

RECEBIDO EM: 11/09/2019
APROVADO EM: 20/05/2020

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DO DIREITO À SAÚDE

*THE PUBLIC CIVIL ACTION AS AN INSTRUMENT TO
PROTECT TO RIGHT TO HEALTH*

Lucas Fernandes Calixto

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (UFPEL). Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE) em parceria com a Universidade de Caxias do Sul (UCS) /RS. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Meridional (IMED). Juiz Federal.

Alexandre Fernandes Gastal

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Do processo individual ao processo coletivo; 2 A ação civil pública; 3 O processo coletivo a serviço do direito à saúde; 4 Conclusão; Referências

RESUMO: O modelo de processo individual para efetivação do direito à saúde mostrou-se insuficiente. Tal modelo representa uma disfunção do sistema, ao privilegiar o demandante individual, e sobrecarrega o Poder Judiciário. Assim é que o instrumento coletivo, especialmente a ação civil pública, revela-se importante ferramenta para efetivação e maximização desse importante direito. O presente artigo busca justamente trabalhar o uso da ACP na tutela do direito à saúde, apresentando os principais aspectos que otimizam a prestação jurisdicional.

PALAVRAS-CHAVES: Direito à saúde. Judicialização do direito à saúde. Processo coletivo. Direitos Coletivos. Ação Civil Pública.

ABSTRACT: The individual process model for the realization of the right to health was insufficient. Such a model represents a dysfunction of the system, privileging the individual contender, and overloading the Judiciary. Thus, the collective instrument, especially public civil action, proves to be an important tool for the effective and maximization of this important right. This article seeks precisely to work the use of the ACP in the protection of the right to health, presenting the main aspects that optimize the jurisdictional provision.

KEYWORDS: Right to health. Judicialization of the right to health. Collective process. Collective rights. Public Civil Action.

INTRODUÇÃO

O artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz um rol de direitos sociais, dentre os quais se encontra inserido o direito à saúde, que vem delineado, mais pormenorizadamente, a partir do artigo 196, que estabelece ser a saúde “direito de todos e dever do Estado”.

Esse direito, social fundamental, carece de uma ampla efetivação, sendo deficitária a sua prestação por parte do Poder Público. Nesse cenário de crise da política pública, cresce a quantidade de ações judiciais que buscam garantir as prestações de saúde.

Ocorre que tais processos, em sua grande maioria, são demandas individualmente ajuizadas. Isso é, na busca da plena garantia do direito à saúde, as pessoas acabam demandando o Poder Público através de processos individuais, gerando sobrecarga de trabalho ao Poder Judiciário e disfunção do sistema, que acaba por resolver aquele processo individualmente considerado, mas deixa em aberto o litígio quando analisado sob uma perspectiva ampla.

Nesse cenário, avulta a importância do estudo de instrumentos coletivos que possam buscar uma solução ampla ao problema de efetivação do direito à saúde. De fato, o processo individual deita raízes em um tipo de litigiosidade que não mais justifica seu uso hodiernamente. Nesse sentido, a litigiosidade macro de hoje exige soluções que possam resolver as contendas de forma ampla, de modo a racionalizar o uso do aparato judicial e as próprias contas públicas, que acabam recebendo grande impacto em demandas que buscam políticas públicas.

O presente artigo parte, pois, desta inquietação. Primeiro inicia traçando um paralelo entre o processo individual e o processo coletivo. Nessa parte ainda registra os conceitos de direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos.

Em um segundo momento volta a atenção à ação civil pública, como um dos instrumentos de maior relevância para o processo coletivo. Analisa alguma de suas particularidades em comparação ao processo individual, bem como pontua alguns de seus diferenciais no tratamento da coisa julgada e da legitimidade.

Por fim, trata do processo coletivo a serviço do direito à saúde e, apresenta como possível o manejo da ação civil pública, citando inclusive

recente julgado do STJ que assenta a legitimidade do Ministério Público nessa matéria.

1 DO PROCESSO INDIVIDUAL AO PROCESSO COLETIVO

O Código de Processo Civil de 1973 foi estruturado a partir de uma visão individualista dos conflitos. De fato, o processo (como instrumento da função jurisdicional) servia como meio de solver conflitos surgidos entre particulares ou entre particulares e Administração Pública, valendo-se das tutelas reparatória ou preventiva. É parte, pois, de um modelo concreto (que trabalha com a ideia de solução do litígio posto), não prevendo mecanismo de solução de conflitos abstratos (ZAVASCKI, 2017, p. 8).

