

A DEMOCRATIZAÇÃO DA JUSTIÇA E O DIREITO À SAÚDE: PROGNÓSTICOS DE UM PODER JUDICIÁRIO (IN) EFICIENTE.

THE DEMOCRATIZATION OF JUSTICE AND THE RIGHT TO HEALTH: PREDICTIONS OF AN EFFICIENT (IN) JUDICIAL POWER.

LA DEMOCRATIZACIÓN DE LA JUSTICIA Y EL DERECHO A LA SALUD: PREDICCIONES DE UN PODER JUDICIAL (EN) EFICIENTES.

Dirceu Pereira Siqueira¹

RESUMO

O judiciário enquanto um dos três poderes da república federativa brasileira goza de uma importantíssima responsabilidade, a de garantir a concretização de direitos que outrora são negados pelo Estado, pela família ou pela sociedade. No tocante ao direito à saúde, esta tarefa ganha ainda maior relevo, pois se trata de um direito através ocorre constantemente à inclusão ou a exclusão social de pessoas e grupos. Contudo, ao analisar e julgar ações individuais, os resultados são pouco expressivos em razão do contingente que carece desta efetivação. Neste cenário é que os instrumentos de tutela coletiva apresentam-se como mecanismos de suma importância para a realização do direito fundamental a saúde, a partir daí, surge a possibilidade de democratizar a justiça por meio de um acesso amplo e igualitário ao Poder Judiciário, o qual poderá efetivar direitos de maneira mais abrangente e consequentemente cumprir os anseios da Constituição de 1988.

Palavras-chave: Poder Judiciário. Tutela Coletiva. Direito à Saúde. Democratização da Justiça.

¹ Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal), Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru, Especialista Lato Sensu em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário de Rio Preto, Pesquisador Bolsista - Modalidade Produtividade em Pesquisa para Doutor - PPD - do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI), Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Cesumar (UniCesumar), e nos cursos de graduação em direito da Universidade de Araraquara (UNIARA), do Centro Universitário Unifafibe (UNIFAFIBE) e do Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos (UNIFEB), Professor Convidado do Programa do Programa de Mestrado em "Gestão Estratégica de Empresas - Master Of Science in AdministrativeStudies (MSAS)" - Disciplina: "Ética e Legislação" University Missouri State – EUA, Consultor Jurídico, Parecerista, Advogado. Email: dpsiqueira@uol.com.br

ABSTRACT

The judiciary as one of the three powers of the Brazilian federal republicen joys an important responsibility to ensure the realization of rights that are denied once by the state,the family or society. Concerning the right to health, this task becomes even more relevant, because it is a law by constantly occurs the inclusion or social exclusion of people and groups. However, when analyzing and judging individual stocks, the results are not very significant because of the contingent that lacks this effective. This scenario is that the collective protection instruments are presented as short mechanisms in order to attain the fundamental right to health, from there arises the possibility of democratizing justice through broad and equal access to the courts, the which can carry rights more broadly and therefore meet the yearnings da1988 Constitution.

Keywords: Judiciary. Collective Protection. Right to Health. Democratization of Justice.

RESUMEN

El poder judicial como uno de los tres poderes de la República Federal de Brasil goza de una importante responsabilidad de garantizar la realización de los derechos que se le negó una vez por el Estado, la familia o la sociedad. En cuanto al derecho a la salud, esta tarea se hace aún más relevante, porque es una ley se produce constantemente la inclusión o la exclusión social de las personas y los grupos. Sin embargo, al analizar y juzgar las acciones individuales, los resultados no son muy significativas debido al contingente que carece de esta eficaz. Este escenario es que los instrumentos de protección colectiva se presentan como mecanismos cortos para alcanzar el derecho fundamental a la salud, a partir de ahí surge la posibilidad de democratizar la justicia a través de un acceso amplio y equitativo a los tribunales, el que puede llevar a los derechos de manera más amplia y, por tanto, cumplir con los deseos de la Constitución de 1988.

Palabras-clave: Poder Judicial. De protección colectiva. Derecho a la Salud. La democratización de la Justicia.

INTRODUÇÃO

Podemos observar que os conflitos que envolvem um número indeterminado de pessoas têm crescido e, muito, em nosso ordenamento jurídico, fato este que eleva a necessidade de uma maior compreensão acerca do tema, ensejando maior efetividade de seus instrumentos, bem como a busca permanente para não tratarmos o processo coletivo apenas como mais uma forma de acesso à jurisdição, de forma que se confunda com o processo de cunho individual, pois se continuarmos a agir assim, não será possível “extrair do sistema de tutela coletiva seu real sentido e alcance, tornando inviável a própria convivência entre as ações individuais e coletivas” (VENTURI, 2007, p. 24).

Nesta esfera, não podemos deixar de destacar que a efetividade dos instrumentos coletivos pode melhorar as condições de vida de uma grande parte da população, para não se afirmar de toda a população, no que se refere, especificamente, ao direito fundamental à saúde. Afinal, ao não administrar corretamente seu dever constitucional de prestar uma saúde de qualidade à população, uma saúde que garanta a vida digna ao ser humano, está o poder público a afetar toda a coletividade.

