Inédito. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Almedina Editora. 7.ed. Coimbra: Editora Almedina, 2011.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CLÈVE, C. M.; LORENZETTO, B. M.. **Diálogos institucionais:estrutura e legitimidade**. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 183- 206, set./dez. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Um veto providencial ao novo Código de Processo Civil!**. 2015. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2015-mar-17/paradoxo-corte-veto-providencial-cpc>>. Acesso em: 12 mar. 2017.

CUNHA, Alexandre Luna da; COUTO, Mônica Bonetti. **Transformações do Estado, Novos Rumos para a Tutela Jurisdicional e a Proteção dos Direitos Fundamentais: do Legalismo ao Ativismo**. Revista Prima Facie, vol 16, número 31, 2017.

CUNHA, Alexandre Luna da; COUTO, Mônica Bonetti. **Transformações do Estado, Novos Rumos para a Tutela Jurisdicional e a Proteção dos Direitos Fundamentais: do Legalismo ao Ativismo**. Revista Prima Facie, vol 16, número 31, 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 11.ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.. p. 212.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **O Poder Judiciário e(m) crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 7ªed. São Paulo: Atlas, 2013.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GARCIA, Emerson. Direito Judicial e Teoria da Constituição. In: NOVELINO, Marcelo. *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. Salvador: JusPodvm, 2009. p. 293-319

GIDI, Antônio. *Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995

HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional, A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e 'Procedimental' da Constituição*. Trad.: Gilmar Ferreira MENDES. Ed. Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre: 1997.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2 v., 2003.

HOFFMAN, Florian F., BENTES, Fernando R. N. M.. **Litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica**. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 383-416.

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 93.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**. 8 edição. São Paulo: Editora RT, 2015, p. 134.

MARINHO, Carolina Martins. **Justiciabilidade dos direitos sociais: análise de julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional**. 2009. 122 p. Dissertação (Mestrado em Teoria Geral e Filosofia do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela de evidência**. São Paulo: RT 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Da Teoria da Relação Jurídica Processual ao Processo Civil do Estado Constitucional**. 2012. Disponível em < [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni\(8\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni(8)%20-%20formatado.pdf)>. Acesso em: 20 nov. 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**, 3. ed. 11. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2003

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada ao Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Doutor em Ciência Política. São Paulo: 2008.

MIRANDA, José Alberto Antunes de; FRAGA, Moisés Noé de. **Sociedade Global e Movimentos Sociais em Rede: Expansão da Democracia?**. Revista Prima Facie, vol 16, número 31, 2017.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação**. In: *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2004.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teorias constitucionais em perspectiva: em busca de uma constituição pluridimensional**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Crises e desafios da constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 4ª edição. São Paulo: Cortez, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **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, p. 2, set./out./nov., 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rere-11-setembro-2007-ingo%20sarlet.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Marina Filchtiner. **Notas sobre o Direito Fundamental à Proteção e Promoção da Saúde na Ordem Jurídico-Constitucional Brasileira**. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Org.). *Direito Sanitário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p.32.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. In NOVELINO, Marcelo. *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos**. In: NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 553-586.

SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. Petrópolis: Vozes, 2013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros**. In: _____; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Justiça entre exegetismo e decisionismo: o que fazer?**. Consultor Jurídico, 22/03/2012. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2014-mar-27/senso-incomum-justica-entre-exegetismo-decisionismo>>. Acesso em 06/07/2017.

VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 221.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos**. São Paulo: Editora RT, 2016, p. 231.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo, Justiça e Legitimidade dos Novos Direitos**. Seqüência (Florianópolis), v. 54, p. 95-105, 2007.

The Democratic Effectiveness of the Right to Health Through the Collective Protection and the Aggregation of Individual Claims

Orlando Sampaio de Almeida Monteiro da Silva
Flávia Moreira Guimarães Pessoa

Abstract: This article analyzes the negative consequences of the proliferation of individual lawsuits about the right to health in a constitutional democratic view which prioritize a open process of elaboration of public politics. The study shows the failure of this excessive individual lawsuits, mainly in a democratic way, the traditional one and the against majority function of the Justice. a democratic legitimation of the constitutional jurisdiction only lined on well motivated decisions. The issue is addressed by the deductive method, through doctrinal and jurisprudential research. The article aims to demonstrate that the right to health public politics must be discussed in class actions, through a procedimental conversion of the individual actions into class actions.

Key-words: Right of health judicialization. Democratic Legitimation. Procedimental conversion. Individual actions into class actions. Democratic issues.