

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PELOTAS
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado em Direito

Dissertação de Mestrado



**A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO COLABORATIVO DE
EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE**

LUCAS FERNANDES CALIXTO

Pelotas, 2020.

LUCAS FERNANDES CALIXTO

**A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO COLABORATIVO DE
EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE**

Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em Direito
da Universidade Federal de Pelotas como
requisito parcial à obtenção do título de
Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Fernandes Gastal

Pelotas, 2020.

Universidade Federal de Pelotas / Sistema de Bibliotecas
Catalogação na Publicação

C154a Calixto, Lucas Fernandes

A ação civil pública como instrumento colaborativo de efetivação do direito à saúde / Lucas Fernandes Calixto ; Alexandre Fernandes Gastal, orientador. — Pelotas, 2020.
161 f.

Dissertação (Mestrado) — Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pelotas, 2020.

1. Direito à saúde. 2. Mínimo existencial. 3. Reserva do possível. 4. Ação civil pública. 5. Princípio da cooperação. I. Gastal, Alexandre Fernandes, orient. II. Título.

CDDir : 341.27

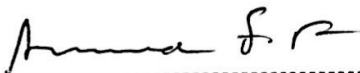
LUCAS FERNANDES CALIXTO

**A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO COLABORATIVO DE
EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE**

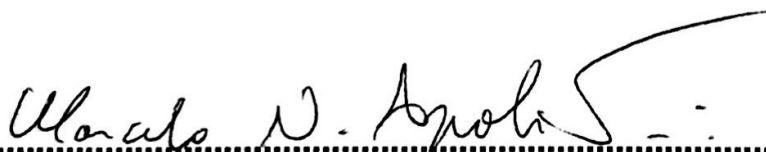
**Dissertação aprovada, como requisito parcial, para obtenção do grau de
Mestre em Direito., Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de
Direito, Universidade Federal de Pelotas (UFPEL).**

Data da Defesa: 04 de março de 2020.

Banca examinadora:



.....
Prof. Dr. Alexandre Fernandes Gastal (Orientador)
Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)



.....
Prof. Dr. Marcelo Nunes Apolinário
Doutora em Direitos Fundamentais pela Universidad Autónoma de Madrid/ESP



.....
Prof. Dra. Ana Luíza Berg Barcellos
Doutora em Política Social pela Universidade Católica de Pelotas (UCPEL)

Resumo

CALIXTO, Lucas Fernandes. **A Ação Civil Pública como Instrumento Colaborativo de Efetivação do Direito à Saúde**. 161f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, 2020.

O presente trabalho pretende assentar a base teórica e metodológica, bem como através de roteiro prático ao final proposto, sobre as quais se pretende discorrer sobre uma Ação Civil Pública Colaborativa em demandas de saúde, isto é, uma ação em que o legitimado ativo e a Administração Pública demandada permitam, em conjunto e com amparo no artigo 6º do Código de Processo Civil, que a decisão judicial seja tomada pelo Poder Judiciário de forma democrática e com amplo diálogo, pelos sujeitos processuais, sobre a tensão que paira sobre o binômio mínimo existencial/reserva do possível.

Palavras-chave: Direito à saúde. Mínimo existencial e reserva do possível. Ação Civil Pública. Princípio da cooperação.

Abstract

CALIXTO, Lucas Fernandes. **The Public Civil Action as a Collaborative Instrument for Effective Enforcement of the Right to Health**. 161f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, 2020.

This dissertation intends to establish the theoretical and methodological bases, as well as through a practical script, in which it is intended to discuss the viability of a Collaborative Public Civil Action in health demands, that is, an action in which the legitimized and the Administration, together, based in Article 6 of the Code of Civil Procedure, that the judicial decision can be taken by the Judiciary in a democratic mode and with a wide dialogue, by the processual subjects, on the tension that hangs over the binominal minimum existential / reservation of the possible

Keywords: Right to health. Minimum existential and reservation of the possible. Public Civil Action. Principle of cooperation.

Sumário

1 Introdução	3
2 A saúde como direito fundamental social	6
2.1 Da passagem do Estado Liberal ao Estado Social	6
2.2 O direito à saúde: um direito social exigível de matriz constitucional	14
2.2.1 O mínimo existencial como garante mínimo de direitos	23
2.2.2 A reserva do possível como limitador de direitos sociais	33
2.3 O mínimo existencial e a reserva do possível: inter-relação crítica e conclusões aplicáveis ao direito à saúde	42
3 A Ação Civil Pública como instrumento de efetivação de direitos	49
3.1 Processo e evolução: das fases metodológicas do processo civil à passagem do processo individualista ao processo coletivo	49
3.2 O objeto do processo coletivo: os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos e a sua releitura sociológica	58
3.3 Notas distintivas do processo coletivo em relação ao processo individual e sua aplicabilidade na ACP Colaborativa	71
3.4 O processo coletivo a serviço da maximização dos direitos sociais: o uso da Ação Civil Pública em matéria de saúde	86
4 Ação Civil Pública Colaborativa	93
4.1 Do processo estrutural: breves comentários	93
4.2 Do princípio da cooperação e sua incidência na ACP colaborativa	108
4.3 Proposição de um modelo	125
5 Considerações finais	143
Referências	148

1 Introdução

A partir da premissa de que o direito à saúde possui uma dupla dimensão - individual e coletiva - (SARLET e FIGUEIREDO, 2007, p. 199), e de que “os problemas de eficácia social desse direito fundamental devem-se muito mais a questões ligadas à implementação e à manutenção das políticas públicas de saúde” (MENDES, 2016, p. 219), surge relevante pensar um instrumento eficaz e que maximize a concretização deste importante direito, especialmente quando considerada a crescente judicialização do direito à saúde.

Assinala-se, na esteira do que defendem Sarlet e Figueiredo (2007, p. 176), que os direitos sociais consideram-se verdadeiros direitos fundamentais, vinculados à dupla fundamentalidade, qual seja, material e formal, sendo possível, assim, a sua defesa judicial (SARLET e FIGUEIREDO, 2007, p. 176).

É inegável, nesse sentido, que o direito à saúde - como direito social que é - possa ser vindicado através de ações judiciais, traduzindo o fenômeno, acima referido, da judicialização do direito à saúde (ou judicialização de políticas públicas). Tendo intrínseca relação com a vida e com a integridade física, é de fácil constatação que o direito à saúde configura-se em autêntico direito de titularidade universal, passível, assim, de ser defendido através de uma demanda coletiva.

Neste panorama, pensando o direito à saúde de forma ampla, até para não incorrer no conhecido risco de privilegiar aquele que demandou individualmente em detrimento daquele que, seja por razões financeiras, seja mesmo por desconhecimento ou por outro motivo, acabou restando inerte¹, é que se mostra imperiosa a análise mais detida do uso da ação civil pública como instrumento de efetivação deste direito.

Com efeito, a utilização de instrumentos coletivos de ação - pouco utilizados no dia a dia forense - leva a uma racionalização da máquina judiciária, sendo uma ferramenta de maximização de direitos fundamentais. Ademais, o próprio regramento uniforme de questões de saúde conduz a um equacionamento do orçamento, sendo um facilitador para a Administração Pública.

¹ Neste sentido: “Dificilmente o julgador, no seu processo intelectual de formação de convencimento, considerará que sua decisão de fornecer um medicamento a um enfermo por ele conhecido atingirá diretamente outro enfermo que, por uma série de razões, não buscou ou não teve a oportunidade de buscar a via jurisdicional para resolver seu caso” (JÚNIOR, 2012, p. 244).

Nesse ponto, é de salientar que são crescentes as ações judiciais intentadas na busca da efetivação do direito à saúde. Em estudo promovido junto a 6ª Vara Cível da Comarca de Pelotas e junto à Secretaria Municipal de Saúde de Pelotas chegou-se a constatação de que mais de R\$ 2,5 milhões foram realocados de outras áreas do orçamento municipal para a saúde devido às demandas judiciais (MASSAÚ e BAINY, 2014, p. 58).

O quadro acima exposto reverbera também em âmbito nacional. Um simples comparativo, extraído do sítio do Conselho Nacional de Justiça², demonstra que em 2011 tramitavam 240.980 processos com a temática “saúde”, tendo esse número saltado para 392.921 processos em junho 2014, correspondendo a mais de 150.000 processos em um espaço de 3 anos.

Não se desconhece, contudo, as dificuldades que podem pairar acerca do tratamento uniforme das questões de saúde, notadamente quando se tem em consideração que as demandas que versam sobre o tema possuem determinadas particularidades. Não é novidade, de todo modo, que o tratamento uniforme já tenha sido dado pelas próprias Cortes Superiores ao julgar recurso repetitivo (no STJ – Tema 106) ou extraordinário (STF) acerca do tema; também é de se recordar o julgamento da medida cautelar na ADI 5501, no qual restou suspensa a eficácia da lei que autorizava o fornecimento uso da fosfoetanolamina sintética (“pílula do câncer”).

É nessa esteira que se pensa no uso da ação civil pública como um instrumento capaz de efetivar o direito à saúde, em um momento em que se vivencia uma verdadeira crise das políticas públicas, crise essa que deságua, em última análise, no Poder Judiciário.

Neste panorama de judicialização, contudo, deve-se ir além da utilização do instrumento coletivo para a defesa do direito à saúde. Propor-se-á, no presente trabalho, à luz do artigo 6º do Código de Processo Civil de 2015, um processo – coletivo - que possa se desenvolver de forma colaborativa, construído a partir do processo estrutural e das medidas estruturantes norte-americanas.

² Os números citados foram extraídos do sítio do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a partir do relatório de demandas relacionadas à saúde nos tribunais até 2011, bem como relatório de demandas relacionadas à saúde nos tribunais com dados enviados até junho de 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/forum-da-saude/quantidade-de-demandas-nos-tribunais>>. Acesso em 25 jul. 2018.

No ponto, registra-se ser incomum o manejo da ação coletiva no dia a dia forense, sendo as demandas que buscam efetivar o direito à saúde, em sua grande maioria, individuais. Tal contexto gera uma sobrecarga do já congestionado Poder Judiciário, além de gerar decisões que podem ser contraditórias entre si a depender do julgador que se encontra diante do caso.

Ademais, não se tem notícia de um instrumento processual que possa se valer do princípio da cooperação para buscar a máxima efetividade do direito à saúde, de modo que o presente trabalho busca inovar, nesse aspecto, com o estabelecimento de bases acerca desse novel instrumento que se cogita.

Assim, inicialmente será feito um estudo específico sobre o direito à saúde como direito fundamental, abordando desde a passagem do Estado Liberal ao Estado Social, até a sua (in)exigibilidade perante o Poder Judiciário; far-se-á, igualmente, uma interconexão entre reserva do possível e mínimo existencial, percorrendo sobre ambos os institutos. Nesse ponto, propor-se-á uma releitura da reserva do possível, especialmente na análise do custo-efetividade que deve existir sobre a incorporação de medicamentos na seara da saúde, apresentando, ao final, a enfermidade denominada Atrofia Muscular Espinhal, que será o pano de fundo da futura Ação Civil Pública Colaborativa que se proporá.

Em seqüência, analisar-se-á o melhor instrumento para fazer frente à defesa do direito à saúde. Para tanto, será feito um estudo histórico da evolução metodológica do processo, buscando as suas raízes individuais até chegar ao processo coletivo. Serão tecidos breves comentários sobre o objeto do processo coletivo (os direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos), além de se apresentar uma nova tipologia dos direitos transindividuais a partir de bases sociológicas, o que é de relevância para a construção da Ação Civil Pública Colaborativa. Por fim, identificar-se-ão algumas notas distintivas do processo coletivo frente ao individual, com a apresentação do melhor instrumento processual que possa maximizar o direito à saúde.

Após a análise do direito à saúde e do seu melhor instrumento de tutela, iniciar-se-á o estudo da Ação Civil Pública Colaborativa que se proporá neste trabalho. Para a sua construção, é importante revisitar os processos estruturais e medidas estruturantes norte-americanos, o que será feito logo no início do capítulo 4. Beber-se-á do conhecido caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, extraíndo

conclusões que possam ser aplicáveis no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda, far-se-á um estudo sobre o princípio da cooperação e o modo pelo qual ele pode incidir sobre a ACP Colaborativa, desde a fase de conhecimento até a fase de execução. Por fim, será apresentado um roteiro prático do instrumento que ora propomos, objetivando trazer concretude aos estudos que serão realizados.

2 A saúde como direito fundamental social

2.1 Da passagem do Estado Liberal ao Estado Social

O Estado de Direito, como hoje o conhecemos, não surgiu em um momento específico e pré-determinado na história. A sua análise demanda, invariavelmente, a busca retroativa de seus antecedentes, o que, necessariamente, passa pela passagem do Estado Liberal ao Estado Social. De fato, o antigo império dos detentores de poder necessitava um contraponto forte o suficiente para substituir o governo puramente arbitrário por um sistema dotado de mais racionalidade.

Esse sistema de racionalidade, que vem a trazer limitações de poder pautadas em critérios supra ético-religiosos, é chamado de Estado de Direito, isto é, um sistema em que a lei passa a limitar os poderes do déspota; e esse Estado de Direito tem por pano de fundo os Estados Liberais surgidos com a Revolução Francesa, e que surgem a partir de interesses da burguesia. Nesse sentido, refere Diaz (2010, p. 26) que: “Em esto la burguesía mostrará después poseer diferente criterio e institucionalizará judiricamente el Estado por ella y para ella creado (el Estado liberal), dando así lugar precisamente al Estado liberal de Derecho”.

Os Estados Liberais nascem com uma concepção marcada pela proteção dos indivíduos frente ao poder estatal. Nesse sentido destacam-se as palavras de Moraes:

As limitações ao poder do soberano impostas pelo modelo de Estado Liberal são um ponto fundamental de sua natureza. Tais limitações constituem o objetivo primeiro do movimento que culminou no Estado Liberal, pois a corrente ideológica que ao fim prevaleceu no seio da Revolução Francesa objetivava a criação de um mercado autorregulado imune a interferências estatais de qualquer gênero. (MORAES, 2014, p. 272).

De fato, tal proteção jurídica é embrião de algumas declarações de direito como a famosa Magna Carta de 1215. Diaz (2010, pp. 26-27), a seu turno, estabelece importante dicotomia entre os textos medievais e modernos: enquanto aqueles definiam proteções jurídicas aos cidadãos outorgadas pelos soberanos, estes últimos passam a ser mais democráticos, já que contam com participação – ainda que por representação – do povo. Nas suas palavras:

Precisamente esse carácter de concesión unilateral otorgada es el que va a resultar superado em los documentos que, ya em el contexto del pensamiento político liberal, encontramos em la Edad Moderna em el mundo anglojasón como antecedentes válidos directos de lo que despues será el Estado de Derecho. Así, el fundamental de todos ellos el *Bill of Rights* inglés de 1689, aparece ya como pacto o convención entre rey (Guillermo de Orange) y pueblo representado em el Parlamento, aunque las garantías para la protección de loa pactado sean todavía muy insuficientes y carezcan de la institucionalización jurídica que solo comenzará a lograrse, y no de modo total, em los textos constitucionales de los siglos xix y xx. (DIAZ, 2010, pp. 26-27).

É exatamente esse desenvolvimento que deságua no Estado de Direito, que tem por características, segundo Diaz (2010, p. 31), o império da lei, a divisão de poderes e a existência de direitos e liberdades fundamentais. O próprio autor é categórico em afirmar que “El concepto de Estado de Derecho se vincula así en sua origen y desarrollo al Estado liberal, pero, como veremos, no se agota em éste”. (DIAZ, 2010, p. 29).

Não se deve olvidar que tal Estado Liberal detinha como plano de fundo o culto à propriedade. Sendo o liberalismo expressão da burguesia em ascensão, e o Estado Liberal o próprio desenvolvimento de tais ideais, não poderia ser outra a norma do último artigo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, senão a proteção da propriedade nos seguintes termos: “Art. 17.º Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização.”.

De fato, é inexorável que a propriedade detinha posição destaca nos Estados Liberais. Indene de dúvidas, outrossim, é a marcada posição da liberdade individual e suficiência de autodeterminação para aquela sociedade. Os ideais liberais, é importante recordar, possuem origem em John Locke, para quem o Contrato Social garantiria a proteção da liberdade individual imanente a cada cidadão.

Não é sem razão que o direito privado, no Estado Liberal, desponta como expressão máxima de liberdade e autonomia, valores estes que delineiam o escopo último do período. Habermas (2003, pp. 138-139), ao explicitar o que chamou de paradigma formal ou liberal burguês, assim pontua:

Segundo este modelo, uma sociedade econômica, institucionalizada através do direito privado (principalmente através de direitos de propriedade e da liberdade de contratos), deveria ser desacoplada do Estado enquanto esfera de realização do bem comum e entregue à ação espontânea de mecanismos o mercado. Essa “sociedade de direito privado” era talhada conforme a autonomia dos sujeitos do direito, os quais, enquanto participantes do mercado, tentam encontrar a sua felicidade através da busca possivelmente racional de interesses próprios. A expectativa normativa, segundo a qual a delimitação de esferas de liberdade individual, ou seja, a garantia de um *status* jurídico negativo (com a pretensão a uma correspondente proteção jurídica individual), garante a instauração da justiça social, apoiava-se no entrelaçamento entre o princípio da liberdade jurídica e o direito geral à igualdade. Pois o *direito de cada um*, de fazer e de não fazer o que bem entender, no âmbito da lei, só pode ser preenchido, se essas leis garantirem tratamento igual no sentido de uma igualdade do conteúdo jurídico. (HABERMAS, 2003, pp. 138-139).

Da explicitação de Habermas, acima transcrita, colhe-se a separação entre o Estado e a atividade econômica; de fato, a economia, nas palavras de Moreira (1973, *apud* MORAES, 2014, p. 272), restou “jogada para fora do direito”, integrando o âmbito privado. E o meio que perfectibiliza essa separação é justamente a abstenção estatal, o qual atribui à lei geral e abstrata a primazia da regulação da ordem jurídica, conferindo, destarte, segurança jurídica às trocas mercantis (MORAES, 2014, p. 272).

Essa separação absoluta, contudo, gerou problemas de ordem social. De fato, o desenvolvimento ocidental, especialmente no pós Segunda Guerra, associado à concentração das riquezas – muito pelo excesso do individualismo pregado pelo modelo de Estado Liberal – acaba por gerar desigualdade. Ademais, o Estado Liberal já não mais respondia a problemas surgidos com a sociedade complexa do pós Guerra, que agora se industrializava e desenvolvia economicamente.

Por óbvio, a alteração de modelo (Liberal para Social) em nada altera o Estado de Direito que já havia sido posto. As relações jurídicas, é importante ressaltar, continuam sendo regidas pelo império da Lei, nos mesmos moldes em percebera no desenvolvimento do Estado Liberal. A mudança paradigmática diz

respeito a uma espécie de ajuste do modelo anterior, que já não dava conta de novos problemas.

Nessa esteira, a proteção puramente individual dos direitos não se fazia mais suficiente; era mister a correção e o ajuste do modelo aos novos tempos, quiçá com a criação de novos direitos, estes dependentes de atuação estatal.

A base do desajuste, como se disse, era a predominância do individualismo, o qual já não era suficiente para sanar as mazelas – econômicas e sociais - dos novos tempos. Sobre a insuficiência do modelo Liberal e a evolução deste para um modelo Social, sem contudo, descurar a ideia de que se permanece como um Estado de Direito, destaca Diaz (2010, p.83):

Dicha evolución viene marcada, se dice, por el paso del Estado liberal de Derecho al Estado social de Derecho, concibiéndose éste como fórmula que, a través de una revisión y reajuste del sistema, evite los defectos del Estado abstencionista liberal, y sobre todo del individualismo que le servía de base, postulando planteamientos de carácter social que, por otra parte, queden también perfectamente diferenciados de cualquier otro sistema cercano a los totalitarismos fascistas. El Estado social de Derecho, case es obvio advertirlo, continúa constituyéndose como auténtico Estado de Derecho. (DIAZ, 2010, p. 83)

A pergunta que poderá surgir, ao se analisar o desenvolvimento do Estado Liberal ao Estado Social, é se a desigualdade (e a pobreza de modo geral) nunca tinham existido até então. De fato, como se tem dito até aqui, o Estado Social surge com bastante predominância para justamente tentar reverter essa desigualdade surgida do excesso do individualismo e do culto à propriedade, mas será que a pobreza demorou tanto a surgir e despertar essa mudança paradigmática?

Por evidente que sempre houve pobreza. Ocorre que esta, no desenvolvimento do Estado Liberal, veio acompanhada de algo até então novo, que é a industrialização, aliado ao fato de que o modelo até então vigente não fazia qualquer tipo de esforço para sanar a desigualdade; ao revés, suprimia as medidas dirigidas à política social, dirigindo todos os seus esforços ao mercado e ao capital (sendo estes, afinal, a determinar a distribuição da riqueza).

Sotelo (2010, pp. 139-140) muito bem explicita tal questão:

Junto al marco ideológico que han ido configurando, tanto la revolución política como la industrial, el factor decisivo en el nacimiento de los movimientos sociales que cuestionan el orden vigente es la miséria en la que se precipita el nuevo proletariado industrial urbano. Ciertamente que la

pobreza de las grandes masas há existido siempre, hasta el punto de que se había tenido por um hecho natural inmodificable. Lo nuevo es que ahora provoque uma indignación creciente em amplios sectores sociales – la indignación, decía Bakunin, hace al revolucionário – debida em gran parte a que la miséria que trae consigo la primera industrialización entre 1820 y 1860 em muchos aspectos supuso incluso um retroceso considerable em relación com la vivida em la Europa prerrevolucionaria. Insisto, la indigência no era um fenómeno nuevo – em períodos de crisis los europeos a menudo se habían enfrentado a uma enorme pobreza – pero si, em cambio, el empeño del liberalismo de dejar solo al mercado la distribución de la riqueza. Com el fin de disponer de la mano de obra creciente que necesitaba, la nueva política liberal-capitalismo suprimió las medidas dirigidas a paliar la pobreza, algunas com siglos de antigüedad, a las que la ciência cameralística del antiguo régimen había otorgado um rango estatal (SOTELO, 2010, pp. 139-140)

Como se disse, as desigualdades encontradas, aliado ao fato de que o Estado Liberal nada fazia (ou nada poderia fazer) para contê-las, levaram a uma mudança paradigmática na sociedade. Mais uma vez, citando Habermas (2003), tal paradigma jurídico³, que até então era o formal ou liberal burguês, passa a realizar-se (e exigir-se) no conteúdo dos direitos subjetivos, concedendo-lhes significação material; até por essa razão que Habermas (2003) denominou este novo paradigma de material ou do Estado Social.

E nesse novo modelo de sociedade a simples garantia formal da liberdade ou igualdade já não era mais suficiente. O Estado Social nasce, pois, justamente dessa insuficiência, pretendendo alcançar a igualdade material no seio da sociedade, almejando a justa distribuição da riqueza, e afinal, do próprio bem estar. Confira-se, nesse sentido, a explicitação de Estado Social proposta por Moraes (2014, p.275):

O Estado Social nascido no século XX como consequência do clamor das massas e dos desafios econômicos postos a seu cargo é o Estado Social Material, aquele modelo de Estado historicamente determinado pelo fim da Segunda Guerra Mundial e que veio superar o neutralismo e o formalismo do Estado Liberal. (MORAES, 2014, p. 275)

³ O paradigma jurídico, em Habermas (2003), possui uma definição complexa. Em uma tentativa de simplificação, pode-se dizer que o paradigma jurídico é a concepção de uma sociedade sobre ela mesma, isto é, sua visão quanto a princípios e valores que a si norteiam. Confira-se, nas palavras do autor: “Para caracterizar a compreensão paradigmática do direito, própria a determinada época social, introduziram-se as expressões: ‘ideal social’, ‘visão social ou, simplesmente, ‘teoria’. Todas têm a ver com as concepções implícitas de cada pessoa acerca da própria sociedade e conferem uma perspectiva à prática da criação e da aplicação do direito, ou melhor, conferem orientação ao projeto geral da concretização de uma associação de parceiros do direito, livres e iguais”. (HABERMAS, 2003, p. 127).

O autor ainda cita José Afonso da Silva, ao afirmar que o qualificativo social refere-se justamente à “correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização de objetivos de justiça social” (SILVA, 1999, p. 119, *apud* MORAES, 2014, p. 275)

Assim, para a citada correção do individualismo, vale-se – este novo modelo estatal - de direitos que não mais garantam apenas a individualidade, mas que, para além disso, imponha prestações ao Estado para garantia do bem comum. Esses novos direitos são chamados de sociais, como afirmado por José Afonso da Silva, e permeiam as Constituições do Século XX. Destacam-se, neste período, as pioneiras Constituições Mexicana de 1917 e Alemã, de Weimar, de 1919.

A expansão dos direitos sociais, contudo, ganha força no segundo Pós-Guerra, quando tais pretensões ganham fôlego e atenção por parte dos mais diversos Estados europeus, os quais passam a preocupar-se, nas Constituições surgidas a partir das novas democracias, com direitos prestacionais, tais como educação, saúde, trabalho, etc. Costa (2013, p. 29) bem afirma esse momento histórico:

Las constituciones que em la segunda posguerra, en Itália y em otros Estados europeos, han dado origen a las nuevas democracias han valorizado una clase de derechos por largo tiempo tenida al margen de la cultura jurídica: los derechos que em el siglo XX fueron llamados “sociales”. Nuestra constitución, de hecho, no se limita a atribuir a los sujetos los derechos de libertad y los derechos políticos, sino que reconoce las pretensiones de outro tipo; pretensiones a usufructuar de prestaciones públicas capaces de satisfacer algunas exigencias vitales, como la instrucción, la salud, el trabajo, la seguridad social. (COSTA, 2013 p. 29)

O Brasil, por sua vez, não ficou fora da expansão dos direitos sociais e da implementação de modelos de Estado Social. É bem verdade que o ritmo de expansão fora diverso quando comparado aos Países europeus, sendo, do mesmo modo, tardia a importação do modelo de bem estar que então vigia na Europa⁴.

Na América Latina, Lobato (2016, p.88) nos informa que há três períodos distintos na análise da emergência e do desenvolvimento de regimes de bem-estar na América Latina: (1) emergência e constituição de regimes: relacionado a especificidade do capitalismo; (2) reformas neoliberais (universalização – caso

⁴ Nesse período, aliás, já ocorria a própria quebra do consenso que pairava sobre os modelos de *welfare state*, sendo as políticas sociais retraídas (LOBATO, 2016. p. 89).

Brasil); (3) neodesenvolvimentistas (foco na intervenção estatal e ampliação de políticas sociais).

Um quarto período, refere a autora, pode estar surgindo, caracterizado pela retração da economia, crise política e econômica e crescimento de governos conservadores. (LOBATO, 2016, p. 88).

Especificamente ao caso brasileiro, tem-se que fora construído a partir do modelo latino-americano e também do modelo europeu. Segundo Lobato (2016, p. 89):

Aqui, pretendeu-se construir um aparato de bem-estar similar aos estados de bem-estar europeus, tendo como marco legal a Constituição de 1988. Essa construção, contudo, foi tardia em relação aos países centrais, e ocorre exatamente no período de quebra do 'consenso do welfare' e prevalência do 'consenso de Washington', quando as políticas sociais vinham sendo retraídas. (LOBATO, 2016, p. 89).

No caso, a importação do modelo europeu acabou acontecendo, como visto, tardiamente, o que prejudicou a própria construção de um modelo brasileiro. Nesse sentido, é forçoso reconhecer que o Brasil é dotado de particularidades (desigualdade social e amplitude geográfica) em relação aos países europeus, o que reforça a impropriedade da adoção pura e simples do modelo do *welfare state*.

Aliás, no Brasil também são identificados períodos de desenvolvimento do modelo de bem estar, sendo eles, segundo Kerstenetzky (2012, p. 181): (1) *bem-estar corporativo*, centrado nas legislações trabalhistas e previdenciárias; (2) *universalismo básico*, quando há unificação e extensão da cobertura previdenciária para setores tradicionalmente marginalizados e quando há criação de um segmento privado simultaneamente ao público em termos de saúde; e (3) *universalismo estendido*, que pode ser relacionado ao tempo pós-1988, com institucionalização de assistência social e expansão do Sistema Único de Saúde (SUS).

Seja o modelo europeu (posteriormente incorporado ao Brasil), seja mesmo o modelo nascido no seio da América Latina (e no Brasil, segundo os períodos acima identificados), é fato que o norte principal é o atendimento de necessidades materiais da sociedade, a qual já não se limitava ao abstencionismo estatal. Ao revés, o Estado, a partir dos modelos de bem estar (com a configuração própria do Estado Social) precisava agir, e, para tanto, lançou mão dos direitos sociais (prestacionais).