Não podemos visualizar a tutela coletiva apenas como um instrumento para se obter a tutela jurisdicional, mesmo que esta se efetive por meio de instrumentos próprios, a exemplo da ação civil pública e da ação popular, pois a tutela coletiva deve ser efetiva, deve trazer soluções rápidas e eficazes, que possam verdadeiramente mudar a vida das pessoas, consagrando preceitos constitucionais, coagindo autoridades ao cumprimento de suas obrigações, realmente atuando muito além do adequado manuseio de instrumentos processuais, sob os auspícios de obstáculos burocráticos.

O judiciário tem o dever de possibilitar ao cidadão o acesso amplo e irrestrito à justiça e, mais do que isso, que tenha a seu favor a garantia de uma prestação jurisdicional adequada que realmente cumpra seu objetivo, possibilitando-lhe o reconhecimento de que, por meio de sua ação, terá possibilidades concretas da efetivação de seus direitos e que não deve agir de forma meramente burocrática, o que leva ao total desrespeito aos seus direitos constitucionalmente consagrados.

Neste cenário é que a tutela coletiva apresenta-se como uma solução concreta aos obstáculos impostos para a concretização de direitos da coletividade, pois visa a assegurar o efetivo cumprimento destes, de maneira célere e eficaz, e ainda à economia processual em sua atuação.

Ora, devemos salientar que o ordenamento jurídico brasileiro contempla o direito à saúde como um direito fundamental inerente ao ser humano, por meio do qual se obtém a garantia de consagração do bem maior assegurado no texto constitucional: o bem da vida e, vida esta com dignidade, a qual jamais poderá ser alcançada se não houver uma efetividade do direito à saúde.

Porém, de nada adiantaria o texto constitucional de 1988 consagrar o direito à saúde dentre o rol de direitos fundamentais, sem que estabelecesse também, em seu bojo, a previsão de instrumentos com o condão de efetivá-los no plano prático.

Não obstante a necessidade em adequar o processo preparando-o para a nova realidade, uma realidade que presencia o surgimento acentuado da tutela coletiva, urge também adequarem-se os operadores do direito, as pessoas responsáveis pelo manuseio destes instrumentos coletivos. Isso, além de necessário, parece-nos urgente, pois a mentalidade destes operadores, vinculada ao processo civil de forma exclusivamente individual, deve ser revista, para que aconteça a adequação.

Vivenciamos um momento de realidade da tutela coletiva, a qual enseja uma adequação no ensino jurídico no país, de forma que as instituições competentes visem à preparação de seus alunos para esta nova modalidade processual. Com isso, se torna necessária a sua previsão como disciplina própria e não apenas como conteúdos de outras disciplinas.

1 OS MECANISMOS DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE À DISPOSIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Considerando que a mera previsão normativa pertinente ao direito fundamental à saúde não se mostra suficiente para sua real efetivação, devemos, por certo, analisar de maneira mais peculiar os mecanismos à disposição do poder judiciário, a fim de realmente efetivar esse direito.

Preleciona Zollinger (2006, p. 184):

E mais, quando há omissão de norma processual ou quando as técnicas processuais previstas são insuficientes para conferir proteção ao direito fundamental ameaçado ou violado, o juiz poderá adscrever a técnica processual diretamente do direito material fundamental, de tal forma que

possibilite a outorga de proteção processual adequada e efetiva ao bem jusfundamental.

Nesta seara, a judicialização do direito fundamental à saúde apresenta-se como fato consagrado em nosso ordenamento jurídico e, por isso, o poder judiciário deve estar amparado por meios que possibilitem a efetividade de suas decisões. Em verdade, nossos diplomas legais (Código de Processo Civil- arts. 287 e 461 e Código de Defesa do Consumidor - art. 84) cuidaram de atribuir maior efetividade às decisões judiciais, ao atingir as decisões pertinentes àquele direito.

Devemos, portanto, visualizar a possibilidade prática de atos no processo, visando a efetivar o direito fundamental à saúde, sendo que “[...] não há como pretender ver o processo apenas como uma relação jurídica processual”. (MARINONI, 2006, p. 466)

Preleciona Marinoni, 2006, p. 466-467:

O processo é um procedimento, no sentido de instrumento, módulo legal ou conduto com o qual se pretende alcançar um fim, legitimar uma atividade e viabilizar uma atuação. O processo é o *instrumento* através do qual a jurisdição tutela os direitos *na dimensão da Constituição*. É o *módulo legal* que legitima a atividade jurisdicional e, atrelado à participação, *colabora para a legitimidade da decisão*. É a *via* que *garante o acesso de todos* ao Poder Judiciário e, além disto, é o *conduto* para a *participação popular* no poder e na reivindicação da concretização e da proteção dos direitos fundamentais. Por tudo isso o procedimento tem de ser, em si mesmo, legítimo, isto é, capaz de atender às situações substanciais carentes de tutela e estar de pleno acordo, em seus cortes quanto à discussão do direito material, com os direitos fundamentais materiais.

As decisões podem trazer, além da pena realmente imposta, a estipulação de pena pecuniária em caso de descumprimento da sentença ou decisão, o que por certo lhes atribuirá maior efetividade e dará mais seriedade ao ato decisivo.

Assim dispõe o Art. 287 do Código de Processo Civil:

Art. 287: Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, **poderá requerer a cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela** (Arts. 461, § 4º, e 461-A).

Nota-se que o dispositivo é de extrema serventia ao Magistrado, que poderá utilizá-lo para efetivar suas decisões, evitando desrespeitos, os quais, quando inerentes ao direito fundamental à saúde, podem levar à morte de uma pessoa pelo simples arbítrio em se desrespeitar uma decisão judicial.