Nada obstante, Zavascki (2017, p. 18) identifica que a partir de 1985 diversas modificações legislativas transformaram substancialmente, não apenas o próprio Código, mas o próprio sistema processual no qual estava inserido, não havendo mais a restrição a um modelo individualizado e concretista. O autor identifica duas fases ou ondas de reformas, quais sejam, uma primeira, a partir de 1985, a introduzir instrumentos a dar conta de demandas de natureza coletiva e a segunda onda, a partir de 1994, visando aprimorar os instrumentos já previstos no Código de Processo. (ZAVASCKI, 2017, p. 18)

Como exemplo de inovações legislativas da primeira onda, Zavascki (2017, p. 19) identifica a Lei 7.347/85, que disciplinou a ação civil pública, além dos demais diplomas de tutela de direitos transindividuais e tutela de direitos individuais de uma forma coletiva, como o próprio Código de Defesa dos Consumidores (CDC) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Relativamente à segunda onda, dentre os diversos diplomas de aperfeiçoamento da legislação, destaca-se a valorização que se deu à tutela específica da obrigação, valorização essa que carregou consigo uma gama de dispositivos que conferiram ao juiz “uma espécie de *poder executório genérico*” (ZAVASCKI, 2017, p. 24), de modo a garantir maior efetividade ao processo.

Mais recentemente, o novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), marca a passagem de um Estado Legislativo para um Estado Constitucional (NUNES, 2015, p. 490). Isso significa dizer que a matriz de inspiração do novo Código passa necessariamente pela análise constitucional, diferentemente do sistema anterior em que havia preponderância da lei. A Constituição, como norma suprema e dotada de força normativa, conforma

as leis, dentre as quais o próprio Código de Processo Civil, o qual passa a agasalhar os valores e diretrizes da Constituição de 1988.

Dentro de tais valores, destacam-se a dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica. Esta última, com efeito, é a matriz inspiradora de diversos institutos que visam a uniformizar a jurisprudência, aproximando o modelo brasileiro do modelo vigente na *common law*. É neste contexto de uniformização que também se dispensa maior atenção às demandas coletivas, já que elas possuem o potencial de uniformizar decisões, pacificando conflitos de massa e resolvendo as chamadas macrolides.

A preocupação com os direitos ditos coletivos, contudo, não surge apenas com o advento do novel CPC. De fato, já nos anos de 1977 (com posterior publicação em 1988), José Carlos Barbosa Moreira¹ manifestara preocupação com a pouca utilização da ação popular de 1965, já antevendo o crescimento das demandas de massa (MOREIRA, 1988, pp. 110-123). Nesse contexto é que o autor traçou, ainda que de forma bastante incipiente, os conceitos dos chamados direitos difusos e coletivos, que posteriormente estariam inseridos no CDC.

É a partir desses conceitos – de direitos difusos e coletivos – que se pode aprofundar o estudo sobre o chamado processo coletivo. Neste panorama, há quem o defina pelas suas especificidades diante do processo individual (tratamento diferenciado para a legitimação e coisa julgada, por exemplo). Nesse sentido, destaca-se a lição de Antonio Gidi:

Segundo pensamos, ação coletiva é a proposta por um legitimado autônomo (legitimidade), em defesa de um direito coletivamente considerado (objeto), cuja imutabilidade do comando da sentença atingirá uma comunidade ou coletividade (coisa julgada). Aí está, em breves linhas, esboçada a nossa definição de ação coletiva. Consideramos elementos indispensáveis para a caracterização de uma ação como coletiva a legitimidade para agir, o objeto do processo e a coisa julgada (GIDI, 1995, p. 16)

Entendemos, contudo, que tais elementos são apenas acidentais, não sendo caracterizadores do processo (ou da ação) coletiva. Trilhamos a linha, nesse ponto, de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., que identificam

1 O artigo citado chama-se: A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela dos chamados “interesses difusos” (MOREIRA, 1988, pp. 110-123). Como dito, o aludido artigo é, originalmente, de 1977, ano da primeira edição da obra.

o processo coletivo com seu objeto litigioso, qual seja, a relação jurídica coletiva posta em juízo. Nas palavras dos autores:

O processo é coletivo se a relação jurídica litigiosa é coletiva. Uma relação jurídica é coletiva se em um de seus termos, como sujeito ativo ou passivo, encontra-se um grupo (comunidade, categoria, classe etc.; designa-se qualquer um deles pelo gênero grupo). Se a relação jurídica litigiosa envolver direito (situação jurídica ativa) ou dever ou estado de sujeição (situações jurídicas passivas) de um determinado grupo, está-se diante de um processo coletivo.