Tais direitos, em oposição aos de liberdade, geram uma presença ativa do Estado na sua consecução, a ponto de a doutrina francesa os classificar como autênticos direitos de crédito. Nesse sentido, explica Herrera (2007, p. 389):

A doutrina francesa deu conta dos direitos sociais com a categoria de direitos-crédito (*doits-créances*), em oposição aos direitos-liberdade, que segue sendo amplamente majoritária até os dias de hoje. Segundo Jean Rivero e Georges Vedel, num texto sobre o preâmbulo de 1946 que constitui o *framework* conceitual sobre a questão dos direitos sociais, “esses direitos supõem uma ação positiva por parte do Estado, seja com vista a prover prestações aos indivíduos (proteção da saúde ou da família, direito à cultura, etc), ou com vista a organizar a vida econômica (associação de trabalhadores ou a gestão empresarial, progressividade dos impostos, direito de propriedade)”. A noção de direitos-crédito, “pelos quais o indivíduo pode exigir do Estado prestações positivas” reenvia à idéia de um “Estado devedor” destas prestações. Mas se torna difícil conceber esta categoria, dada a ausência de sanção em caso de descumprimento da obrigação, ou, para dizer de outro modo, o caráter não jurídico de tal “obrigação”. Se no desenvolvimento atual do direito supra-estatal (europeu e internacional), os mecanismos de sanção apresentam uma eficácia limitada para obrigar os Estados, pode-se inferir que não se trata de autênticos direitos. Na realidade, como admite Rivero (p. 49), estas obrigações não constituem uma contrapartida de um direito reconhecido ao homem. Pelo contrário, “enquanto o serviço público não tiver sido criado, enquanto o Estado não tiver reunido os meios para liberar-se dessa dívida, o direito não pode ser exercido”. (HERRERA, 2007, p. 389).

Como visto na passagem acima, reconhece-se em prol dos direitos sociais a obrigação do Estado em prestá-los, mas com a condicionante de que poderiam não ser juridicamente exigíveis (normas meramente programáticas, portanto). Tal questão, contudo, evoluiu para conferir exigibilidade os direitos sociais, o que será melhor tratado no próximo item quando já adentraremos no direito social específico objeto deste trabalho.

Assim, observou-se que o modelo de um Estado Liberal para o Estado Social demandou uma mudança paradigmática, levando ao Estado de mero agente que não poderia adentrar a esfera individual a um agente ativo, que necessitava – através dos chamados direitos sociais – alcançar prestações materiais àquela nova sociedade.

Dentre as prestações materiais possíveis de serem prestadas, chama-nos atenção o direito à saúde, dada a sua ligação direta com o direito à vida. O próximo tópico, portanto, tratará desse direito social em especial (considerando o escopo último deste trabalho, que é propor uma Ação Civil Pública colaborativa neste tema),

adentrando nas questões atinentes a sua exigibilidade e a dicotomia entre mínimo existencial e reserva do possível.

2.2 O direito à saúde: um direito social exigível de matriz constitucional

Antes de adentrarmos especificamente no direito à saúde, mostra-se importante fixar balizas quanto à estrutura dos direitos sociais de uma maneira geral, especialmente sobre a sua (in)exigibilidade. Para tanto, partir-se-á daqueles que entendem pela inexigibilidade dos direitos sociais, de modo a descortinar tais fundamentos e chegar à conclusão que hoje parece ser a mais aceita, que é o reconhecimento de sua exigibilidade.

Dentre os que entendem os direitos sociais como inexigíveis, cabe destacar a tese de Fernando Atria, muito bem exposta por Pulido (2008, pp. 137-142), e resumida nas seguintes linhas argumentativas: (1) sob uma perspectiva histórica, direitos subjetivos surgiram com a forma de direitos civis e políticos de índole liberal; (2) Atria contrapõe, a esta visão liberal dos direitos subjetivos, uma concepção que os apresenta sob o ponto de vista socialista, adquirindo a nomenclatura de direitos sociais; (3) para Atria, para que as reivindicações socialistas pudessem vingar, foi preciso dar a veste de direitos aos direitos sociais, caso contrário seriam considerados como interesses de menor importância; (4) há pontos de vista distintos dos direitos sociais para as concepções liberal e socialista. Para os primeiros, os direitos sociais são um mínimo de bem estar que defenda o indivíduo da pobreza. Já para os segundos os direitos sociais visavam à redução das desigualdades; (5) Atria introduz a sua noção política de direitos, a qual se distancia da noção jurídica. Para o Atria os direitos sociais não se entendiam em sentido jurídico, como os direitos subjetivos, mas em sentido político; (6) Atria aduz que esta noção política dos direitos tem por consequência o deslocamento da deliberação política sobre a maneira de garanti-los para as Cortes, o que acabaria sendo um sintoma da sujeição da política ao direito; (7) por tudo isso exposto, Atria mostra que a expressão direitos sociais acaba sendo uma contradição, e que esta contradição se apresenta entre a substância contingente e a forma necessária de operação destes direitos; (8) conclui, assim, Atria, que a consideração dos direitos sociais como subjetivos pode fazer todo o sistema de direitos fundamentais perder legitimidade.

Pulido (2008, p. 142) inicia a sua fundamentação para rechaçar a tese de Atria, tendo por base que as formulações daquele autor, em realidade, referem-se a três aspectos fundamentais dos direitos sociais: o seu fundamento, o seu conceito e a sua estrutura.

Quanto ao primeiro (fundamento), Pulido (2008, pp. 142-143) anui com Atria no sentido de ser indispensável perquirir o fundamento filosófico, político e ideológico dos direitos sociais. Para tanto, discorre sobre a proteção das faculdades morais de Rawls, assim como a institucionalização de direitos democráticos e liberdades, a fim de proteger as propriedades básicas implícitas na capacidade de discernimento do indivíduo de Habermas e Günther.

Não reside aí, todavia, a objeção de Pulido à tese de Atria nesse aspecto. A crítica é direcionada ao fato de que Atria sustenta ser a concepção socialista a única possível para fundamentar os direitos sociais. Ao reverso, Pulido (2008, p. 144) defende que: “A reconstrução de Atria sobre o surgimento dos direitos sociais como estratégias do socialismo para fazer valer as suas reivindicações no contexto da sociedade liberal não é a única maneira de entender a razão de ser destes direitos” (PULIDO, 2008, p. 144).

Aliás, Pulido (2008, p. 144) inclusive refere não ser correta essa reconstrução histórica em países latino-americanos, por exemplo, os quais não se utilizaram de fontes de concepções socialistas para a instituição de direitos sociais.

Pulido (2008, p. 149), ao discorrer sobre o conceito e a estrutura dos direitos sociais, estabelece a diferenciação entre estes e os chamados direitos de liberdade. Seguindo na sua objeção à tese de Atria, aduz que “A ideia de satisfação das necessidades básicas constitui o pilar de uma das fundamentações possíveis do conjunto jurídico dos direitos sociais dentro deste marco.” (PULIDO, 2008, p. 149). É dizer: o caráter jurídico dos direitos sociais estaria fundamentado no seio do próprio Estado Social, que lhe confere juridicidade.

O autor ainda defende que essa ideia de fundamentação independente não exclui (é complementar, portanto) a fundamentação liberal dos direitos sociais, como uma forma de instrumentalização do exercício das liberdades. (PULIDO, 2008, pp. 149-150).

Pulido (2008, p. 150) segue apresentando interessante diferenciação estrutural entre os direitos de liberdade e os direitos sociais. Ao contrário de Atria,

Pulido rechaça a ideia de que a diferença reside em sua indeterminação normativa. O autor considera que ambos (direitos de liberdade e direitos sociais) padecem de indeterminação normativa, mas a diferença recai é no tipo de indeterminação de uns e outros. Confira-se, nas suas palavras:

Mais especificamente, a diferença dos direitos sociais parece estar na maneira em que se determina o seu objeto: uma prestação a cargo do Estado, e na maneira em que se estabelece quando existe uma vulneração destes direitos. Todos os direitos fundamentais têm um objeto indeterminado, mas o tipo de indeterminação é distinto em uns e outros. Nos direitos sociais, a indeterminação se apresenta porque a disposição que estabelece o direito não fixa com clareza em todos os casos qual é a prestação mediante a qual se satisfaz o direito. Como consequência, tampouco aparece determinado o que é considerado constitucionalmente contrário aquilo que o direito exige, ou seja, não aparece determinado quando se vulnera o direito social. Esta indeterminação peculiar do objeto não se apresenta do mesmo modo nos direitos de liberdade, porquanto nestes últimos a conduta devida é uma abstenção e o constitucionalmente contrário ao direito é qualquer tipo de conduta. (PULIDO, 2008, pp. 150-151).

A partir desta diferenciação estrutural entre os direitos sociais e os direitos de liberdade, Pulido (2008, pp. 151-173) apresenta concepções sobre o conceito (e suas consequências como exigibilidade ou não exigibilidade) de direitos sociais. São elas: (a) direitos sociais como disposições programáticas; (b) direitos sociais como fonte de normas finalísticas de Estado; (c) direitos sociais como comandos objetivos; (d) direitos sociais como direitos definitivos; e (e) direitos sociais como direitos *prima facie*.

Em apertada síntese, pode-se dizer que na primeira concepção (direitos sociais como disposições programáticas), encontram-se aqueles (como Atria) que negam exigibilidade aos direitos sociais. Com efeito, “A própria concepção das normas de direitos prestacionais como normas programáticas lhes nega qualquer tipo de caráter vinculante frente ao legislador.” (PULIDO, 2008, p. 152). Consequência disto é a já referida inexigibilidade destes direitos na via jurisdicional.

Pulido (2008, pp. 152-153) objeta tal concepção sob o fundamento de que a liberdade negativa não seria o único objeto digno de proteção do direito (já que o Estado Social reconhece que, além da liberdade, o indivíduo ainda possui necessidades básicas que devem ser supridas por direitos fundamentais). Argumenta, ainda, que esta corrente de pensamento tem por pressuposto a

indeterminação, o que já fora deconstruído alhures, afirmando que a indeterminação, em realidade, recai sobre o tipo de indeterminação (PULIDO, 2008, pp. 152-153).

No que tange à concepção dos direitos sociais como fonte de normas finalísticas, explica Pulido (2008, pp. 155-159) que nas constituições deve estar tipificado somente o fim a ser perseguido, ficando o meio na margem de liberdade e oportunidade do legislador. Pulido, contudo, entende que a adoção desta concepção apenas desloca o problema para outro nível de discussão, já que será difícil de identificar o chamado “conteúdo essencial do fim” (PULIDO, 2008, p. 156). E o exemplo citado pelo autor é justamente o direito à saúde, nos seguintes termos:

Não obstante, esta perspectiva apresenta também vários inconvenientes. O maior de todos resulta da aplicação do conceito de “núcleo essencial do fim”. Noutro lugar sustentei que a noção de núcleo essencial é somente um artifício argumentativo que unicamente mascara o decisionismo. Aqui basta apenas apontar que a explicação de Sommermann resulta insuficiente para estabelecer de que maneira pode o Tribunal Constitucional identificar a substância que constitui o núcleo essencial do fim contido no enunciado de direito social. Pense-se, *verbigracia*, nas prestações relativas ao direito à saúde. Qualquer participante na prática constitucional haverá de ser consciente das dificuldades para precisar qual é o conteúdo essencial dos fins: “proteção à saúde”, “organizar e tutelar a saúde públicas”, “fomentar a educação sanitária, a educação física e o esporte”, estabelecidos, por exemplo, pelo artigo 43 da Constituição espanhola. É bastante complicado concretizar este conteúdo essencial e, mais ainda, determinar com precisão quais são as medidas legislativas indispensáveis ou as mais adequadas para realizar esse conteúdo essencial. Se o objetivo consiste, *verbigracia*, que todos os enfermos possam dispor de um serviço de saúde, parece difícil poder extrair do enunciado constitucional informação suficiente para precisar que nível deve ter esse serviço de saúde e como deve ser prestado – por exemplo, mediante a criação de hospitais, mediante o financiamento direto da demanda por saúde, etc. (PULIDO, 2008, p. 158).

Quanto à concepção dos direitos sociais como comandos objetivos, Pulido (2008, p. 159) citando Böckenförde afirma que tais direitos seriam identificados como instrumentos obrigatórios para o legislador e para a administração. E tal estrutura (de vinculação ao legislador e à administração) vem assim delineada em razão de sua indeterminação. Esta concepção nega que os tribunais possam deduzir interpretativamente pretensões jurídicas em favor de particulares (PULIDO, 2008, p. 159).

Pulido (2008, pp. 161-162) objeta a concepção dos direitos sociais como mandados objetivos sob uma tríade de fundamentos: (1) a noção de mandados objetivos é uma síntese de duas categorias jurídicas opostas (normas programáticas

e posições jurídicas geradoras de direitos subjetivos); (2) a concepção não logra fundamentar a supressão do sujeito ativo da estrutura das posições jurídicas; (3) a concepção padece da mesma indeterminação identificada no conteúdo essencial anteriormente vista.

A quarta concepção, que identifica os direitos sociais como direitos definitivos, vale-se da concepção anterior e agrega dois elementos: caráter não restringível das posições e inclusão do sujeito ativo. (PULIDO, 2008, p. 164). O grande mérito da teoria, segundo Pulido (2008, p. 166) é a sua “tentativa de articular a dimensão normativa dos direitos sociais com direitos subjetivos que tem como destinatário o legislador e a administração”.

O autor aponta, contudo, algumas objeções: (1) a proibição de inatividade legislativa que é sustentada por esta concepção; (2) o mesmo equívoco do qual padecem as duas teorias precedentes, quanto às indeterminações de conteúdo essencial; (3) a teoria olvida-se que o legislador não está vinculado a cada direito isoladamente, mas vinculado à Constituição de maneira global; (4) a teoria geraria colisões insolúveis de direitos fundamentais, as quais teriam lugar quando o legislador estivesse vinculado por duas exigências contraditórias, relativamente a dois direitos sociais distintos.

As objeções à concepção dos direitos sociais como direitos definitivos leva à última concepção: a de direitos sociais como disposições que são concretizadas a partir de vantagens com posições jurídicas com caráter *prima facie* (PULIDO, 2008, p. 168). Para esta teoria, “[...] os enunciados dos direitos fundamentais sociais dão lugar a normas e posições *prima facie*, que admitem restrições legislativas, sempre e quando sejam proporcionadas” (PULIDO, 2008, p. 168).

Tais restrições podem estar justificadas em razão, por exemplo, de limitações econômicas ou de outra ordem, como incompatibilidade com outros direitos sociais (PULIDO, 2008, p. 168). Surge relevante balizador o princípio da proporcionalidade como condutor de análise das restrições nesta concepção.

Neste modelo, além da margem de atuação do legislador e do administrador, é imprescindível a atuação jurisdicional com o fim de resguardar a posição *prima facie* do direito, isto é, dosar o princípio da proporcionalidade. Mais uma vez surge como exemplo, em Pulido (2008, p. 169), o direito à saúde, no qual, segundo o autor, “[...] o indivíduo tem um direito *prima facie* à obtenção por parte do Estado de

todos os medicamentos e procedimentos que garantam o atendimento de suas necessidades básicas de saúde [...]” (PULIDO, 2008, p. 169).

Aliás, nesse sentido, não é demais lembrar – ainda que em breves linhas – que o direito à saúde também é previsto em instrumentos internacionais, a exemplo do Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC), sendo entendido, neste âmbito, que medidas regressivas adotadas pelos Estados signatários são violadoras *prima facie* do aludido Pacto⁵.

Neste ponto, é necessário lembrar o princípio da vedação do retrocesso, que confere proteção aos direitos já garantidos contra a atuação do legislador. De fato, partindo de uma concepção de Estado Democrático de Direito que traz inserto em sua ideia o princípio da segurança jurídica (SARLET, 2008, p. 436), é imprescindível que se resguardecem determinados direitos contra a atuação estatal. Tal resulta da própria dignidade da pessoa humana atuando como salvaguarda do arcabouço de direitos garantidos aos cidadãos.

Retomando as concepções dos direitos sociais, vê-se, com Pulido (2008), que sua exigibilidade decorre de sua posição de direitos *prima facie*. Ademais, não pode eventual diferença existente entre direitos civis e políticos e direitos sociais justificar a não exigibilidade destes em contraposição àqueles, uma vez que esta diferenciação somente possui algum sentido para se identificar a matriz histórica de uma e outra espécie de direitos. Nesse sentido:

Como conclusão, diferenciar entre direitos civis e direitos sociais pode ter algum sentido se com isso se pretende assinalar a distinta matriz reguladora a qual responde a positivação de cada direito. A distinção pode aportar alguma informação sobre a origem histórica e sobre o contexto político-ideológico da regulação de diferentes âmbitos de interação humana. Entretanto, o emprego da distinção também tem limitações: por exemplo, não é exaustiva, de modo que é possível assinalar direitos que não respondam exclusivamente a nenhum dos dois rótulos; e é demasiado genérica, de modo que, sob cada categoria, cabem direitos de estrutura completamente heterogênea, impossíveis de reduzir a uma forma única. (ABRAMOVICH e COURTIS, 2011, p. 79).

Abramovich e Courtis (2011, p.41), como visto na passagem conclusiva acima, defendem uma relativa distinção entre direitos civis e políticos e direitos sociais, uma vez que partem da ideia de que ambas classes de direitos detêm

⁵ Confira-se, a respeito, a interpretação conferida à Observação Geral n. 14 do Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais por Victor Abramovich e Christian Courtis em ABRAMOVICH e COURTIS, 2011, pp. 79-144.

obrigações positivas e negativas. Os autores, ao defenderem a judicialidade dos direitos sociais, sustentam que:

Considerar plenamente um direito econômico, social ou cultural como direito é possível unicamente se – ao menos em alguma medida – o titular/credor estiver em condições de produzir mediante uma demanda ou queixa, uma sentença que imponha o cumprimento da obrigação gerada por seu direito. (ABRAMOVICH e COURTIS, 2011, p. 48).

De fato, não haveria sentido em falar-se em direitos, caso não se pudesse os reclamar perante a autoridade judiciária competente. Um direito sem a respectiva pretensão acaba ficando esvaziado, sendo mera recomendação ou programa. Abramovich e Courtis (2011, p. 49) apontam que essa judicialização exige a identificação das obrigações mínimas do Estado em relação aos direitos econômicos, sociais ou culturais, o que acaba sendo a principal zona cinzenta do direito constitucional ou internacional.

Partindo ao direito à saúde – foco central deste trabalho – encontra-se inserido dentro da sistemática dos direitos sociais acima exposta, de modo a resguardar-lhe, assim, a necessária exigibilidade na via jurisdicional. O direito à saúde, tal qual os demais direitos sociais, possui uma faceta *prima facie*, traduzido em um mínimo obrigacional por parte do Estado.

Com efeito, corolário da dignidade da pessoa humana, o direito à saúde guarda relação intrínseca com o direito à vida, sendo recorrente na doutrina o diálogo entre um e outro (SARLET, 2008, p. 63). A partir de sua tríplice dimensão - curativa, preventiva e promocional – (SARLET e FIGUEIREDO, 2007, p. 189), o direito à saúde consegue abranger tanto um aspecto “negativo” – relativo à proteção e defesa da saúde pelo Poder Público -, como um aspecto “positivo” (prestacional), típico dos direitos de segunda dimensão⁶. Identifica-se, nesse quadrante, exatamente o que Abramovich e Courtis (2011, p. 79) apontaram quanto à diferenciação relativa entre direitos civis e políticos e direitos sociais

Nesse ponto, cabe referir que os direitos sociais, apesar de mais comumente abrangerem direito a prestações positivas, também agasalham direitos (ou ações) negativos (SARLET e FIGUEIREDO, 2007, p. 174). Aqui, cabe a advertência de que

⁶ Para a análise das gerações (ou dimensões, como pretende o autor) de direitos fundamentais, vide SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

o qualificativo social não está exclusivamente vinculado a uma atuação positiva estatal, já que, como dito, os direitos sociais também contam com prestações negativas.

Isso decorre do fato de que também são sociais direitos que asseguram e protegem um espaço de liberdade (prestação negativa, portanto) e a proteção de determinados bens jurídicos para determinados segmentos da sociedade, em virtude de sua maior vulnerabilidade em face do poder estatal. É nessa esteira que se defende não poder haver distinção entre os direitos sociais, sejam eles a decorrer de um atuar positivo, sejam eles decorrentes de uma prestação negativa. (SARLET e FIGUEIREDO, 2007, p. 176).

Importa-nos, de todo modo, o direito fundamental à saúde na sua parte preponderante positiva. Apesar da complexidade inerente ao conteúdo do direito à saúde, já que dentro dele estão inserido conceitos subjetivos como a busca da qualidade de vida e bem estar, é fato que ele vem cristalizado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como direito - e dever – (SARLET e FIGUEIREDO, 2007, p. 197) fundamental, sendo expressamente consagrado nos artigos 6º e 196.

E, em sendo direito fundamental estabelecido constitucionalmente como dever estatal, pertencendo a categoria de direitos sociais exigíveis, é estreme de dúvidas a possibilidade de judicialização.

Aliás, no direito comparado latino-americano a conclusão não é diversa. Colhem-se, por exemplo, decisões da Corte Colombiana (a exemplo da T-533⁷, de 1992, que versa sobre a concessão, a uma pessoa pobre, de operação para os olhos). Essa exigibilidade, na Colômbia, veio traduzida no que Arango (2009, pp.301-302) denominou de “la jurisdicción social de la tutela”.

Essa união da jurisdição constitucional e da ação de tutela (que resultam na denominada jurisdição social da tutela), na visão do autor, contribuiu para a realização de um verdadeiro Estado Social de Direito. Nas suas palavras:

La primera y más importante contribución de la jurisdicción social de la tutela es el cambio de mentalidad respecto a la importancia de los derechos fundamentales en una sociedad democrática. Los fallos de tutela sobre

⁷ Para outros exemplos, ver ARANGO, Rodolfo. *La jurisdicción social de la tutela*. In: COURTIS, Christian e SANTAMARÍA, Ramiro Ávila (Ed.). *La protección judicial de los derechos sociales*. Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 301-319.

derechos sociales fundamentales son una muestra de la transformación de la cultura jurídica y su sensibilización respecto de las necesidades básicas y la prioridad política de tomarse en serio el reconocimiento efectivo de los derechos de las personas. Por otra parte, la jurisprudencia constitucional ha venido diseñando y poniendo en práctica una concepción moderna del Estado en la que el cumplimiento de los deberes sociales del Estado ocupa un lugar central. Si bien es cierto que los deberes sociales y la forma de hacerlos exigibles no han tenido un desarrollo equivalente al de los derechos fundamentales, la jurisdicción social de la tutela viene abordando cada vez con mayor frecuencia e intensidad el tema de los deberes sociales del Estado y los particulares. Es así como algunos fallos de tutela aplican (T-1330 de 2001, T-149 de 2002) un control de responsabilidad constitucional por incumplimiento de los deberes sociales, que en no pocos casos entraña el amparo de un derecho vulnerado por acción u omisión. (ARANGO, 2009, p. 309).

Já no Brasil, o tema da judicialização das políticas públicas (especialmente as de saúde) ganha relevo a cada dia que passa. As demandas de saúde acumulam-se no Judiciário, exigindo pronta resposta deste dada a sua urgência.

Muito se discutiu sobre a viabilidade de controle jurisdicional em políticas de saúde. Como se tem defendido neste trabalho, em se tratando de direitos fundamentais sociais exigíveis, não parece haver conclusão outra que não a possibilidade de o Poder Judiciário debruçar-se sobre tais demandas.

Barcellos compartilha deste entendimento, inclusive estabelecendo os objetos passíveis de controle jurisdicional em matéria de políticas públicas (plenamente aplicáveis, portanto, às políticas públicas em matéria de saúde):

Considerando o tema *políticas públicas promotoras de direitos fundamentais*, propôs-se neste estudo cinco objetos que podem sofrer controle jurídico e jurisdicional (sem prejuízo de outros). São eles (i) a fixação de metas e prioridades por parte do Poder Público em matéria de direitos fundamentais; (ii) o resultado final esperado das políticas públicas; (iii) a quantidade de recursos a ser investida em políticas públicas vinculadas à realização de direitos fundamentais, em termos absolutos ou relativos; (iv) o atingimento ou não das metas fixadas pelo próprio Poder Público; e (v) a eficiência mínima (entendida como economicidade) na aplicação dos recursos públicos destinados a determinada finalidade. (BARCELLOS, 2010, p. 132).

Nada obstante a prática revele que a exigibilidade (e judicialidade) do direito à saúde não encontre grandes empecilhos (não à toa, aliás, o Poder Judiciário cada vez mais vê o número de processos deste jaez crescer), preocupa que, passados 30 anos da promulgação da Constituição, ainda não se verifica, no plano da efetividade, uma verdadeira garantia do direito à saúde.

Não se olvida da grave crise econômica enfrentada pelo Brasil nos últimos anos, nem mesmo o déficit que assombra as contas públicas; todavia, não há como se negar efetividade a direito, que pela sua inegável importância – já que sem saúde inexistente vida -, e pela própria história dos direitos sociais, desponta como um dos direitos sociais que mais é objeto de decisões judiciais nos últimos tempos.

No ponto, cabe registrar a - ainda atual - lição de Norberto Bobbio, plenamente aplicável ao contexto brasileiro depois de 30 anos da promulgação da Constituição de 1988. Diz o autor que, em realidade, “o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los” (BOBBIO, 2004, p. 45). De fato, para o jurista:

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados. (BOBBIO, 2004, p. 45).

Neste diapasão, considerando a dimensão política (que acaba refletindo, via de regra, em um problema orçamentário) para a efetivação dos direitos sociais – especialmente do direito à saúde -, a discussão que acaba por desaguar no Poder Judiciário diz respeito à tensão que paira sobre o mínimo existencial e a reserva do possível.

Nesse contexto, é importante aprofundar o estudo relativo aos conceitos de mínimo existencial e reserva do possível, o que será feito nos próximos tópicos. Ao final, far-se-á uma análise crítica dos institutos, levando em consideração, ainda, a jurisprudência dos Tribunais Superiores (STF/STJ) que recentemente enfrentaram o tema da saúde em julgados paradigmáticos.

2.2.1 O mínimo existencial como garante mínimo de direitos

Partindo da ideia da dignidade da pessoa humana como centro axiológico da Constituição (VASCONCELOS e SOARES, 2016, p. 160), ou seja, como vetor-guia que pauta os direitos garantidos pelo ordenamento jurídico, resulta forçoso o reconhecimento de um mínimo garantido desses direitos, ou seja, há, ao menos

moralmente, um consentimento uniforme de que deve haver respeito a um mínimo existencial.

A título de introdução, resgatando a base filosófica do mínimo existencial, Karine da Silva Cordeiro discorre sobre a teoria de justiça de John Rawls, sobre o sistema de direitos concebido por Jürgen Habermas em *Between Facts and Norms: Contribution to a Discourse of Law and Democracy*, além de o conceito de liberdade para Ernst Tugendhat (CORDEIRO, 2012, p. 97-102).

No ponto, a autora conclui que, tanto em Rawls, quanto em Habermas, o mínimo existencial funcionaria como uma espécie de pressuposto, sendo, para o primeiro, um pressuposto de liberdade e para o segundo um pressuposto da democracia. Já em Tugendhat, esse mínimo existencial atenderia a uma exigência autônoma de justiça, sendo um fim em si mesmo. Nas palavras da autora:

Do exposto, percebe-se que os principais fundamentos morais da obrigação do Estado de eliminar, ou ao menos mitigar, a situação de carência dos indivíduos, fornecendo-lhes um mínimo de condições materiais são: garantir a liberdade real; proteger os pressupostos da democracia; e o fato de o atendimento das necessidades materiais humanas básicas constituir um fim em si mesmo, que se impõe independentemente da sua utilidade para outros fins. (CORDEIRO, 2012, p. 103).

Afora o fundamento filosófico, é mister que se realce seu fundamento jurídico. Neste diapasão, extrai-se a sua elaboração dogmática preponderantemente na Alemanha, país no qual a doutrina e também a jurisprudência foram pioneiras na matéria (SARLET e FIGUEIREDO, 2007, p. 179).

De fato, nada obstante inexistir, na Lei Fundamental de 1949, imposição de atuação positiva pelo Estado para a consecução de direitos sociais típicos, Otto Bachof extraiu do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso I, da Lei Fundamental de Bonn), o direito subjetivo à garantia mínima de existência, já que “[...] sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada.”. (SARLET e FIGUEIREDO, 2007, p. 179).

Também ancorado na dignidade da pessoa humana, houve reconhecimento, pelo Tribunal Federal Administrativo da Alemanha, do direito a um auxílio material por parte do Estado para um indivíduo carente, na medida em que a esse indivíduo deva ser garantido, de forma geral, o direito à liberdade e à vida, o que pressupõe uma condição mínima de existência. (CORDEIRO, 2012, p. 103-104).

