V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

ANDERSON ORESTES CAVALCANTE LOBATO

JUAN CERETTA

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direitos sociais e políticas públicas I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/ UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Anderson Orestes Cavalcante Lobato, Juan Ceretta – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-256-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direitos sociais. 3. Políticas públicas. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



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



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

Apresentação

Os trabalhos apresentados no CONPEDI Montevideo repercutiram diretamente na atualidade internacional -- notadamente na América Latina --, tendo em vista as ameaças aos direitos de cidadania conquistados com os processos de transição democrática do final do século vinte. De fato, para além das ameaças à democracia fruto da instabilidade dos governos eleitos pelo sufrágio universal, observa-se uma clara e constante ameaça aos direitos sociais: saúde, educação e trabalho.

Com efeito, concluído o processo de reconhecimento constitucional dos direitos sociais, econômicos e culturais -- denominados novos direitos no início do século vinte --, as transições democráticas estimularam a criação de políticas públicas de Estado de promoção da educação (ensino pública e gratuito); da saúde (Sistema Único de Saúde); do trabalho (seguro desemprego). O início do século vinte e um despertou o interesse pela criação de políticas de ação afirmativa, na medida em que grupos sociais vulneráveis se mobilizaram para reivindicar a igualdade de oportunidades.

Observou-se que o poder judiciário representou nesse momento um espaço democrático de pressão para a efetividade de políticas públicas, notadamente através das ações coletivas. De fato, o fenômeno da judicialização das políticas públicas cumpre um papel de controle e fiscalização da eficiência de uma política de governo. Contudo, o espírito conservador das instituições públicas (executivo, legislativo e judiciário) ameaça sobremaneira os avanços conquistados nas primaveras da democracia latino-americana. Repensar as instituições políticas exige romper com os ideais revolucionários do século XVIII (liberal, conservador e seguidamente antidemocrático) para construir um novo constitucionalismo latino-americano, capaz de atender às demandas de inclusão dos grupos sociais vulneráveis (povos indígenas e quilombolas), fortalecendo da democracia através de novas instâncias de participação e controle da coisa pública, tais como Tribunais constitucionais, controle externo do judiciário e orçamento participativo.

Prof. Dr. Anderson Orestes Cavalcante Lobato - FURG

Prof. Juan Ceretta - UDELAR

AS AÇÕES COLETIVAS E O PROCESSO DIALÓGICO INSTITUCIONAL COMO A TUTELA ADEQUADA NA DEFESA DO DIREITO À SAÚDE E A EXPERIÊNCIA DE OUTROS PAÍSES

THE COLLECTIVE ACTIONS AND PROCESS DIALOGIC INSTITUTIONAL AS ADEQUATE PROTECTION IN DEFENSE OF THE RIGHT TO HEALTH AND OTHER COUNTRIES EXPERIENCE

Cintia Garabini Lages [1]
Renata Vilaça Pereira [2]

Resumo

Analisa-se as ações coletivas na proteção do direito à saúde, em função da má gestão de políticas públicas ou inclusive pela falta delas, a tutela realizada pela Corte Constitucional Colombiana e pelo Judiciário Argentino. Considera-se os diálogos institucionais, estabelecidos no âmbito do poder judiciário e legislativo e a inclusão da participação e sua importância na legitimação democrática. No judiciário, propõe uma dinâmica envolvendo o diálogo entre os poderes, o acompanhamento efetivo daquela decisão e a participação popular.

Palavras-chave: Ação coletiva, Direito à saúde, Diálogo institucional

Abstract/Resumen/Résumé

Analyzes the collective action in protecting the right to health , due to the mismanagement of public policies or even lack thereof , the protection held by the Colombian Constitutional Court and the Judicial Argentino. institutional dialogue , established under the judiciary and legislature and the inclusion of participation and its importance in democratic legitimacy is considered . In the judiciary, proposes a dynamic involving dialogue between the powers , the effective monitoring of that decision and popular participation .

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Collective action, Right to health, Institutional dialogue

[1] Doutora e Mestre em Direito Processual pela PUC Minas. Professora do curso de Direito da PUC Minas e do Programa de Pós- Graduação Stricto Sensu em Direito da UIT/MG.

[2] Secretária Municipal de Saúde. Mestranda do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu da Universidade de Itaúna, Mestrado em Direito “Proteção dos Direitos Fundamentais”.

INTRODUÇÃO

O acesso à justiça visando à garantia de direitos fundamentais, dentre eles o direito à saúde, efetivou-se pela Constituição Federal em seu art. 5°, XXXV, que dispõe sobre a possibilidade de estas ações serem ajuizadas coletivamente ou por ações individuais. Mas, apesar desta expressa disposição, os processos coletivos ainda são subutilizados no Brasil (GRINOVER, 2007).

O que se vê hoje é uma avalanche de demandas individuais, pleiteando os direitos contidos na Constituição Federal estabelecidos como direitos sociais. Tais demandas podem não atingir a finalidade maior dos princípios da universalidade e da isonomia, pois, embora, tenham concedido naquele momento o direito ao demandante, seus efeitos não atingem a outra parcela da população que se faz detentora do mesmo direito.