Assim, processo coletivo é aquele em que se postula um direito coletivo *lato sensu* (situação jurídica coletiva ativa) ou se afirma a existência de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres individuais homogêneos, por exemplo). Observe-se, então, que o núcleo do conceito de processo coletivo está em seu objeto litigioso: coletivo é o processo que tem por objeto litigioso uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva. (DIDIER JR e ZANETI JR, 2014, p. 2)

Importante a afirmação dos autores no sentido que não só o processo é coletivo quando se está diante de um grupo, mas quando a própria relação jurídica litigiosa envolve direito ou estado de sujeição coletivo. Isso ocorre, pois o processo coletivo, para além de contar com um legitimado ativo coletivo (Ministério Público, Defensoria Pública etc), também se instaura quando a situação posta é coletiva, o que explica, em grande medida, a coletivização dos chamados direitos individuais homogêneos.

De fato, a advertência de Barbosa Moreira não perde a atualidade. Passados 30 anos da Constituição de 1988, ainda não se verifica, na prática, um uso otimizado das ações coletivas. Não se desconhece o avanço (teórico, legislativo e mesmo jurisprudencial) quanto ao tema; ocorre que há direitos – como o direito à saúde de que aqui se trata – que ainda carecem de um tratamento coletivo.

Instrumento de importância destacada para tanto é a ação civil pública, a qual, em grande medida, contribuiu para a superação (ou ao menos o avanço) de um processo de cunho individualista para um processo coletivo.

Analisar-se-á brevemente esse instrumento para então partir ao tema central do presente artigo, que é a análise do processo coletivo como forma de efetivação do direito à saúde.

2 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A ação civil pública é, talvez, o instrumento mais difundido e que alçou o processo coletivo a um grau de importância destacado no cenário jurídico brasileiro. Foi por meio dela que se superou o problema de legitimação da ação popular, que a despeito de prever a participação do cidadão, olvidou-se que raramente dispõe esse mesmo cidadão de condições (materiais, econômicas ou jurídicas) de postular junto ao Poder Judiciário.

De fato, a ação civil pública abriu um leque de legitimados que contam com tais condições, sendo aptos² a defender litígios de massa através da legitimação extraordinária. Assim, acaba-se superando esse “inconveniente” (como dizem MARINONI et al, 2015) relativo ao não acesso de grande parte dos cidadãos ao sistema de justiça.

Antes de adentrarmos mais propriamente os contornos da ação civil pública, necessário diferenciar, ainda que brevemente, os conceitos de direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos.

A classificação em questão está disposta no artigo 81, parágrafo único, do CDC, o qual, juntamente com a Lei da Ação Civil Pública, compõe o chamado “microsistema da tutela coletiva”³. Segundo o CDC, os direitos coletivos (em sentido amplo) são divididos em: difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos.

Os direitos difusos e coletivos em sentido estrito pertencem ao grupo dos chamados direitos transindividuais, isto é, direitos que são, em essência, coletivos (e não individuais com tratamento coletivo, como os individuais homogêneos). Hugo Nigro Mazzili assim os conceitua:

Difusos são interesses de grupos menos determinados de pessoas, entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático muito preciso. Em sentido lato, os mais autênticos interesses difusos, como o meio ambiente, podem

2 Não se adentrará, aqui, na importante discussão a respeito da legitimação em rol fechado constante do sistema brasileiro em detrimento da legitimação adequada do sistema norte-americano. Para uma completa análise sobre representatividade adequada vide LEONEL, 2002, pp. 168 e seguintes.

3 A existência desse “microsistema da tutela coletiva” dá azo ao que MANCUSO chama de sistema de “interdependência-complementariedade” das normas regentes do processo coletivo brasileiro. Diz o autor (MANCUSO, 2007, pp. 57-58), nessa linha, que as normas de processo coletivo (CDC, LACP, CPC etc) atuam como verdadeiros “vasos comunicantes”, já que integrariam um autêntico subsistema processual coletivo.

ser incluídos na categoria do interesse público. Outro exemplo clássico de interesse difuso é o dos destinatários de propaganda enganosa.

[...]