Há uma importante observação feita por Karine da Silva Cordeiro, ao citar decisão de 1975 do Tribunal Constitucional Federal Alemão que encampa a decisão acima referida, que é o fato de que o dever estatal deteria caráter subsidiário, ou seja, somente atuaria na ausência do próprio indivíduo, o qual detém a responsabilidade primária⁸ (autorresponsabilidade). (CORDEIRO, 2012, p. 104).

Nesta decisão de 1975 acima citada, o Tribunal deixa explícito o dever estatal, nesta forma subsidiária, de assistência aos necessitados, impondo-lhe uma obrigação. Confira-se trecho da decisão do BVerfGE 40, 121 (133), extraído dos escritos de Leivas (2008, p. 295):

Certamente pertence a assistência aos necessitados como uma obrigação evidente do estado social. Isto encerra necessariamente ajuda social para os cidadãos que, por causa de suas carências corporais ou espirituais, estão impedidos para o desenvolvimento social e espiritual e não estão em condições de sustentarem-se a si mesmos. A comunidade estatal precisa, em qualquer caso, assegurar-lhes condições mínimas para uma existência humana digna. Igualmente deve o legislador decidir, enquanto ele não tenha tratado das referidas condições mínimas, em qual medida a ajuda social pode e deve ser garantida considerando os meios existentes e outras tarefas estatais de igual nível. (LEIVAS, 2008, p. 295).

A dogmática alemã é incorporada a diversos ordenamentos jurídicos, sendo difundida a sua forma de análise pelos diversos Tribunais. Leivas (2008, p. 297) nos dá conta de uma decisão de 2002 do Tribunal Constitucional de Portugal que julgara inconstitucional norma por violação a um mínimo de existência condigna inerente ao princípio do respeito à dignidade humana. Refere o autor que:

Este tribunal pronunciou-se pela inconstitucionalidade da norma constante em decreto que, ao substituir o chamado rendimento mínimo garantido pelo rendimento social de inserção, estabeleceu como critério para o gozo do novo benefício a idade mínima de 25 anos, enquanto o diploma anterior reconhecia a titularidade do direito aos indivíduos com idade igual ou superior a 18 anos. (LEIVAS, 2008, p. 297).

Dentre os ordenamentos jurídicos que incorporaram a dogmática, pode ser citado o brasileiro. Deveras, não há, na Constituição de 1988, ao menos de forma expressa, qualquer referência ao mínimo existencial. Isso não obsta, todavia, seja

⁸ Fala-se, nesse sentido, em princípio da subsidiariedade, no qual, em resumo, o Estado somente atuaria quando da ausência do indivíduo. Haveria, no ponto, duas dimensões, sendo uma positiva – a própria prestação de auxílio – e uma negativa – relativa à impossibilidade de assunção pelo Estado de competências originariamente atribuídas aos indivíduos -. Confira-se em NEUNER. Jörg. **Os direitos humanos sociais**. Direito Público, ano V, n. 26, p. 18-41, mar./abr.2009.

ele reconhecido nos mesmos moldes em que reconhecido na Alemanha, ainda que estejamos à frente de ordenamentos jurídicos com origens e sistematizações diversas⁹.

Tal se dá em razão de que a proteção do mínimo existencial, nas palavras de Ricardo Lobo Torres¹⁰, é pré-constitucional, sendo inerente à pessoa humana (TORRES, 1989, p. 32). E, de fato, tratando-se de condições mínimas de existência, entende-se o mínimo existencial como um próprio pressuposto do valor dignidade da pessoa humana, razão pela qual, ainda que diversa a sistematização dos direitos sociais (prestacionais) nos ordenamentos jurídicos alemão e brasileiro, a importação do conceito não se mostra equívoca.

Aliás, no Brasil também se colhem julgados em que há referência a um mínimo existencial a ser garantido pelo Estado. A título de exemplo, no Supremo Tribunal Federal, há a decisão monocrática na Medida Cautelar na ADPF 45, Ministro Celso de Mello, na qual se atestou categoricamente, valendo-se da lição de Ana Paula de Barcellos, que o mínimo existencial estabelece as prioridades orçamentárias, de forma que deve ser garantido pelo Estado.

Para além de decisões monocráticas, o STF, pela sua Segunda Turma, já manifestou expressamente, no caso que envolvia a obrigatoriedade do Poder Público de assegurar vaga para crianças de até seis anos de idade em creche ou pré-escola, a existência de um mínimo existencial do qual o Estado não pode se furtar de atender. Trata-se do RE 410715 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 22/11/2005.

Também o Superior Tribunal de Justiça, por sua Corte Especial, nos Embargos de Divergência no Recurso Especial 1582475 / MG, relator o Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 03/10/2008, que versava sobre a excepcionalidade de penhorabilidade de salários, desde que resguardado o mínimo existencial do executado.

⁹ Basta lembrar, nesse sentido, que a Lei Fundamental de Bonn, quando reconhecido o mínimo existencial no ordenamento alemão, não contempla direitos sociais que exijam prestações positivas do Estado; diversamente a Constituição Brasileira de 1988 com amplo rol de direitos sociais que demandam prestações desse jaez.

¹⁰ Assinala-se, consoante adverte SARLET e FIGUEIREDO, que Ricardo Lobo Torres foi um dos primeiros autores a escrever sobre o mínimo existencial: TORRES, Ricardo Lobo. O **mínimo existencial e os direitos fundamentais**. Revista de Direito Administrativo, n. 177, p. 29049, jul./set. 1989.

Na jurisprudência, como se vê, é bastante difundida a ideia de existência de um mínimo existencial necessário a subsistência das pessoas, sendo tal concepção aplicada em diversas situações e nos mais variados temas.

Assentada a base dogmática do mínimo existencial, é importante traçar algumas palavras acerca de seu conteúdo, haja vista que, como referido, o mínimo permeia diversas espécies de direitos, tanto assim que invocado em julgamentos de temas variados pelos Tribunais Superiores.

E, nesta árdua tarefa de tentar delimitar o conteúdo do mínimo existencial, surge relevante, desde logo, trazer as palavras de Ana Paula de Barcellos, nas quais tenta trazer concretude, ainda que de forma genérica, sobre o tema:

Uma primeira resposta que se pode apresentar desde logo, insatisfatória por sua generalidade, porém útil, é que o mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento. (BARCELLOS, 2002, p. 197-198).

Da lição de Barcellos, transcrita acima, pode-se chegar a algumas conclusões, quais sejam: 1) o mínimo existencial não se mostra estanque, isto é, depende de uma interpretação do que seja um “conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna”; 2) a violação deste conjunto mínimo indispensável à existência humana representa violação à própria dignidade da pessoa humana, já que aquele (mínimo existencial) encontra-se diretamente relacionado a esta (dignidade da pessoa humana)¹¹; 3) a despeito de não positivado expressamente na Constituição de 1988, ao se extrair o mínimo existencial da dignidade da pessoa humana, pode-se inferir que esse conjunto de situações materiais mínimas indispensáveis (mínimo existencial) é princípio implícito no ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda, na busca da elaboração de um conceito, a partir de uma aproximação com outros institutos, é importante referir os apontamentos feitos por Karine da Silva Cordeiro. A autora traça um importante paralelo para a definição teórica do mínimo

¹¹ Nesse sentido, note-se que Ana Paula de Barcellos também chega a essa constatação, referindo inclusive que o mínimo existencial representa uma “fração nuclear da dignidade da pessoa humana, à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica” (BARCELLOS, 2002, p. 248)

existencial com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, lembrando, de todo modo, toda a discussão de que também é cercado o aludido conteúdo essencial (como a aplicabilidade de uma teoria absoluta, relativa, objetiva ou subjetiva)¹². (CORDEIRO, 2012, p. 110-113).

A autora ainda busca a aproximação com o designado *minimum core* (CORDEIRO, 2012, p. 114), o que se entende ser uma tentativa absolutamente salutar, já que traz ao debate do mínimo existencial a experiência internacional. De fato, trilhando a esteira de Cordeiro, pode-se referir que o *minimum core* é uma tentativa do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC) das Nações Unidas de garantir aplicabilidade ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC), com o escopo de “contornar o caráter programático do Pacto e a limitação de recursos e para reafirmar a obrigação imediata – e por vezes inderrogável – dos Estados em assegurar, ao menos, o *core content* dos respectivos direitos.” (CORDEIRO, 2012, p. 115).

Essa aproximação vem exatamente no mesmo sentido das proposições trazidas por Ana Paula de Barcellos, nas quais tenta desenhar uma moldura de prestações relativamente ao mínimo existencial (BARCELLOS, 2002, p. 247-301). No que toca ao presente estudo (direito à saúde), aponta a autora que o mínimo existencial precisa dizer respeito às prestações de saúde disponíveis e não às condições pessoais dos indivíduos (BARCELLOS, 2002, p. 277). Diz a autora:

A maior ou menor extensão dos efeitos das normas constitucionais e a determinação do mínimo existencial, portanto, dizem respeito às prestações de saúde disponíveis e não às condições melhores ou piores de saúde das pessoas, mesmo porque muitas vezes não há qualquer controle sobre o resultado final que uma determinada prestação de saúde produzirá no paciente. Assim, quando se cuida do mínimo existencial em saúde, se está tratando das prestações de saúde que podem ser judicialmente exigidas pelo Poder Público, a serem prestadas diretamente por ele ou pelo particular com custeio público, caso a Administração não possa ou não tenha meios de executar a prestação. (BARCELLOS, 2002, p. 277).

Ainda que, de fato, o mínimo existencial possa resultar das prestações de saúde (vistas de forma objetiva), entende-se, ao revés da autora, que a casuística também poderá revelar um mínimo existencial que possa se dizer “pessoal”, ou

¹² Para aprofundar o debate acerca das teorias, bem como da própria garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, sugere-se a consulta a excelente obra: SILVA, Vírgilio da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

subjetivo. É que o caso concreto é cercado de particularidades que devem ser levados em consideração e que, inclusive, pode determinar a escolha de uma ou outra prestação de saúde, tornando o mínimo existencial, como referido acima, alvo de interpretação (não estanque).

Essa conclusão é deveras importante, pois, segundo a autora, somente as prestações disponíveis é que comporiam o mínimo existencial, e somente estas poderiam ser exigidas de forma direta, ficando as demais apenas na modalidade de eficácia negativa (BARCELLOS, 2002, pp. 305-306).

Como referimos, entende-se que o caso concreto é que amoldará o mínimo existencial, determinando uma ou outra prestação de saúde. É claro que, aprioristicamente, o Poder Público já define prestações, às quais seriam aquelas que integram as listas oficiais do SUS. Todavia, entendemos que tais listas não poderiam se confundir com o mínimo, sob pena de engessamento do modelo constitucional de efetivação do direito à saúde.

Aliás, outro grave problema que se posta no caso de se considerar como mínimo existencial (e exigível diretamente, portanto) tão somente as prestações de saúde disponíveis é o caso de doenças graves cujos medicamentos não foram ainda incorporados.

Nesse sentido, cita-se o exemplo que inclusive irá permear o futuro estudo da Ação Civil Pública Colaborativa que aqui se propõe. Trata-se da enfermidade conhecida como Atrofia Muscular Espinhal do Tipo I que acomete bebês recém-nascidos (estima-se que o início da doença ocorre entre os 3 e 6 meses). A doença é classificada como rara (acomete 1 entre 10.000 nascidos vivos), com prognóstico de óbito estimado em 2 anos.

Segundo a literatura médica, a Atrofia Muscular Espinhal (AME) pode ser definida como uma “(...) doença neurodegenerativa dos neurónios a motores medulares, condicionando atrofia e fraqueza muscular progressivas” (PIRES et al., 2011, p. 96). Ainda:

É determinada pela alteração do gene Survival Motor Neuron (SMN1), no cromossoma 5q, estando descritos vários subtipos da doença. Uma cópia quase idêntica do gene SMN1, o gene SMN2, modula a gravidade da doença. Em geral, o subtipo AME I está associado a uma deleção hemizigótica do gene SMN1, o subtipo AME II a deleção hemizigótica e conversão génica no outro gene, e o subtipo AME III a conversão génica em ambos cromossomas. O principal factor de influência na gravidade do

fenótipo é o número de cópias do gene SMN2. A maioria dos doentes AME I apresenta duas cópias SMN2, os doentes AME II apresentam 3 cópias SMN2, os doentes AME III apresentam 3 ou 4 cópias. Logo, há uma relação inversamente proporcional entre o número de cópias SMN2 e a gravidade da doença. (PIRES et al., 2011, p. 96).

A questão que se coloca, à vista do exemplo, é que o mínimo existencial para os bebês que são acometidos pela Atrofia Muscular Espinhal (AME) necessariamente não será correspondente àquelas pessoas que são acometidas de outras enfermidades graves, como câncer ou esclerose múltipla, por exemplo. São diversos os casos, exigindo, pois, soluções diversas.

Para o caso da AME, que por muito tempo ficou sem solução no ramo médico, o laboratório Biogen lançou o nusinersena, conhecido comercialmente como Spinraza. Estudos do Food and Drug Administration (FDA) norte-americano, datados de dezembro de 2016, aprovaram o medicamento, atestando a sua eficácia¹³. No Brasil, a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC), exarou relatório de recomendação, em março de 2019, nos seguintes termos:

Diante do exposto, os membros do Plenário presentes em sua 75ª reunião ordinária, no dia 14 de março de 2019, indicaram que o tema seja submetido à Consulta Pública com recomendação preliminar favorável à incorporação no SUS do nusinersena para o tratamento da AME 5q tipo I com os seguintes condicionantes: para pacientes com menos de 7 meses de vida, com início de tratamento até 13 semanas após o diagnóstico e com diagnóstico confirmatório; atendimento em centros de referência com a disponibilização de cuidados multidisciplinares; protocolo clínico e diretrizes terapêuticas (com estabelecimento de critérios de inclusão, exclusão e interrupção); avaliação de efetividade clínica; reavaliação pela CONITEC em 3 anos; e doação pela empresa fabricante das 3 primeiras doses do tratamento de cada paciente. (CONITEC, 2019, p. 60).

O grande problema do Spinraza, contudo, é o seu custo. Segundo amplamente noticiado¹⁴, o valor da dose alcança o importe de R\$ 364.565, 98, totalizando a cifra de quase R\$ 2.000.000,00 ao ano para o tratamento para cada paciente.

¹³ O relatório de aprovação está disponível em https://www.accessdata.fda.gov/drugsatfda_docs/nda/2016/209531Orig1s000TOC.cfm.

¹⁴ Ver, por exemplo, a notícia de novembro de 2017, no site “O Globo”: <https://oglobo.globo.com/sociedade/saude/cada-dose-do-remedio-para-doenca-que-atrofia-bebes-custa-364-mil-22064362>.

O debate que vem à tona, então, passa a orbitar sobre o custo-efetividade¹⁵ para a incorporação do fármaco, já que se trata de medicamento de alto custo para o atendimento de poucas pessoas (lembrando-se que a doença é rara).

No caso, o Spinraza foi incorporado apenas neste ano de 2019 (primeiramente para a AME do Tipo I e, posteriormente, estendido para os Tipos II e III¹⁶), depois de muitas ações judiciais movidas postulando a sua dispensação pelo Poder Público. Nada obstante, o processo de incorporação pode padecer de demora excessiva, autorizando o Poder Judiciário a conceder medicamentos sem registro, na esteira do RE 657718/MG, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgado em 22/5/2019.

Mais recentemente, ainda sem incorporação – e, por certo, na iminência de gerar acúmulo de ações judiciais -, há um fármaco desenvolvido pela AveXis (adquirida em 2018 pelo grupo Novartis), que promete ser a solução para a AME. Trata-se do medicamento chamado Zolgensma, que corresponde a uma terapia gênica, que fornece uma cópia funcional do gene SMN humano para deter a progressão da doença.

O ponto positivo do novo medicamento é posologia, a qual corresponde a uma única dose administrada em uma infusão intravenosa; seu ponto negativo, contudo, é o mesmo que já acometia o Spinraza: o extraordinário valor de R\$ 9.000.000,00 (nove milhões de reais)¹⁷.

Cabe mencionar que, nada obstante o vultoso valor para a aquisição do fármaco, o Zolgensma já recebeu parecer de aprovação, em maio de 2019, pelo Food and Drugs Administration (FDA) norte-americano, para todos os tipos de AME¹⁸.

¹⁵ É importante a referência, que será tratada mais pormenorizadamente no último item deste capítulo, que o custo-efetividade é requisito para a incorporação, segundo o disposto no art. 19-O, parágrafo único, da Lei 8.080/90.

¹⁶ A incorporação do Spinraza para AME do tipo II e III foi realizada através da compra por compartilhamento de risco, conforme noticiado na imprensa (v.g <http://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/45512-pacientes-com-atrofia-muscular-espinhal-terao-novo-medicamento-no-sus>). Tal modalidade também será explorada no último item deste trabalho que buscará fazer uma relação crítica entre mínimo existencial e reserva do possível.

¹⁷ O Zolgensma foi classificado como sendo o remédio mais caro do mundo. Nesse sentido, confira-se a seguinte notícia: <https://veja.abril.com.br/saude/a-bebe-brasileira-que-recebeu-o-remedio-de-r-9-mi-o-mais-caro-do-mundo/>. Acesso em 13 de jul. 2019.

¹⁸ O relatório de aprovação da FDA pode ser acessado neste endereço eletrônico: <https://www.fda.gov/media/126130/download>. Acesso em 14 de jul. 2019.

Registre-se, na esteira do debate sobre medicamentos de alto custo para doenças graves, a existência de Recurso Extraordinário (RE 566471) ainda não julgado¹⁹, que justamente discutirá se o Poder Público pode ser condenado a fornecer medicamentos de alto custo (como o Spinraza, que, como se viu, até recentemente não estava incorporado pelo SUS; ou mesmo o aludido medicamento mais caro do mundo, o Zolgensma) não contemplados nos programas de dispensação.

Dito tudo isso, entendemos que a melhor solução seria justamente a análise do caso concreto para que dele se extraia o mínimo existencial. Não se mostra viável, até porque entendemos, com Leivas (2008, p. 299), que o mínimo existencial possui características que lhe garantem o status de princípio jurídico, que seu conteúdo seja pré-definido, ainda que – e nisso concordamos –, possa tal sistemática trazer mais segurança jurídica.

Leivas (2008, p. 299), concordando com o que aqui se defende, refuta que somente as prestações disponíveis integrem o mínimo. Confira-se nas suas palavras, nas quais apresenta argumentos para objetar as conclusões de Ana Paula de Barcellos:

Duas objeções faço aqui à autora. A primeira delas está na exclusão, a priori, da justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais que não compõem o mínimo existencial. Como já argumentei, nossa Constituição qualifica os direitos sociais como direitos fundamentais e, portanto, eles são tão importantes que não podem ficar sob o arbítrio da maioria parlamentar. Com isso não se retira o espaço próprio da política e das deliberações majoritárias, que serão considerados dentro da reserva do possível, portanto como restrições aos direitos fundamentais sociais. (LEIVAS, 2008, p. 299).

Quanto à natureza de princípio jurídico, assim pontua o autor:

O segundo ponto discordante está na assertiva de que o direito ao mínimo existencial é uma regra. Entendo que podemos partir tão-somente de regras constitucionais estatuídas diretamente no texto constitucional. Um exemplo de um direito fundamental social com natureza de regra e que também integra o mínimo existencial é o direito à educação fundamental, que a nossa Constituição qualifica como direito subjetivo público. (LEIVAS, 2008, p. 299).

¹⁹ O julgamento, segundo consta no sítio do Supremo Tribunal Federal, estava pautado para o dia 23 de outubro de 2019, mas, em 17 de outubro do mesmo ano de 2019, foi retirado de pauta.

Veja-se que o autor entende como regra somente aquilo que partiria diretamente do texto constitucional. Nada obstante esse também seja o caso do direito à saúde (que se extrai do artigo 196 do texto de 1988), é fato que seu conteúdo não é delimitado na Constituição, de modo que tal tarefa caberá ao interprete.

De todo modo, mesmo considerando que a exigibilidade recaísse unicamente em prestações de saúde disponíveis, é inquestionável que estas demandam uma necessária contrapartida estatal, haja vista que o Poder Público deve despendar recursos públicos para a manutenção do sistema de saúde.

As demandas de saúde, invariavelmente, acarretam escolhas trágicas (BARCELLOS, 2002, p. 277), já que o direito à saúde, preponderantemente prestacional, acaba tendo um custo para a Administração Pública. Nestes termos, surge relevante a análise do que se entende por reserva do possível, especialmente para confrontar com o mínimo existencial ora delineado, já que é inviável pensar-se que o Estado pudesse prover, sem limitações orçamentárias, todo e qualquer direito, ainda que se tenha presente que a Constituição de 1988 possa ser considerada como uma Constituição de Estado Social.

É sob tal perspectiva que surge a reserva do possível, como conformadora dos direitos sociais e, quiçá, do próprio mínimo existencial.

2.2.2 A reserva do possível como limitador de direitos sociais

Como referido antes, o direito à saúde gera custos para a Administração Pública, a qual se vê compelida a atuar positivamente para efetivar esse direito em sua tríplice dimensão: curativa, preventiva e promocional (SARLET e FIGUEIREDO, 2007, p. 200). No ponto, surge relevante o debate acerca dos “custos dos direitos” (GALDINO, 2005, p. 204), já que não é de hoje que os problemas de eficácia do direito à saúde decorrem, especialmente, de questões ligadas à implementação e manutenção de políticas públicas.

A reserva do possível, construção teórica de origem alemã, visa estabelecer limitações aos direitos prestacionais, haja vista dependerem estes, na lição de Gomes Canotilho, de “reservas orçamentais, dos planos económicos e financeiros, das condições sociais, económicas do país (...)” (CANOTILHO, 1982, p. 369),

cabendo ao legislador “(...) garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais” (CANOTILHO, 1982, p. 369).

Nesta trilha, a mera constatação de que os direitos (sejam eles positivos e até mesmo os ditos negativos²⁰) geram custos não é a mais problemática, sendo certo que “Os problemas começam a surgir, por outro lado, quando se admite a escassez de recursos estatais para a promoção dos direitos fundamentais” (KELBERT, 2011, p. 66). De fato, sendo o orçamento público também escasso, a discussão que se mostra necessária diz respeito à alocação destes recursos, isto é, a reserva do possível como eventual obstáculo à efetivação do direito à saúde.

Nesta toada, cabe desde já ressaltar que dificilmente ocorrerá a total falta de recursos em um Estado como o Brasil. Rafael de Lazari (2016, p. 63), nesse sentido, aponta que o Brasil, como país de grande arrecadação, raramente padecerá da completa inexistência de recursos, sendo o problema afeto à escolha alocativa dos recursos. A distinção está bem posta na seguinte passagem da dissertação de mestrado de Ana Carolina Lopes Olsen (2006, p. 223):

Logo, há que se diferenciar entre o que não é possível porque não há, comprovadamente, meios suficientes, mesmo depois de atendidas as normas constitucionais que determinam alocação de recursos, e o que não é possível porque os meios suficientes foram alocados para outras prioridades. Neste diapasão, assume especial relevância a questão de escolha alocativa de recursos, responsável pela decisão sobre “quanto disponibilizar e a quem atender”. (OLSEN, 2006, p. 223).

A reserva do possível remonta ao julgamento do paradigmático caso *numerus clausus* pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, o qual visava solucionar a restrição do número de vagas em algumas Universidades (KELBERT, 2011, p. 69). No caso, foram analisados os diversos critérios de admissão ao ensino superior, em cotejo com o artigo 12, §1º da Lei Fundamental, segundo o qual “todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o lugar de formação” (KELBERT, 2011, p. 69).

Firmou-se o entendimento, na oportunidade, que a prestação reclamada precisa encontrar razoabilidade com o que se espera da sociedade, isto é, ainda que o Estado disponha de meios, não há que se falar na concessão da prestação se ela

²⁰ Nesse sentido Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo citando autores como Gustavo Amaral e Flavio Galdino.

se mostrar sem razoabilidade. (SARLET e FIGUEIREDO, 2007, p. 189). É esse cotejo entre a prestação e o que se espera da sociedade que acabou por se denominar de reserva do possível (KELBERT, 2011, p. 70).

Kelbert (2011, p. 70) nos informa que a expressão reserva do possível fora apropriada no Brasil mediante uma tradução literal de “*Vorbehalt des Möglichen*”, de modo que nem sempre a reserva do possível é utilizada, aqui, no mesmo sentido cunhado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão no caso paradigmático *numerus clausus* (KELBERT, 2011, p. 70). De fato, a importação brasileira do termo acaba por restringi-lo à dimensão econômica dos direitos sociais, sendo certo que essa não é a única existente na reserva do possível.

Nesse ponto, concorda-se integralmente com Kelbert, quando refere que para se compreender a dimensão da reserva do possível é preciso fazer uma retomada histórica de seu surgimento na própria jurisprudência alemã. No ponto, vale registrar que ela surge da prescrição do artigo 109, §2º da Lei Fundamental, que dispõe a respeito do regime orçamentário e das exigências de equilíbrio da economia no seu conjunto, disposição essa inexistente – salvo, por aproximação, à destinação de tributos a algumas áreas específicas – no ordenamento jurídico brasileiro (KELBERT, 2011, p. 74).

Ademais, como já enunciado antes, a própria sistematização dos direitos sociais nos ordenamentos jurídicos alemão e brasileiro é diversa. Enquanto naquele (alemão) praticamente inexistem direitos sociais expressamente positivados (à exceção da proteção à maternidade e educação), no Brasil “[...] na Constituição Federal de 1988, pela primeira vez, os direitos sociais foram incluídos dentre os direitos fundamentais, que devem ser atendidos e promovidos por todos os poderes estatais.”. (KELBERT, 2011, p. 75).

Ora, a mera diferença de origem já traz consigo um equívoco na importação acrítica da reserva do possível ao Brasil. Não fosse isso, a própria elaboração doutrinária do tema parece restringi-lo à dimensão econômica, quando na jurisprudência alemã não houve tal restrição.

Neste diapasão, importante trazer à baila as lições de Sarlet e Figueiredo (2007, p. 189), nas quais apontam que a reserva do possível apresenta uma dimensão tríplice, a abranger: (a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; (b) a disponibilidade jurídica dos recursos

materiais e humanos, o que guarda íntima relação com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas; (c) o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade. (SARLET e FIGUEIREDO, 2007, p. 189).

Referida dimensão tríplice está presente também no conceito de reserva do possível enunciado por Rafael de Lazari (2016, p.65), a saber:

Enfim, da junção destes quatro elementos se permite formular um conceito mais bem elaborado da reserva do possível: trata-se de matéria a ser não só alegada, mas também devidamente argumentada pelo Estado. Ademais, o argumento da “reserva” tem caráter excepcional, respeitando o aspecto tridimensional formado pelas disponibilidades fática e jurídica, e pela proporcionalidade, mais especificamente, no caso desta última, quanto ao subpostulado da adequação. A regra, pois, pende pela não aplicação do instituto, muito embora não se concorde que isso represente autorização a que seja extirpado sem maiores digressões da compreensão jurídico-econômica pátria. (LEIVAS, 2016, p. 65).

Dissecando as dimensões da reserva do possível, Kelbert enuncia que a dimensão fática encontra-se diretamente relacionada com a “inexistência de recursos para efetivar direitos sociais” (KELBERT, 2011, p. 78). Tal dimensão – possivelmente a que, no Brasil, acaba por se confundir com o próprio conceito de reserva do possível – não se limita apenas à escassez de recursos financeiros, atingindo também a própria escassez de recursos humanos (KELBERT, 2011, p. 79). Em síntese, a dimensão fática é a própria conformação prática do direito social reclamado frente à impossibilidade de o Estado atender a toda e qualquer demanda positiva.

Ocorre que, até porque essa (dimensão fática) representa apenas uma vertente da reserva do possível, não pode a impossibilidade fática dos recursos servir de salvaguarda para a não efetivação dos direitos, especialmente do direito à saúde, pressuposto do próprio direito à vida. Nesse ponto, correta a observação de Sarlet e Figueiredo (2007, p. 191), quanto apontam que:

Assim, levar a sério a “reserva do possível” (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas) significa também, especialmente em face do sentido do disposto no artigo 5º, § 1º, da CF, que cabe ao poder público o ônus da comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como da eficiente aplicação dos mesmos. (SARLET e FIGUEIREDO, 2007, p. 191).

Ora, sendo invocado o óbice decorrente de uma das dimensões da reserva do possível (a fática, como visto), cabe ao próprio Poder Público demonstrar a indisponibilidade dos recursos, já que a presunção (até pelo compromisso assumido pelo Estado Brasileiro que se pretenda um Estado Social) é pela disponibilidade fática dos recursos – financeiros e humanos – para atendimento dos direitos.

Neste diapasão, Rafael de Lazari (2016, pp. 61-62) identifica três elementos centrais na conceituação da reserva do possível, quais sejam: (a) é matéria exclusiva de defesa do Estado; (b) o ônus de prová-la é exclusivo do Estado (sem possibilidade de se recorrer à inversão ou distribuição dinâmica deste ônus); e (c) a reserva do possível é de alegação excepcional.