Por isso faz-se necessário discutir acerca dos processos coletivos como a possibilidade da via mais adequada de judicialização no que se refere aos direitos sociais, especificamente o direito à saúde, com a finalidade de atingir o máximo de efetividade e alcance da população necessitada.

Considerando que o acesso aos direitos sociais não se faz de forma efetiva, devido inclusive a sua amplitude, o judiciário tornou-se um protagonista frente a estas insatisfações sociais, que na lacuna deixada pelas demais instâncias de poder, assume como garantidor destes direitos não efetivados. Porém, esta atuação possui limites e a partir daí necessita de uma análise processualista contemporânea, de modo a identificar o modelo instrumental mais adequado para se postular em juízo estes direitos lesados, visando sempre à distribuição igualitária dos recursos públicos e bem comum (CARVALHO, 2012).

Neste sentido, por meio de uma revisão bibliográfica, este artigo tem como finalidade, estabelecer as ações de tutela coletiva como o modelo adequado para o Brasil, considerando um sistema de processo dialógico e participativo por via das audiências públicas, utilizando como parâmetro as experiências de outros países.

1. A TUTELA COLETIVA COMO MEIO DE EFETIVAÇAO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À SAÚDE

Os direitos e interesses coletivos, e a previsão de instrumentos jurídicos para sua proteção, acompanha a evolução e a crescente complexidade da sociedade diante da necessidade de acompanhá-la (GAVRONSKI, 2010).

A Constituição Federal de 1988 explicitou a preocupação com o princípio da efetividade da prestação jurisdicional, marcando a mudança do paradigma até então predominante. Deste modo, dispôs em diversos dispositivos a importância dos interesses coletivos, como por exemplo, o que elevou a nível constitucional a defesa de interesses difusos e coletivos sem limitação da matéria, permitindo à lei a ampliação da legitimidade ativa do Ministério público (art. 129, II), não desconsiderando outras legitimidades que possam ser estabelecidas em lei (art. 129, §1°) e regulamentou a representação judicial e extrajudicial pelas entidades associativas para defesa de seus próprios membros, por meio do art. 5°, XXI, que criou o mandato de segurança coletivo, por meio do art. 5°, LXX, a defesa dos direitos e interesses coletivos pelos sindicatos (art. 8°, III), e a defesa dos índios e da sua comunidade e organizações (art. 232) (GRINOVER, WATANABE, LUCON, 2014).

Complementado o texto constitucional, e ampliando a abrangência da Lei de Ação Civil Pública 7.347/85, em 1.990 o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), também dispôs de mecanismos de defesa de interesses difusos e coletivos.

A doutrina nacional define assim os direitos essencialmente coletivos como direitos difusos e coletivos em sentido estrito, que por definição expressa no art. 81, do Código de Defesa do Consumidor, apresentam a transindividualidade e indivisibilidade como pontos em comum, enquanto os direitos acidentalmente coletivos referem-se aos individuais homogêneos (MOREIRA, 1984).

Podemos neste sentido elencar os meios judiciais de acesso à proteção ao direito à saúde considerando a tutela coletiva destes direitos:

a) Mandado de segurança coletivo, expresso no artigo 59, LXX, da Constituição Federal, visando à proteção de direito líquido e certo considerando lesão ao direito à saúde, por inércia ou abuso de poder por parte do agente público.
b) Ação Civil pública (Lei 7.347/85), visando reparar as omissões no cumprimento do direito à saúde, no âmbito dos interesses difusos e coletivos.

As Ações civis públicas propostas perante a omissão de políticas públicas visando garantir o direito à saúde, tutelam um direito coletivo, com o objetivo de impor ao poder público, a criação de políticas que alcancem a coletividade (APIO, 2004).

Nas palavras de Sérgio Cruz Arenhart,

> A ação civil pública é, nesse passo, instrumento de exercício da democracia participativa direta, e o juiz, ao julgá-la, exerce nítida função política, ao lado da jurídica. Neste papel, porém, deve o magistrado buscar formular estas opções políticas não segundo suas próprias opiniões ou convicções, mas sim de acordo com aquilo que o ordenamento jurídico nacional demandaria em termos de escalonamento de prioridades. A partir desses critérios, não há sentido em o magistrado sentir-se desempenhando papel que não lhe compete (ARENHART, 2009. p.5).

Quando se trata da tutela de direitos sociais, e neste sentido a tutela coletiva, privilegia-se a ação civil pública, obviamente sem exclusão de outras vias, porém um instrumento que pelas suas características e legitimados se mostra adequada para defesa destes direitos (LINS, 2008).

Compreende-se que a garantia dos direitos fundamentais, sobretudo dos sociais, se satisfaz por meio das ações coletivas, que possuem estreita relação com o planejamento e a execução de políticas públicas, visto que, estas ações se propõem a cuidar de direitos de grande amplitude e relevância social (ARENHART, 2009).

1.1 A tutela coletiva sob a perspectiva do novo Código de Processo Civil

O novo Código de Processo Civil, Lei 13.105 de 16 de março de 2015, no âmbito do processo coletivo estabeleceu o instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, conforme dispõe o capitulo VIII.