Assim, segundo o mesmo Código, coletivos são os interesses “transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base” (art. 81, II). Como exemplo, teríamos as pessoas, prejudicadas pela cobrança de um aumento ilegal de mensalidades escolares ou prestações de um consórcio. (MAZZILLI, 1992, p. 2)

Já os direitos individuais homogêneos, como se adiantou, são direitos essencialmente individuais que possuem, por conveniência, um tratamento coletivo. São direitos – ao contrário dos dois precedentes – divisíveis, podendo ser identificado cada um de seus titulares. Gregório Assagra de Almeida assim os conceitua:

Usando os critérios do CDC, extrai-se que, pelo aspecto *subjetivo*, os direitos ou interesses individuais homogêneos têm como titulares pessoas perfeitamente individualizadas, que também podem ser indeterminadas, mas determináveis sem nenhuma dificuldade. Pelo aspecto *objetivo* e pelo caráter predominantemente individualizado, são eles sem dúvida divisíveis e distinguíveis entre seus titulares. Sob o aspecto de sua *origem*, possuem eles origem comum. Em relação a essa origem comum é que existe ponto de semelhança entre os direitos ou interesses individuais homogêneos e os direitos ou interesses difusos, pois ambas as categorias, diferentemente dos direitos coletivos em sentido estrito, dos quais se exige prévia relação jurídica base, nascem ligadas pelas mesmas circunstâncias de fato, não obstante sejam, quanto à titularidade e objeto, totalmente distinguíveis.

São considerados direitos ou interesses *acidentalmente coletivos* e recebem o tratamento processual coletivo – daí serem designados como sendo apenas acidentalmente coletivos –, pois se constituem de *vários interesses ou direitos individuais homogeneamente considerados*, que estão ligados pela origem comum (...) (ALMEIDA, 2003, pp. 491-492)

A partir da conceituação (e separação) dos direitos transindividuais (difusos e coletivos em sentido estrito) e individuais, é que Zavascki (2017, pp. 39-49) constrói importante diferenciação na defesa de uns e outros

em juízo. Para ele, não há que se confundir a defesa dos direitos coletivos e a defesa coletiva de direitos (individuais). Tal diferença dá origem ao uso da Ação Civil Pública para os primeiros e Ação Civil Coletiva para os segundos. Nas suas palavras:

É preciso, pois, que não se confunda defesa de direitos coletivos com defesa coletiva de direitos (individuais). Direitos coletivos são direitos subjetivamente *transindividuais* (= sem titular individualmente determinado) e materialmente *indivisíveis*. Os direitos coletivos comportam sua aceção no singular, inclusive para fins de tutela jurisdicional. Ou seja: embora indivisível, é possível conceber-se uma única unidade da espécie de direito coletivo. O que é múltipla (e indeterminada) é a sua titularidade, e daí sua transindividualidade. “Direito coletivo” é designação genérica para as duas modalidades de direitos transindividuais: o direito difuso e o coletivo *stricto sensu*. É denominação que se atribui a uma especial categoria de direito material, nascida da superação, hoje indiscutível, da tradicional dicotomia entre interesse público e interesse privado. (...)

Já os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais. A qualificação *homogêneos* em nada altera e nem pode desvirtuar essa sua natureza. É qualificativo utilizado para identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de *homogeneidade*, o que permite a defesa coletiva de todos eles. (...) (ZAVASCKI, 2017, pp. 39-40)

É certo, ainda, que a ação civil pública, para além de ter como objeto os direitos transindividuais (difusos e coletivos em sentido estrito), também se presta para a proteção de direitos individuais indisponíveis. Nesse sentido, veja-se o que diz Mazzilli:

A defesa de interesses individuais pelo MP, por meio de ação civil pública, só se pode fazer, pois, enquanto se trate de direitos indisponíveis, que digam respeito à coletividade como um todo, única forma de conciliar essa iniciativa com a destinação institucional do MP (art. 127, caput da CR). Assim, p. exemplo, as providências do MP são exigíveis, até mesmo com o ingresso de ação civil pública, para assegurar vaga em escola, tanto para uma única criança, como para dezenas, centenas ou milhares delas; tanto para se dar escolarização ou profissionalização a um, como a diversos adolescentes privados de liberdade. (MAZZILLI, 1992, p. 3)

Nesse norte, o objeto da ação civil pública é bastante amplo, constando do artigo 1º da Lei 7.347/85. Importante destacar o inciso IV, incluído pelo CDC, que refere ser tutelável pela ação civil pública “*qualquer outro interesse difuso ou coletivo*”. Ou seja, há um amplo leque para a tutela de direitos transindividuais pelos legitimados ativos, sendo certo ainda que ao Ministério Público também cabe a defesa dos direitos individuais homogêneos indisponíveis, como se apontou acima.

Aliás, a legitimidade para a propositura da ação civil pública, diferentemente do modelo norte-americano das *class actions*, segue um rol fechado (artigo 5º da Lei da ACP). Além do Ministério Público, também são legitimados a Defensoria Pública, os entes federativos, as autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista, além de associações que estejam constituídas há mais de um ano e que possuam pertinência temática com o tema sobre o qual verse a ação.