Com efeito, Lazari (2016, p. 61) explica que “[...] se compete à Administração Pública a efetivação dos comandos prestacionais contidos na norma [...] a ela caberá o ônus de contrariar essa determinação.”. De fato, nada mais intuitivo de que o ônus argumentativo e da prova da reserva do possível recaia sobre o Poder Público, uma vez que a ele cabe a implementação das políticas públicas.

Ainda, é importante que se reafirme tratar-se a alegação da reserva do possível de exceção, e não de regra. Isso porque se trata de construção que visa a obstar a efetividade de direitos fundamentais, contrariando, de certa forma, o compromisso constitucional assumido pelo Constituinte. Há importante aspecto prático neste elemento, que diz respeito à sua adequada utilização e compreensão no dia a dia, de modo a não banalizar o instituto. Nesse sentido, pontua Rafael de Lazari (2016, pp. 62-63):

Em terceiro lugar, a reserva do possível *somente comporta alegação excepcional*. É dizer: o Estado não pode alegar a “*reserva*” a toda e qualquer demanda que lhe é formulada, mas apenas àquelas que, de fato, remontam ao inacessível pelo orçamento estatal sem que isso se traduza em prejuízo da coletividade. [...]

O efeito prático disso é que tal característica evita a promiscuidade a que o instituto tem sido renegado, com sua alegação indiscriminada em “peças-padrão” dos diversos organismos que defendem o Estado brasileiro em todas as esferas federativas, sem quaisquer esclarecimentos de sua amoldagem ou não, no caso concreto que se apresenta. Ora, certamente, uma maneira de manter um instituto protegido contra a banalização é utilizando-o do modo adequado para o qual fora concebido, e, no caso da reserva do possível, este modo certamente é o da *excepcionalidade*. (LAZARI, 2016, pp. 62-63).

A disponibilidade jurídica, por sua vez, relaciona-se com a própria possibilidade de disposição dos recursos (que se presumem faticamente disponíveis). Essa possibilidade jurídica pode estar vinculada, por exemplo, a uma autorização orçamentária, a qual, contudo, não poderá vincular o Poder Judiciário, mas tão somente o Administrador Público²¹.

Ainda no que tange à disponibilidade jurídica, a discussão que se faz presente diz respeito à discricionariedade do administrador público e o próprio exercício das competências legislativas. Ora, nesses casos, tendo em vista o já explanado a respeito do mínimo existencial, não nos parece que o administrador (ou mesmo o legislador) possa almejar perseguir fim outro que não a efetivação do direito à saúde, mormente em um contexto de escassez de recursos.

Concorda-se, nesse ponto, com Sarlet e Figueiredo (2007, p. 182), quando referem que a atuação do legislador encontra limite no próprio mínimo existencial (SARLET e FIGUEIREDO, 2007, p. 182), na medida em que um desrespeito a essa condição mínima é um desrespeito à própria dignidade da pessoa humana.

Já quanto à proporcionalidade, esta deve servir de baliza para sopesar a exigibilidade (jurídica, em abstrato) da prestação frente a sua exigibilidade em concreto, isto é, deve servir de norte para a realização dos direitos na maior medida possível. Kelbert, com propriedade, refere que “[...] as decisões fundamentadas na reserva do possível – tanto no sentido de concretizar quanto de negar uma prestação – deverão passar pelo crivo da proporcionalidade [...]” (KELBERT, 2011, p. 94).

É dizer: a proporcionalidade deverá atuar sempre como guia na realização dos direitos, devendo ser levada em consideração em sua dupla vertente: proibição de excesso e de insuficiência. (SARLET e FIGUEIREDO, 2007, p. 192). Atuando nessa dimensão dúplici, a proporcionalidade acaba sendo uma balança fiel entre a própria reserva do possível e o mínimo existencial.

Nesse sentido, não é demais lembrar que Sarlet e Figueiredo (2007, p. 193) já apontaram que “a proibição da insuficiência assume particular ênfase no plano da dimensão positiva (prestacional) dos direitos fundamentais, o que remete,

²¹ Nesse sentido, importante trazer à baila a lição de Caliendo, na qual sustenta ao comentar eventual entrave orçamentário, com absoluta precisão, que “essa limitação dirige-se ao administrador e não ao Judiciário, em função de que este, ao decidir, deve levar em consideração a existência de reservas materiais (reserva do possível) ao cumprimento de determinada sentença, mas não limitações orçamentárias, que são vinculadas ao Executivo”. (CALIENDO, 2009, p. 181)

por sua vez, à questão do mínimo existencial” (SARLET e FIGUEIREDO, 2007, p. 193). Já a reserva do possível acaba sendo relacionada com a proibição de excesso, na medida em que passa a atuar como forma de dosar a realização dos direitos frente a um Estado cujo orçamento é limitado.

Analizadas as três dimensões que compõem a reserva do possível, mister que se perquiria acerca da sua natureza jurídica. Com efeito, buscar a natureza jurídica de um instituto significa correlacionar sua base conceitual com sua verdadeira essência. É por meio desta investigação que se traçam os limites e o alcance dos institutos, o que se mostra essencial no caso da reserva do possível, já que visa, em última análise, limitar direitos.

Pois bem, Lazari (2016, pp. 65-72) traça alguns parâmetros de análise para se estabelecer a natureza jurídica da reserva do possível. Para tanto, discorre sobre se seria ela (i) regra ou princípio; (ii) valor; (iii) metanorma; ou se (iv) seria uma quarta via, como uma “condição de realidade”.

Partindo da primeira análise, Lazari (2016, pp. 66-67) refuta facilmente a conclusão de que a reserva do possível seria uma regra. Isso porque, utilizando-se da lógica de Ronald Dworkin de “tudo ou nada”, a reserva acabaria por eliminar por completo os direitos sociais, haja vista a impossibilidade de sua ponderação. Diz o autor:

Sob tal ótica, impossível seria pensar no instituto em estudo como barreira intransponível aos direitos sociais, afinal, na lógica do “*tudo ou nada*”, funcionaria a “*reserva*” muito mais como “*nada*”, eliminado por completo uma ampla gama de dispositivos da Constituição com caráter regravativo e principiológico que preveem direitos fundamentais. (LAZARI, 2016, pp. 66-67).

Rafael de Lazari (2016, p. 67) chega a referir que eventual legalização da reserva do possível, isto é, a sua instituição por meio de um dispositivo legal (alcançando-lhe definição legislativa) seria inconstitucional, uma vez que tolheria a possibilidade de ponderação no caso concreto.

Refutada, assim, a reserva do possível como regra, analisa-se se poderia ser o instituto classificado como valor. E, nesta análise, mais uma vez há o afastamento da reserva do possível da natureza jurídica de valor, valendo-se

especialmente da diferenciação entre “melhor” e “devido”, o que é utilizado por Alexy²² para distinguir valor de princípio.

Tal distinção parte da ideia de que o princípio exige o que é devido, nada obstante não seja a melhor solução, ao passo que por valor entende-se como o que é melhor, mesmo que indevido. Neste contexto, mostra-se inviável conceber a reserva do possível como valor, uma vez que, em assim o fazendo, estaríamos a entender como melhor a negação dos direitos sociais. Lazari (2016, p. 68) bem pontua nesse sentido:

Indubitável, neste contexto, que não há que se admitir considerar a reserva do possível valor, vista haja o risco de supremacia da negação à implementação de direitos fundamentais sociais que tal classificação poderia causar. Em outras palavras, o “melhor” a fazer seria, sempre, não levar a efeito direitos sociais. Até porque, - observe-se-, na prática pouco diferiria da reserva do possível como regra: enquanto lá, funcionaria a “reserva” como “nada”, aqui, funcionaria a “reserva” como “melhor não”. Em ambos os casos o instituto serviria à negação indiscriminada de direitos fundamentais. (LAZARI, 2016, pp. 66-67).

Passando à análise da reserva do possível como metanorma²³, Lazari (2016, pp. 68-69) também objeta a ideia de ser esta a natureza jurídica da reserva do possível. Isso porque a metanorma é, essencialmente, um critério de aplicação de princípios e regras, de modo que não poderia a reserva do possível estabelecer parâmetros para aplicabilidade de outros institutos.

A reserva do possível, ao revés, deve ser vista em si mesma, não podendo guiar a aplicação de outros preceitos, sob pena inclusive de subversão do espírito constitucional, o qual preza pela efetividade dos direitos, e não o contrário.

Rafael de Lazari (2016, pp. 69-71) também não agasalha a ideia, defendida por Ana Carolina Lopes Olsen²⁴ e, em certa medida, por Ricardo Lobo Torres²⁵, de a

²² A passagem da sua obra (“Teoría de los derechos fundamentales”), também citada por Lazari (2016, p. 67), que estabelece a diferenciação entre valor e princípio através dos conceitos de melhor e devido é a seguinte: “La diferencia entre principios y valores se reduce así a un punto. Lo que en el modelo de los valores es *prima facie* lo mejor es, en el modelo de los principios, *prima facie* debido; y lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de principios, definitivamente debido. Así pues, los principios e los valores se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente”. (ALEXY, 2002, p. 147 *apud* LAZARI, 2016, p. 67).

²³ O conceito de metanorma é trazido por Humberto Ávila quando aborda o tema dos postulados normativos. Para aprofundamento é mister a consulta de sua obra em ÁVILA, Humberto. *Teoría dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

²⁴ Confira-se o estudo da autora aqui já citado: OLSEN, Ana Carolina Lopes. A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível. Orientadora: Regina Maria Macedo Neri Ferrari.

reserva do possível ter natureza jurídica de condição de realidade. No ponto, defende o autor que a reserva do possível, mesmo que tenha uma faceta eminentemente fática (o custo do direito está relacionado de forma intrínseca a questões que se sobrepõem à norma legal, como a situação econômica do país ou o custo do serviço a ser prestado), possui ainda duas facetas jurídicas, a saber: o postulado da adequação e a disponibilidade jurídica. (LAZARI, 2016, p. 70).

Nesta esteira, considera estranho pensar que a solução a ser dada a um caso concreto passasse por um elemento não jurídico (condição de realidade), quando se busca, em última análise, uma conclusão jurídica. Nas suas palavras:

Nesta frequência, estranho seria pensar que uma discussão *jurídica*, que busca uma conclusão *juridicamente possível*, fosse determinada por elemento *não jurídico*. Melhor explica-se: admitir a reserva do possível como “*condição de realidade*” implica retirá-la do prisma jurídico para reposicioná-la no campo político, o que enfraqueceria, e muito, sua possível defesa pelo Estado quando instado a concretizar direitos fundamentais, frente às alegações de “*proibição de retrocesso*”, de “*mínimo existencial*”, e de “*núcleo essencial dos direitos fundamentais*”, argumentos estes essencialmente jurídicos. (LAZARI, 2016, pp. 70-71).

Assim, conclui o autor tratar-se a reserva do possível um princípio. Para tanto, Lazari (2016, p. 72) utiliza-se da lógica do “mais ou menos” de Ronald Dworkin, através da qual há uma certa ponderação entre os elementos para a definição e solução do caso concreto. É o que Alexy identifica como dimensão de peso dos princípios para estabelecer a justiça do caso concreto.

Conclui o autor que, admitindo-se a reserva do possível como princípio, poder-se-á estabelecer a dimensão de importância que lhe é necessária, de modo a assegurar que o instituto da reserva do possível “[...] prevaleça em alguns casos, sucumba em outros, mas jamais seja esquecido.” (LAZARI, 2016, p. 72)

Comungamos das ideias de Rafael de Lazari, acima expostas, quanto à natureza jurídica da reserva do possível. É de sua posição como princípio jurídico

2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp007711.pdf>>. Acesso em 06 jul. 2019.

²⁵ O notável jurista refere a reserva do possível como “conceito heurístico” aplicável aos direitos sociais, conforme refere Rafael de Lazari (2016, p. 69) citando a sua obra “O direito ao mínimo existencial”.

que se pode estabelecer a ponderação, por meio da proporcionalidade, que, lembre-se, faz parte do seu próprio conceito, com o mínimo existencial.

Aliás, a tríplice dimensão da reserva do possível elucida as vertentes de análise que devem ser levadas em consideração pelo interprete e aplicador da norma. Pensar a reserva do possível unicamente sob o viés da disponibilidade fática dos recursos é reduzi-la em seu espectro de aplicação, desconsiderando seus demais elementos conceituais.

Diante desta tríplice dimensão da reserva do possível ora apresentada (dimensão fática, jurídica e a proporcionalidade da prestação), bem como diante do fato de que a reserva da possível não é limitada, tão somente, a eventual escassez de recursos, entende-se necessária uma releitura daquela (reserva do possível) no âmbito brasileiro, até para se amoldar ao nosso quadro jurídico.

De fato, não se pode aceitar a mera alegação de falta de recursos (que representa, como visto acima, uma das três dimensões possíveis da reserva do possível) para a não efetivação dos direitos sociais, especialmente do direito à saúde, devido a sua condição de pressuposto do próprio direito à vida.

Não fosse isso, o próprio mínimo existencial dá os contornos necessários, conformando a reserva do possível (e não o contrário, sob pena de subversão da própria ideia de Estado Democrático e Social de Direito). Deveras, o mínimo existencial (seja visto de forma objetiva, como propõe Barcellos, seja mesmo analisado casuisticamente, como defendemos) deve seguir sendo o norte principal do aplicador do direito, não podendo ceder frente à mera alegação - não demonstrada - de escassez de recursos.

2.3 O mínimo existencial e a reserva do possível: inter-relação crítica e conclusões aplicáveis ao direito à saúde

Assentadas as balizas sobre as quais se fundam os conceitos de mínimo existencial e reserva do possível, mostra-se imprescindível estabelecer um cotejo dialógico entre ambos para, então, extrair conclusões que possam ser aplicáveis ao direito à saúde.

E, para tal cotejo, é desde já importante partirmos da concepção de que tanto o mínimo existencial como a reserva do possível constituem-se, como analisado nos

itens precedentes, em princípios jurídicos, o que viabiliza o seu cotejo através do juízo de ponderação. Isso é importante para definirmos que, aprioristicamente, não existirá uma resposta única nas soluções dos diversos casos concretos, sendo o juízo de ponderação tarefa atribuída ao intérprete ou aplicador da norma.

De fato, a despeito de compartilharem idêntica natureza jurídica, não comungam mínimo existencial e reserva do possível de mesma força argumentativa, no sentido de que uma e outra possuem diversas “cargas factuais”, isto é, sobre uma e outra recaem ônus probatórios mais ou menos intensos. Lazari (2016, p. 162) bem explica essa questão no seguinte trecho:

Em primeiro lugar, há que se lembrar da natureza principiológica do “mínimo” e da “reserva”, permitindo que esta se oponha àquela e vice-versa. A diferença entre os dois institutos está na carga factual de cada um, isto é, por ser o mínimo existencial subgrupo qualificado de direitos sociais, não pode o Estado tão somente alegar a reserva do possível para afastá-lo, sem a exigência de maior carga comprobatória da insuficiência orçamentária. Conforme já visto, convém admitir a oponibilidade da “reserva”, sim, mas com argumentos qualificados para afastar o “mínimo” (seria algo como a exigência de uma “reserva do possível qualificada”). (LAZARI, 2016, p. 162).

A questão prática, todavia, que surge relevante é a dificuldade de se demonstrar essa reserva do possível a partir da insuficiência orçamentária. Como se disse outrora, é no mínimo temerário referir que, em um país de grande arrecadação como o Brasil, inexistia por completo orçamento para solver determinada demanda.

O que se poderia objetar, é bem verdade, é que no cotejo das alocações orçamentárias, tal pretensão poderá restar insatisfeita, já que é impossível concebermos um Estado que arque com todas as espécies de demandas possíveis. De todo modo, reiteramos que esse ônus argumentativo-probatório deve recair unicamente e exclusivamente sobre o Estado, já que a alegação da reserva do possível é excepcional. Lazari (2016, p. 163), nesse sentido, refere que “[...] a ‘reserva’ somente tem cabimento quando se está diante de dois elementos de igual ou aproximada valia a preponderar, o que a torna *ainda mais excepcional*.”.

Nesta trilha, o estabelecimento de critérios, tal qual nos fornecem Lazari (2016, pp. 169-187) e Barcellos (2002, pp. 247-308), surge relevante para guiar o intérprete e aplicador do direito na árdua tarefa de ponderar mínimo existencial e reserva do possível. Especialmente no âmbito da saúde, a adoção de critérios acaba

por dar maior segurança jurídica às relações travadas, neste âmbito, entre cidadão e Estado, gerando maior previsibilidade para o sistema como um todo.

Apenas para efeito de exemplificação – não significando que acolhemos ou desacolhemos os critérios traçados -, apresentamos as orientações trazidas por Lazari (2016, pp. 176-177) sobre saúde:

- 1) Em primeiro lugar, é preciso saber se o tratamento / exame / medicamento consta da lista de programas acobertados pelo Sistema Único de Saúde. Se positiva a resposta, deve ser o Poder Judiciário autorizado a determinar que se proceda ao atendimento do pedido do postulante, caso haja razão em seu clamor.
- 2) Se negativa a resposta, em segundo lugar, é o caso de saber se existe tratamento / medicamento / exame similar e com eficácia comprovadamente igual ao que se pleiteia; em caso afirmativo, autorizado está o Poder Judiciário a determinar o fornecimento do congênere;
- 3) Caso não haja similaridade, ou, apesar de haver, sua eficácia seja dúbia, convém indagar por que o Estado não fornece a política. Se isso se der por mero descaso, ou, ainda, se a política já estiver prevista há tempos, somente não tendo sido implementada ainda por pernicioso burocracia, está o Poder Judiciário autorizado a determiná-la.
- 4) Caso não haja a política por um motivo justificado, como a ausência de autorização da ANVISA, a falta de comprovação eficaz, sua ilicitude / antieticidade, o experimentalismo do produto / serviço etc., neste caso estará a máquina administrativa livre de cumprir com o comando constitucional. (LAZARI, 2016, pp. 176-177).

Os critérios apresentados pelo autor estão em consonância com o que já decidido pelo Supremo Tribunal Federal na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175, relatada pelo Ministro Gilmar Mendes e julgada em 2010, na qual, após intenso debate público (inclusive com a realização de audiências públicas), restou assentado, de forma resumida, o seguinte:

- 1) Em primeiro lugar, é preciso observar se a política pública que preveja o fornecimento do medicamento existe ou não. Caso exista, mas não esteja em aplicabilidade é perfeitamente possível ao Poder Judiciário determinar sua implementação, afinal, não está intervindo em área de atuação que não a sua, tão menos “criando-a”, conforme se critica.
- 2) Por sua vez, caso a política não exista, passa-se ao segundo questionamento, consistente em saber se o Sistema Único de Saúde fornece medicamento / tratamento potencialmente similar ao pleiteado. Se positiva a resposta, que se determine o fornecimento do medicamento similar.
- 3) Se inexistente o medicamento / tratamento, é preciso saber se isto se dá por injustificada omissão administrativa, ou se há motivação para seu não fornecimento. Se a norma social potencial não for materializada pela mera inércia do agente, legitimado estará o Poder Judiciário a determinar o fornecimento do medicamento. Agora, se houver motivação fundada do Sistema Único de Saúde para não fornecer o medicamento, como sua

proibição pela ANVISA, apesar de possível no exterior, impedido estará o Judiciário de interferir. (LAZARI, 2016, p. 168)

Ainda na trilha de critérios jurisprudenciais, surge absolutamente relevante identificar os entendimentos manifestados pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial Repetitivo n. 1.657.156, julgado em 25 de abril de 2018, e pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar, em 22 de maio de 2019, o Tema 500 de Repercussão Geral.

Relativamente ao Recurso Especial Repetitivo n. 1.657.156, o STJ adotou os seguintes requisitos para que seja possível a concessão judicial de medicamentos que estão fora da lista do SUS: 1 - Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; 2 - Incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito; 3 - Existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

O STF, ao seu turno, no Tema 500, oriundo do Recurso Extraordinário n. 657718, fixou as seguintes balizas no que diz respeito à concessão de medicamentos:

1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais.
2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial.
3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.
4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, TRIBUNAL PLENO, RE 657718, Rel. Ministro Marco Aurélio. j. 22.05.2019)

É importante observar que, sejam nos critérios propostos por Lazari (2016, pp. 176-177), transcritos supra, sejam os critérios jurisprudenciais adotados pelos Tribunais Superiores, surge importante a análise do chamado custo-efetividade de determinada política de saúde. Isso porque, um dos critérios determinantes para a

concessão de medicamentos, é a existência de registro (ou a ausência deste motivada por demora da agência) na ANVISA.

Tal registro mostra a faceta da “efetividade” do binômio custo-efetividade. Ao seu lado, o “custo” pode ser entendido como a própria manifestação da reserva do possível na análise da incorporação de novas tecnologias em matéria de saúde.

O custo-efetividade é extraído da Lei n. 8.080/90, que assim preceitua em seu artigo 19-O:

Art. 19-O. Os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas deverão estabelecer os medicamentos ou produtos necessários nas diferentes fases evolutivas da doença ou do agravamento à saúde de que tratam, bem como aqueles indicados em casos de perda de eficácia e de surgimento de intolerância ou reação adversa relevante, provocadas pelo medicamento, produto ou procedimento de primeira escolha. (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011)

Parágrafo único. Em qualquer caso, os medicamentos ou produtos de que trata o caput deste artigo serão aqueles avaliados quanto à sua eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravamento à saúde de que trata o protocolo. (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011)

De fato, a lei ordinária condiciona a incorporação à presença do custo-efetividade, isto é, da tecnologia que melhor apresente resultado diante de uma análise que leve em consideração os seus custos (privilegiando-se, é claro, aquelas tecnologias que possuam menor custo).

A análise do custo-efetividade costuma permear os relatórios de recomendação exarados pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC). Deveras, a aludida Comissão faz verdadeira varredura sobre os estudos existentes quanto à evidência da tecnologia, fazendo o cotejo com os impactos orçamentários, levando em consideração, ainda, a população alvo do fármaco a ser (ou não) incorporado.

Conquanto consideremos essencial a análise, até porque decorre de mandamento legal, fazemos a ressalva que o custo-efetividade deve ter uma necessária leitura constitucional, isto é, deve ser interpretado e avaliado a partir das balizas constitucionais do direito à saúde, levando em consideração o cotejo, por meio de juízo de ponderação, do mínimo existencial (o qual entendemos que deve ser visto caso a caso) e da reserva do possível.

Essa leitura, em nossa visão, deve se dar a partir da máxima de que o orçamento (assim considerado o impacto orçamentário x população beneficiada) não poderá guiar, por si só, quando da análise da incorporação, eventual decisão pela não incorporação (ou recomendação, por parte da CONITEC, de não incorporação).

Entender de modo diverso, no nosso entender, seria dar preferência à reserva do possível em detrimento do direito constitucional à saúde, em uma ponderação *ex ante*, pela própria Administração Pública. Nesse sentido, sendo o custo (do binômio custo-efetividade) expressão da reserva do possível deve ser submetido às mesmas regras orientadoras da reserva. E, dentro de tais regras, como visto, estão a alegação excepcional e o elevado ônus argumentativo-probatório, que na fase da incorporação diz respeito à completa incapacidade financeira do Estado em arcar com determinada tecnologia que possa ser considerada como de baixa efetividade.

Nesta esteira de análise de custo-efetividade em consonância com a Constituição é importante destacar recente mecanismo de incorporação adotado pelo Brasil, justamente para o caso da Atrofia Muscular Espinhal, envolvendo o medicamento Spinraza. Trata-se da chamada compra por compartilhamento de riscos.

Segundo essa modalidade, o Estado e a indústria farmacêutica compartilham os resultados de determinada tecnologia, só havendo o pagamento do medicamento no caso de restar demonstrada a efetiva melhora do paciente. No caso brasileiro, a compra por compartilhamento de risco foi adotada para o Spinraza nos casos de AME do Tipo 2 e 3; para a AME do Tipo I houve a incorporação – tradicional – do Spinraza.

Assim, na compra com compartilhamento de riscos, há um constante monitoramento dos portadores da doença que fazem uso do fármaco, com diagnóstico de resultados e desempenhos, o que definirá, *a posteriori*, eventual aquisição.

Tal modelo de aquisição de tecnologias, longe de ser inovação, já é aplicado em outros países como Canadá, Itália, França, Alemanha e Inglaterra²⁶. O que há de novo é a utilização, pela primeira vez, no Brasil.

²⁶ Nesse sentido, confira-se a notícia extraída do site oficial do Ministério da Saúde, na qual explicita o modelo para a compra do Spinraza nos moldes aqui expostos: <http://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/45263-ministerio-da-saude-anuncia-nova-modalidade-de-compra-de-medicamentos>. Acesso em 14 jul. 2019.

Entendemos que o modelo da compra por compartilhamento de risco atende, integralmente, a exigência de custo-efetividade, fazendo valer a leitura constitucional que defendemos. De fato, fica resguardado o orçamento até que a tecnologia produza efeitos, gerando avanço nas políticas de saúde sem que seja, ao menos de imediato, despendidos recursos em grande monta.

O que nos preocupa, contudo, é que tal modelo poderia levar a um experimentalismo de tecnologias em pacientes, tudo isso avalizado por uma avença formal entre o Estado e a indústria.

Há, de todo modo, uma forma de evitar tal prática – que seria extremamente nociva e inconstitucional -, bastando, para isso, que se insira como requisito para a adoção da compra por compartilhamento de risco que haja parecer favorável à incorporação no âmbito da CONITEC e, adicionalmente, aprovação de organismos internacionais como o próprio FDA já referido neste trabalho.

Com a inserção de tal requisito, entendemos que o modelo acaba sendo resguardado de eventual uso inconstitucional (como forma de experimentalismo de novas tecnologias), atendendo plenamente a um modelo de custo-efetividade com a necessária leitura constitucional na forma aqui exposta.

Conciliam-se, assim, o mínimo existencial analisado casuísticamente e a reserva do possível, efetivando-se o direito à saúde nos complicados casos de doenças graves que possam exigir, para seu tratamento, medicamentos de alto custo.

Em linha conclusiva no âmbito do direito à saúde, podemos afirmar que o Estado brasileiro adotou um modelo de afirmação dos direitos sociais, do que não se furta a máxima efetivação do direito à saúde.

Para tanto, devemos ter presente que o mínimo existencial não é estanque, variando caso a caso, o que não impede, como será visto, que possa haver um tratamento uniforme em situações específicas. A exigência de uma reserva do possível, ao seu turno, deve ser sopesada através do custo-efetividade, mas sempre dotada de excepcionalidade, sob pena de subversão do próprio modelo social adotado pelo Estado brasileiro.

Nesta seara, na tentativa de conciliação do mínimo existencial com a reserva do possível, surgem mecanismos importantes como o estabelecimento de critérios

doutrinários e jurisprudenciais, como visto neste tópico, além de modelo de aquisições de tecnologias como a compra por compartilhamento de riscos.

Referidos critérios, bem como a adoção de novos modelos como o ora visto de compartilhamento de riscos, mostram-se de suma importância para a construção da Ação Civil Pública colaborativa que será estudada ao final deste trabalho. Antes, porém, é mister que se estude o papel desempenhado das ações coletivas no âmbito da efetivação dos direitos fundamentais.

3 A Ação Civil Pública como instrumento de efetivação de direitos

3.1 Processo e evolução: das fases metodológicas do processo civil à passagem do processo individualista ao processo coletivo

Postas essas nuances fundamentais do direito à saúde, é de salutar importância, ante o princípio da inafastabilidade da jurisdição, verificar o instrumento processual cabível para fazer frente a omissões ou falhas na efetivação do direito constitucional do artigo 196 da CF/88.

Neste aspecto, além das demandas de cunho individual que se constituem no dia a dia forense, cabe recordar a possibilidade de manejo da ação civil pública, seja na vertente da tutela de direitos coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito), seja na vertente da tutela coletiva de direitos (individuais homogêneos).

Para chegar-se à ação civil pública como instrumento de efetivação do direito à saúde, far-se-á, inicialmente, uma breve digressão histórica relativamente às fases metodológicas do processo civil em geral, até para posicionar o processo coletivo no curso da sua evolução; em seguida, deitar-se-á sobre a passagem da ótica processual até então dominante (individualista) para a novel abordagem (coletivista), o que contribuiu para o soerguimento e proeminência de ações coletivas para resolução dos conflitos.

Sabe-se que processo e direito material sempre estiveram relacionados, sendo comum a afirmação hodierna que o primeiro está a serviço do segundo. Não à toa, aliás, o título do presente capítulo faz referência expressa a uma espécie de ação (Ação Civil Pública), pontuando ser esta “instrumento” de efetivação de um dito direito (no nosso caso o direito à saúde).

De fato, processo e direito material relacionam-se, variando, contudo, o grau de tal relação no tempo.