O dispositivo contempla ainda a questão atinente à inércia do poder judiciário, que poderá impor apenas se provocado. Nesta esfera, entendemos poder o magistrado agir mesmo sem provocação, e impor tais medidas com a finalidade de cumprir suas decisões, repita-se, mesmo sem o requerimento do autor, pelo simples fato de já ter sido provocado anteriormente para resolver a lide, quando do ajuizamento da ação.

Nesta senda, “[...] a multa, ou a coerção indireta, implica ameaça destinada a convencer o réu a adimplir a ordem do juiz” (MARINONI, 2000, p. 72), mecanismo de extrema utilidade em favor da efetividade da ordem judicial.

Quanto à atuação de ofício do magistrado e ainda, trazendo em seu texto outras medidas tão importantes como meios coercitivos de sub-rogação, temos o disposto no Art. 461 do Código de Processo Civil e no Art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, conforme destaca Marinoni, 2000, p. 60-61:

Os Arts. 461 do CPC e 84 do CDC contêm instrumentos processuais novos, quando comparados com aqueles que fazem parte da estrutura do processo tradicional. Tais normas não só abrem oportunidade para novas modalidades de sentença e à tutela antecipatória, como também conferem ao juiz uma ampla latitude de poderes destinada à determinação do meio processual mais idôneo para a tutela das diversas situações de direito substancial.

Os dispositivos ensejam a necessidade de pensar o processo na perspectiva de direito material e obrigam-nos a raciocinar em termos de tutela dos direitos, para os “[...] reais significados dos resultados do processo no plano do direito substancial”.(MARINONI, 2000, p. 61)

Assim dispõe do Art. 461 do Código de Processo Civil:

Art. 461: Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º – A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível à tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º – A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (Art. 287).

§ 3º – Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º – O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º – Para efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

§ 6º – O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

Dispõe do Art. 84 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 84: Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º – A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º – A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (Art. 287, do Código de Processo Civil).

§ 3º – Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

§ 4º – O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º – Para a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

Nota-se que ambos os dispositivos tratam, do cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o que poderia nos levar à falsa ideia de que contemplariam apenas a tutela de tais obrigações, excluindo-se os demais direitos que não tivessem ligações com obrigações, a exemplo dos direitos difusos.(MARINONI, 2000, p. 71)

Porém, o que o ocorre é que “[...] o legislador, ciente das necessidades de tutela do direito material, disponibilizou técnicas capazes de permitir a prestação da tutela jurisdicional de modo efetivo”.(MARINONI, 2000, p. 71)

Em linhas gerais, temos que os Arts. 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor devem ser compreendidos como normas que permitem ao juiz: a) impor um não-fazer ou um fazer sob pena de multa, o que demonstra a possibilidade do juiz agir de ofício impondo as medidas coercitivas, e ainda b) determinar uma modalidade executiva capaz de dar ao autor um resultado equivalente àquele que poderia ser obtido com a imposição e o adimplemento do fazer ou do não fazer.(MARINONI, 2000, p. 71)

2 O MAGISTRADO E SUA ATUAÇÃO FRENTE À EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

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

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

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

Não obstante, o número excessivo de processos que se encontram na responsabilidade de cada magistrado, ele deverá atuar de forma mais responsável com aqueles que envolvam o direito fundamental à saúde, em face de sua estreita relação com o direito à vida, embora ele deva, a todos os direitos, dispensar tal atenção; afinal, o acesso à justiça, a uma tutela jurisdicional efetiva também é um direito fundamental (MARINONI, 2006, p. 462) que merece ser efetivado.

Entendemos que o magistrado, ao atuar frente ao direito fundamental à saúde, deve atuar de maneira mais efetiva, objetivando “[...] a construção do procedimento adequado ao caso concreto, derivado do direito de ação – já que igualmente se pode falar em direito à construção da ação adequada ao caso concreto”. (MARINONI, 2006, p. 461) Assim, estará cumprindo seu dever de prestar uma efetiva tutela jurisdicional aos direitos.

Daí, a necessidade de o magistrado aplicar e efetivar os direitos fundamentais, sendo que, em hipóteses nas quais “[...] o juiz nega uma norma infraconstitucional em razão de um direito fundamental, seu raciocínio decisório, expresso na justificativa, deve ser capaz de convencer que a lei desconsidera o valor social guardado no direito fundamental”. (MARINONI, 2006, p. 460)

O magistrado, enquanto representante do poder judiciário, não têm a possibilidade, mas o dever de intervir, sempre que necessário, para a efetivação dos direitos fundamentais. (ALEXY, 2002, p. 527)

Destaca Zollinger (2006, p. 72):

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

2.1 Princípio da tripartição dos poderes: interferência do magistrado como legislador positivo

Passemos à análise da possibilidade de atuação do magistrado como legislador positivo visando a efetivar o direito fundamental à saúde, em cuja esteira devemos tratar dos limites desta atuação.

Enfrentaremos primeiramente a questão atinente à separação dos poderes, pois neste ponto repousa a maior celeuma, quando se destaca a possibilidade do magistrado, enquanto pertencente ao poder judiciário, estar interferindo nos atos da administração pública, logo, interferindo nas atribuições inerentes ao poder executivo.