À semelhança do que ocorre na seara penal, a ação civil pública pode ou não ser precedida de um inquérito (denominado inquérito civil). Serve esse procedimento para colheita de elementos de informação hábeis a propositura de futura ação civil pública. No bojo do inquérito poderá ser celebrado o termo de ajustamento de conduta (TAC), que é ferramenta importante de prevenção de litígios e reparação de danos por parte do Ministério Público. Referido TAC tem eficácia de título executivo extrajudicial (artigo 5º, §6º da Lei 7.347/85).

Há ainda tratamento específico da coisa julgada, que opera *secundum eventum probationis* no caso dos direitos transindividuais, ou *secundum eventum litis*, no caso de direitos individuais homogêneos, no que se diferencia do processo individual comum⁴.

Estas nuances da ação civil pública (e do processo coletivo de maneira geral) evidenciam seu regime diferenciado quando defrontado com o processo individual. Seja uma legitimidade ditada por um rol, seja mesmo a possibilidade da celebração de TAC's antes do ajuizamento da ação, e, como visto brevemente, um regime especial no tratamento da coisa julgada, alçam o processo coletivo a instrumento importante de efetivação de direitos, realizando justiça de forma mais ampla.

4 Não há a pretensão, no presente trabalho, de aprofundar as diferenciações, ou adentrar o importante tema da coisa julgada nas ações coletivas. Recomenda-se, para tanto, a excelente obra de BERTOLO, 2006, pp. 293-316.

Aliás, é nesse sentido que se tem defendido, nada obstante o silêncio do artigo 1º da Lei 7.347/85, que é possível o controle de políticas públicas via ação civil pública⁵. Com efeito, vivendo o Brasil verdadeira crise das políticas públicas, cada vez mais o Poder Judiciário é chamado a intervir em prol dos direitos fundamentais.

Neste cenário, avulta de importância o processo coletivo como instrumento de efetivação do direito à saúde, mormente quando considerado o enorme volume de ações individuais que visam obter tutela semelhante, o que acaba desorganizando o orçamento público e gerando um excesso de processos no já congestionado Poder Judiciário.

3 O PROCESSO COLETIVO A SERVIÇO DO DIREITO À SAÚDE

Como se referiu, o uso da ação civil pública em questões de saúde conduz, a um só tempo, à racionalização do uso da máquina judiciária, que poderia ater-se com mais afinco aos casos individuais – que fogem do tratamento uniforme da ação coletiva – que lhe são submetidos, bem como à concretização do direito à saúde, dada a viabilidade de alcance de um maior número de pessoas que estejam em situação fática semelhante.

No aspecto, vale recordar, trilhando a lição de Voltaire de Lima Moraes (MORAES, 2007, pp. 127-131), que a ação civil pública não mais se restringe à natureza jurisdicional clássica ou tradicional, assumindo, com o passar dos anos, uma nova feição, imiscuindo-se em temas tradicionalmente afetos à atividade administrativa.

De fato, tal invasão na atividade administrativa está intrinsecamente ligada à denominada judicialização da política. Deveras, sendo omissor o administrador, cabe ao Poder Judiciário fazer implementar as políticas públicas através de decisões ou sentenças proferidas no bojo de processos individuais ou coletivos.

A nova feição adquirida pela ação civil pública com o passar do tempo atingindo hoje em dia, como se referiu acima, atividades tipicamente administrativas, tem estreita correlação com o próprio conceito de direito à saúde, que também se expandiu, não se identificando mais tão somente com a mera ausência de enfermidade.

5 Nesse sentido, por exemplo, MANCUSO, 2002, pp. 751 e seguintes.

No ponto, destaca-se que o direito à saúde é conceito abrangente, a compreender o completo estado de bem-estar do indivíduo, conforme expresso na Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS) de 1948 (BRASIL, 1948). Essa ideia, que muito além da mera capacidade orgânica, alcança a plenitude psicofísica do indivíduo demanda prestações públicas que para além das sanitárias propriamente ditas, exige uma rede completa – e complexa – de políticas públicas.

Aliás, reflexo dessa complexidade inerente ao conceito do direito à saúde é a pandemia do novo coronavírus (COVID-19) que devasta sistemas de saúde por todo o globo. Não só a própria enfermidade traz desafios para os Estados no campo sanitário, desde a sua prevenção à sua cura, como desponta como de maior complexidade à atenção ao completo bem-estar das pessoas como apregoado pela OMS, já que a pandemia trouxe consigo uma abrupta e radical mudança na sociedade, atingindo às mais diversas áreas das relações humanas (desde o trabalho, até a própria interação entre as pessoas).