Durante o século XIX era recorrente a ideia de que o processo era apenas um apêndice do direito material, não detendo autonomia. Tal visão foi denominada de imanentista ou sincretista, uma vez que a ação confundia-se com o próprio direito subjetivo lesado. Havia, de certa forma, uma confusão entre processo e procedimento, haja vista que aquele era visto como uma “sucessão de atos” ou “modo do exercício de direitos” (DONIZETTI, 2016, pp. 27-28).

O plano substancial e o processual, assim, confundiam-se, sendo alçados a um único plano. Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco (2006, p.48), em clássica obra, assim resumem esse período:

Até meados do século passado, o processo era considerado simples meio de exercício de direitos (daí, *direito adjetivo*, expressão incompatível com a hoje reconhecida independência do direito processual). A ação era entendida como sendo o próprio direito subjetivo material que, uma vez lesado, adquiria forças para obter em juízo a reparação da lesão sofrida. Não se tinha consciência da autonomia da *relação jurídica processual* em face da relação jurídica de natureza substancial eventualmente ligando os sujeitos do processo. Nem se tinha noção do próprio direito processual como ramo autônomo do direito, e muito menos, elementos para a sua autonomia científica. Foi o longo período de *sincretismo*, que prevaleceu das origens até quando os alemães começaram a especular a natureza jurídica da ação no tempo moderno e acerca da própria natureza jurídica do processo. (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2006, p. 48)

Ao final do século XIX passou-se a evidenciar as insuficiências deste arquétipo em que o processo e o direito material confundiam-se. Foi nesta segunda fase que se sistematizou a ciência processual, sendo formuladas grandes teorias sobre os diversos institutos processuais.

Tal fase, de superação do modelo em que o processo era apenas adjeto ao direito material, ficou conhecida como fase autonomista, tendo por base precursora a obra²⁷ de Oskar Von Büllow sobre as exceções e pressupostos processuais. Mais uma vez valendo-se das lições de Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco (2006, p. 48), a segunda fase pode ser assim sintetizada:

A segunda fase foi *autonomista*, ou *conceitual*, marcada pelas grandes construções científicas do direito processual. Foi durante esse período de

²⁷ A obra lançada em 1868 denomina-se, em tradução para o português, “A teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais”.

praticamente um século que tiveram lugar as grandes teorias processuais, especialmente sobre a natureza jurídica da ação e do processo, as condições daquela e os pressupostos processuais, erigindo-se definitivamente uma ciência processual. A afirmação da autonomia científica do direito processual foi uma grande preocupação desse período, em que as grandes estruturas do sistema foram traçadas e os conceitos largamente discutidos e amadurecidos. (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2006, p. 48)

Afirma-se, portanto, a distinção entre o plano do direito material e o plano do direito processual, reconhecendo-se a existência de um binômio direito-processo. (LEONEL, 2017, p. 27)

Ocorre que o absoluto distanciamento entre direito material e processo não bastaria por si só; o processo, nesse sentido, ficaria sendo um fim em si mesmo, o que não se coaduna com a própria realização dos direitos que pretende efetivar.

Surge, destarte, uma terceira fase que busca se utilizar da melhor forma das duas precedentes, de modo a orientar o processo como verdadeiro vetor de realização do direito material. Tal fase ganhou o nome de instrumentalista, e tem como marca que o processo, em realidade, é um meio para realização de um fim. Ricardo de Barros Leonel (2017, p. 28) bem pontua a passagem do autonomismo processual para o instrumentalismo:

Todavia, o reconhecido e necessário desenvolvimento do processo e sua autonomia não bastaram por si sós. Foi percebido posteriormente que a técnica não pode existir como um fim em si, mas, sim, como um meio, que deve ser ajustado ao alcance de metas relacionadas à realização dos anseios dos destinatários da prestação jurisdicional. Imperativo tornou-se observar que havia a premência no sentido de abandonar o tecnicismo puro e simples, isto é, o conceitualismo vago e despido de maior finalidade e conteúdo a que se acabou aportando como resultado da exacerbação da evolução ocorrida na fase anterior. A conclusão inevitável foi no sentido de que a técnica, reconhecida na ciência do processo, não pode dissociar-se de sua finalidade última, qual seja, a realização do direito material e finalmente a implementação do acesso à ordem jurídica justa. (LEONEL, 2017, p. 28)

E prossegue o referido autor, indicando o surgimento desta novel fase instrumentalista:

Chega-se, deste modo, ao denominado “terceiro momento metodológico do direito processual”, a fase *instrumentalista*, caracterizada pela consciência da instrumentalidade como importante pólo de irradiação de ideias e de coordenação de institutos, princípios e linhas de direcionamento no estudo e na aplicação prática do processo. Há necessidade, nesta fase, de que o processualista desenvolva o estudo da sua ciência, mas de forma finalística

ou teleológica, sempre tendo em mente os grandes problemas jurídicos, sociais e políticos coetâneos à sua existência, e que devem ser equacionados pelo instrumento que a tal se destina. Há imperiosa exigência de partir do conceitualismo vago e exageradamente técnico para ajustá-lo às peculiaridades reconhecidas na vida de relação, a serem amparadas, quando pertinente, pela prestação jurisdicional. (LEONEL, 2017, p. 28)

De fato, a ciência processual só tem razão de ser quando vocacionada a realização de um resultado, que é a concretização do direito material que lhe é subjacente.

Pode-se dizer que o instrumentalismo, hoje, é substancial, isto é, o processo é pautado por um acesso à ordem jurídica justa. É a concepção de um processo célere, justo e eficaz, cuja amplitude seja a maior possível.

Nesta conjuntura é que se tem inserido o chamado formalismo-valorativo²⁸, no sentido de que as formas devem guiar-se para um fim, para a consecução de um valor. Cambi (2016, p. 143), partindo do mesmo problema das formas como fim em si mesma e como um obstáculo ao verdadeiro fim do processo, a que chegou o professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira quando discorre sobre o formalismo-valorativo, prefere a denominação neoprocessualismo, justificando a opção pelo fato de considerar o “formalismo” como uma própria deformação. Nas suas palavras:

O *neoprocessualismo* procura construir técnicas processuais voltadas à promoção do direito fundamental à adequada, efetiva e célere tutela jurisdicional. Para tanto, é indispensável enfrentar o problema do *fetichismo das formas*. O apego exagerado à forma cria obstáculos não razoáveis à utilização do processo como mecanismo de promoção de direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, há de se encontrar *pontos de equilíbrio* entre a garantia do devido processo legal, em sentido formal, e a aplicação racional das formas, como meios de efetivação da tutela jurisdicional. Trata-se, enfim, de uma *nova fase metodológica* do Direito Processual, a que se tem chamado de *formalismo-valorativo*.

Tal denominação nos parece equívoca, pois o *formalismo*, em si mesmo, já uma *deformação*. Não obstante preferir conceituar a nova fase metodológica do Direito Processual Civil como neoprocessualismo, a percepção epistemológica do problema está, contudo, correta, não devendo os estudiosos se perderem no nome dado ao fenômeno. Mais importante que a denominação atribuída, é o método criado para romper a aplicação formalista do direito processual. (CAMBI, 2016, p. 143)

Resta nítido, pois, que o instrumentalismo visa a um fim, que se pode dizer que é a justa aplicação do direito material. O processo, como instrumento, não pode ter apego à forma pela forma, sob pena de subversão da própria ideia de processo

²⁸ O maior expoente do formalismo-valorativo é o professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.

instrumental. E tal constatação independe do nome atribuído ao fenômeno, como bem salientado por Cambi (2016, p. 143) na passagem acima.

É relevante assinalar que a ideia de um processo teleológico é ainda mais candente em um contexto de constitucionalização do processo, em que as premissas metodológicas partem do chamado neoconstitucionalismo ou neopositivismo.

Afirma-se isso pelo fato de que tais fenômenos (neoconstitucionalismo ou neopositivismo, mais uma vez ressaltando a irrelevância da nomenclatura, mas a importância das premissas) partem de características que se podem dizer relativamente comuns, tais como o reconhecimento da força normativa da Constituição; o desenvolvimento da teoria dos princípios, a transformação da hermenêutica jurídica, com o reconhecimento do papel criativo e normativo da atividade jurisdicional; e a expansão e consagração de direitos fundamentais. (DIDIER JR, 2015, pp. 40-42)

O neoconstitucionalismo, para além de uma nova nomenclatura, traz inserto consigo a ideia de que o processo não mais é considerado unicamente como um meio de resolução de conflitos privados, ficando ressaltado, a partir de uma visão constitucional, o seu caráter público. É dizer, com Donizetti (2016, p. 29), que o processo “[...] distancia-se de uma conotação eminentemente privada, deixa de ser um mecanismo de exclusiva utilização individual para se tornar um meio à disposição do Estado para realizar justiça”.

E, nesta esteira, a jurisdição cada vez mais se afasta de uma formulação individual, até então predominante, alçando-se, através de seu caráter público, ao âmbito coletivo.

Deveras, o Código de Processo Civil de 1973 foi estruturado a partir de uma visão individualista dos conflitos. 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 reparatoria ou preventiva. É parte, pois, de um modelo concreto (que trabalha com a ideia de solução do litígio posto), não prevendo, até então, mecanismos de solução de conflitos abstratos (ZAVASCKI, 2017, p. 18).

Nesse sentido, Zavascki (2017, p.17) assevera que o sistema fora moldado para “[...] atender à prestação da tutela jurisdicional em casos de lesões a direitos

subjetivos individuais, mediante demandas promovidas pelo próprio lesado”. Não se concebia, pois, a legitimidade extraordinária, uma vez que cabia ao próprio titular do direito pleitear o seu direito.

Nada obstante, Zavascki (2017, p. 18) identifica que a partir de 1985 diversas modificações legislativas supervenientes 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.

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.

De fato, as duas fases ou ondas de reformas acima destacadas não estão descoladas da realidade fática então vivenciada. Premido pela assunção dos direitos de terceira dimensão²⁹, o processo precisou reinventar-se e adaptar-se aos novos tempos.

A sociedade de massas então emergente, aliada à própria modificação (e releitura) dos direitos, exigiram as modificações identificadas nas duas ondas de reformas identificadas acima. Deveras, a sistemática processual precisava de nova roupagem para dar guarida a esses novos tempos, exigindo-se o implemento de novos mecanismos (caso da Ação Civil Pública com a Lei n. 7.347/85) ou mesmo as

²⁹ Mais uma vez recordamos que uma análise detida das dimensões dos direitos fundamentais deve ser consultada em SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Registramos, de todo modo, que os direitos ditos de terceira dimensão são aqueles de titularidade transindividual, como é exemplo o meio ambiente.

modificações no próprio CPC de 1973, com o tratamento minudente da tutela específica e mesmo a adoção de um processo sincrético, quebrando a então rígida separação entre cognição e execução.

E o processo, como referido, não teve de amoldar tão somente à sociedade de massas, mas também (e principalmente) a tutelar os direitos que por ela passaram a ser lesados. Nesse sentido, Marinoni (2008, p. 737) bem destaca:

Além da necessidade de um processo civil que pudesse dar conta de direitos transindividuais, percebeu-se que ele também deveria voltar-se aos direitos que podem ser lesados em face dos conflitos próprios da sociedade de massa. A sociedade moderna abre oportunidades a situações em que determinadas atividades podem trazer prejuízo aos interesses de grande número de pessoas, fazendo surgir problemas ignorados nas demandas individuais. O risco de tais lesões, que afetam simultaneamente inúmeros indivíduos ou categorias inteiras de pessoas, constitui fenômeno cada vez mais amplo e freqüente na sociedade contemporânea. Ora, se a sociedade atual é caracterizada por ser de produção e consumo de massa, é natural que passem a surgir conflitos de massa e que os processualistas estejam cada vez mais preocupados em configurar um adequado “processo civil coletivo” para tutelar os conflitos emergentes. (MARINONI, 2008, p. 737)

E essa moldura do processo aos novos tempos deu-se, como se viu, através das duas ondas de reformas acima indicadas. Com efeito, é na primeira onda (no bojo da qual surge a importante Lei n. 7.347/85, que disciplina a Ação Civil Pública) que surgiu o embrião das ações coletivas. Estamos a nos referir à modificação do art. 1º, §1º da Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717/65), a qual disciplinou que se considera como patrimônio público “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estático, histórico ou turístico”.

Tal modificação permitiu a tutela difusa de tais direitos, alçando à ação popular para além de uma mera defesa do Poder Público, alcançando os chamados direitos da dita terceira dimensão. Referida inserção trouxe luzes à tutela dos direitos coletivos através de instrumentos processuais, o que acabou por desaguar naquela que talvez fora o marco mais relevante para o arcabouço normativo, que foi a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85).

Como dito acima, para além da criação de instrumentos que até então não eram previstos na legislação processual, houve uma segunda onda de reforma, esta a incidir especificamente no Código de Processo Civil então vigente (1973). A valorização à tutela específica da obrigação, como assinalado alhures, é importante passo para dotar os instrumentos de tutela de direitos coletivos de força executiva, já

que grande parte de seus provimentos consistem em obrigação de fazer ou não fazer.

Mais recentemente, o novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), que entrou em vigor em 18 de março de 2016, 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. Nesse sentido, destaca Hermes Zaneti JR (2019, pp. 5-6):

A evolução do Estado Legislativo para o Estado Constitucional, contudo, representou um algo mais do que o princípio da mera legalidade. A partir do Estado Constitucional a lei passou a ser submetida não somente ao controle formal, mas também ao controle substancial de constitucionalidade. A Constituição passou a formar um elemento nomoestático de confronto, uma metanorma, que estabelece os critérios de validade das normas inferiores, mediante regras e princípios, com conteúdo normativo, que condicionam o seu conteúdo (ZANETI JR, 2019, pp. 5-6)

Dentro de tais valores agasalhados pela Constituição de 1988, que condicionam o conteúdo das regras, conforme afirma Zaneti Jr (2019, pp. 5-6), 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*.

E, 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. Nesse sentido, vêm em boa hora as previsões normativas, que se constituem em uma das diretrizes do CPC de 2015, de observância dos precedentes judiciais.

O CPC de 2015, contudo foi além. Ele passou a reconhecer, como refere Zaneti Jr (2019, p. 13), o processo coletivo ao lado do processo disciplinado pelo CPC, surtindo sobre aquele um efeito aglutinador. Nas palavras do autor:

O Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/2015) rompeu com a tradição processual infraconstitucional brasileira de civil law, romano-canônica, individualista e técnica, que era refratária aos processos coletivos por ser em sua essência focada na tutela fragmentária dos direitos. Hoje, com o CPC (LGL\2015\1656), não há mais um paradoxo metodológico entre o processo constitucional e o processo infraconstitucional. Mudando, radicalmente, a relação entre o processo do Código e o processo do microssistema dos processos coletivos, o CPC/2015 (LGL\2015\1656) passa a reconhecer o processo coletivo ao lado do processo do CPC (LGL\2015\1656) e surte um efeito aglutinador sobre o microssistema, na medida em que suas normas fundamentais deverão aplicar-se também ao processo coletivo (ZANETI JR, 2019, p. 13)

De todo modo, é importante que se advirta que o tratamento a ser dispensado às ações coletivas é aquele próprio destas, que em nada se confunde com uma “coletivização” do processo individual. Nesse sentido, as palavras de Marinoni (2008, p. 738):

Assim, é imprescindível que se concebam mecanismos adequados de proteção das situações de direito substancial inerentes à sociedade contemporânea, sob pena de eliminar do sistema a própria categoria dos “novos direitos”. Assim é que se concebeu, com base nas *class action* surgidas do direito medieval inglês (em especial, a *bill of peace*), e desenvolvidas no direito norte-americano do século XIX, as chamadas “ações coletivas”. Tais ações foram especificamente desenvolvidas para a proteção desses direitos transindividuais, bem como dos direitos individuais que podem ser lesados em massa, contando com várias características próprias, que as fazem radicalmente distintas das ações individuais (de toda a filosofia que as inspira). É precisa, pois, para bem operar com as ações coletivas, despir-se de velhos preconceitos (ou “pré-conceitos”), evitando recorrer a raciocínios aplicáveis apenas à “tutela individual” para solucionar questões atinentes à “tutela coletiva”, que não é, e não pode ser, pensada sob a perspectiva da teoria da “ação individual”. Os institutos que presidem essa ação (ao menos em sua grande maioria) são incompatíveis e inaplicáveis à tutela coletiva, simplesmente porque foram concebidos para operar em outro ambiente (MARINONI, 2008, p. 738)

Assim, resta imprescindível que se analisem os institutos próprios do processo coletivo, matéria reservada aos próximos tópicos. Antes, contudo, de adentrar nos caracteres próprios das ações coletivas, far-se-á uma abordagem sobre o objeto do processo coletivo, trazendo a lume a já clássica classificação dos direitos em difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, além de apresentar uma nova proposta, formulada pelo professor Edilson Vitorelli, de categorização destes direitos.

3.2 O objeto do processo coletivo: os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos e a sua releitura sociológica

A preocupação com os direitos ditos coletivos, apesar de ganhar proeminência nos dias atuais, não surge apenas com o advento do novel CPC. De fato, já nos anos de 1977 (com posterior publicação em 1988), José Carlos Barbosa Moreira³⁰ manifestara preocupação com a pouca utilização da ação popular de 1965, já antevendo o crescimento das demandas de massa. 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)

Entende-se, contudo, que tais elementos são apenas acidentais, não sendo caracterizadores do processo (ou da ação) coletiva. Trilha-se a linha, nesse ponto, de Fredie Didier JR e Hermes Zaneti JR, que identificam 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

³⁰ O artigo citado chama-se: 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: Editora Saraiva, 1988, pp. 110-123. Como dito, o aludido artigo é, originalmente, de 1977, ano da primeira edição da obra.

(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 envolver 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.

E a configuração da situação jurídica coletiva (ativa ou passiva) demanda o conhecimento dos direitos que pelo processo coletivo são tutelados. Como dito, Barbosa Moreira (1988, pp. 110-123) traçou as linhas iniciais do que futuramente seriam categorizados como direitos transindividuais (difusos e 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 “microssistema da tutela coletiva”³¹. 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 ser

³¹ A existência desse “microssistema 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, como refere Antonio Gidi.

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 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. 39-40) 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 acepção 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)

O cerne da diferenciação entre os direitos transindividuais e individuais reside, conforme se verifica do excerto acima transcrito, na titularidade. Diz-se que não há titular individualmente determinado nos chamados transindividuais, do que decorreria sua “transindividualidade”; já os direitos individuais (homogêneos) partiriam da ideia de direitos subjetivos individuais que possuem um tratamento coletivo.

Edilson Vitorelli, ao expor as dificuldades teóricas e práticas de se conceber direitos cuja titularidade recai sobre “sujeitos indeterminados”, propõe uma nova tipologia para os direitos transindividuais, partindo seu estudo³² de bases sociológicas.

A título introdutório, Vitorelli (2015, pp. 2-3) resgata o surgimento dos direitos transindividuais a partir do estudo de Barbosa Moreira (1988, pp. 110-123), já citado, referindo que o debate acabou por ser resolvido legislativamente, mas permanecendo a inquietação sobre a real titularidade dos direitos transindividuais. Segundo Vitorelli:

Aí está a primeira das simplificações do debate a que se aludiu anteriormente. É certo que os direitos difusos e coletivos, sobretudo os difusos, não se enquadram no sistema tradicional de classificação dos

³² O estudo consiste na sua tese de doutorado apresentada, sob a orientação do professor Dr. Luiz Guilherme Marinoni, em 2015 junto à Universidade Federal do Paraná (UFPR), com o título “O Devido Processo Legal Coletivo: Representação, Participação e Efetividade da Tutela Jurisdicional”. Confira-se em LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. O Devido Processo Legal Coletivo: Representação, Participação e Efetividade da Tutela Jurisdicional. Orientador: Luiz Guilherme Marinoni. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/40822>>. Acesso em 02 ago. 2019. No presente trabalho, far-se-á, ainda, uso de dois artigos do professor Edilson Vitorelli, publicados na Revista de Processo vol. 247/2015 e vol. 248/2015), nos quais estão expostas a novel tipologia proposta, além de artigo escrito em obra que versa sobre Processos Estruturais (LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual*. In Processos Estruturais. ARENHART. Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix. (orgs). Salvador: Juspodivm, 2017).

direitos, em uma estrutura relacional em que se verifique um credor, uma prestação e um devedor. Mas também é certo que, até aquele momento, ninguém havia desenvolvido outra classificação que pudesse dar conta da titularidade desses direitos. A saída encontrada por Barbosa Moreira foi afastar a discussão acerca da natureza ou titularidade desses direitos ou interesses, desde que eles tivessem tutela adequada. Se o processualista carioca considerava que a resposta a essa questão estava fora dos limites do trabalho a que se propunha naquele momento, o fato é que ela permanece sem resposta até a atualidade. Ada Pellegrini Grinover, por exemplo, considerou que essa categoria de interesses sequer poderia ser denominada de “direitos”, já que tal denominação demandaria uma total reformulação do conceito clássico de direito subjetivo. (LIMA, 2015, p. 3)

Com efeito, o debate da época buscou solucionar a forma de tutela dos direitos transindividuais, não se importando com a sua natureza jurídica, e, em especial, não definindo com precisão a sua titularidade. Isso gera reflexos no que Vitorelli denominou de litígios complexos, nos quais “[...] nem a pretensão, nem a tutela jurisdicional a ser prestada, podem ser definidas de modo unívoco pelos envolvidos.” (LIMA, 2015, p. 4).

Deveras, os litígios complexos estão intrinsecamente relacionados às demandas coletivas que possuem em seu bojo a implementação de políticas públicas. Não raro a pretensão veiculada em uma demanda desse jaez comporta múltiplas resoluções e interesses antagônicos, do que se extrai a complexidade do litígio posto.

Edilson Vitorelli exemplifica os litígios complexos com os conflitos socioambientais, os quais geram uma miríade de pretensões coletivas que dificilmente serão uniformes para os interessados ou mesmo gere uma decisão unívoca pelo magistrado (LIMA, 2015, p. 4).

Nesse contexto é que se torna problemática a atribuição a um ente intermediário (legitimado extraordinário) a legitimidade para postular a resolução do conflito (complexo). Nesse sentido, aponta Edilson Vitorelli:

Conforme se observa, quando se trata de litígios coletivos simples, não é problemático que o legitimado coletivo e o juiz definam a extensão e os contornos da pretensão e da tutela jurisdicional. Todavia, se a situação versar sobre um litígio coletivo complexo, haverá possibilidade de que essa tutela se revista de múltiplas formas e nunca será claro, ex ante, qual, dentre as possibilidades, é a mais eficaz para a reparação ou prevenção da lesão ao bem jurídico. Também não restará claro qual a pretensão desejada pela coletividade lesada.

A pergunta que se coloca, nesse contexto, se refere à extensão da legitimidade atribuída aos entes intermediários: tal legitimidade permite que eles definam, livremente, a extensão e a modalidade de tutela jurisdicional a

ser pleiteada em relação ao conflito coletivo? É possível se pressupor que, concedida a tutela jurisdicional demandada, será atendido, de modo automático, o interesse da coletividade? Se as formas de tutelar esses direitos e de solucionar os conflitos coletivos complexos são, não raramente, equívocas entre os próprios legitimados coletivos, com muito mais razão o serão entre os membros do grupo titular do direito. Assim, se a atuação dos legitimados coletivos não for autônoma em relação aos titulares do direito, ela deveria, de algum modo, dar conta dessa pluralidade. (LIMA, 2015, p. 4)

Veja-se que nem mesmo eventual adoção de um sistema de representatividade adequada³³ daria conta da solução do problema, na medida em que se partiria de uma presunção de que todos os interesses estariam albergados pelo representante (o que acaba sendo, em última análise, a abstração que se faz ao se conferir ao legitimidade ao representante extraordinário).

Vitorelli assinala, ainda, que o problema da extensão da delimitação da pretensão também ocorre – em menor medida - no âmbito dos direitos individuais homogêneos, já que a forma de resolução pretendida (e decidida) pode ou não coincidir com as pretensões individuais (LIMA, 2015, p. 4).

Nos direitos transindividuais, contudo, o problema se acentua, uma vez que sequer se consegue identificar as “pretensões individuais”, uma vez que sua titularidade, como já bastante frisado, é “indeterminada”.

É nessa esteira que Edilson Vitorelli pretende a construção de uma nova tipologia, a qual passamos aqui a expor dada a relevante contribuição para análise da Ação Civil Pública Colaborativa, haja vista que esta se propõe, conforme se verificará oportunamente, a ir além de uma mera resolução de conflito coletivo, buscando a solução do problema estrutural subjacente.

Para tanto, Vitorelli problematiza os direitos transindividuais a partir da ótica de sua titularidade. Refere que a doutrina valeu-se, ao longo do desenvolvimento das ideias do processo coletivo, de expressões como “coletividade”, “grupo”, “classe” e “sociedade”, sem, contudo, buscar o seu significado na ciência que lhe dá origem (LIMA, 2015, p. 6). Assim é que propõe a reconstrução do conceito de direitos transindividuais, justamente a partir de bases sociológicas (LIMA, 2015, p. 6).

Edilson Vitorelli vale-se, primeiramente, do debate sociológico que circunda a significação de “sociedade”. Afirma, nesse ponto, que de acordo com Anthony Elliot

³³ A comparação do sistema de legitimidade extraordinária e de representação adequada far-se-á no item subsequente.

e Bryan Turner há três grandes grupos para explicar o significado, a saber: (1) sociedade como estrutura; (2) sociedade como solidariedade ou comunidades de cuidado, atenção e consenso e; (3) sociedade como processo criativo ou dimensões imaginárias da comunicação e sociabilidade. (LIMA, 2015, p.7).

A primeira, diz Vitorelli, aproxima-se à argumentação de Rousseau, no sentido de uma vontade geral apartada das vontades individuais. É a ideia corrente de algo diferenciado da simples conjugação de vontades, sendo a base da teoria do Estado. Nas suas palavras:

Essa noção se aproxima do argumento de Rousseau, segundo o qual existe uma vontade geral que é distinta da simples agregação das vontades de todos. Essa concepção, tão polêmica e debatida, é refletida no pensamento jurídico corrente, ainda que de modo inconsciente: há uma crença de que é possível entender a vontade do povo a partir da compreensão de uma vontade geral, que vai além da soma das vontades individuais. O problema, como bem observa Cláudio Araújo Reis, é como identificar essa “voz do povo” nas decisões coletivas.

A sociedade como estrutura tem uma forte interseção com a teoria do Estado, que é a sua manifestação mais evidente. (LIMA, 2015, p. 8)

A sociedade como estrutura é, assim, a supressão das vontades individuais em prol de uma vontade coletiva, ou, como assinala Vitorelli, uma “comunidade imaginária de iguais” (LIMA, 2015, p. 8).

A segunda (sociedade como solidariedade) é marcada pela realização do ideal comum, pela união do discurso em prol de uma “comunidade de sentimento” (LIMA, 2015, p. 9). Deveras, neste tipo de sociedade há um compartilhamento espontâneo dos valores morais, supondo que “[...] a afeição natural e o diálogo existentes nas comunidades são a base para a democracia”. (LIMA, 2015, p. 8).

Seriam exemplos da sociedade como solidariedade, conforme aponta Vitorelli citando Jeffrey Alexander, as associações civis e movimentos sociais. (LIMA, 2015, pp. 9-10).

Por fim, a sociedade como criação estaria conexa à sociedade contemporânea, isto é, as relações sociais apresentam-se fluidas, deixando a sociedade descentralizada. É uma sociedade que vai “[...] além da abstração da sociedade como estrutura, que ignora a singularidade do indivíduo e da nostalgia e sentimentalismo da sociedade como solidariedade” (LIMA, 2015, p. 10).

É a sociedade das interações, que correspondem, em última análise, às diversas formas sociais de relacionamento do mundo moderno.

Assentado o marco teórico sociológico, com a apresentação dos três grupos que buscam explicar o termo “sociedade”, Vitorelli parte para a desconstrução de alguns dogmas que circundam os direitos transindividuais, dentre os quais o da indivisibilidade.

Com efeito, é corrente a ideia de que os direitos transindividuais possuem a nota da indivisibilidade, isto é, não poderiam ser particularizados. O dogma é muito bem exemplificado com a conhecida frase, que remonta Barbosa Moreira, de que a satisfação ou lesão de um dos titulares implica a necessária satisfação ou lesão dos demais (da coletividade).