O novo modelo organizacional, pautado na lei, consiste num direito ordenador (CAMPILONGO, 1997, p. 59) que rompe com o modelo da Idade Média no qual as *leis fundamentais* eram consuetudinárias (LEAL, 2003, p. 05), garantindo, com base na lei escrita, o cumprimento dos ideais iluministas. O Estado, então, passa a ser regido por dois princípios fundamentais: a limitação da intervenção estatal nas liberdades individuais e a distribuição das competências. (BONAVIDES, 2003, p. 158)

O primeiro, fundado na concepção jusnaturalista de que o homem antecede ao Estado e, que os direitos inerentes à pessoa humana preexistem à regulamentação estatal, traduzia-se na máxima de que ao indivíduo, em princípio, é garantida a plena liberdade, de forma ilimitada, podendo fazer tudo aquilo que não esteja proibido. Ao Estado, por outro lado, em princípio, há uma expressa limitação de intervenção, sendo-lhe permitido atuar apenas onde a lei permitir.

O segundo princípio – distribuição das competências – evoluiu para a teoria da separação dos poderes, consistente, sinteticamente, na divisão das atribuições do Estado, garantindo-se a limitação da atuação estatal. Com efeito, a relação entre Executivo, Legislativo e Judiciário alicerçou-se em um sistema de contenção da atuação de cada parcela do poder, delimitando-se as áreas de atuação individual, um mecanismo de freios e contrapesos (*checkand balances*), no qual o poder limitava o poder.

A concepção da liberdade advinda com o liberalismo burguês do século XVIII não se esvaiu com o tempo; ao contrário, consolidou-se, pois o Estado de direito tem como finalidade a conformação de uma ordem humana pautada pela justiça e pela paz, através da incorporação de valores materiais, dentre os quais se destacam a liberdade, a segurança, a igualdade e a responsabilidade e responsabilização dos titulares do poder. (CANOTILHO, 1999, p. 21)

Conforme Canotilho (1999, p. 21):

Para tornar efectivos estes princípios e estes valores o Estado de direito carece de *instituições*, de *procedimentos* de acção e de *formas*

de revelação dos poderes e competências que permitam falar de um *poder democrático*, de uma *soberania popular*, de uma *representação política*, de uma *separação de poderes*, de *fins e tarefas* do Estado.

No Estado de Direito foi que surgiu a limitação dos poderes do soberano, erigindo a liberdade, através do Direito, como mecanismo de superação do absolutismo monárquico. Assim, a democracia clamava uma participação ativa do povo na formação da vontade geral do Estado, como forma de legitimar o poder. Analisando o texto constitucional de 1988, é possível observar que no Art. 2º,² trouxe a previsão quanto à independência e harmonia entre os três poderes.

Porém, a Constituição de 1988 faz menção à independência e harmonia entre os poderes, sem destacar a separação dele. Desta forma, devemos entender necessária a intervenção entre estes poderes, a fim de evitar abusos e de efetivar o texto constitucional de 1988.

Neste sentido, Leal (2007, p. 42):

[...] o Poder Judiciário (ou qualquer outro Poder Estatal) não tem o condão de *makepublicchoices*, mas pode e deve assegurar aquelas escolhas públicas já tomadas por estes veículos, notadamente as insertas no Texto Político, demarcadoras dos objetivos e finalidades da República Federativa. São tais indicadores que estão a reivindicar medidas efetivas para serem concretizados. Quando não efetivadas, dão ensejo a legítima perseguição republicada para atendê-las, administrativa, legislativa ou jurisdicionalmente.

Contudo, atualmente temos nos deparado com situações que demonstram uma verdadeira usurpação de poderes, onde cada um deles usurpa competências inerentes ao outro, de forma a afrontar diretamente o texto constitucional de 1988, como ocorre com a) a excessiva atividade legiferante do Poder Executivo, no uso de Medidas Provisórias e outras matérias; b) a progressiva inércia do Poder Legislativo em face de suas competências legiferantes próprias e ainda, no tocante ao Poder Judiciário, com c) a criticada intervenção do Poder Judiciário em temas que, por vezes, se confundem com competências dos demais poderes. (LEAL, 2007, p. 42)

Ao que parece, a separação, independência e harmonia entre os poderes não podem ser utilizadas como obstáculos à efetivação da Constituição de 1988, especialmente no tocante aos direitos fundamentais.

² Art. 2º da CF/88: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

Em assim sendo, vê-se esta interferência entre os poderes, como forma de concretização da Constituição de 1988, servindo como meio eficaz de atuar em prol dos direitos da sociedade, atuando como mais um mecanismo de democracia.

Outrossim, o argumento de que haveria alguma inconstitucionalidade, na atuação do magistrado enquanto legislador positivo restaria vencido, vez que este pode e deve intervir sempre que necessário, para efetivar normas constitucionais de competência do Poder Executivo, as quais não vêm sendo efetivadas.

Todavia, tem havido a discussão sobre a criação normativa através das decisões judiciais, a qual merece ampla reflexão neste momento, a fim de podermos analisar melhor a posição do magistrado enquanto legislador positivo.

Não obstante a assertiva de que quando de sua atuação, prolatando decisões, o magistrado estaria criando regras jurídicas aplicáveis ao caso concreto, isso leva-nos a refletir que tal fenômeno ocorre a partir da interpretação que concede com base no ordenamento jurídico e nas normas aplicáveis à lide.