Não sem razão é que toda essa complexidade dificilmente seria bem versada em processos individuais. A própria garantia do direito à saúde como um plexo de atuações do Estado já demonstra a insustentabilidade de um modelo jurisdicional individual.

Ocorre que, talvez por inadequação de formação, ou mesmo ante o predomínio individualista que dominou por longo tempo o ordenamento jurídico brasileiro (inspirando, como se viu, o próprio CPC de 1973), tais conflitos de massa (decorrentes de omissão administrativa) acabam sendo judicializados de forma individual, de modo que a judicialização da política, antes referida, passa a ser pulverizada nos mais diversos juízos. Comentando a forma de judicialização (preponderantemente individual) da política, Rodolfo de Camargo Mancuso assim aponta:

A conflitiva sociedade de massa em que hoje vivemos não mais encontra meio satisfatório de expressão de suas angústias, expectativas e frustrações nas instâncias executiva e legislativa, donde vir bater às portas do Judiciário, fazendo-se representar por entes exponenciais adrede credenciados por certas normas de regência. Todavia, nem sempre as demandas coletivas têm encontrado ambiente receptivo - e, pior, muita vez vêm manejadas em modo inadequado - em parte por conta da própria formação tradicional de nossos operadores do Direito, pouco afeiçoados às peculiaridades daquelas ações. (MANCUSO, 2002, p. 7)

Esse panorama reflete diretamente no dia a dia forense, no qual se verifica a preponderância das ações individuais em detrimento de ações coletivas. Aliás, chama a atenção que somente no ano de 2018 é que restou assentada, pelo Superior Tribunal de Justiça, a legitimidade do Ministério Público para intentar demanda coletiva em matéria de saúde. Tal se deu em decorrência do julgamento dos Recursos Especiais 1.681.690/SP e 1.682.836/SP, afetados à sistemática dos recursos repetitivos, tendo sido firmada a seguinte tese (tema 766):

O Ministério Público é parte legítima para pleitear tratamento médico ou entrega de medicamentos nas demandas de saúde propostas contra os entes federativos, mesmo quando se tratar de feitos contendo beneficiários individualizados, porque se refere a direitos individuais indisponíveis, na forma do art. 1º da Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público). (STJ, 2018)

O julgamento dos recursos acima demonstra a superação de um paradigma de processo individual, que inspirava o Código de Processo Civil de 1973, para um sistema que pense mais no coletivo, isto é, na busca de soluções que abranjam o maior número de pessoas possível.

Nesse sentido, é também importante citar a advertência feita pelo Ministro Edson Fachin quando do julgamento do Recurso Extraordinário 566471/RN, em 11.03.2020 (STF, 2020), o qual versa sobre a possibilidade de concessão, pelo Estado, de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave sem condições financeiras para comprá-lo. Durante o voto, pontuou o Ministro que as tutelas condenatórias que busquem a efetivação do direito à saúde deveriam ser, preferencialmente, pleiteadas em ações coletivas, de modo a se conferir a máxima efetividade à universalidade que rege o direito à saúde.

Com efeito, o uso de instrumentos coletivos para aviar demandas de saúde acaba por evitar o que se denomina de “microjustiça”, que é justamente o que ocorre nas demandas individuais, em que não se verifica o contexto global de uma determinada política pública, pois o que se busca em última análise é a resolução do caso concreto.

Nessa ótica, o processo coletivo tenta evitar o efeito perverso de privilegiar aquele que demandou individualmente em detrimento dos que assim não o fizeram, seja por inércia, seja mesmo por impossibilidade (fática, jurídica ou financeira). As considerações finais do artigo “Da farmacialização do Judiciário: breves considerações”, de autoria de Zillá Oliva Roma são exatamente nesse sentido:

Um dos direitos fundamentais sociais que têm tido excessivo acesso à Justiça é o direito à saúde, via demandas individuais, por meio das quais inúmeros cidadãos buscam o fornecimento gratuito de medicamentos por parte do Estado, fármacos estes não incluídos nas listas oficiais dos programas oferecidos pelo governo.

Na esmagadora maioria das vezes, o Judiciário defere o pedido da parte autora, determinando o fornecimento do fármaco, de modo que, no plano macro, equivale à metáfora do “cobertor curto”, na qual, ao puxar o cobertor para cobrir a cabeça, acaba-se desprotegendo os pés. Ou seja, acaba-se deixando outros milhares de cidadãos desamparados, “descobertos”. Isso porque tão somente as pessoas que logram superar os custos do processo (físicos, emocionais, financeiros, sociais, culturais, de informação etc.) têm a chance de conseguir outros medicamentos, além do que, muito provavelmente, os recursos públicos necessários ao cumprimento das inúmeras ordens judiciais seriam retirados dos programas de saúde já existentes.