A nova tipologia dos direitos transindividuais proposta por Vitorelli, contudo, parte da superação deste dogma. O autor contesta a afirmação da indivisibilidade, sob o fundamento de que a premissa da coletividade da satisfação ou da lesão é mera abstração, não ocorrendo no plano fático. Nas suas palavras:

A afirmação da indivisibilidade dos direitos transindividuais atua para mascarar a deficiência na formulação conceitual de sua titularidade. Como não se sabe de quem é o meio ambiente, passa a ser essencial que se afirme que todas as lesões que lhe são causadas interessem a todas as pessoas na mesma medida, lesam a todas as pessoas, na mesma medida e, ao serem reparadas, reparam todas as pessoas, igualmente na mesma medida. Sem essa abstrata igualdade, o conceito inicial desmorona, já que, para definir formas distintas pelas quais pessoas diferentes sofrem lesões ambientais, seria preciso especificar quem são todos, ou de que modo o grupo ou sociedade titular dos direitos transindividuais se manifesta. A indivisibilidade permite que a ideia de que o meio ambiente é de todos sobreviva sem questionamentos. (LIMA, 2015, p. 3)

Com efeito, o excerto acima permite a exata compreensão do problema teórico proposto. A indivisibilidade acaba servindo de justificativa para a titularidade indeterminada dos direitos transindividuais, o que, como se viu, também sofre de uma indefinição conceitual.

Vitorelli inclusive aponta para o risco de que a formulação genérica da titularidade indeterminada acabe se esvaziando e aquele patrimônio que seria pertencente a todos passe a ser “[...] na falta de solução melhor, a ser tutelado como se fosse do Estado” (LIMA, 2015, p. 3), em evidente retrocesso à ideia de que os conflitos coletivos para além de estarem atrelados ao interesse estatal, interessam especialmente aos diretamente atingidos.

Para iniciar a compreensão da tipologia a partir das bases sociológicas que antes foram descritas, Vitorelli apresenta os conceitos de complexidade e conflituosidade.

A primeira (complexidade) consiste, resumidamente, nas possibilidades de tutela de um direito. É dizer: é a medida da solução do litígio, que poderá ser de fácil resposta ou de resposta mais complexa (possibilitando variadas soluções). O autor assim destaca:

Complexidade é a variável que indica as possibilidades de tutela adequada de um direito. Ela representa a percepção de que a solução dos litígios pode ser de fácil delimitação (por exemplo, a restituição do valor subtraído ao grupo), mas também pode ser altamente variável, em contexto de divergências científicas ou sociais justificáveis. Por exemplo, tutelar o meio ambiente pelo tratamento dos esgotos sanitários é um objetivo que pode ser alcançado por um grande número de técnicas cientificamente válidas, bem como avaliado sob diversas perspectivas, como é o caso de qual tipo de contaminante se pretende focar na despoluição. Os litígios coletivos não são, portanto, igualmente complexos. (LIMA, 2017, p. 373)

Já a conflituosidade é interna ao grupo prejudicado, sendo o dissenso que poderá existir entre os titulares do direito lesado. Apesar da abstração da indivisibilidade e da titularidade indeterminada parecer demonstrar que todos os integrantes desejem a mesma solução para o litígio posto, a realidade mostra que tal não se verifica em todos os casos.

Vitorelli, citando Mancuso, apresenta exemplo que materializa o aspecto da conflituosidade:

“(...) a marcante conflituosidade deriva basicamente da circunstância de que todas essas pretensões metaindividuais não têm por base um vínculo jurídico definido, mas derivam de situações de fato, contingentes, por vezes até ocasionais. Não se cuidando de direitos violados ou ameaçados, mas de interesses (conquanto relevantes), tem-se que nesse nível, todas as posições, por mais contrastantes, parecem sustentáveis. É que nesses casos de interesses difusos não há um parâmetro jurídico que permita um julgamento axiológico preliminar sobre a posição ‘certa’ e a ‘errada’. Exemplo sugestivo ocorreu no Rio de Janeiro, quando da construção do chamado ‘sambódromo’, o qual gerou conflitos metaindividuais entre os interesses ligados à indústria do turismo versus os interesses dos cidadãos e associações, contrários à construção de um local permanente para os desfiles das escolas de samba”. (MANCUSO, 2004, p. 103 *apud* LIMA, 2015, p. 5)

De fato o exemplo acima retrata a realidade e dia a dia dos processos coletivos. São raras as oportunidades em que a pretensão que se apresenta possui

uma tutela unanimemente eleita entre os lesados; o dissenso é a regra, sendo esperada também a complexidade inerente (multiplicidade de tutelas possíveis).

Vitorelli indica que a conflituosidade se apresenta como verdadeira mitigação da indivisibilidade (LIMA, 2015, p. 6); significa dizer que se o dissenso é razoável e até esperado, do que resulta infirmada a máxima, que, como já dito, remonta Barbosa Moreira, de que satisfação ou lesão de um dos titulares implica a necessária satisfação ou lesão dos demais (da coletividade). Se os titulares dos direitos não convergem na solução do problema posto, dificilmente a solução de um aproveitaria o outro.

Elucidativa são as palavras de Edilson Vitorelli no aspecto:

O caráter conflituoso dos direitos transindividuais, quando devidamente elaborado, é mais um indício do equívoco na forma como foi definida a sua titularidade. A percepção de que um direito, que seria “de todos”, quando lesado e tutelado, satisfaz de modo diferente cada um desses “todos”, demonstra que a relação dessas pessoas com o direito que titularizam não pode ser idêntica, como até aqui os estudiosos pressupuseram ou expressamente afirmaram. Se três pessoas são titulares do mesmo meio ambiente, mas um teria seus interesses fortemente atingidos em razão de uma providência decorrente da procedência de uma demanda, enquanto a segunda teria algo a perder com o julgamento de improcedência da mesma ação e a terceira seria indiferente a ambos os resultados, é difícil de enxergar como as três podem ser, de modo idêntico, titulares desse direito. Em caráter análogo à demonstração anterior, entende-se que essa incompatibilidade entre a teoria e a realidade decorre da incompleta definição do grupo afetado pela decisão e do significado sociológico do caráter conflituoso das relações entre seus integrantes. (LIMA, 2015, p. 6)

É, assim, a partir da ideia da presença de complexidade e conflituosidade dos litígios coletivos, e se utilizando dos instrumentais sociológicos antes apresentados, que Vitorelli constrói um novo conceito de direitos transindividuais, subdividindo-os em litígios de difusão global, litígios de difusão local e litígios de difusão irradiada.

Importante assinalar, antes de especificar cada um deles, que é premissa para a caracterização proposta pelo autor a efetiva lesão de um direito, ou seja, a divisão entre categorias só tem relevância prática quando analisada empiricamente e não quando o direito está íntegro.

Nesses termos, Vitorelli lembra-nos que a doutrina responsável pelos estudos iniciais dos direitos transindividuais referia-se à sociedade na acepção de sociedade como estrutura antes citada (LIMA, 2015, p. 7). Com efeito, a ideia de um ente

independente das particularidades é exatamente o pano de fundo de tal conceituação.

Ocorre que o único meio de sedimentar tal conceito ao processo coletivo é se pensarmos essa sociedade como sendo o Estado, até porque este é a manifestação mais característica daquela (sociedade como estrutura); pensar-se dessa forma, aponta Vitorelli, seria um grande contrassenso e um enorme retrocesso, já que se concebeu a ideia de direitos transindividuais justamente para afastar do Estado a titularidade destes direitos, haja vista que, na grande maioria dos casos, é o próprio Estado o ente responsável pela violação dos direitos (LIMA, 2015, p. 8).

De todo modo, conforme exposto antes, há diversas formas de conceber a sociedade, a qual não se confunde tão somente com seu conceito a partir da estrutura, de modo que é justamente a partir das diferentes conceituações que Edilson Vitorelli esquematiza os três grupos dos direitos transindividuais.

A primeira categoria são os litígios transindividuais de difusão global. Nessa categoria (que requer, como já frisado, esteja o direito em litígio e não íntegro) encontram-se aquelas situações em que a lesão não atinge diretamente nenhuma pessoa em particular; é aquela situação em que, afora o interesse abstrato de todas as pessoas, não há interesses imediatos lesados. (LIMA, 2015, pp. 9-10).

Vitorelli dá-nos como exemplo o caso de uma perfuração profunda no oceano, a qual, genericamente, interessa a todos, mas especificamente a nenhuma pessoa em particular. (LIMA, 2015, p.10). O autor aduz que esse tipo de litígio serve apenas para proteção genérica de todos, não afetando diretamente uma pessoa ou grupo de pessoas. Nas suas palavras:

Nessa situação em que a violação a um direito transindividual não atinge, de modo especial, a qualquer pessoa, sua titularidade deve ser imputada à sociedade entendida como estrutura. Essa é a categoria que se aproxima das formulações atuais do processo coletivo, que veem a sociedade como um ente supracoletivo, despersonalizado, que defende seus interesses pela aplicação do ordenamento jurídico, interpretado por pessoas autorizadas a tanto. Aqui não se trata de proteger o direito difuso porque sua lesão interessa especificamente a alguém, mas porque interessa genericamente a todos. (LIMA, 2015, p. 10)

Os litígios de difusão global, segundo Vitorelli, têm grau de conflituosidade muito baixo, haja vista que praticamente não há um interesse pessoal no conflito, razão pela qual dificilmente haveria dissenso interno na forma de tutela. A

complexidade, contudo, tende a variar, já que há diferentes formas de reparação. (LIMA, 2015, p. 11).

Categoria oposta é a dos litígios de difusão local. Neste tipo, ao contrário da precedente, há uma categoria bem delimitada que sofre a lesão, categoria essa que é ligada por fortes laços de afinidade social (LIMA, 2015, pp. 11-12). Ainda que possam interferir, mais remotamente, na esfera de outras pessoas, nesse tipo de litígio o impacto maior é sentido pela comunidade atingida.

Aqui a relação que se faz é com as sociedades como solidariedade, considerando a afinidade existente na comunidade atingida. Vitorelli refere que, nesses casos, a sociedade diretamente atingida tem o maior interesse na reparação, sendo para ela tão mais relevante a tutela do direito que para outros que não tenham relação direta com o litígio, os quais só teriam algum interesse, por exemplo, porque “todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado” (LIMA, 2015, p.12).

Edilson Vitorelli assim sintetiza tal categoria de litígio:

A categoria oposta aos litígios globais é a dos litígios locais. Eles representam as violações que atingem, de modo específico, a pessoas que integram uma sociedade altamente coesa, unida por laços identitários de solidariedade social, emocional e territorial. É o caso de litígios ambientais relacionados a terras indígenas, ou de lesões graves a consumidores, que causem elevados prejuízos financeiros, ferimentos ou mesmo a morte. Nesse contexto, os efeitos do litígio coletivo sobre os indivíduos são tão pronunciados que o grupo tem interesse de se envolver pessoalmente nas decisões relacionadas a sua reparação. A conflituosidade, com isso, se eleva, mas não aumenta em demasia, porque os lados de identidade existentes entre os membros do grupo atribuem algum grau de uniformidade a suas pretensões. (LIMA, 2017, p. 374)

Como referido por Vitorelli no excerto acima, a conflituosidade nos casos de litígios locais é mais elevada que nos litígios globais, mas, de certa forma, controlada em função da coesão da comunidade. Edilson Vitorelli ainda aponta que nessa categoria de litígio poder-se-ia enquadrar ainda litígios que envolvam outras minorias, que possuam alguma “[...] perspectiva social compartilhada por seus integrantes, mesmo que seu vínculo subjetivo seja mais tênue.” (LIMA, 2015, p. 13).

A última categoria, denominada de litígios de difusão irradiada, pode ser retratada pelo exemplo do sambódromo do Rio de Janeiro referido por Mancuso e citado por Edilson Vitorelli, em passagem acima transcrita (MANCUSO, 2004, p. 103

apud LIMA, 2015, p. 5). São aqueles conflitos cuja lesão afeta de forma variável diversos grupos de pessoas, resultando em um litígio que pode ser dividido em outros tantos quanto forem as sociedades afetadas.

São os casos em que tais grupos sequer possuem laços comuns (até podem ter, em alguns grupos, mas há outros grupos ou pessoas que não o possuem). Em síntese, trata-se dos casos em que há variadas lesões decorrentes de um mesmo fato, sendo também diversa a forma de reparação. Vitorelli assim conceitua os litígios de difusão irradiada:

A última categoria de direitos transindividuais que se pretende formular é a que se relaciona ao que Rodolfo de Camargo Mancuso denominou megaconflitos. Trata-se daquelas situações em que o litígio decorrente da lesão afeta diretamente os interesses de diversas pessoas ou segmentos sociais, mas essas pessoas não compõem uma comunidade, não têm a mesma perspectiva social e não serão atingidas, na mesma medida, pelo resultado do litígio, o que faz com que suas visões acerca de seu resultado desejável sejam divergentes e, não raramente, antagônicas. Essas situações dão ensejo a conflitos mutáveis, multipolares, opondo o grupo titular do direito não apenas ao réu, mas a si próprio. (LIMA, 2017, p. 374)

E arremata:

O litígio não é de difusão global, porque é possível identificar pessoas que sofrerão danos em grau mais intenso que outras, que estão distantes dos seus efeitos. Também não é de difusão local, porque não existe identidade de perspectivas entre os envolvidos. Eles são pessoas com perspectivas sociais variadas em relação ao litígio. Nem mesmo a lei, conforme ressalta Mancuso, contém solução predefinida para esse tipo de conflito, o que lhe atribui fortes elementos sócio-político-econômicos. (LIMA, 2015, pp. 14-15)

Tais litígios estão intrinsecamente relacionados às sociedades enquanto criação, uma vez que esta é fluida, elástica, assim como são as relações dos atingidos pelo litígio de difusão irradiada (pode haver grupos mais ou menos atingidos). (LIMA, 2015, p. 15).

Por evidente que, em se tratando de diversos grupos de pessoas (comunidades ou não) atingidas, mais alta será a conflituosidade, haja vista que maior o grau de dissenso ao qual está exposta a sociedade afetada. Também a complexidade se eleva, pois, por certo, haverá inúmeras formas de resolução do conflito.

Em linha de conclusão, o que se pretendeu com a exposição dos já conhecidos direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos,

além da releitura sociológica dos direitos (visto sob a ótica dos litígios) transindividuais proposta pelo professor Edilson Vitorelli, foi demonstrar que o processo coletivo é o palco propício para o enfrentamento de questões complexas e que fogem à simples formulação do direito subjetivo tradicional, no qual há uma parte credora e outra devedora de uma obrigação.

Mesmo sem a tipologia sociológica proposta, é de fácil constatação que as lides coletivas vão muito além do direito processual civil individualista tradicional. A caracterização dos litígios em globais, locais e irradiados, conforme se apresentou acima, têm o mérito de demonstrar que a litigiosidade do processo coletivo gera efeitos diretos sobre os interessados, deixando em evidência que a titularidade indeterminada e a indivisibilidade dos direitos transindividuais acabam sendo meras abstrações que têm por único escopo garantir a efetiva tutela de tais direitos.

Especialmente no âmbito dos litígios versados no bojo da Ação Civil Pública Colaborativa, que demandam a reforma de estruturas, conforme se verá no capítulo 4 do presente trabalho, é cediço que haverá impactos variados sobre os diversos segmentos da sociedade e do próprio violador do direito. Assim, mostra-se de suma importância a verificação da forma de impacto da lesão, notadamente através dos conceitos de complexidade e conflituosidade ora expostos.

3.3 Notas distintivas do processo coletivo em relação ao processo individual e sua aplicabilidade na ACP Colaborativa

Apresentado o objeto central do processo coletivo e a proposição de nova tipologia, através de um marco sociológico que poderá contribuir para o estudo da Ação Civil Pública Colaborativa que ora se propõe na esteira do acima exposto, é hora de direcionar à análise para os instrumentos diferenciados do processo coletivo em comparação ao individual, até para eventualmente propormos superações pontuais na esteira do que apresentado no item 3.2 supra.

Com efeito, a advertência de Barbosa Moreira referida no item precedente 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.

Com efeito, 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. É por meio dela que se superou um 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 aptos 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.

No ponto, cabe a referência que o Brasil adotou uma posição mista e heterogênea (LEONEL, 2017, p. 179) de legitimação ativa, reconhecendo-a tanto a entidades públicas como a entes privados. Tal posição mista acaba por democratizar o acesso à via coletiva, afastando-se da ideia, presente no liberalismo, de que das “coisas coletivas” somente o Estado estaria legitimado a intervir.

Com efeito, é cediço que neste tipo de ação a legitimidade para a defesa dos interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos é extraordinária, concorrente e disjuntiva (MAZZILLI, 2002, p. 516), o que resultaria em um tratamento mais equânime da matéria relativa à saúde no âmbito judicial. Não se desconhece, todavia, a casuística de que é cercada a matéria; ocorre que há casos (medicamentos de alto custo, por exemplo, ou mesmo medicamentos experimentais – caso recente da fosfoetanolamina -), que poderiam ser versados no bojo de uma ação civil pública, especialmente quando considerado que o provimento jurisdicional final poderia se constituir em título executivo para os demandantes individuais.

Nada obstante seja relativamente tranqüila a posição doutrinária pela natureza extraordinária da legitimação ativa, posição esta refletida na voz abalizada de Mazzili (2002, p. 516), acima citado, há quem entenda tratar-se de legitimação

ordinária, porquanto sendo os interesses, sendo difusos (ou seja, de todos), seriam também daqueles que movem a ação (LEONEL, 2017, p. 182).

Ricardo de Barros Leonel, contudo, afasta-se das concepções tradicionais que discutem se a legitimidade é extraordinária (como parece entender grande parte da doutrina brasileira) ou legitimidade ordinária. O autor defende uma terceira via, qual seja, a presença de uma legitimidade autônoma (LEONEL, 2017, pp. 183-185).

A legitimidade autônoma partiria de premissas distintas das legitimidades ordinária e extraordinária, as quais estão atreladas às concepções tradicionais de processo. Assim refere o autor:

Deve-se observar que quem demanda em defesa de interesses difusos ou coletivos postula ao mesmo tempo tanto aquilo que é próprio como alheio e indivisível; não se pode, assim, afirmar que atue como legitimado ordinário, pois não o é integralmente ao pretender a defesa do que é de titularidade alheia; não se pode, do mesmo modo, asseverar que postule como legitimado extraordinário, pois, embora atue em nome próprio na defesa de interesse alheio, também atua para a tutela de interesse próprio. Foge esta modalidade de legitimação às regras, aos princípios e concepções clássicos (...)

A legitimação autônoma não se confunde com a ordinária ou com a extraordinária. Parte de premissas distintas e da peculiaridade de defesa em juízo de interesses que são, por natureza, indivisíveis e inerentes conjuntamente a toda uma coletividade, composta por membros indeterminados (na hipótese dos difusos) e eventualmente determináveis (na hipótese dos coletivos). (LEONEL, 2017, pp. 183-184)

Independente da categorização que se pretenda atribuir (legitimação ordinária, extraordinária ou autônoma), o importante é que se perceba que o processo coletivo possui matiz próprio, não identificável com o processo civil individualista tradicional.

De todo modo, nem tudo dentro do processo coletivo segue uma estrita uniformidade, sofrendo alguns institutos mudanças de um para outro ordenamento jurídico. É exatamente o que ocorre, por exemplo, com a legitimidade ativa de que ora se trata.

Com efeito, diferentemente do modelo norte-americano das *class actions*, a legitimação ativa no ordenamento jurídico brasileiro 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

pelo menos 1 ano e que possuam pertinência temática com o tema sobre o qual verse a ação.

Já o modelo norte-americano utiliza-se da representação adequada, isto é, elege-se um membro da comunidade atingida para que possa, em nome dela, mover a ação coletiva.

Aliás, é a representação adequada quem dá a resposta satisfatória às críticas que são lançadas ao processo coletivo no sentido de que os efeitos da sentença atingem interessados que sequer participaram da relação jurídica processual. No ponto, a forma de representação adotada no modelo das *class action* acaba por democratizar o acesso à justiça, trazendo legitimidade às decisões coletivas.

Comentando o sistema norte-americano, trazemos as palavras de Ricardo de Barros Leonel:

Como já anotado, no sistema norte-americano cabe ao magistrado, no início da demanda e caso por caso, aferir se aquele que propõe uma ação, pretendendo seja certificada como coletiva, ostenta condições para tanto. O êxito deste procedimento (*defining function*) implica o trâmite do feito como ação de classe e a extensão dos efeitos do julgado a terceiros estranhos ao processo. Na fase procedimental denominada certificação (*certification*) ocorrem a verificação da *adequacy of representation* e a notificação (*notice*) dos membros da classe ausentes, imprescindíveis à garantia do *due process*, legitimando a extensão subjetiva da eficácia do julgado em caráter vinculante (*binding effect*). (LEONEL, 2017, p. 198)

Já o sistema brasileiro, como aponta Leonel (2017, p. 198), identifica previamente e de forma abstrata tais representantes, havendo pequena (ou quase nenhuma) aferição judicial. O sistema é, assim, denominado de *ope legis*, já que a legitimação decorre diretamente de lei.

Dada a diferença dos sistemas (um, *ope legis*, como referido acima; outro, dependente de aferição judicial da representatividade adequada do legitimado), poder-se-ia cogitar por uma separação completa, ou, quiçá, um afastamento intransponível. Não é assim, contudo.

A tônica deste trabalho, como já se anunciara no item precedente que tratou sobre o objeto do processo coletivo, é a investigação dos institutos com o fim de se proceder a uma releitura ou mesmo sua readequação. Para tanto, valemo-nos de institutos já previstos na legislação e analisamos aproximações e formas de eventual superação para que se alcance maior efetividade na Ação Civil Pública Colaborativa que ora se concebe.

O caso da legitimidade ativa de que ora se trata retrata bem isso. Como dito, a separação da sistemática não impediu o ordenamento brasileiro (seja pela doutrina, seja pela jurisprudência) de aproximar a *commom law* do sistema brasileiro³⁴.

Deveras, ainda que com representatividade adequada não se confunda, a aferição da pertinência temática pode ser concebida como uma forma de aferição judicial com impacto da legitimação ativa no âmbito do processo coletivo. De fato, a pertinência temática é aquele “[...] nexos entre o perfil institucional do legitimado que propõe a ação e o objeto do litígio coletivo [...]” (LEONEL, 2017, p. 207), e que acaba por impedir o ajuizamento de ações por entes abstratamente legitimados, mas que não promovam ações relacionadas aos seus escopos.

Apenas com intuito de exemplificação, sem adentrar na questão referente a se a ausência de pertinência temática influenciaria o interesse processual ou a outra condição da ação ou pressuposto processual, citamos o caso da Defensoria Pública.

A Defensoria Pública, nada obstante figurar entre o rol de legitimados ativos da Ação Civil Pública, tem seu espectro de atuação diminuído por obra jurisprudencial, que exige que dentre os beneficiados de sua atuação estejam pessoas por ela institucionalmente representadas³⁵. Nesse sentido, os seguintes trechos da ementa do RESp 1192577 / RS, julgado em 15.05.2014, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão:

2. Na hipótese, no tocante à legitimidade ativa da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil pública, não bastou um mero exame taxativo da lei, havendo sim um controle judicial sobre a representatividade adequada da legitimação coletiva. Com efeito, para chegar à conclusão da existência ou não de pertinência temática entre o direito material em litígio e as atribuições constitucionais da parte autora acabou-se adentrando no terreno do mérito.

(...)

5. A Defensoria Pública tem pertinência subjetiva para ajuizar ações coletivas em defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais

³⁴ Apenas a título exemplificativo, e fora do sistema de legitimação ativa do processo coletivo, é de se referir a importância que foi dada ao sistema de precedentes no novel Código de Processo Civil de 2015.

³⁵ Estamos a nos referir às pessoas necessitadas, na forma do artigo 134 da Constituição: “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)”.

homogêneos, sendo que no tocante aos difusos, sua legitimidade será ampla (basta que possa beneficiar grupo de pessoas necessitadas), haja vista que o direito tutelado é pertencente a pessoas indeterminadas. No entanto, em se tratando de interesses coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos, diante de grupos determinados de lesados, a legitimação deverá ser restrita às pessoas notadamente necessitadas. (REsp 1192577/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/05/2014, DJe 15/08/2014)

Outro exemplo de surgimento de controle de representatividade adequada no âmbito brasileiro é o sistema de admissão do *amicus curiae*. Ainda que não seja especificamente uma particularidade do processo coletivo, é fato que a ele está afeto, considerando a importância do amigo da corte no âmbito processual coletivo e, em especial, na Ação Civil Pública Colaborativa que se traçará oportunamente.

Cabe a lembrança que o Código de Processo Civil de 2015 previu o *amicus curiae* no artigo 138³⁶, não limitando a sua presença ao âmbito dos Tribunais Superiores ou a uma espécie específica de ação. Aliás, o próprio *caput* do citado artigo é expresso na referência de que o amigo da corte tenha “representatividade adequada”, o que será aferível judicialmente.

Tal exigência encontra consonância com o que vem decidindo a jurisprudência na admissão do *amicus curiae* no âmbito dos Recursos Extraordinários e nas ações de controle de constitucionalidade, do que é exemplo a seguinte ementa extraída de julgado do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário. Processual. Decisão de indeferimento de ingresso de terceiro como amigo da Corte. Amicus curiae. Requisitos. Representatividade adequada. Poderes do ministro relator. Agravo não provido. 1. A atividade do amicus curiae possui natureza meramente colaborativa, pelo que inexistente direito subjetivo de terceiro de atuar como amigo da Corte. O relator, no exercício de seus poderes, pode admitir o amigo da corte ou não, observando os critérios legais e

³⁶ Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do amicus curiae .

§ 3º O amicus curiae pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

jurisprudenciais e, ainda, a conveniência da intervenção para a instrução do feito. 2. Consoante disposto nos arts. 138, caput, do CPC e 21, inciso XVIII, do Regimento Interno desta Corte, em hipótese de acolhimento do pedido de ingresso de *amicus curiae* na lide, tal decisão seria irrecorrível, podendo, contudo, ser objeto de agravo a decisão que indefere tal pleito. 3. O requisito da representatividade adequada exige do requerente, além da capacidade de representação de um conjunto de pessoas, a existência de uma preocupação institucional e a capacidade de efetivamente contribuir para o debate. 4. Havendo concorrência de pedidos de ingresso oriundos de instituições com deveres, interesses e poderes de representação total ou parcialmente coincidentes, por razões de racionalidade e economia processual, defere-se o ingresso do postulante dotado de representatividade mais ampla. Precedentes. 5. Agravo regimental não provido. (RE 817338 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-137 DIVULG 24-06-2019 PUBLIC 25-06-2019)

Assim, pode-se ver que não obstante a separação dos sistemas de processo coletivo brasileiro e norte-americano, há inegável interligação entre um e outro, de modo a possibilitar uma releitura dos institutos vigentes no Brasil.

Ademais, o sistema de legitimação ativa vigente – ainda que desconsideradas as mitigações acima apresentadas – encontra toda uma disciplina própria que o afasta do processo individual, o que reforça as palavras de Marinoni (2008, p. 738) citadas ao final do item 3.1 supra, nas quais reforça que os institutos do processo coletivo devam ser tratados sob o prisma de uma teoria própria, e não a partir da teoria do processo individual.

Já no âmbito da Ação Civil Pública Colaborativa que se traçará oportunamente, pensamos que, ainda que não se valha da representatividade adequada das *class action*, por óbice legal, poder-se-ia pensar na hipótese de a ACP Colaborativa – como processo estruturante que é – ser tratada como uma espécie de “incidente” em uma demanda individual que seja movida³⁷.

Outra particularidade do processo coletivo, que o afasta do individual, é a possibilidade de a ação civil pública, à semelhança do que ocorre na seara penal, a 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.

³⁷ A ideia será melhor desenvolvida no último capítulo desta dissertação.

O inquérito civil público é instrumento previsto na Constituição da República³⁸, sendo importante forma de solução extrajudicial dos conflitos. Diz-se isso, pois 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).

É conceituado como procedimento de natureza administrativa a cargo do Ministério Público com o fim de apurar condições (autoria e materialidade) para futuro exercício de ação judicial. Mazzilli assim o define:

O inquérito civil é um instrumento de investigação administrativa prévia, instaurado, presidido e arquivado pelo Ministério Público, destinado a apurar a autoria e a materialidade de fatos que possam ensejar uma atuação a cargo da instituição. Em outras palavras, destina-se a colher elementos de convicção para a atuação ministerial.

O inquérito civil é um processo ou procedimento?

É procedimento, pois nele, salvo em limitada medida, não se criam direitos nem obrigações: nele não se julgam interesses nem se impõem punições. Destina-se apenas a instruir o membro do Ministério Público a tomar a decisão sobre se promove ou não uma das medidas a seu cargo. (MAZZILLI, 2018, p. 152)

Dado interessante a ser destacado é que o inquérito civil público é instrumento destinado exclusivamente ao Ministério Público, não o sendo aos demais legitimados ativos da Ação Civil Pública (LEONEL, 2017, p. 408).

Ainda que se compreenda o motivo da restrição, uma vez que a previsão do inquérito civil encontra-se constitucionalmente estabelecida entre as funções institucionais do Ministério Público, entende-se que, ao menos para as demais entidades públicas, poder-se-ia cogitar da possibilidade de investigações preliminares à ação civil pública. Assinala-se, nesse sentido, que o inquérito civil, muito antes de ter por único escopo a instrução preliminar, também é medida de solução extrajudicial de futuros litígios, de modo que estendê-lo às demais entidades possibilitaria a prevenção de novas lides.