As decisões judiciais prolatadas podem vir a constituir fonte normativa, por certo, tais decisões aparentemente apresentam-se como forma de invasão em termos de competência legislativa, por parte do Poder Judiciário.

Neste diapasão cumpre-nos assinalar ainda a questão referente aos decisórios do Supremo Tribunal Federal; afinal, terão, tais decisórios, a finalidade de servir como fonte de Direito?

Conforme Alvim (1995, p. 289-290):

Afigura-se-nos assim, pelo que dissemos e principalmente tendo em vista que o juiz, decidindo mercê de autênticos juízos analíticos, mesmo no caso de lacunas da lei, será sempre um explicitador do sistema. Dessa forma, mesmo ‘criando’ o juiz uma norma, estará, em certa medida – parece-nos – limitado, pelo seguinte: 1º) em primeiro lugar, pela própria estrutura constitucional; 2º) em segundo, pelo sistema jurídico infraconstitucional, em geral, no sentido de que a norma que venha a se ‘criar’ não pode desconhecer ou ser incompatível com os princípios albergados pelo mesmo sistema. Constata-se, assim, que é grande a limitação existente para o juiz, mesmo em casos tais, em que, aparentemente, ter-se-ia conferido a ele autêntico poder de legislador. **Este, crucialmente, entre nós, seria manifestamente impossível, diante da separação de poderes, e impossibilidade de delegação legislativa ao Poder Judiciário.**

Pelo posicionamento acima temos que não haveria interferência do Poder Judiciário no plano legislativo, afastando assim qualquer forma de interferências entre poderes, negando qualquer ponto de afronte ao sistema da tripartição do poderes. Porém, com a devida vênia, temos de discordar do jurista, vez que entendemos de maneira diversa.

Não se trata de atuar como legislador, nem de interferir ou usurpar a competência do Poder Legislativo, pois no Estado Democrático contemporâneo as funções do Poder Judiciário já não mais comportam os limites que lhe foram estabelecidos pelo Estado Liberal; na atual democracia a manifestação do Poder Judiciário revela-se necessária até mesmo para a consecução dela própria, sendo essencial para o sistema dos freios e contrapesos (*checks and balances*), próprio da teoria da separação dos poderes. (CAPPELLETTI, 1993, p. 19)

Óbvio que a tripartição dos poderes, ao invés de impedir a função normativa das decisões judiciais, a convalida. Há, porém, que se fazer uma leitura flexibilizada da teoria, em conformidade com os padrões sociais e democráticos atuais e não mais com a higidez com que foi concebida. (MANCUSO, 2007, p. 92)

Cabe ao magistrado não a possibilidade, mas sim a necessidade, o dever de atuar como legislador positivo, efetivando o texto constitucional de 1988, especialmente no tocante aos direitos fundamentais que não poderão ser desprezados pelos demais poderes, especialmente pelo Poder Executivo.

Conforme Mendes:

Um levantamento na jurisprudência do STF indica que, entre 05 de outubro de 1988 e 27 de maio de 1998, 99 disposições federais e 602 preceitos estaduais tiveram a sua eficácia suspensa, em sede de cautelar. No mesmo período, 174 disposições estaduais e 27 normas federais tiveram a sua inconstitucionalidade definitivamente declarada pelo Supremo Tribunal no âmbito do controle abstrato de normas. Esses números ressaltam a importância do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro. Eles demonstram também que, enquanto pretensão *legislador negativo*, o Supremo Tribunal Federal – bem como qualquer outra Corte com funções constitucionais – acaba por exercer um papel de **legislador positivo**. É que o poder de eliminar alternativas normativas contém, igualmente, a faculdade de, por via direta ou transversa, indicar as fórmulas admitidas ou toleradas. (MENDES, 2008)[*grifo nosso*]

Note-se que é possível, a atuação do magistrado como legislador positivo, embora dúvidas se insiram no tocante à limitação desta atuação. Afinal, devemos concordar que tal atuação encontrará limites sob pena de ocorrer realmente a usurpação de competências.

Evidente que a limitação da atuação do magistrado como legislador positivo para suprir a ausência de atuação dos demais poderes irá encontrar limites nas possibilidades de concretização, ou mesmo, como preferem alguns autores, o limite repousará na reserva do possível, sendo que ele deverá atuar sempre em vista da possibilidade econômica da concretização dos direitos.

Cumpra-nos, ainda, neste momento, um esclarecimento quanto à limitação econômica para a atuação do magistrado, que deverá ser cuidadosamente examinada, pois o Poder Executivo poderá servir-se de manobras orçamentárias para limitar aquela atuação, visando a continuar a atuar em desrespeito ao texto constitucional; afinal é fato que “[...] há vários países – até na América Latina – que conseguiram estabelecer serviços de saúde preventiva e curativa e sistemas escolares que atendem às necessidades básicas da população”. (KRELL, 2002, p. 56)

2.2 COMO SOPESAR O DIREITO INERENTE À DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR QUANDO DA EFETIVIDADE PRATICADA PELO MAGISTRADO?

A Constituição de 1988 prestigiou, no *caput* do Art. 1º,³ o Estado Democrático de Direito. Desta forma, devemos buscar o real significado do termo democracia colocado no texto constitucional.

Preleciona Bonavides (1996, p. 17):

A democracia é aquela forma de exercício da função governativa em que a vontade soberana do povo decide, direta ou indiretamente, todas as questões de governo, de tal sorte que o povo seja sempre o titular e o objeto – a saber, o sujeito ativo e o sujeito passivo de todo o poder legítimo.