Assim o legislador no novo código, Lei 13.105/2015, dispõe em seu artigo 139, inciso X,

> Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:
> (...)
> X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem os arts. 5º "da Lei nº 7.347, de 24 de julho de

> 1985 e 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva (BRASIL, 2015).

Com esta disposição, incumbe ao magistrado à função de observar o aumento exponencial de determinadas demandas e a partir de sua repetição, notificar os principais legitimados para a ação civil pública. Assim busca-se o "equilíbrio entre as técnicas de coletivização pelo julgamento (adotadas pelo CPC) e as de coletivização pelo ajuizamento da demanda". Estabelecida a legitimidade primária, tocante ao Ministério público e à Defensoria pública, além da secundária estabelecida no § 1°, que abrange os "demais legitimados" elencados tanto no art. 5° da L n° 7.347/85, como no art. 82 da Lei nº 8.078/90, impede, portanto a instauração "ex officio" pelo magistrado (PINHO, 2014).

Este instituto trata-se, portanto, de uma terceira via de resolução de conflitos, que por meio de precedentes vinculantes, visa uniformizar as tutelas individuais repetitivas e homogêneas. Para viabilizar a admissão da demanda, é necessária a incidência simultânea de três requisitos, estabelecidos pelo artigo 976 da referida Lei, quais sejam: (a) efetiva repetição de processos, b) controvérsia sobre idêntica questão de direito e (c) risco de ofensa às garantias constitucionais da isonomia e da segurança jurídica (PINHO, 2014).

Contudo, observa-se que, o propósito constitucional deste instituto do incidente de resolução das demandas repetitivas, será de "conferir previsibilidade e segurança Jurídica à Jurisdição" e ainda "preservar a isonomia no âmbito do processo". Assim, "não apenas a lei, como também a jurisprudência deve ser clara e previsível, sendo ameaçadoras da segurança jurídica, as decisões exóticas e surpreendentes" (AMARAL, 2012 apud PINHO,2014. p.11).

1.2 A experiência da judicalização de políticas públicas em outros países da América do Sul

Passa-se a análise, da defesa dos direitos fundamentais, sobretudo, acerca das políticas públicas que visem à garantia destes direito, sob a perspectiva do controle judicial realizado pela Corte Constitucional Colombiana.

Uma das principais características do controle judicial desenvolvido pela Corte Constitucional Colombiana é a implantação progressiva das ações de proteção a direitos fundamentais. Importante consideração no que tange aos direitos fundamentais é a

diferença quanto à sua eficácia, em que no Brasil todos são considerados de eficácia imediata, e na Colômbia possui um rol taxativo destes direitos com o mesmo atributo, e deste modo, para suprir possíveis vazios, criou-se a doutrina da conexão. Neste sentido, a doutrina de conexão, diante de um direito que não esteja expressamente neste rol com eficácia imediata, pode se revestir deste atributo pela relação de conexão, e a partir daí, a aplicação imediata daquele direito (VALLE, 2015).

Outra característica que se faz necessário considerar, é a distinção realizada pelo julgador no que tange a descrição em abstrato de conduta da administração pública, considerando que nesta hipótese, a intenção será de corrigir a falha do serviço, que já possui uma política pública, porém não cumpre sua finalidade e a violação a direito individual, que neste caso, a discussão gira em torno de políticas não contempladas em programa de ação, e por isso não assegura o direito que se visa proteger. Distingue-se, portanto, os conflitos entre provimentos individuais e provimentos estruturantes (VALLE, 2015).

Consideração feita passa-se à formalização das decisões pela Corte Constitucional Colombiana, que diante dos distintos conflitos, destaca a doutrina do estado de direito das coisas, que classifica a violação dos direitos fundamentais como resultado de falhas estruturais na prestação de um serviço, e que diante disto, requer uma ação conjunta entre autoridades, incluindo nesta ação o judiciário, visando garantir a proteção deste direito (BERIZONCE; MORELLO, 2002). Estas decisões se desenvolvem por meio dos chamados provimentos estruturantes, que se destinam ao "enfrentamento de uma ausência de programa de ação, ou da ineficiência crônica das políticas públicas incidentes na área" (VALLE, 2015).

Assim considera Roberto Omar Berizonce,

> La Corte Constitucional de Colombia se ha destacado especialmente por su activismo en la protección de los derechos fundamentales colectivos, elaborando una rica doctrina jurisprudencial a partir de la interpretación de los preceptos de la Constitución Política de 1991 y el ejercicio del control de constitucionalidade (BERIZONCE;MORELLO, 2002).

Assim, o ativismo judicial adotado pela Corte Constitucional da Colômbia, vincula-se às precariedades das políticas públicas, e as decisões que se apoiam, sobretudo, com o propósito de atender uma coletividade, se fazem no sentido de impor ao Estado a reformulação ou a criação de estratégias dos programas de políticas,

visando o atendimento daquele bem requerido, discriminado como direito fundamental (BERIZONCE; MORELLO, 2002).

As decisões compreendem os "comandos mandatórios" atuando na violação a direito, mas também por meio de "recomendações, indicações ou advertências" visando apontar o caminho para que as políticas públicas possam atingir o máximo de efetividade (VALLE, 2015).