³⁸ “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; (...)”

Aliás, quanto ao Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), é de se referir que inexistente óbice³⁹ para que seja promovido por outras entidades públicas que não o Ministério Público. O que acabou por se discutir no âmbito jurisprudencial seria a possibilidade de as associações privadas firmarem o aludido TAC, dada a inexistência de comando legal nesse sentido. O Supremo Tribunal Federal, apreciando a questão, entendeu pela possibilidade também das associações privadas firmarem o Termo de Ajustamento, conforme o seguinte excerto extraído da ADPF n. 165, julgada em 01.03.2018:

“A associação privada autora de uma ação civil pública pode fazer transação com o réu e pedir a extinção do processo, nos termos do art. 487, III, “b”, do CPC. O art. 5º, § 6º da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) prevê que os órgãos públicos podem fazer acordos nas ações civis públicas em curso, não mencionando as associações privadas. Apesar disso, a ausência de disposição normativa expressa no que concerne a associações privadas não afasta a viabilidade do acordo. Isso porque a existência de previsão explícita unicamente quanto aos entes públicos diz respeito ao fato de que somente podem fazer o que a lei determina, ao passo que aos entes privados é dado fazer tudo que a lei não proíbe.” (STF. Plenário. ADPF 165/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 1º/3/2018, Informativo 892).

A decisão agasalha justamente esse viés de prevenção de litigiosidade de que é capaz o Termo de Ajustamento de Conduta, o qual passa a ser instrumento importante de solução de macro conflitos.

Uma observação quanto ao excerto acima transcrito se faz necessário, contudo. Nada obstante a Suprema Corte ter referido o TAC como uma forma de transação, a doutrina defende que com ela (transação) não se confunde, uma vez que “No compromisso de ajustamento não há concessão alguma por parte da entidade pública legitimada, mas, sim, submissão do responsável pela lesão ao cumprimento dos preceitos protetivos, em respeito aos interesses supraindividuais.” (LEONEL, 2017, p. 420).

No âmbito da Ação Civil Pública Colaborativa, que será versada no capítulo seguinte, o inquérito civil público, como instrumento de investigação prévia que é, tem importante papel de delimitar as questões que serão objeto das futuras medidas

³⁹ A legislação, ao revés, abre espaço para as demais entidades públicas a celebrar o TAC, conforme redação do artigo 5º, §6º da Lei 7.347/85: “§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990)”.

estruturantes. Aliás, poder-se-ia cogitar até do ingresso de *amicus curiae* mesmo em fase preliminar do inquérito, tudo como forma de democratizar o debate sobre a questão relevante que se versará na futura Ação Civil Pública.

O Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), de outro modo, apesar de ser instrumento relevante de prevenção de litígios (do que ganha importante proeminência quando comparado à formatação de demandas individuais), acaba tendo papel reduzido no bojo das Ações Cíveis Públicas Colaborativas. Isso porque lhe é essencial o debate judicial, o qual oportunizará a construção de solução democrática através da execução negociada (ou colaborativa, como denominamos), e permitirá as formas de execução estruturante, as quais entendemos somente ser possível com a fiscalização do Poder Judiciário.

Por fim, há ainda tratamento específico da coisa julgada nas ações coletivas, 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 comum.

Preliminarmente, contudo, é de se ter em consideração que a coisa julgada coletiva é um dos assuntos mais polêmicos e discutidos em âmbito doutrinário, dada a sua particularidade no processo coletivo. Bertolo já advertira que as peculiaridades e dificuldades do instituto derivam da “(...) dispensa da presença de todos os interessados e da possibilidade de solução de todos os litígios contidos na lide coletiva (...)” (BERTOLO, 2006, p. 293).

Com efeito, é através do estudo da coisa julgada que o processo coletivo potencializa sua aptidão para solução racionalizada das lides. Ademais, o tratamento diferenciado do instituto em âmbito coletivo permite o alcance da tutela jurisdicional a casos que, individualmente, quiçá sequer chegariam ao Poder Judiciário.

Tradicionalmente vista como expressão da segurança jurídica, a coisa julgada no processo coletivo serve ao cumprimento do próprio escopo deste último, irradiando efeitos (a depender da situação) a quem sequer foi parte na relação jurídica processual.

É importante, primeiramente, recordar conceitos originados do estudo clássico da coisa julgada no âmbito individual. Nesse diapasão, denomina-se coisa julgada formal a estabilidade de determinado pronunciamento judicial no âmbito do processo

em que proferido e coisa julgada material a imutabilidade deste pronunciamento para fora do processo.

Abstraindo a discussão sobre o que é abrangido pela coisa julgada⁴⁰, pode-se ainda referir que esta encontra limites objetivos e subjetivos. Entende-se por limites objetivos aquela miríade de matérias que tenham a aptidão para se tornar imutáveis. É dizer: o limite objetivo identifica o que pode e o que não pode estar abarcado pela coisa julgada.

De forma bastante resumida, a doutrina entende que o dispositivo da sentença de mérito está abarcado pela coisa julgada material, ficando afastados, na forma do art. 504 do CPC/15, os motivos e a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença. Nesse sentido, confira-se o magistério de Daniel Amorim Assumpção Neves:

Historicamente, se entende que somente o dispositivo da sentença de mérito torna-se imutável e indiscutível, admitindo-se que os fundamentos da decisão possam voltar a ser discutidos em outro processo, inclusive com a adoção pelo juiz de posicionamento contrário ao que restou consignado em demanda anterior. É natural que essa rediscussão dos fundamentos da decisão seja admitida somente se não colocar em perigo o previsto no dispositivo da decisão protegida pela coisa julgada material. Afirma-se, corretamente, que a coisa julgada material não se importa com *contradições lógicas* entre duas decisões de mérito, buscando tão somente evitar as *contradições práticas* que seriam geradas no caso de dois dispositivos em sentido contrário. A missão de evitar as contradições lógicas – mesmos fatos e fundamentos jurídicos considerados de maneira diferente em distintas decisões judiciais – é destinado a outros institutos processuais, tais como a prejudicialidade, conexão, continência, litisconsórcio, intervenção de terceiro e tutela coletiva. (NEVES, 2019, pp. 916-917)

Há que se lembrar, contudo, que além do dispositivo, o CPC/15 também consagrou que a questão prejudicial também poderá fazer coisa julgada, desde que preenchidos os requisitos do §1º do art. 503⁴¹.

⁴⁰ A discussão é muito bem abordada por BERTOLO, Rozangela Motiska. *A coisa julgada nas ações coletivas*. In OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. (Coord). *Eficácia e Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, pp. 294-296,

⁴¹ Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

§ 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se:

I - dessa resolução depender o julgamento do mérito;

II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;

Já os limites subjetivos da coisa julgada dizem respeito “(...) à determinação das pessoas atingidas pela coisa julgada, isto é, de quem está submetido à imutabilidade do comando expressado na parte dispositiva da sentença” (BERTOLO, 2006, p. 301). É aqui que a matéria ganha importância na tutela coletiva, haja vista que é da natureza desta a extensão dos efeitos dos julgados a um número maior de interessados quando comparado às demandas individuais.

Nesse sentido, apenas para rememorar, o processo civil individual tradicionalmente circunscreve os limites subjetivos da coisa julgada às partes que integraram a relação jurídica processual. Bertolo (2006, p. 302) assinala que “Parte designa tanto aqueles que integram a relação jurídica de direito material como aqueles que compõem a relação jurídico-processual.” (BERTOLO, 2006, p. 302).

Com efeito, o antigo artigo 472 do CPC de 1973 era textual no sentido de que “a sentença fará coisa julgada às partes as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros”. De fato, o entendimento sempre restringiu os efeitos da coisa julgada às partes e a terceiros intervenientes, conforme se extrai das lições de Neves:

Nos processos individuais, havia entendimento tradicional na vigência do diploma processual revogado de que a coisa julgada se operava *inter partes*, ou seja, ela vincula somente as partes, não atingindo os terceiros, que não serão por ela beneficiados ou prejudicados. A par das discussões doutrinárias a respeito do conceito de parte, entende-se que a coisa julgada vincula o autor, réu e terceiros intervenientes, à exceção do assistente simples, que suporta a eficácia da intervenção prevista pelo art. 123 do CPC. (NEVES, 2019, p. 926)

O CPC de 2015, porém, não repetiu a redação do antigo artigo 472, do que resultou debate sobre o alcance da coisa julgada. O artigo 506 do novo diploma apenas refere que a sentença não prejudica terceiros, retirando a parte em que havia referência ao beneficiamento daqueles que não compuseram a relação jurídico-processual.

Com isso, passou a doutrina a discutir o novo alcance dos limites subjetivos, tendo Neves bem resumido o debate em cinco posições diversas:

III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

§ 2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.

A primeira entende que o direito brasileiro consagrou o instituto do *collateral estoppel* do direito americano, de forma que terceiros em situação fático-jurídica assemelhada com aquela discutida no processo são alcançados pela coisa julgada desde que esse lhes beneficie. O segundo entendimento entende ter sido consagrada na tutela individual a coisa julgada *secundum eventum litis in utilibus*, própria da tutela coletiva. Os dois entendimentos geram efeitos práticos idênticos, equiparando a coisa julgada individual àquela produzida em processo coletivo que tenha como objeto direito individual homogêneo. (...)

Uma terceira corrente entende que a coisa julgada só pode beneficiar terceiros na hipótese de litisconsórcio facultativo unitário não formado. Um quarto entendimento é aquele que admite a geração de coisa julgada para beneficiar terceiros somente na hipótese de cotitulares do direito material discutido no processo, numa generalização da regra consagrada no art. 274 do CC.

Por fim, uma última corrente doutrinária defende que a regra consagrada no art. 506 do CPC é ineficaz porque se a coisa julgada beneficia um terceiro, sempre prejudicará a parte contrária. Esse último entendimento parece não ser adequado porque o terceiro se valeria da coisa julgada em prejuízo da parte derrotada no processo em que ela se formou, e não contra um terceiro. (NEVES, 2019, pp. 926-927)

O debate mostra-se absolutamente pertinente com o processo coletivo, de certa forma até aproximando a tutela individual da coletiva, como referiu Neves no trecho acima transcrito. Deveras, a formação da coisa julgada em âmbito coletivo é cercada de particularidades, possuindo uma construção e dogmáticas próprias.

Neste aspecto, a depender dos direitos que estão em discussão, a coisa julgada poderá dar-se em maior ou menor extensão, ficando diretamente relacionada com o resultado do processo e da combinação com a suficiência – ou não – da prova produzida. Nesse sentido, Ricardo de Barros Leonel (2017, p. 340) afirma que a coisa julgada coletiva opera-se *secundum eventum litis vel probationis*, que é justamente essa combinação entre resultado da demanda e acervo probatório produzido. Para o autor:

As previsões normativas, de modo geral, indicam para a extensão do comando da sentença no processo coletivo em caráter benéfico em caso de procedência da ação, e na hipótese de improcedência quando demonstrado que a pretensão era infundada. Se a improcedência decorre de insuficiência de provas, o julgado produz efeitos somente entre as partes (processuais), sendo possível a renovação da demanda com base em novas provas. A solução não é nova, pois já adotada para a ação popular, com a possibilidade de renovação da demanda por qualquer cidadão no caso de surgimento de novas provas quando a primeira ação foi julgada improcedente por insuficiência probatória. (LEONEL, 2017, pp. 340-341)

Em resumo, nos termos do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor⁴², a coisa julgada, quando se está diante de direitos transindividuais (difusos e coletivos em sentido estrito), opera-se *secundum eventum probationis*, já que dependente do resultado da prova, e tem efeito *in utilibus*, já que aproveita aos demandantes individuais que poderão ajuizar ações para liquidar e executar o provimento da ação coletiva.

Já no caso de direitos individuais homogêneos, a coisa julgada forma-se *secundum eventum litis*, haja vista que relacionada exclusivamente com o resultado da demanda, aproveitando aos demandantes individuais no caso de procedência, e não lhes prejudicando no caso de improcedência.

O modelo brasileiro de formação da coisa julgada, seja através da prova produzida, seja em virtude do resultado da demanda coletiva, é diverso do norte-americano, o qual prestigia a opção dos demandantes individuais.

De fato, no modelo das *class action* “(...) os interessados, conforme opção exercida – *opt in/opt out* – obtêm a extensão da coisa julgada independentemente do resultado da lide.” (BERTOLO, 2006, pp 308-309). Assim, os demandantes

⁴² Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

§ 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

individuais possuem a opção de serem ou não abrangidos pelos efeitos da coisa julgada, desde que expressamente assim o requeiram.

É bem nítido que a diferença de sistemática reside, especialmente, no fato de que o modelo norte-americano faz uso de um representante adequado, de modo que a coisa julgada, naquele modelo, pode se efetivar de forma mais extensa. De todo modo, Bertolo (2006, p. 309) bem ressalta o inconveniente do modelo das *class action*, que, com essa formatação de coisa julgada, acaba por transformar uma ação coletiva em uma ação de litisconsórcio ativo⁴³. Acrescentamos, outrossim, o alto custo que tal modelo traz – o que, por certo, geraria entraves no ordenamento jurídico brasileiro –, já que demanda notificações individuais de cada um dos interessados.

Mesmo que não coincidam os modelos brasileiro e norte-americano, o que emerge como cristalino é o tratamento absolutamente diverso da formação da coisa julgada individual e da coletiva. Com efeito, a maior extensão da coisa julgada nas ações coletivas decorre da sua própria razão de ser, isto é, está diretamente relacionada com os direitos que por elas são tutelados.

O estudo a partir desta separação tem o condão de lançar luzes sobre uma dogmática própria ao processo coletivo, o qual possui caracteres próprios que o distancia do processo individual; afinal, como refere Ricardo de Barros Leonel, citando José Carlos Barbosa Moreira, “é necessário extrair novas sonoridades das antigas partituras” (LEONEL, 2017, p. 334).

A partir desta separação, podemos ir além, inclusive propondo uma análise específica para as ACP's Colaborativas de que cuida a presente dissertação. A formação coisa julgada, como se verá oportunamente, não precisa ficar necessariamente circunscrita às concepções individuais, ou mesmo a concepção coletiva propriamente dita. Nesta esteira, e antecipando o que se tratará no capítulo 4, entendemos que a coisa julgada na Ação Civil Pública ora proposta poderá, dadas as particularidades do litígio em discussão, operar *rebus sic stantibus*, deixando de lado a sua marca de imutabilidade.

Remetemos, contudo, a abordagem ao capítulo próprio, sendo importante, por ora, demarcar que estas nuances da ação civil pública (e do processo coletivo de

⁴³ Diríamos que a ação acaba resultando uma ação em que o litisconsórcio ativo seria por adesão, já que alguns interessados poderão requerer seu ingresso e outros sua exclusão dos efeitos da decisão.

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 de forma bastante resumida, um regime especial no tratamento da coisa julgada, alçam o processo coletivo a um instrumento importante de efetivação de direitos, realizando justiça de forma mais ampla.

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 pública⁴⁴. 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.

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 do 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 (v.g aumento de vagas em escolas públicas).

3.4 O processo coletivo a serviço da maximização dos direitos sociais: o uso da Ação Civil Pública em matéria de saúde

De fato, tal invasão na atividade administrativa está intrinsecamente ligada à denominada judicialização da política. Deveras, sendo omissos os administradores, cabe ao Poder Judiciário fazer implementar as políticas públicas através de decisões ou sentenças proferidas no bojo de processos individuais ou coletivos. Barroso (2012,

⁴⁴ Nesse sentido, por exemplo, 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: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 751 e seguintes.

p. 24) oferece-nos um conceito bastante elucidativo do que se tem denominado por judicialização:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas pelos órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. (BARROSO, 2012, p. 24)

O fenômeno, como afirmou Barroso (2012, p. 24) no trecho supra transcrito, possui causas múltiplas. O jurista, de todo modo, compila as principais causas da judicialização no Brasil, sendo assim resumidas: (1) a redemocratização, a qual possibilitou ao Poder Judiciário posição de protagonista no poder político, fazendo valer as leis e a Constituição; (2) a constitucionalização abrangente, que acabou por transformar inúmeras matérias ditas “políticas” em jurídicas, deixando pouco espaço para o legislador no cenário político; (3) o sistema de controle de constitucionalidade adotado, o qual, segundo Barroso (2012, p. 24) é um dos mais abrangentes do mundo, possibilitando uma ampla gama de ações para efetivar o que está constitucionalizado.

A judicialização crescente levou ao Poder Judiciário matérias que até então estavam reservadas ao campo político, muitas das quais passaram a exigir uma postura mais proativa dos juízes. Berizonce (2010, p. 4) dá-nos diversos exemplos ocorridos na Argentina, evidenciando que a judicialização e conseqüente proatividade dos magistrados não é exclusividade brasileira. Confira-se:

Así, los jueces fueron llamados a decidir, por ejemplo, cuestiones más propias de la política sanitaria y de la competencia del Ministerio de Salud, generalmente en vía de amparos colectivos, cuando numerosos médicos de hospitales públicos reclamaron el dictado de medidas de urgencia por el estado de abandono o carencias extremas en servicios hospitalarios públicos, que obligó a los magistrados a imponer designación de profesionales médicos especializados y personal asistencial de apoyo suficiente; en el caso de un hospital neuropsiquiátrico de la capital. O tópicos propios de la política social y de bienestar y seguridad de las personas, tales los relativos a la urgente protección y resguardo de niños y adolescentes em situación de calle, viviendo em los espacios públicos, lo que derivara em órdenes judiciales para que se destinaran “todos los esfuerzos humanos y presupuestarios” para paliar tan crítica situación. O en

lo referente a las condiciones de seguridad de los usuarios que utilizan el servicio ferroviario, por su estado extremadamente inseguro y defectuoso que llevó, en el marco de un amparo colectivo promovido por el Defensor del Pueblo de la Nación en 2005, a ordenar al Estado Nacional y a la empresa oficial la implementación de un programa de obras necesarias y la inclusión de su costo en el presupuesto general de la Nación; y otras medidas complementarias. O cuando a instancia de una ONG que demandó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires mediante un amparo colectivo, alegando la violación de derechos fundamentales a la educación, propios de la política educacional, en julio de 2006 se ordenó judicialmente el urgente reemplazo de los módulos contenedores en que se dictaban las clases en algunos establecimientos públicos y la provisión de aulas dignas; o cuando ante la falta de vacantes en el nivel educativo inicial se judicializó el reclamo de apertura de los jardines de infantes (BERIZONCE, 2010, p. 4)

Aliás, é bom que se diga que judicialização e ativismo, apesar de relacionados, são conceitos que não se confundem. O ativismo está relacionado a uma postura mais proativa do Poder Judiciário, que passa a agir na omissão dos demais Poderes. Barroso (2012, p. 25) muito bem esclarece a relação de judicialização e ativismo:

A judicialização e o ativismo são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expedindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, 2012, p. 25)

O ativismo está assim mais voltado a uma posição adotada – e de certa forma escolhida – pelos julgadores ao apreciar as questões postas à sua análise. A judicialização crescente de temas mais afetos à política tendem a fazer florescer um maior ativismo, justamente na inércia, referida acima por Barroso (2012, p.25), do Poder Legislativo e, em matérias de políticas públicas, nomeadamente do Poder Executivo. Barroso (2012, p. 26) dá-nos alguns exemplos de ativismo, dentre os quais podem ser citados: (1) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente por elas contempladas; (2) declarações de inconstitucionalidade levando como parâmetros critérios menos rígidos que aqueles que exigem a ofensa

flagrante à Constituição; (3) imposição de condutas ou omissões ao Poder Público, nomeadamente em matérias de políticas públicas.

Como se disse, o avanço jurisdicional sobre políticas públicas acaba por ocorrer na retração (ou quase omissão) do Poder Executivo. Ocorre que esse avanço acaba se verificando, na prática, via ações individuais, não se tendo um ganho efetivo na maximização das políticas públicas e, em especial, do direito à saúde de que se cuida no presente trabalho.

Afora isso, a proliferação de ações individuais gera uma explosão de litigiosidade que prejudica a própria prestação jurisdicional. Os efeitos nocivos desse acúmulo de demandas – quiçá gerados pelo amplo acesso à justiça e que, paradoxalmente, acabam malferindo, via transversa, esse importante princípio - é retratado por Cambi (2016, p. 624):

Houve, após a Constituição Federal de 1988, uma explosão de litigiosidade. O amplo acesso à justiça, a princípio identificado com o acesso ao Poder Judiciário, trouxe uma *excessiva judicialização* de demandas que revelam a ineficiência do sistema judiciário para tutelar os direitos dos cidadãos. Fato que, paradoxalmente, acarretou uma grave ofensa ao próprio acesso à justiça. A demasiada quantidade de processos em trâmite obriga os magistrados a proferirem decisões padronizadas, em uma verdadeira *linha de montagem judiciária*. O compromisso como o caso concreto fica prejudicado diante dessa jurisdição *pasteurizada*; além de se estimular o arbítrio judicial, ante a deficiência ou falta de fundamentação das decisões. (CAMBI, 2016, p. 624)

No ponto, registra-se que nada obstante o sistema normativo presente no ordenamento jurídico brasileiro – que, ainda que não conte com um diploma legal específico versando sobre os procedimentos coletivos, conta com legislação minuciosa sobre o tema como a Lei da Ação Civil Pública -, não se verifica, na prática, a utilização das ações coletivas para a proteção do direito à saúde. Veja-se que, *a priori*, o direito à saúde será sempre coletivo, ainda que não perca seu viés individual, do que se infere a possibilidade de uso do instrumento coletivo para a sua defesa.

Ainda, o uso de ações coletivas uniformizaria as decisões em matéria de saúde, evitando-se decisões contraditórias em casos similares, sendo, de modo outro, umas das técnicas apontadas por Cambi (2016, p. 627) como potencial remediadora do acúmulo de processos.

Poder-se-ia objetar que o direito à saúde possui matiz própria, exigindo avaliação caso a caso. E, de fato, é cediço que tal direito demanda uma análise concreta com viés fático, o que não lhe retira, de todo modo, uma possibilidade de tratamento coletivo.

Neste ponto, é importante que se ressalte que cada julgador, valendo-se da necessária fundamentação, poderá avaliar a casuística sob diferentes pontos de vista, ora prestigiando a reserva do possível, ora fazendo a conformação dessa reserva orçamentária em função do mínimo existencial da coletividade envolvida (e do entendimento fundamentado, no caso concreto, do que seja esse mínimo existencial).

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 Mazzili (1992, p. 3):

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.

Talvez por inadequação de formação, ou mesmo ante o predomínio individualista que permeou 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 norte, o próprio julgamento do RE 657718/MG, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgado em 22/5/2019 evidencia a possibilidade de um tratamento mais generalista para as políticas de saúde, ainda que estas sejam específicas como o caso dos medicamentos de alto custo, que é o caso do RE 566471, ainda não julgado.

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.

Ora, de há muito o modelo individual de processo em que o sujeito A demanda o sujeito B postulando uma prestação específica e determinada cedeu espaço; ao revés, vive-se hoje em uma sociedade de massas, como afirmou Mancuso (2002, p. 7) no trecho acima transcrito, nas quais se busca preponderantemente soluções abrangentes.

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 (ou implementação de políticas de saúde de forma ampla) através de ações individuais acaba não só gerando efeito nocivo 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 valorativo⁴⁵. 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 a instauração (ou reformulação) de uma política de saúde, aliada à possibilidade de 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 garantir, de uma forma maximizada, o direito à saúde estabelecido na Constituição.

É inegável, assim, a importância da ação civil pública para a efetivação de direitos fundamentais, em especial o direito à saúde de que se trata neste trabalho. Nossa proposta, contudo, vai além e será apresentada no capítulo seguinte.

⁴⁵ 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)

4 Ação Civil Pública Colaborativa

4.1 Do processo estrutural: breves comentários

Os dois primeiros capítulos do presente trabalho indicam a necessidade de uma urgente releitura e sistematização da efetivação de direitos sociais (notadamente do direito à saúde) no plano processual. Se por um lado foi observado que não é fácil o cotejo mínimo existencial e reserva do possível, por outro foi observada a premente necessidade de solução de casos complexos que se apresentam ao Poder Judiciário.

E dentro dessa miríade de casos complexos, elegeu-se o tema dos medicamentos de alto custo para doenças raras. Citou-se o espinhoso caso da Atrofia Muscular Espinhal tipo I e dos medicamentos que lhe são afetos (Spinraza, recentemente incorporado, e o Zolgensma, conhecido por ser atualmente o medicamento mais caro do mundo⁴⁶).

Também já fora registrado nas linhas precedentes a nocividade do uso de ações individuais nos casos de políticas públicas e, uma vez mais, nos casos que envolvem saúde. O uso de ações coletivas, como se registrou no capítulo precedente, conduz, a um só tempo, a racionalização da máquina pública e uniformiza as decisões judiciais.

De todo modo, o só uso de ações coletivas está longe de resolver o problema da saúde pública no Brasil. A lógica de um processo coletivo, por mais que otimize a prestação jurisdicional, ainda está aquém da complexidade que envolvem as demandas de saúde.

Nessa esteira, é preciso pensar um modelo alternativo, que seja capaz de dar conta das demandas, efetivando e maximizando o direito à saúde. E tal modelo, que deve, obviamente, valer-se de ações mais abrangentes – tais quais as coletivas – precisa escapar de uma lógica binária, criando arcabouço teórico próprio.

O que se está a dizer é que mesmo o processo coletivo, por si, pode não ser suficiente para a resolução de questões complexas como as de saúde – como não o

⁴⁶ Lembramos que o Zolgensma já recebeu parecer de aprovação, em maio de 2019, pelo Food and Drugs Administration (FDA) norte-americano, para todos os tipos de AME, e que custa o valor aproximado de R\$ 9.000.000,00 (nove milhões de reais).

é -, de modo que se necessita pensar novos meios para resolução das demandas. E é nessa esteira que propomos a presente Ação Civil Pública Colaborativa.

Pensa-se tal instrumento como um formato de ação na qual a Administração Pública demandada colabore de modo ativo com a parte autora, indicando alternativas de melhor custo-benefício, ou mesmo trazendo à baila elementos técnicos em ação que verse, por exemplo, sobre medicamentos experimentais, de forma a não mais se ver o processo como “campo de batalha”, e, sim, como um “instrumento civilizatório de promoção da justiça e da paz social” (CAMBI, 2007, pp. 345-384).

Para tanto, porém, precisamos analisar o que se entende por litígios estruturais e medidas estruturantes, conceitos estes que se amoldam com exatidão ao tipo de demanda de que estamos a tratar.

Os litígios estruturais surgem da insuficiência que marca a bipolaridade dos processos tradicionais. Com efeito, a lógica que então reinava de “direito-obrigação-violação-reparação” (LIMA, 2017, p. 371) já não se presta a responder os conflitos multipolares e complexos de hodiernamente.

Tal modelo de litigância, baseado, segundo Carlos Alberto de Salles (2017, p. 222), em bipolaridade, retrospectividade, compensatividade, limitação às partes e iniciativa da parte, não responde com necessária aptidão aos conflitos que se espraiam para além dos envolvidos, atingidos diversos setores da sociedade.

É importante assinalar, como acima referido, que a despeito de ter melhor aptidão para a solução de lides complexas, até mesmo o processo coletivo é imbuído de uma lógica tradicional de processo. Nesse sentido, Arenhart:

As ações coletivas, por outro lado, também não representam resposta muito melhor. Isso porque, substancialmente, a tutela coletiva brasileira, *grosso modo*, pode ser resumida em um processo “individual”, no qual o autor da demanda se legitima à proteção de interesses de terceiros ou de toda coletividade. Em verdade, a tutela coletiva nacional não é, a rigor, uma técnica que permite à coletividade expressar sua vontade ou seus interesses. Ao contrário, o que ela faz é autorizar alguns entes a, dizendo-se porta-voz de uma coletividade, defender os interesses desta. Essa proteção, porém, faz-se exatamente do mesmo modo como se realiza a proteção de interesses individuais. Os instrumentos processuais são os mesmos, as técnicas são as mesmas e mesmo o procedimento desenhado é, substancialmente, o mesmo que é empregado para a tutela de interesses individuais em sentido estrito. E, mais grave, mesmo a dita “representação” feita pelo legitimado para a tutela coletiva é mais aparente do que real. Com efeito, um agente do Ministério Público, por exemplo, pelo simples fato de sê-lo, está inquestionavelmente legitimado à tutela de qualquer interesse

difuso ou coletivo e, em consequência, passa a ter a prerrogativa de dizer – *sem sequer ser obrigado a consultar a qualquer membro da comunidade ou da coletividade como um todo ou mesmo sem nem mesmo dar a oportunidade a esses grupos ou à sociedade de manifestar-se previamente* – aquilo que a sociedade precisa, deseja ou exige. Paradoxalmente, portanto, o processo coletivo *aliena* exatamente o grupo que é protegido, na medida em que não permite sua participação direta, mas apenas autoriza a presença, no processo, dos entes legitimados para a tutela desses grupos. E faz tudo isso segundo a mesma lógica da tutela individual, ou seja, segundo um processo *bipolarizado*, onde necessariamente se veem posições antagônicas em que uma deve prevalecer sobre a outra. (ARENHART, 2017, pp. 477-478)

Os litígios estruturais, com efeito, são exemplos de lides insuficientemente versadas por processos tradicionais (sejam individuais, sejam coletivos, na ótica acima descrita). Aliado a isso, segundo Vitorelli (2017, p. 371): “o litígio estrutural implica a implementação, pela via jurisdicional, de valores públicos reputados juridicamente relevantes, mas que não foram bem sucedidos espontaneamente, na sociedade.”.