O que se deveria incentivar é a revisão ou implementação de políticas públicas de saúde pela via judicial, especificamente em sede de processo coletivo (ação civil pública), não a adjudicação judicial tradicional em face de demandas individuais sem a projeção de efeitos extra autos. (ROMA, 2017, p. 14)

De fato, a concessão de medicamentos através de ações individuais acaba não só gerando efeito em relação àqueles que não demandaram, como também no próprio orçamento público que se vê comprometido por decisões de diversos juízos. A racionalização do sistema com o uso das ações coletivas não viria em benefício apenas dos cidadãos e do próprio direito à saúde (com sua efetivação otimizada e potencializada para além do processo individual), mas também para a própria Administração Pública, que poderia planejar ações específicas para cumprimento da tutela coletiva.

Nesse norte, atenção especial deve ser dispensada também à fase de cumprimento da sentença coletiva. Não raro tal fase apresenta-se complexa devido a generalidade de alguns provimentos jurisdicionais. O desiderato maior da ação coletiva, como verdadeiro instrumento a serviço do direito material, é a efetivação dos direitos nela discutidos, sendo, no caso da saúde, a otimização e maximização desse importante direito social fundamental, de modo que devem ser bem delineados os provimentos na fase de conhecimento para viabilizar a sua execução.

Para tanto, não se deve olvidar, em qualquer das fases (conhecimento ou cumprimento de sentença), que o processo é pautado pelo que Carlos Alberto Alvaro de Oliveira denomina como formalismo valorativo⁶. Isto é, ainda que o provimento jurisdicional padeça de alguma generalidade, há de se prestigiar o cumprimento de ordem a garantir a efetivação dos direitos, ainda que se admita certa margem de liberdade aos atores do processo.

Assim, a salvaguarda do direito à saúde, com o fornecimento de medicamentos e tratamentos a um número maior de pessoas, depende da ruptura de um modelo de processo individualista, que tende a resolver os casos a partir de uma lógica binária de direito à saúde e obrigação estatal, muitas vezes esquecendo que subjacente à pretensão encontra-se um aparato de política pública que demanda – coletivamente – seja efetivado. Essa ruptura, acredita-se, começa a se instaurar a partir das decisões judiciais que priorizem as ações coletivas, instigando os legitimados ativos para a sua propositura e assim garantindo, de uma forma maximizada, o direito à saúde assegurado na Constituição.

4 CONCLUSÃO

O modelo individualista de processo, inspirador do Código de Processo Civil de 1973, cedeu, ao longo do tempo, para um modelo coletivo. Esse modelo, inspirado a partir dos valores constitucionais estampados na Constituição de 1988, pretende encarar o litígio em toda a sua amplitude, visando não apenas resolver o processo, mas verdadeiramente encerrar o conflito a ele subjacente.

Neste passo, identificam-se diversas mudanças, separadas em ondas de reformas, que modificaram o tratamento da solução dos litígios, transformando a legislação então em vigor. Tais ondas demarcam a inserção de mecanismos (a partir de 1985) a dar conta de demandas de natureza coletiva e o aprimoramento dos instrumentos já existentes no Código de Processo Civil (a partir de 1994).

Mais recentemente o Código de Processo Civil de 2015 marca a passagem de um Estado Legislativo para um Estado Constitucional, isto

6 O formalismo valorativo encontra-se diretamente relacionado com a cooperação e boa-fé no processo. A esse respeito, confira-se o seguinte excerto do artigo “O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo” de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “Por outro lado, o formalismo-valorativo, informado nesse passo pela lealdade e boa-fé, que deve ser apanágio de todos os sujeitos do processo, não só das partes, impõe, como visto anteriormente, a cooperação do órgão judicial com as partes e destas com aquele.” (OLIVEIRA, 2006, p. 81)

é, a matriz inspiradora do novel Código são os valores agasalhados pela Constituição, mais especificamente a dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica. É com base neste último valor (segurança jurídica) que cresce o número de institutos que visam a pacificar conflitos de massa, já que traduzem uniformidade as decisões judiciais, resolvendo as denominadas macrolides.

O processo coletivo forma-se a partir da verificação do seu objeto litigioso. Nesse processo de verificação importante é a definição, posta no CDC, de direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. Com efeito, a dicotomia direitos transindividuais e individuais homogêneos dá azo à categorização da ação coletiva em Ação Civil Pública e Ação Civil Coletiva.