Outro modelo analisado refere-se à resolução de conflitos de interesse público adotados pela Argentina, que tem como apoio, por exemplo, o sistema de audiências públicas e a intervenção dos chamados "amigos da corte". Estes sistemas são utilizados nas discussões acerca da proteção dos direitos coletivos, e contribuem na legitimação da decisão do juiz, considerando que, garantem a ampla participação social (BERIZONCE; MORELLO, 2002).

Neste sentido, o controle judicial da Argentina, caracteriza-se pelo ativismo processual, em que a organização e a instrução do conflito se fazem por meio de dinâmica dialógica, incentivando uma proposta de um acordo entre as partes, possibilitando neste processo, uma participação de órgão administrativo e outros terceiros, que por alguma relação possuem interesse ao objeto em discussão, contribuindo com sua compreensão técnica, auxiliando na instrução do processo. Formada a decisão, ela se dá em um caráter pro futuro, constituída muitas vezes por um cronograma de execução (BERIZONCE; MORELLO, 2002).

Em seus diversos tipos de categorias, podemos citar a intervenção com o propósito de transformar a política pública; em que analisa as políticas já estabelecidas, verificando a sua compatibilidade com a norma legal; neste caso, em caráter excepcional, o judiciário, determina de forma direta, a medida a ser tomada, estabelecendo a política pública mais adequada àquela situação; e ainda quando simplesmente aponta-se a falha do Estado (BERIZONCE; MORELLO, 2002).

Frisa-se, portanto, que o processo da judicialização se dá por meio de um diálogo entre os poderes, terceiros interessados, e, em sequência, impõe ao Ministério Público a obrigação de monitoramento ao cumprimento da sentença.

Apreende-se que os direitos fundamentais de caráter coletivo nos dois países acima mencionados possuem, além de um modelo definido para que aquele direito alcance a uma coletividade, características que possibilitam a participação da própria coletividade na decisão.

2. O PROCESSO DIALÓGICO ENTRE OS PODERES, O AMICUS CURIE E AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

Pela abordagem formal da Constituição Federal de 1.988, o STF teria a ultima palavra na revisão judicial, porém, esta afirmação necessita de melhor estudo, considerando que o próprio STF, por meio da jurisprudência, "reconhece pacificamente a possibilidade de reedição de lei idêntica àquela que foi anteriormente declarada inconstitucional" (MENDES, 2011. p.250). A Constituição também dispõe de instrumentos para o controle na omissão legislativa, os quais possibilitam um processo dialógico, sendo o mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, pouco utilizados, mas que hoje passam por uma restruturação. Contudo não dispõe de instrumentos para o controle no caso de omissão do STF (MENDES, 2011).

A ideia abordada de diálogo consiste em um espaço pós-decisão judicial para uma manifestação do legislativo. Obviamente, que não significa dizer que o judiciário abriria mão de sua responsabilidade fiscalizatória perante os outros poderes, mas abre oportunidade para que os outros poderes possam apresentar remédios para correção da violação constitucional (CLÈVE; LORENZETTO, 2015).

Quanto ao argumento de legitimidade e representação do judiciário explica Conrado Mendes:

> A representação não se esgota na eleição. Supor que a corte, simplesmente por não ter membros eleitos, é um agente externo à comunidade e longe de seu controle, como se as decisões "deles" jamais pudessem ser percebidas como "nossas", é ignorar um conceito mais abrangente e desejável de legitimidade. A oposição entre "povo", espelhado no parlamento, e "juízes" ofuscaria uma dinâmica política mais complexa. Cada instituição pode possuir nada mais do que "rastros de autogoverno", na expressão de Michelman, que mostrou como a ofensiva contra o fetichismo judicial traz consigo a armadilha do fetichismo legislativo. Como toda atitude cognitiva binária, ela faz uma defesa fundamentalista de um dos polos (MENDES, 2011, p.250).

Conrado Mendes sinaliza ao diálogo deliberativo entre o judiciário e o legislativo como a melhor forma de manter o equilíbrio da democracia e organização, considerando as experiências já efetivadas entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional.

Ainda de acordo com Conrado Mendes, a ultima palavra proferida por qualquer das instituições, não impossibilita a outra de se manifestar e considerando o exemplo

destacado, considerando a própria Constituição Brasileira, após a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, pelo STF, não impede, mesmo que não seja instantaneamente, a resposta do legislador (MENDES, 2011).

Especificamente quanto à atuação do poder judiciário no controle de políticas públicas faz-se importante uma discussão mais fecunda, considerando a abordagem realizado por Ângela Espindola:

> Ainda que seja frutífera a concepção que vê, no Judiciário, um último refúgio para a efetivação dos direitos e das garantias fundamentais de uma sociedade já desencantada pela omissão dos demais poderes, este espaço não pode estar vinculado somente aos demais poderes (executivo e legislativo),é necessário que a problemática posta em juízo (lide) atenda aos interesses da sociedade, propondo uma reaproximação da cidadania e das fontes de poder (ESPINDOLA, 2012. p.09).

Assim compreende-se a dimensão deliberativa não apenas como a formalização procedimental, mas, como fonte de legitimação das decisões proferidas "Mostra os pressupostos e as condições subjacentes ao valor moral desse processo de decisão coletiva" (MENDES, 2011, p.240).