Destaca Silva (2007, p. 369):

[...] a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um *processo* de afirmação do povo e de *garantia dos direitos fundamentais* que o povo vai conquistando.

Conforme Canotilho (2003, p. 287):

É conhecida a formulação de Lincoln quanto à *essência* da democracia: *governo do povo, pelo povo e para o povo*. Ainda hoje se considera esta formulação como a síntese mais lapidar dos momentos

³ Art. 1º da CF/88: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]”.

fundamentais do princípio democrático. Designamos aqui a fórmula de Lincoln como um modo de justificação *positiva* da democracia.

Neste contexto, “[...] todo poder emana do povo”.⁴ Logo, o poder está contido nas mãos da maioria que de tempos em tempos consegue eleger seus representantes outorgando-lhe poderes para atuarem em nome de toda a sociedade, visando ao bem comum de todos.

Com isso, temos que aos representantes do povo, enquanto eleitos pelo voto direto, e eleitos pela maioria, não compete conhecimentos técnicos, devendo o candidato atender a quesitos políticos necessários.

Existe uma grande diferenciação entre o Poder Executivo e Poder Legislativo em relação ao Poder Judiciário, pois ao judiciário cabe escolher os magistrados entre toda a população devidamente qualificada por conhecimentos técnicos de destaque, os quais lhes permitirão aprovação em concursos públicos para o efetivo exercício de suas funções.

A competência destinada ao Poder Executivo e Poder Legislativo é elaborar Leis, administrar os recursos públicos, estipular políticas públicas que atendam à saúde, educação, moradia e outras que deverão ser, necessariamente, estipuladas e cumpridas.

Muitas vezes o Poder Executivo deixa de atuar de forma a efetivar direitos fundamentais necessários à vida do indivíduo e, com isso deixa de cumprir seu papel essencial: alocar recursos de maneira viável ao cumprimento e efetividade daqueles direitos trazidos pela Constituição de 1988, como ocorre com o direito fundamental à saúde.

Nesses casos, incumbe ao Poder Judiciário atuar efetivamente, interferindo nas decisões dos órgãos públicos, muitas vezes interferindo no poder discricionário do administrador, como forma de efetivar direitos fundamentais que estão sendo vilipendiados.

Daí, a necessidade de o magistrado atuar sempre com o condão de efetivar os direitos fundamentais, pois eles “[...] são posições tão importantes que sua outorga ou não-outorga não pode ficar nas mãos da simples maioria parlamentar”. (ZOLLINGER, 2006, p. 181)

Podemos então sopesar a atuação do judiciário, frente à discricionariedade (MEIRELLES, 2001, p. 110) do administrador público, de forma que o limite a esta atuação encontra-se basicamente na atuação correta do administrador; afinal, sempre que assim agir, estará imune à atuação do judiciário, pois estará por certo efetivando políticas públicas, concretizando direitos fundamentais e, por certo, respeitando o texto constitucional.

⁴ Art. 1º, parágrafo único da CF/88: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

O judiciário deverá sempre atuar quando da lesão a um direito, especialmente quando se tratar de direitos fundamentais. Destaquemos ainda a necessidade de sua atuação quando a lesão refira-se ao direito fundamental à saúde, pois, neste caso, estará atuando em prol do direito fundamental à vida com dignidade, primando pelo mínimo existencial (KRELL, 2002, p. 52) de cada indivíduo.

3 RELATIVIZAÇÃO DA “RESERVA DO POSSÍVEL” QUANDO DA EFETIVIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A reserva do possível deveria representar a limitação das possibilidades financeiras do poder público, e havendo o esgotamento dos recursos do Estado para a concretização de um direito fundamental, ou ainda, para exercer as prestações inerentes ao Estado, estaria ele dispensado desta prestação, por não se tratar de algo possível, mesmo considerando-a um dever para com a sociedade. (KRELL, 2002, p. 52)

Pois bem, temos então, que todo indivíduo tem a possibilidade de exigir, de maneira compulsória, a prestação dos direitos sociais assegurados em normas legais. Ainda nesta seara, deve o legislador além de editar normas, ater-se às previsões em normas constitucionais.

Em assim sendo, os direitos sociais envolvem a disponibilidade de grandes importâncias financeiras, e por isso, “[...] rapidamente se aderiu à construção dogmática da **reserva do possível** (*Vorbehalt des Möglichen*) para traduzir a idéia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos” (grifo no original). (CANOTILHO, 2003, p. 481)

Quanto à reserva do possível, devemos destacar que esta comporta algumas dimensões, mais especificamente três dimensões, conforme leciona Sarlet:

[...] há como sustentar que a assim designada **reserva do possível** apresenta pelo menos uma **dimensão tríplex**, que abrange a) a efetiva *disponibilidade fática dos recursos* para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a *disponibilidade jurídica dos recursos* materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da *proporcionalidade da prestação*, em especial no tocante à sua

exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. *[grifos nossos]* (SARLET, 2007, p. 304)

Reconhecemos a limitação econômica do poder público quando da efetivação dos direitos sociais à prestação, a qual representa um dos maiores obstáculos à designada reserva do possível, e que, nesses casos, demonstra ser impossível tal efetivação.