A primeira (ACP) supera um problema de acesso, presente na ação popular, ao outorgar legitimação a entes como Ministério Público e Defensoria Pública. De fato, a ação popular, apesar de se inspirar em uma ideia de cidadania, acaba olvidando que as pessoas enfrentando normalmente as mais variadas dificuldades para ir a juízo, sejam essas de ordem material, seja mesmo de ordem jurídica.

Nessa trilha, a legitimação em rol fechado no âmbito da ACP trouxe a lume um uso mais difundido das ações coletivas, sendo protagonista nesse aspecto o Ministério Público. Nada obstante, ainda se verifica certo apego às ações individuais, decorrendo isso, quiçá, de uma formação cultural individualista dos operadores do direito.

O espectro de atuação da ACP no âmbito dos direitos transindividuais é notório, sendo esse o campo próprio para seu manejo. De todo modo, justamente com o escopo de ampliar e coletivizar o processo, tem se entendido que os direitos individuais homogêneos indisponíveis também podem ser objeto de defesa pelo Ministério Público em uma ACP.

Nesse ponto, importante a menção ao julgado do STJ, referido no presente trabalho, que confere legitimidade ao Ministério Público para a defesa de prestações de saúde via ACP, e da advertência feita recentemente pelo Ministro Edson Fachin quando do julgamento do Recurso Extraordinário 566471/RN, em 11.03.2020, quanto à tentativa de prevalência das ações coletivas, tanto quanto possível, frente às demandas individuais. O direito à saúde, atualmente, vem sendo defendido preponderantemente via ações individuais, o que gera uma sobrecarga de trabalho ao Poder Judiciário, e uma disfunção do sistema que acaba por

privilegiar o demandante individual em detrimento daqueles que, por inércia ou por outras condições (jurídicas, financeiras ou de outra ordem), não ajuízam ações.

No ponto, de enorme importância o uso das ações coletivas, em especial da ação civil pública. De fato, o processo coletivo deve estar a serviço da efetivação dos direitos fundamentais, servindo como instrumento para sua otimização e ampliação. No caso do direito à saúde, o uso da ACP torna-se fundamental, já que, a um só tempo, racionaliza o uso da máquina judiciária e efetiva – de forma ampliada – esse importante direito fundamental.

Assim é que o presente trabalho buscou trazer referências a fim de demonstrar a importância do uso dos instrumentos coletivos de acesso à justiça (em especial da Ação Civil Pública) para efetivação do direito à saúde, que, como prestação dependente de atuação da administração pública, causa grande impacto orçamentário e desorganização das finanças públicas quando deferido a partir de demandas individuais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro – Um Novo Ramo do Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BERTOLO, Rozangela Motiska. *A coisa julgada nas ações coletivas*. In OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. (Coord). *Eficácia e Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BRASIL. Decreto n. 26.042, de 17 de dezembro de 1948. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-26042-17-dezembro-1948-455751-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 21 abr.2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.681.690/SP. Relator Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 25.04.2018, DJ 03.05.2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=81553403&num_registro=201701602137&data=20180503&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 01 dez.2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.682.836/SP. Relator Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 25.04.2018, DJ 30.04.2018. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/>

mediado/?componente=ATC&sequencial=81548623&num_registro=201701602352&data=20180430&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 01 dez.2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 566471/RN, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 11.3.2020, Plenário, j. 11.03.20. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=566471&numero=969&pagina=1&base=INFO>>. Acesso em: 21 abr.2020.

DIDIER JR, Fredie. ZANETI JR, Hermes. Conceito de processo jurisdicional coletivo. *Revista de processo*, vol. 229/2014, pp. 273-280, mar/2014.

GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NUNES, Camila. Do código Buzaid ao novo Código de Processo Civil: uma análise das influências culturais sofridas por ambas as codificações. *Revista de processo*, vol. 246/2015, p. 485-511, ago/2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas*. In: MILARÉ, Edis (Coord). *Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – 15 anos*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. A projetada participação equânime dos co-legitimados à *propositura da ação civil pública: da previsão normativa à realidade forense*. *Revista dos Tribunais*, v. 796/2002, p. 11-38, fev/2002.

_____. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A Ação Civil Pública. *Revista dos Tribunais*, v. 682/1992, p. 24-30, ago/1992.

MORAES, Voltaire de Lima. *Ação civil pública: alcance e limites da atividade jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela dos chamados “interesses difusos”, in MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual Civil*: primeira série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 110 a 123.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS nº 26, 2006. Disponível em: < <http://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/74203/41899>>. Acesso em: 01 dez.2018.

ROMA, Zillá Oliva. *Da farmacialização do Judiciário: breves considerações*. Revista de Processo, v. 270/2017, pp. 279-310, ago/2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