2.1 O diálogo por meio da participação de terceiros e das audiências públicas

O processo dialógico abordado é estabelecido por dois mecanismos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal, quais sejam as audiências públicas e a figura do amicus curiae. As audiências públicas previstas na Lei 9.868/99, art. 9°, §1°, define o diálogo com o poder judiciário em questões de temas relevantes que demandam esclarecimentos sobre a matéria demandada. O instituto do amicus curiae, também se define como forma de participação democrática do cidadão no controle de constitucionalidade (ESPINDOLA, 2012).

Quando abordamos os mecanismos de comunicação entre o Supremo Tribunal Federal e os cidadãos, são as audiências públicas e o amicus curiae (terceiros chamados ao processo), evidenciando que as formas diálogo não se estabelecem somente no âmbito do judiciário e do legislativo.

O espaço deliberativo, objetivando o diálogo, por meio das audiências públicas e a possibilidade da participação de terceiros (amicus curiae), ainda demanda muitas mudanças aprimoramento, e representa uma abertura no âmbito da interpretação constitucional (MEDEIROS, 2007).

Em que pese a finalidade das audiências terem uma só finalidade, que desenvolver o diálogo entre a instituição e a sociedade civil, faz-se necessário estabelecer uma diferenciação entre as realizadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal e as realizadas pelo parlamento brasileiro. A primeira atua como forma de legitimação democrática, e a segunda atua na instrução dos processos de elaboração dos atos normativos, e compreendem portanto a lapso temporal adequado para o máximo de discussão sobre o tema abordado (MEDEIROS, 2007).

Destaca-se que o Poder Legislativo estabelece limites a direitos fundamentais, como também cabe à jurisdição constitucional exercer o controle sobre essas escolhas legislativas, estabelecendo os critérios de proporcionalidade, estabelecendo assim o processo dialógico das relações institucionais. È certo que o processo dialógico contribui com o pressuposto democrático que norteia as decisões judiciais.

A importância deste processo dialógico que extrapola a relação poder judiciário e legislativo e passa a incluir também a sociedade civil, se dá pela busca do equilíbrio de funções. Obviamente faz-necessário realizar este diálogo dentro dos limites constitucionais.

2.2 A experiência do Brasil no controle de jurisdicional

A implantação do Sistema Único de Saúde contempla uma dimensão muito maior que suas possibilidades, considerando o vasto rol de direitos sociais estabelecidos pela Constituição Federal de 1.988, e estas adversidades não foram superadas, mesmo na atualidade, impossibilitando que os bens e serviços prestados se façam com qualidade e de forma igualitária, e deste modo, além do Executivo e do Legislativo, se insere na arena da política da saúde, o Judiciário, que a partir da omissão dos outros poderes, passa a desempenhar um papel de garantidor dos direitos fundamentais, assegurado pela Magna Carta (FLEURY, 2012).

O fato é que os direitos sociais abarcados pela Constituição Federal geraram o que pode se considerar uma crise do ponto de vista do financiamento e dos recursos orçamentários para sua implantação. Tal afirmação se justifica, mesmo considerando que o SUS (Sistema Único de Saúde) configura uma política consistente e com inegáveis avanços, à limitação física, orçamentária e estrutural em ofertar aos usuários cuidados integrais e universais. E assim nesta incapacidade, a sociedade busca por meio do judiciário a efetivação destes direitos constituídos (MARQUES, 2008).

A Constituição Federal da República garante, por meio do seu art. 196 (BRASIL, 1988), os princípios da universalidade e da isonomia, tendo o direito um caráter universal na prestação de serviço, e determinando ainda um acesso de forma igualitária. Questiona-se, portanto, se a judicialização, visando à efetivação do direito à saúde, realizada em processo estritamente individual, condiz com estes dois princípios elencados na Constituição, já que o pleito demandado e efetivado desconsidera a outra parcela da população que possui o mesmo direito, porém sem acesso à justiça. Essa grande maioria que não possui este acesso permanece sob a inercia estatal, e neste sentido é inevitável a primazia da tutela coletiva sob a tutela individual, de forma a garantir os direitos em consonância com os princípios da igualdade e universalidade (SABINO, 2014).

Sobre o alcance dos direitos em nível da tutela coletiva, no caso do pedido na ação se julgado como procedente, todos os beneficiários serão alcançados e beneficiados, mas, caso não se verifique a procedência, o interessado, que ainda entender ter o seu direito lesado, não estará impedido de ingressar na via judiciária individualmente para obtenção do direito discutido (SILVA, 2009).

Judicializado o direito, considera-se duas questões fundamentais, quais sejam: "de um lado a atenção constante aos princípios fundamentais do Direito (somados aos seus critérios hermenêuticos e sua forma de incidência); de outro a redobrada sensibilidade com a realidade social" (ARENHART, 2009, p.03).

Ainda conclui Arenhart que,

> ...a proteção judicial deve sempre envolver a análise de meios, fins e motivos, observando-se se, no caso concreto, diante dos motivos apresentados, os meios são as (e, mais do que isto, são os mais adequados) a atingir os fins propostos (ARENHART, 2009. p.03).