Conforme Sarlet:

Já no que diz com os direitos sociais a prestações, seu *custo* assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando, pelo menos para significativa parcela da doutrina, que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica, já que aqui está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas. (SARLET, 2007, p. 302-303)

Mas, pensarmos os direitos sociais sob *reserva dos cofres cheios* equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica, ou seja, a simples colocação da reserva do possível como obstáculo à efetivação dos direitos sociais não basta, vez que se assim entendêssemos haveríamos de aceitar a efetividade dos referidos direitos somente quando estivéssemos sob os auspícios de um Estado com os cofres cheios. (CANOTILHO, 2003, p. 481)

Destaca Krell (2002, p. 54):

Pensando bem, o condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de **caixas cheias** do Estado significa **reduzir a sua eficácia a zero**; a subordinação aos ‘condicionantes econômicos’ relativiza sua universalidade, condenando-os a serem considerados ‘direitos de segunda categoria’. Num país com um dos piores quadros de distribuição de renda do mundo, o conceito de ‘redistribuição’ (*Umverteilung*) dos recursos ganha uma dimensão completamente diferente.

Nesta esteira, temos que a limitação econômica pode até levar à limitação dos direitos fundamentais, desde que, tais limitações sejam devidamente justificáveis; elas porém, jamais poderão exacerbar o mínimo necessário de efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Neste sentido, Canotilho (2003, p. 481):

Para atenuar esta desoladora conclusão adianta-se, por vezes, que a única vinculação razoável e possível do Estado em sede de direitos sociais se reconduz à **garantia do mínimo social**. Segundo alguns autores, porém, esta garantia do mínimo social resulta já do dever indeclinável dos poderes públicos de garantir a dignidade da pessoa humana e não qualquer densificação jurídico-constitucional. *[grifo nosso]*

Em regra, os direitos fundamentais devem ser efetivados, incumbindo aos três poderes: legislativo, executivo e judiciário, envidar esforços para tal efetivação, obviamente respeitando as reservas econômicas e orçamentárias. No entanto, quando provocado, o judiciário deve atentar-se com imensa cautela ao ser invocada a reserva do possível, porque não poderá esta ser utilizada simplesmente como obstáculo à efetivação dos direitos fundamentais sem que seja muito bem fundamentada. Entendemos haver a necessidade de o magistrado nomear um perito expert para que possa atestar a veracidade das informações econômicas prestadas, sob pena de estar deixando de efetivar direitos fundamentais, de maneira infundada. (Canotilho, 2003, p. 369)

Dessa maneira, no que se refere ao direito fundamental à saúde, a aplicação da designada reserva do possível, merece ser analisada com muita cautela, pois “[...] não haverá um direito fundamental à saúde, mas um conjunto de direitos fundados nas leis reguladoras dos serviços de saúde” (Canotilho, 2003, p. 481), que merecem ser efetivadas como forma de assegurar o direito à vida digna da população.

Afinal, considerando que os recursos não sejam suficientes, “[...] deve-se retirá-los de outras áreas (transporte, fomento econômico, serviço de dívida), onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade física e saúde” (KRELL, 2002, p. 53).

Assim, o “[...] juiz, além de ter um dever constitucional de conferir proteção aos direitos fundamentais, é também o destinatário do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva”. (ZOLLINGER, 2006, p. 183)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito fundamental à saúde, apresenta-se como subjetivo, com dimensões negativas: refere-se a uma abstenção de o Estado não fazer, no sentido de não afetar, não agredir a saúde; e positivas: no sentido de que todo indivíduo tem o direito de exigir do Estado o cumprimento do direito fundamental à saúde, efetivando tal direito conforme prevê o texto constitucional de 1988.

O texto constitucional de 1988 trouxe em seu bojo, mais especificamente no Art. 197, a expressão *relevância pública*, para tratar dos serviços e ações referentes à saúde.

Desta forma, acertadamente, o constituinte cuidou de prever a necessidade do poder público em desempenhar com responsabilidade as ações e serviços de saúde, por representarem, como bem destacado pela expressão *relevância pública*, bens essenciais para o ser humano viver com dignidade. Logo, instalou-se mais uma garantia a toda coletividade no que se refere à necessidade de se efetivar o direito fundamental à saúde.

Desta forma, temos que a mera previsão do direito fundamental à saúde não reflete sua efetividade, mas, neste sentido, devem ser previstos mecanismos hábeis para tal, visto que o poder público, que tem o dever de efetivar este direito, muitas vezes busca eximir-se disto por questões econômicas, fato que enseja a prática daqueles mecanismos que irão coagi-lo à efetivação.

A tutela jurisdicional coletiva apresenta-se como um dos mecanismos com maior alcance para a efetividade dos direitos fundamentais, especialmente no que se refere à saúde, em função da economia processual, da possibilidade concreta de se efetivar o acesso à justiça, do direito material enquanto instrumento processual, sendo que estes quesitos atuam de maneira harmônica e eficaz, visando à aplicação efetiva dos instrumentos coletivos.

A legitimação coletiva é tema de extrema importância para o estudo da tutela jurisdicional coletiva, vez que se apresenta como exceção ao processo civil individual; afinal, na seara coletiva, teremos interesses coletivos envolvidos, nos quais o autor da ação defende o direito do qual não é titular, atuando como substituto processual. Quanto à possibilidade da legitimidade passiva do grupo ou de ele vir a compor o pólo passivo da ação coletiva, entendemos ser possível, por uma interpretação do direito alienígena e ainda, pelo fato de que a defesa, em face de sua impossibilidade, tem arrimo apenas na ausência de previsão legal. Por certo, algumas adequações deverão ocorrer de forma a estabelecer regras adequadas, mas em síntese, no campo doutrinário, é óbvio que seria possível.