O mecanismo desenvolvido pelo judiciário brasileiro, visando garantir um direito da coletividade, se mostra como um sistema rígido e inflexível, e em consequência destas características, estas decisões muitas vezes são impossíveis de serem cumpridas, e quando possíveis, não alcançam a coletividade proposta pela própria natureza do direito. Este modelo de atuação requer mudança, que pode ser efetivada pelo poder legislativo, de modo a regular o processo de diálogo entre os poderes, de forma equilibrada, mas, possibilitando de modo consensual atingir sua finalidade maior,

que é a garantia dos direitos fundamentais sociais, atendendo ao princípio da universalidade e isonomia (GRINOVER, 2007).

Entretanto, algumas decisões, de forma excepcional, possibilitam visualizar outro mecanismo, que mais se aproximem ao ideal da ação coletiva, e que considera o diálogo entre os poderes, órgão interessados e ainda a participação popular. Um exemplo ilustrativo é a decisão acerca do controle judicial de políticas públicas, relacionadas à proteção ao meio ambiente, mas, que se adequa perfeitamente nos casos relacionados ao direito à saúde.

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal de Criciúma[1], apresentando 24 réus dentre eles mineradoras e União, pretendendo impor a realização e a concretização de um projeto de recuperação ambiental da região degradada pela mineração. A sentença identificou a responsabilidade de parte dos réus e diante disto, determinou a apresentação de um projeto de recuperação da região, com cronograma mensal de etapas a serem executadas. Concomitantemente aos órgãos de proteção coube apresentar relatório de fiscalização de todas as minas, e ainda ao Ministério público Federal opinar sobre o projeto de recuperação.

Verifica-se nesta decisão, de um caso brasileiro, os elementos de diálogo, de assessoria realizados por órgãos com capacidade de apoiar tecnicamente o judiciário e ainda a participação popular, possibilitando o acompanhamento daquela ação em tempo real. E assim entende Ada Pellegrini Grinover,

> E esta sentença deve ser construída pelo diálogo entre as partes e sobretudo entre os poderes, abrindo-se o contraditório também mediante audiências públicas e a intervenção de terceiros como o *amicus curiae.* A cognição do juiz deve ser ampliada, servindo-se ele de assessorias especializadas e das próprias informações da administração para que, se não houver acordo, o juiz se dê conta dos efeitos de sua decisão e esta possa ser justa, equilibrada e exequível. O cumprimento da sentença, por sua vez, deve ser flexibilizado, com a participação da administração mediante planejamentos aprovados pelo juiz, que deve acompanhar a execução, podendo servir-se para tanto de um terceiro independente, pertencente a órgãos públicos ou privados, que se ocupe do cumprimento da sentença, sempre em comunicação estreita com o juiz e sob seu comando (GRINOVER, WATANABE, LUCON, 2014. p.22).

Portanto em analise a esta decisão, percebe-se que há uma relação direta entre os direitos coletivos e as políticas públicas, e que quando protegidos por meio da tutela

[1] A ação pode ser consultada pela página eletrônica https://www.jfsc.jus.br/acpdocarvao/, criada durante a execução da sentença de procedência, para dar maior publicidade e conseguir a maior participação social no gerenciamento do problema da mineração de carvão naquela localidade.

coletiva, possibilitando a participação popular, na reivindicação e na decisão de como serão prestados estes direitos. Neste contexto, compreende-se que a tutela coletiva é uma prestação do próprio legislador, que destina a viabilizar a participação democrática da sociedade nas decisões constituídas acerca dela (ARENHART, 2009).

> Em processos coletivos nos quais se discute a tutela de direitos sociais intimamente relacionados com atuações do Estado em políticas públicas, deve haver sempre a participação de todos aqueles diretamente responsáveis pela solução dos problemas postos em discussão. A presença das autoridades competentes e dos cidadãos e órgãos interessados se fará por meio de audiências, nas quais o magistrado assumirá o papel de mediador, a fim de buscar soluções apropriadas para conciliar os valores públicos que se chocam no caso concreto (DIAS, 2011. p.14).

Neste sentido considera-se que, além de uma sentença de "pague" ou "faça", como em uma ação individual, a sentença descrita acima, tomou um contorno diferenciado, criado por meio do diálogo entre as partes, e entre os poderes, possibilitando o contraditório por meio de audiência pública e intervenção de terceiros. Contudo este ativismo judicial, ainda não é formalizado nos tribunais brasileiros, todavia, já se mostra até o momento mais eficiente, a partir das experiências já demonstradas neste artigo, considerando que este modelo de ação é muito utilizada em outras cortes de outros países, como por exemplo, na Suprema Corte Argentina e em outros países como a Colômbia que possuem um ativismo judicial mais flexível (GRINOVER, 2014).

No atual quadro de cumprimento aos direitos e garantias fundamentais, não se visualiza outra solução, que não conferir ao cidadão a possibilidade de recorrer ao judiciário, buscando a tutela jurisdicional, e garantir seus direitos. Neste sentido, ainda mais necessário se faz a evolução das leis, buscando harmonizar o direito concebido e o serviço ofertado (MARQUES, 2008). E neste ponto, o novo Código de Processo Civil brasileiro poderia ter provocado esta mudança necessária, porém as disposições acerca do processo coletivo podem não ser suficientes para atender a esta demanda de forma suficiente.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proteção dos direitos sociais, pela própria classificação de sua abrangência, se faz necessária, por meio da tutela coletiva, visto que, esta se encaixa como a mais adequada no que tange ao alcance do cumprimento do direito coletivo. Esta afirmativa, porém, não descarta a possibilidade do cidadão, que ainda se sinta lesado em seu direito, de ingressar com uma demanda de cunho individual, mas, esta liberdade, constituindo em uma exceção, que após avaliação do judiciário, identificada em um direito relativo apenas ao indivíduo, prossegue em busca do direito tutelado.

As decisões de cunho individual, alcançadas hoje pelo judiciário, não observa os princípios constitucionais da universalidade e da isonomia, visto a impossibilidade de alcance destas decisões, elegendo uma minoria, consideradas como aquelas que por meio do acesso à Justiça, "acesso" em sentido de ingresso com uma ação no âmbito judicial, que percebem este direito pleiteado, e deixam para trás, outros tantos, tidos como a maioria, que fazem jus deste mesmo direito, porém por problemas de toda ordem, não possuem o mesmo acesso judiciário.

O ativismo judicial, no caso, sobretudo das demandas coletivas, não podem ser vistos, como uma intervenção aos outros poderes, obviamente, que se relata aqui, aquele ativismo, pautado no limite de sua ação, como decisões em caráter dialógico com os demais poderes, e principalmente, que nas ações pertinentes a política pública, que esta se faça, por meio de participação popular, considerando o caráter democrático, caracterizado pelos demais poderes.

Conclui-se, portanto, que, o processo coletivo no Brasil, ainda encontra-se enraizado ao processo individual, exercendo uma dinâmica de sentença estritamente ligada ao pedido, exatamente como funciona no processo de cunho individual, e se mantendo assim, se torna impossível atingir a finalidade do processo Coletivo. Assim, o tratamento das políticas públicas no âmbito do judiciário, exige outra postura, de todos os envolvidos.

No âmbito do Executivo, à medida que se faz necessário um planejamento mais definido e estabelecendo com mais clareza, um cronograma de cumprimento, possibilitando o acesso e o entendimento de todos os atores envolvidos, sobretudo no caso da saúde, estabelecendo, por meio de levantamento epidemiológico, as políticas adequadas para cada região, na tentativa de viabilizar os recursos orçamentários disponíveis da melhor forma possível.

Ademais, que os gestores tanto no âmbito municipal, estadual e federal utilizem-se dos instrumentos de gestão necessários, para que ocorra uma intervenção mínima do judiciário em suas decisões.

No âmbito do Legislativo, aprimorando as leis, que determinam a garantia dos direitos fundamentais, e mais do isso, que se viabilize os meios processuais corretos, para que diante da necessidade de intervenção, possa ser realizada de forma harmônica, sem impactos e com razoabilidade nas decisões.

Enfim, no âmbito do judiciário, onde o ativismo judicial possa se estabelecer de forma dialógica, permitindo, sobretudo a participação ativa das partes, de terceiros interessados e ainda da participação, a fim de formular decisões exequíveis, causando menor impacto, inclusive de ordem orçamentária sobre o público, e contudo garanta aplicação efetiva do direito.

Considerando a experiência, consagrada pela Corte Constitucional Colombiana, pela Suprema Corte Argentina, e ainda pelo caso brasileiro relatado, destinado à tutela ambiental, percebe-se a eficácia deste modelo de processo, e seus benefícios, tanto no âmbito da igualdade dentro do cumprimento da sentença, quanto da efetiva entrega do direito pleiteado pela coletividade se mostra adequados para aplicação dos mesmos parâmetros no direito processual Brasileiro.

Neste artigo determinou-se o processo coletivo como meio mais adequado de postular direitos fundamentais na esfera judicial, ainda o processo dialógico no âmbito institucional partindo de judiciário e legislativo e também por meio da participação popular como busca da legitimação democrática e maior efetivação dos direitos demandados.

BIBLIOGRAFIA

AMARANTES, R. B. .DIREITO E POLÍTICA: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais.** v. 14, n. 39, fev. 1999.

APIO, E.. O **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil,** Universidade Federal de Santa Catarina. Tese de Doutorada – Universidade Federal de Santa Catarina Florianópolis 2004.

ARENHART, S. C.. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**, Ano I, n. 1, 2009.

BARATA, R.; CHIEFFI, A.L,. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 8, ago. 2009, p. 1839-1849.

BERIZONCE, R., MORELLO, A. M.. **La línea de partida de la Argentina posible**, FEN, Col. Escrib. Prov. Bs. As., La Plata, 2002, p. 115.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.35ª ed. 2012. 446p.

BRASIL. **Lei 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 18 set. 2015.

BRASIL. **Lei 8.666 de 21 de junho de 1993**. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>Acesso em: 18 set. 2015.

BORGES, D.C.L.; UGÁ, M.A.D. Conflitos e impasses da judicialização na obtenção de medicamentos: as decisões de 1a. instância nas ações individuais contra o Estado do Rio de Janeiro, Brasil, em 2005. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 26, n. 1, p. 59- 69, jan, 2010.