O magistrado tem, ao seu dispor, diversos mecanismos destinados a efetivar as decisões judiciais por ele prolatadas. Mas não basta apenas prolatar a decisão; deve o magistrado efetivá-la, ainda mais quando tal decisão implica conseqüências ao direito fundamental à saúde. Assim, incumbe a ele o dever de efetivar sua decisão, podendo fazer uso do disposto nos Arts. 287 e 461 do Código do Processo Civil, do Artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, entre outros, tudo visando a efetivar a decisão judicial por ele prolatada.

Frente a questões atinentes ao direito fundamental à saúde, tem o magistrado, não o poder, mas sim, o dever de efetivá-lo, atuando de forma tanto preventiva como repressiva, devendo aplicar este direito fundamental, mesmo que diante de omissões legislativas.

O judiciário, ao decidir acerca de questões que envolvam o poder executivo, não está, de forma alguma, usurpando sua função, mas sim cumprindo seu papel de atuar sempre que provocado, efetivando direitos, cumprindo seus deveres. Afinal, sempre que chamado a intervir na atuação do executivo, haverá uma omissão por parte deste, logo, não há que se falar em usurpação de competência.

O Poder Judiciário, sempre que provocado a atuar em função do desrespeito ao direito fundamental à saúde por ocasião de atos discricionários do administrador, estará atuando, não de forma a usurpar a discricionariedade do administrador, mas sim, objetivando aferir a legalidade de tal discricionariedade, ou seja, se o administrador atuou de forma correta, tanto na alocação de recursos, como nos gastos públicos. Logo, não há que se falar em inconstitucionalidade nesta esfera.

A escassez de possibilidades financeiras do Estado é um fato irrefutável e, muitas vezes, um obstáculo à efetivação dos direitos fundamentais, especialmente no tocante ao direito fundamental à saúde. Porém, tal argumento não pode ser utilizado constantemente pelo poder público para justificar a não efetividade desse direito, pois temos visto que frente às demandas coletivas, que visam a efetivá-lo, sempre é invocada, a favor do poder público, a reserva do possível, limitação financeira. É fato que o poder público tem limitação econômica e o que se pretende não é desconsiderar esta realidade, mas sim apurar a veracidade deste argumento. Afinal, somente assim poderá o poder público furtar-se aos seus deveres constitucionais quanto à efetividade do direito fundamental à saúde.

Impossível imaginarmos que a concretização dos direitos fundamentais, especialmente no tocante à saúde, só poderá ocorrer se os cofres públicos estiverem abarrotados; a obrigação do administrador público é justamente alocar corretamente os recursos, incumbido do dever constitucional de efetivar tais direitos.

Portanto, podemos concluir que a previsão do direito fundamental à saúde, por si só, não traz a efetividade esperada e almejada, tornando-se insuficiente, sendo que, desta forma, a tutela coletiva, por meio de instrumentos eficazes, pode e tem contribuído para a efetividade do referido direito. Porém, ainda temos muito a viabilizar, muito a conquistar e, por certo, o meio mais eficiente para melhorar a saúde no Brasil é a tutela jurisdicional coletiva.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid:

Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALVIM, Arruda. Sentença no processo civil: as diversas formas de terminação do processo em primeiro grau. In: ALVIM, Arruda. **Processo civil**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica por uma repolitização da legitimidade. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Coleção Cadernos Democráticos. Lisboa: Gradiva Publicações, 1999.

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

KRELL, Andréas J. **Direitos sociais e o controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig. **A Constituição como princípio**: os limites da jurisdição constitucional brasileira. Barueri: Manole, 2003.

LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 3ª ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica (Arts. 461 do CPC e 84 do CDC)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, 1 vol.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Teoria da legislação e controle de constitucionalidade: algumas notas**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev.htm>. Acesso em: 21 mar. 2008.

OLIVEIRA, Cleberson Cardoso de. O direito à saúde aos pacientes conforme a Constituição da República de 1988. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas - Unifafibe**. v.3, n.1, 2015. Disponível em: <http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/66/pdf_35>. Acesso em: 07 jan. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. Democracia e direitos fundamentais. In: CLÈVE, Clemerson Merlin; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **Tutela coletiva do direito à saúde**. Franca: Lemos e Cruz, 2010.

_____; PAIVA, Caroline Zanetti. A utilização da mediação como forma de efetivação ao acesso à justiça e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM.** v. 11, n.1, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/20505/pdf#.WMmI_m_yt0x>. Acesso em: 07 jan. 2017.

_____; ALVES, Fernando de Brito (Orgs.). **Políticas Públicas:** da previsibilidade a obrigatoriedade – uma análise sob o prisma do estado social de direitos. Birigui: Boreal, 2011

_____; OLIVEIRA, Flávio Luis (Orgs.). **Constitucionalismo, democracia, procedimento e substância.** Birigui: Boreal, 2013.

_____. **A dimensão cultural do direito fundamental à alimentação.** Birigui: Boreal, 2013.

VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo:** a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil – perspectivas de um Código brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007.

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

Recebido em 11.05.2017

Aprovado em 28.08.2017