CAMARGO,J. M. P.. ;VALLE, G. H. M.. A Audiência Pública Sobre a Judicialização da Saúde e Seus Reflexos na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo v. 11, n. 3, p. 13-31 Nov. 2010/Fev. 2011.

CARVALHO, S. N.de C.. **Processos Coletivos e Políticas Públicas: Mecanismo para garantia de uma prestação jurisdicional adequada**. Dissertação de Mestrado – Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito 2012.

CASTILHO, R.. **Acesso à justiça- tutela coletiva de direitos pelo Ministério Público: uma nova visão**. São Paulo: Atlas, 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.

PINHO, H. D. B. de. Considerações sobre o incidente de Conversão da Ação Individual em Ação Coletiva no Projeto do Novo CPC. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP.** Rio de Janeiro, vol.14, n.1, p.195-2012, 2014.

DIAS, D. T.. O Poder Judiciário e a efetivação de políticas públicas: A mediação como padrão de atuação nos processos coletivos. **Revista Eletrônica Processos Coletivos**. Porto Alegre, vol. 2, n. 4, out. 2011.

DIDIER, F. J.; ZANETI, H. J.. **Curso de direito processual civil- processo coletivo**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2007.

DINIZ, D.*et al*. Consequências da judicialização das políticas de saúde: custos de medicamentos para as mucopolissacaridoses. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v.28, n.3, p. 479-489, mar. 2012.

ESPINDOLA, A. de A. da S.. **A jurisdição constitucional e a implementação de políticas públicas no cenário brasileiro: o papel do juiz no processo democrático.** Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 2-35, julho/dezembro de 2012.

FLEURY, S. Judicialização pode salvar o SUS. **Revista Saúde em Debate**, Rio de Janeiro, v. 36, n. 93, p. 159-162, abr./jun. 2012.

GRINOVER, A. P.; WATANABE, K,; LUCON, P.H.S.. **Projeto de Lei n. 8058/2014 Considerações finais e proposta de substitutivo .** Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2015-fev-23/pl-controle-jurisdicional-politica-publica-constitucional> Acesso em 14 de set. 2015.

GRINOVER, A. P.. Direito processual coletivo. **Tutela coletiva**, v. 20, p. 302-308, 2007.

GAVRONSKI, A.A.. **Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial**. 2010.

LIMA, M. C. DE B.. Ações Coletivas. **Revista da EMERJ**, v.5, n.19, p. 169, 2002.

LINS, L.C. A tutela inibitória coletiva das omissões administrativas: um enfoque processual sobre a justiciabilidde dos direitos fundamentais sociais. **Revista Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 12, out-dez. 2008, p. 223-261.

MACHADO,F. R.de S. Contribuições ao Debate da Judicialização da Saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo v. 9, n. 2 , p. 73-91 Jul./Out. 2008.

MEDEIROS, F. J. M. O Supremo Tribunal Federal e a primeira audiência pública de sua história**. Revista Jurídica**., Brasília, v. 9, n. 84, p.41-48, abr./maio, 2007.

MENDES, C. H.. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARQUES, S.B.. Judicialização do Direito à Saúde. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo v. 9, n. 2 p. 65-72 Jul./Out. 2008.

MOREIRA, J. C. B.. **Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. Temas de Direito Processual.** São Paulo: Saraiva, 1984, 3ª série, p. 195-197.

OLIVEIRA, E.B.. Direito à Saúde-Garantia e Proteção pelo Poder Judiciário. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo v. 2, n. 3 nov. de 2001.

PIRES, J.M, VALLE, G.H.M.. A Audiência Pública Sobre A Judicialização Da Saúde E Seus Reflexos Na Jurisprudência Do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Sanitário,** São Paulo v. 11, n. 3 p. 13-31 Nov. 2010/Fev. 2011.

SABINO, M.A.DA.C.. Políticas Públicas, Judiciário e Saúde: Limites, Excessos e Remédios. Tese Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2014.

SILVA, J. C. B.. **Direito à saúde*:* aspectos práticos e doutrinários no direito público e no direito privado**. Leme, SP: Habermann, 2009.

TEIXEIRA, G. P. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Projeções em torno de sua eficiência. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. v. 16. Jul./ dez. de 2015 Periódico Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ Patrono: José Carlos Barbosa Moreira. ISSN 1982-7636. pp. 211-239

THEODORO Jr.; et al. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VALLE, V. R. L. do; GOUVEA, C. B.. **Direito à moradia no Brasil e na Colômbia: uma perspectiva comparativa em favor de um construtivismo judicial.** In: XXIII Encontro Nacional do CONPEDI, 2014, Florianópolis. Direitos sociais e políticas públicas I: XXIII Encontro Nacional do CONPEDI. Florianopolis: CONPEDI, 2014. p. 219-245.

VALLE, V. R. L. do.. **Desafios à jurisdição em políticas públicas: o que se pode aprender com a experiência da Colômbia**. Documento disponibilizado no Programa de Pós Graduação Stricto Sensu da Universidade de Itaúna. 2015.

WATANABE, Kazuo; et al. **Direito processual coletivo e o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.