É justamente dessa implementação de valores, acima referida, que exsurge sua terceira característica, que é a “reforma de uma instituição, pública ou privada” (LIMA, 2017, p. 371), de modo a promover o valor público almejado.

Em síntese, Edilson Vitorelli assim define os litígios estruturais:

Em resumo, litígios estruturais, para os efeitos do presente estudo, são aqueles que envolvem conflitos multipolares, de elevada complexidade, cujo objetivo é promover valores públicos pela via jurisdicional, mediante transformação de uma instituição pública ou privada. (LIMA, 2017, p. 372)

Embrião desse tipo de litigiosidade, a qual exigia a reforma de estruturas e da própria cultura⁴⁷ então em vigor, foi os Estados Unidos da América e o conhecido caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, de 1954. Antes de analisá-lo, contudo,

⁴⁷ A relação cultura, efetividade das decisões e as medidas estruturantes é muito bem diagnosticada por Jobim, no seguinte excerto de sua obra: “Em que pese não haver discordância no aqui salientado sobre a cultura constitucional brasileira trabalhada pelos autores, defende-se que, se o direito, que pode vir a ser modificado por uma decisão judicial, estiver de acordo com essa cultura, haverá a própria efetividade dela pelo compromisso assumido pela sociedade a esse paradigma já determinado. Contudo, existem alguns momentos em que o novo direito vem encarregado de modificar paradigmas passados, sendo que é nesse momento que as medidas estruturantes entram no cenário, para, por meio de determinadas ações, conseguir criar condições de possibilidade de esse novo direito ser concretizado”. (JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 181).

façamos uma pequena retrospectiva no ambiente cultural e nas decisões que foram proferidas pela Suprema Corte norte-americana.

Há dois casos que precedem o paradigmático caso *Brown* acima citado, todos versando sobre questões raciais. Com efeito, o ambiente cultural no qual estavam inseridos os Estados Unidos era de uma cultura escravagista, com legislação que separava brancos dos negros com a Corte Suprema dos Estados Unidos chancelando essa ideia. (JOBIM e ROCHA, 2017, p. 564)

Jobim (2013, pp. 67-72) inicia historiando o caso *Dred Scott v. Sandford* (1857). O caso refere-se a Dred Scott, um escravo que trabalhou em lugares onde era permitida a escravidão e em lugares em que era vedada. (JOBIM, 2013, p. 68). Jobim (2013, p. 70) chama a atenção para a perplexidade ante a argumentação pela qual a Suprema Corte negou a liberdade a Dred Scott, a qual refletia, de certo modo, a cultura vigente. Nas suas palavras:

Essa linha de raciocínio que estava impregnada na vida dos *Justices*, assim como em parcela da sociedade estadunidense, certamente, influenciou o julgamento no caso *Dred Scott v. Sandford*, no qual foi negado o direito daquele e de sua família de serem considerados livres perante seu senhor. Dentre os argumentos utilizados para negar o direito à liberdade, o que mais causa estranheza até os dias atuais é aquele no qual restou consignado que, segundo a Constituição, os negros não poderiam se tornar cidadãos dos Estados Unidos, não obstante outros contextos tenham sido utilizados. (JOBIM, 2013, p. 70)

O segundo caso é *Plessy v. Ferguson* (1896), que versa sobre o jovem Homer Plessy que ingressara em um dos vagões destinados às pessoas brancas. (JOBIM, 2013, p. 72). A Suprema Corte, no caso, considerou constitucional a lei que separava as pessoas nos vagões, chancelando a doutrina que trazia o slogan *separate but equal* (JOBIM, 2013, p. 75). Tal doutrina, em apertada síntese, apregoava a necessidade de separação de pessoas brancas e negras, desde que garantidos direitos iguais.

Após a solução dos dois casos acima, os quais ratificavam a doutrina do *separate but equal*, foi a Suprema Corte dos Estados Unidos chamada mais uma vez para debater a questão racial, desta feita proferindo julgamento diverso. Estamos a nos referir sobre o paradigmático caso *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954), o qual não somente deu novos rumos à questão racial nos Estados

Unidos, como também deu início às chamadas decisões estruturantes⁴⁸. Jobim e Marcelo da Rocha assim resumem o caso *Brown*:

Resumidamente, Linda Brown era uma criança negra de tenra idade e que precisava atravessar toda a sua cidade a pé, Topeka, no Estado de Kansas, para chegar à sua escola pública. Ocorre que muitas outras escolas públicas próximas de sua casa, no entanto, não aceitavam crianças negras. Diante das negativas das autoridades escolares locais de remanejo, Brown ajuizou contra o Conselho de Educação estadual (*Board of Education of Topeka*) para exigir que estudasse próximo de sua residência. (JOBIM e ROCHA, 2017, p. 571)

O resultado foi que a Suprema Corte norte-americana assegurou o direito de Linda Brown de freqüentar escola para brancos a partir de uma interpretação da Décima Quarta Emenda Constitucional⁴⁹ (JOBIM e ROCHA, 2017, p. 571). O julgamento, segundo Jobim e Rocha (2017, p. 571) encerrou a doutrina *separate but equal*.

É interessante assinalar, com Jobim (2013, p. 78), que a própria cultura que permeava o caso *Brown* foi modificada com o julgamento de 1954, o que ratifica a interrelação entre contexto histórico-cultural e contexto jurídico defendida pelo autor. Nas suas palavras:

⁴⁸ Importante assinalar, contudo, que nada obstante as decisões estruturantes tenham ganhado proeminência na época do julgamento do caso *Brown* e anos seguintes, hodiernamente verifica-se um declínio desse tipo de decisão. Bauermann (2017, p. 298), citando Myriam Gilles, bem pontua sobre o referido declínio: “Afirma a doutrinadora que o principal motivo dessa decadência seria o desconforto com o papel assumido pelos juízes no julgamento dos casos envolvendo reformas institucionais. Hoje, segundo ela, o ativismo judicial está em baixa, visto que tanto os cidadãos como o Congresso e, inclusive, o próprio Judiciário estão vendo com reservas os amplos poderes exercidos pelos juízes na condução dos processos estruturais.

Também o fato de a população em geral e aqueles que tomam as decisões não chegarem a um consenso quanto às políticas públicas a serem adotadas para garantir a observância dos direitos constitucionais influencia na não adoção de *structural injunctions* atualmente. Por exemplo, as escolas segregadas racialmente na década de 1950 eram tidas por grande parte da população como inconstitucionais, ao passo que os sistemas de cotas hoje utilizados no sistema educacional americano não encontram consenso entre os membros da sociedade, já que parte dela concorda com eles, enquanto outra parte entende essas medidas como inconstitucionais, o que retira a força do Judiciário para que implante políticas públicas.” (BAUERMAN, Desirê. *Structural Injunctions no direito norte-americano*. In: ARENHART, Sergio Cruz. JOBIM, Marco Félix. [org]. Processos Estruturais. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 298).

⁴⁹ Redação da 14ª Emenda: “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residirem. Nenhum Estado poderá aprovar ou fazer executar leis restringindo os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos, nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal, nem negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igualdade de proteção perante a lei”.

O contexto histórico do caso *Brown v. Board of Education* se confunde com o próprio contexto jurídico o qual culminou em seu julgamento pela Suprema Corte, fazendo referência sobre este fato Michael J. Klarman, ao afirmar que, em virtude da política de alguns Estados do Sul, os negros, aos milhões, migraram para os Estados do Norte, em busca de maior tolerância racial, o que resultou no fortalecimento da política para negros, assim como no aumento de seu poder, o que pode ser confirmado com a própria criação da *National Association for the Advancement of Colored People (NAACP)*, que iniciou uma série de movimentos para demonstrar a discriminação racial nas escolas para que elas fossem “iguais em igualdade”, conforme refere Ricardo Luis Lorenzetti. (JOBIM, 2013, p. 78)

Jobim (2013, p. 80) ainda aponta para sensibilidade dos julgadores no caso *Brown*, os quais se aperceberam que alguns dos casos, dentre os distribuídos à Suprema Corte entre 1951 e 1952 sobre segregação racial, poderiam não ter efetividade desejada, haja vista que oriundos de locais em que o racismo era mais acentuado, razão pela qual se optou pelo julgamento do caso *Brown*, que detinha mais chance de êxito.

Ocorre que, mesmo com o julgamento favorável, dificilmente poderia se pensar em uma mudança efetiva do ambiente cultural tão somente em função de uma decisão judicial. Como diz Jobim (2013, p. 81): “(...) conforme acima analisado, a decisão que encerra uma segregação não é por si só eficaz sem que outros fatores externos auxiliem em sua efetividade (...)”. De fato, inviável pensar-se que somente em razão da decisão da Suprema Corte o racismo estaria fadado a terminar em um ambiente histórica e culturalmente conhecido pela segregação.

Os julgadores do caso *Brown*, assim, preocuparam-se em como dar condições de a comunidade negra freqüentar escola destinada a brancos e se só o julgamento garantiria o cumprimento da decisão. (JOBIM e ROCHA, 2017, p. 576). Nesse sentido, Jobim e Rocha (2017, p. 576) pontuam que “As relações sociais, culturais, políticas e econômicas não são alteradas pelo simples fato de existir uma decisão judicial que direcione para um lado oposto ou diferente”.

Por isso que a Corte se reuniu novamente em 1955, no que ficou conhecido como *Brown v. Board of Education II*, para analisar resistências oferecidas à implementação do que decidido. (JOBIM e ROCHA, 2017, p. 578). E é neste caso que, segundo Jobim e Marcelo da Rocha, foram adotadas as chamadas medidas estruturantes, de modo a garantir que a decisão pudesse se tornar realidade (JOBIM e ROCHA, 2017, p. 579).

Tais medidas consistiam, segundo os autores, em “(...) exigência de novos procedimentos para a escolha dos professores, novos critérios para a construção de escolas e do sistema de transporte público (...)” (JOBIM e ROCHA, 2017, p. 579), as quais se faziam necessárias para o enfrentamento de uma sociedade burocratizada e altamente imbuída de um histórico racismo e de uma cultura de segregação.

As medidas acima, aliadas à formatação da decisão proferida no caso *Brown*, consistem nas balizas do que acabou por se chamar de ações estruturais. Desirê Bauermann, citada por Jobim e Rocha (2017, p. 579), assim pontua as repercussões do caso *Brown*:

“Todo esse movimento teve início com o julgamento do caso *Brown v. Board of Education*, *leading case* das chamadas ‘ações estruturais’, cujo estudo se faz necessário aqui em decorrência de sua grande repercussão, sobretudo nas seguintes áreas: i) na forma de julgar dos tribunais americanos; ii) na alteração de paradigmas da sociedade como um todo; iii) na aplicação de meios executórios inovadores para dar cumprimento a valores garantidos constitucionalmente, mas não cumpridos tanto pelos governantes em geral como pela própria população, inaugurando a época de vasta utilização dos auxiliares do juízo e, por consequência, da intervenção judicial, especialmente no campo da elaboração de políticas públicas e de reestruturação de instituições públicas”. (BAUERMAN, 2012, pp. 54-53 *apud* JOBIM e ROCHA, 2017, p. 579)

As ações estruturais, como acima constatado, tiveram origem no julgamento *Brown*, o qual, conforme excerto acima transcrito, foi identificado como o *leading case* desse novo tipo de demanda.

Viu-se, outrossim, que a Suprema Corte teve de se reunir uma vez mais, no que ficou conhecido como *Brown II*, para que pudesse implementar o seu julgado, que acabou por romper o paradigma cultural então vigente nos Estados Unidos relativamente à questão racial. Para valer o seu julgamento, a Corte não só enfrentava dificuldades de ordem prática (a formatação de implementação), como a própria resistência da sociedade, já que um paradigma (o da segregação racial) havia sido superado. Sobre a quebra de paradigmas e a sua relação com as decisões judiciais, importante à transcrição das palavras de Jobim:

Então, é de se concluir que, quando existe uma quebra de paradigma que aparentemente vem sendo, aos poucos, digerido pela sociedade, sendo ela uma boa decisão judicial, com alguma propriedade para se acreditar em sua justiça, o Poder Judiciário deverá ter condições de criar possibilidades para sua máxima efetividade. Já em contrapartida, quando a decisão judicial quebra um paradigma de uma hora para outra, sem tempo para que a

sociedade consiga raciocinar sobre o que ocorreu, tendo sido uma decisão na qual se questiona um mínimo de critério de justiça e se realmente existiu um bom critério de julgamento no caso, é de se concluir que o próprio Poder Judiciário poderá, no mais das vezes, voltar no seu posicionamento, fazendo com que a realidade passada seja a presente, ou manter a decisão, sendo que ela somente será efetiva quando trouxer condições de possibilidade para, no plano material, isso ocorrer. (JOBIM, 2013, p. 91)

De fato, havendo a ruptura de um paradigma e em sendo mantida a decisão da Corte – último caso que é citado no trecho acima -, deve a decisão judicial ser aplicada no plano prático. E, ainda com Jobim (2013, p. 91), uma forma de efetivação de tais decisões (oriundas de demandas estruturais) é “(...) por meio da implementação de medidas estruturantes.” (JOBIM, 2013, p. 91).

As medidas estruturantes, que se prestam a efetivar as decisões proferidas no bojo de processos estruturais, surgem a partir da conceituação, concebida por Owen Fiss, de *structural injunctions*. Com efeito, o professor de Yale parte a sua ideia do conceito de *adjudication*, para o fim de posicionar as *structural injunctions* como uma forma daquela (*adjudication*).

A *adjudication* norte-americana é, em apertada síntese, a atividade jurisdicional exercida pelo Poder Judiciário; é dizer, a *adjudication* é solução dos conflitos, a partir da atribuição de uma norma ao caso concreto (isto é, adjudicando ou atribuindo uma solução dentre as possíveis).

Jobim (2013, pp. 96-97), citando a doutrina de Owen Fiss, apresenta dois grandes modelos de *adjudication*, que são o *dispute resolution* e o *structural litigation*. O autor, em seguida, apresenta as diferenças entre ambos, a saber:

- (i) o mundo da *dispute resolution* é composto quase sempre de indivíduos, não existindo espaço para entidades sociológicas ou minorias, o que existe em abundância no *structural suit*;
- (ii) a *dispute resolution* abarca todos os valores, enquanto na *structural litigation* os valores públicos são os mais visados;
- (iii) no *dispute resolution* a ideia é de que a *adjudication* serve para a restauração do *status quo* daquele caso, enquanto no *structural suit* há uma negação de que este *status* possa ser justo;
- (iv) o modelo de *dispute resolution* isola o Judiciário dos demais poderes, enquanto no *structural litigation* o Poder Judiciário integra uma parte do governo. (JOBIM, 2013, p. 97)

Deveras, bem se vê que os modelos acima representam, *mutatis mutandi*, a diferenciação brasileira entre processos de viés bipolarizado (individuais ou coletivos) e os processos estruturais.

E, em havendo modelos diversos, por evidente que a solução – instrumental – há que ser também diversa, sob pena de tentarmos aproximar institutos que, em sua essência, são incompatíveis.

E dentro do espectro das *structural litigations*, conforme modelo acima apresentado, surgem as *structural reforms*, as quais são assim conceituadas por Owen Fiss, em excerto extraído da obra de Jobim (2013, p. 92), mas no vernáculo do primeiro autor:

“This new mode of litigation, which I call ‘structural reform’, represents an important advance in the understanding of modern society and the role of adjudication. The bureaucratic character of the modern state and the public dimensions of the judicial power are properly acknowledge.”. (FISS, 2003, pp. 287-288 *apud* JOBIM, 2013, p. 92)

Assim, pelas *structural reforms* pretende-se a reconstrução de burocracias, reestruturando determinada organização no sentido de eliminar a ameaça a valores que possam decorrer de atitudes desta mesma instituição (BAUERMANN, 2017, p. 284). São as *injunctions*, pois, formas de implementação das decisões tomadas no bojo de processos deste jaez.

Bauermann (2017, p. 284) dá-nos o conceito de medidas estruturais, apontando uma característica que lhe é inerente:

As *structural injunctions* são um moderno fenômeno nascido da necessidade de desenvolvimento do direito constitucional, visto que a Suprema Corte norte-americana identificou na Constituição do país inúmeros direitos materiais cuja efetiva observância apenas poderia se dar pela supervisão judicial substancial, como, por exemplo, para verificar se os direitos humanos são respeitados em prisões ou hospitais para doentes mentais. Essas decisões são denominadas “estruturais” em virtude de o tribunal, para dar-lhes efetivo cumprimento e garantir a observância do direito das partes, exercer necessária supervisão nas práticas e políticas adotadas pelas instituições que estão sob intervenção judicial.

(...)

As *structural injunctions* alteram o padrão tradicional dos comandos judiciais, que normalmente tem por foco uma situação ocorrida no passado, que gera uma disputa a ser solucionada pelo Poder Judiciário através de uma decisão, sempre dentro dos limites estabelecidos pelos litigantes. (BAUERMANN, 2017, pp. 283-284)

Viu-se, assim, que as medidas estruturantes decorrem de decisões estruturantes, decisões estas tomadas em processos específicos em que se

discutem valores públicos essenciais e que pressupõe a mudança e reorganização de estruturas burocratizadas.

Analizou-se, muito brevemente, a experiência norte-americana, especialmente o paradigmático caso *Brown*, no bojo do qual foram concebidos tais conceitos. O que se terá de analisar, doravante, é a possibilidade de se conceber referidos processos no ordenamento jurídico brasileiro.

E, nesta análise, mostra-se imperioso trazer mais uma vez à baila as lições de Marco Félix Jobim (2013, pp. 183-203), que teve o mérito de aproximar, com apurado rigor teórico sem descurar dos aspectos práticos, o sistema norte-americano do sistema brasileiro, através do que denominou de “A abertura do sistema para a doutrina das medidas estruturais no direito brasileiro”⁵⁰.

Para o autor, é defensável a abertura do sistema pátrio para o ingresso das decisões estruturais das quais se cuidou nas linhas acima, por meio do que chamou de “fontes de abertura”, a saber: (i) o artigo 10 da Lei 9.882/99⁵¹; (ii) a subsidiariedade e a fungibilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental; e (iii) o princípio da efetividade da Constituição Federal. (JOBIM, 2013, p. 183).

Segundo o autor (2013, p. 185), a primeira fonte de abertura, que diz respeito à sistemática ditada pelo artigo 10 da Lei 9.882/99, é um dos caminhos possíveis para se pensar decisões estruturantes que possam ser tomadas no bojo do controle de constitucionalidade das leis pelo Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, o dispositivo, ao conferir a sentença o caráter de ditar as condições de interpretação e aplicação do preceito fundamental, possui o mérito de aperfeiçoar as relações (sociais, econômicas, políticas e jurídicas), bem como normatiza novas condutas a partir de reconstruções dos textos normativos. (JOBIM,

⁵⁰ A oração em referência é o título do capítulo 3.8 de sua obra “Medidas Estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal”, já citada neste trabalho e referenciada ao final.

⁵¹ Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

§ 1o O presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

§ 2o Dentro do prazo de dez dias contado a partir do trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva será publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União.

§ 3o A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

2013, pp. 185-186). Diz o autor, ao objetar a ideia de Elival da Silva Ramos⁵², que defende a eliminação da arguição de descumprimento de preceito fundamental:

Ao contrário do que defende Elival da Silva Ramos, se os julgamentos advindos do referido modelo de ação estruturarem condições de possibilidade de sua plena efetividade com a reestruturação no plano do direito material, terá ela contribuído, de sobremaneira, para o aperfeiçoamento das relações sociais, econômicas, políticas e jurídicas do país, assim como do próprio Poder Judiciário, que deixará de receber inúmeras ações por não se saber qual o real alcance da decisão em sede de controle de constitucionalidade de leis perante o Supremo Tribunal Federal, reforçando a importância da arguição de descumprimento de preceito fundamental, indo de encontro à tese de eliminação da ação do sistema jurídico proposta pelo professor da Universidade de São Paulo, assim como por Gabriel Dias Marques da Cruz. (JOBIM, 2013, p. 185)

É nessa esteira que Jobim (2013, p. 186) ressalta a proeminência da ADPF, destacando ser ela um dos pilares que sustentam a entrada das medidas estruturantes no ordenamento jurídico brasileiro.

Aliás, é justamente da própria ADPF e de algumas de suas características marcantes (precisamente a subsidiariedade e fungibilidade) que decorre a segunda fonte de abertura aventada por Jobim (2013, p. 186). Nesta toada, discorre o autor que inicialmente a doutrina (e o próprio STF) vinha entendendo a subsidiariedade como uma forma de secundarização da ADPF frente às demais ações de controle de constitucionalidade. (JOBIM, 2013, p. 187).

Defende Jobim (2013, pp. 187-88), contudo, que a subsidiariedade que lhe é própria acaba por reforçar sua outra característica, que é a fungibilidade, permitindo o conhecimento de ações erroneamente propostas como ADPF⁵³. E, da passagem de subsidiária para principal (pela via da fungibilidade), há a possibilidade de abertura do sistema, a fim de que suas regras possam espraiair-se para todo controle de constitucionalidade e no âmbito dos Recursos Extraordinários (JOBIM, 2013, p. 190).

Tal passagem mostra-se relevante, segundo Jobim (2013, p. 190), pois permite justamente a aplicabilidade do artigo 10, da Lei 9.882/99, antes citado, para

⁵² A exposição consta de sua obra “Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução”. São Paulo, Saraiva, 2010, p. 411 *apud* JOBIM, Marco Félix. Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 185.

⁵³ Marco Félix Jobim (2013, pp. 188-189) dá-nos como exemplo a ADI 4.180/DF, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, e as ADPF n. 18 e 72, de relatoria, respectivamente, do Ministro Gilmar Ferreira Mendes e da Ministra Ellen Gracie.

os julgamentos proferidos pelo STF no âmbito do controle de constitucionalidade, os quais poderiam passar a ter caráter estrutural. Assim refere Marco Félix Jobim:

Com esse entendimento, o papel assumido pela ADPF passa de subsidiário para principal, o que possibilita que a normatividade dela transcenda seu campo de abrangência, podendo incidir as regras de seu procedimento em todo o controle de constitucionalidade de leis realizado pelo Supremo Tribunal Federal. A importância da ação está expressamente colocada por André Ramos Tavares, que defende que sempre que existir ofensa a preceito fundamental que, como mesmo conceituou anteriormente, abarca a obediência a princípios e regras constitucionais, é de ser utilizada a via da arguição quando se estiver falando das ações de controle abstrato de constitucionalidade das leis, chegando a afirmar que o objeto da ação genérica estaria absorvido pela própria arguição. Diante disso, inegável a reflexão de que as regras garantidoras de maior direito ao cidadão e maior efetividade da Constituição devem ser migradas de uma ação para outra, encontrando moradia o artigo 10 da Lei n. 9.882/99 em todo controle de constitucionalidade, inclusive no Recurso Extraordinário com repercussão geral pelo contorno abstrato que hoje lhe é inerente. (JOBIM, 2013, p. 190)

Por fim, a terceira fonte de abertura invocada pelo autor é o direito à efetividade da Constituição Federal (JOBIM, 2013, p. 191). No que tange a esta porta de entrada das medidas estruturantes no direito brasileiro, defende Jobim (2013, p. 191) que o texto constitucional precisa ser efetivado tanto pelos Poderes da República, quanto pela própria sociedade.

Nessa esteira, tendo presente a força normativa (e consequente necessidade de efetivação) da Constituição, haveria a permissividade de importação da teoria norte-americana das decisões estruturais, haja vista que estas visam, em última análise, à própria concretização de valores sociais relevantes, o que converge com o princípio da força normativa (JOBIM, 2013, p. 192). Nesse sentido manifesta-se o autor:

Diante dessas razões, não há necessidade de se estender na importância da concretização das promessas existentes na Constituição, não sendo preciso ir atrás de autores que apontam esta linha de raciocínio, pelo simples fato da própria pesquisa tornar-se contraditória, pois defende uma cultura constitucional, sendo que este sentimento deve ser inerente a todo o cidadão brasileiro, razão pela qual, não fosse a defesa do ingresso das medidas estruturantes pelo artigo 10 da lei da arguição de descumprimento de preceito fundamental e a sua fungibilidade no controle de constitucionalidade das leis, o direito à efetividade da Constituição, por si só, autorizaria a importação da teoria estadunidense, pois, em consonância com o mais básico sentimento constitucional: o da sua concretização. (JOBIM, 2013, p. 192)

Assim, vê-se que é perfeitamente possível a importação do modelo, sendo inclusive já identificados por Jobim (2013, p. 182) alguns julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal que podem ser identificados como estruturantes⁵⁴.

De todo modo, não é apenas o Supremo Tribunal Federal o único ao qual é atribuída a função de decidir processos estruturais. De fato, os juízos singulares ou tribunais de apelação também o fazem quando estão diante de ações que possam, de alguma forma, alterar a estrutura burocrática de determinado segmento do Estado ou mesmo de algum ente privado.

Deveras, nada obstante a Suprema Corte seja a mais demandada para tal, não raro se verificam ações civis públicas que possuem o condão de gerar profundas alterações estruturais. Nesse sentido, inclusive, cita-se a emblemática “ACP do Carvão”, objeto de detalhado estudo por Arenhart (2017, pp. 475-492).

Nesta Ação Civil Pública, ajuizada em 1993, o Ministério Público Federal buscava a responsabilização da União e de diversas mineradoras a realização e a concretização de projeto de recuperação ambiental de uma determinada região degradada pela mineração (ARENHART, 2017, p. 484). O resultado da ação foi a imposição de um detalhado plano de recuperação, que contou com participação dos entes públicos e privados envolvidos, além de fiscalização por parte do Ministério Público, com auxílio de sua assessoria técnica, e do Poder Judiciário, através da criação do chamado Grupo de Assessoramento Técnico do Juízo (GTA). Sérgio Cruz Arenhart assim detalha a condenação imposta na aludida ação:

Em janeiro de 2000, foi proferida sentença, pelo então Juiz Federal Paulo Afonso Brum Vaz (hoje, Desembargador Federal no Tribunal Regional da 4ª Região), em que se impôs aos réus (mineradoras, seus sócios-gerentes, mandatários ou representantes, sucessores, União e Estado de Santa Catarina) oferecer, em seis meses (contados da intimação da sentença) um projeto de recuperação da região, contemplando, pelo menos, “todos os itens assinalados no PROVIDA-SC, com cronograma mensal de etapas a serem executadas, e executar dito projeto no prazo de 3 (três) anos, contemplando as áreas de depósitos de rejeitos, áreas mineradas a céu aberto e minas abandonadas, bem como o desassoreamento, fixação de barrancas, descontaminação e retificação dos cursos d’água, além de

⁵⁴ O autor cita os seguintes, com a devida identificação o paradigma superado: “(...) (v) ADIn 3.510 e a inconstitucionalidade da lei de biossegurança: quebra de paradigmas culturais religiosos; (vi) ADIn n. 4.277 e ADPF n. 132: a união estável homoafetiva: quebra de paradigmas culturais sociais, religiosos e afetivos; (vii) ADPF n. 54 e a possibilidade de aborto terapêutico nos casos de feto portador de anencefalia: quebra de paradigmas culturais de direito à vida, entre outros; (viii) AP n. 3.388 e a demarcação da área Raposa Serra do Sol: quebra de paradigmas culturais contrários aos direitos das minorias; (iv) MI n. 708 e a greve dos servidores civis: quebra de paradigmas culturais contrários à greve dos servidores públicos.” (JOBIM, 2013, p. 182).

outras obras que visem amenizar os danos sofridos principalmente pela população dos municípios-sede da extração e do beneficiamento”. Em apoio à ordem, foi cominada multa coercitiva e imposta medida de sub-rogação, consistente na contratação, às expensas dos condenados, de terceiro para a elaboração e execução do mencionado projeto. Por fim, a sentença ainda impôs às mineradoras que adequassem sua conduta às normas de proteção ambiental, em sessenta dias, sob pena de interdição; e aos órgãos de proteção ambiental e de fiscalização de mineração o dever de apresentar relatório circunstanciado de fiscalização de todas as minas em atividade naquela região. Finalmente, a sentença impôs ao Ministério Público Federal opinar sobre o projeto de recuperação que seria apresentado, o qual seria posteriormente cancelado pelo Poder Judiciário. (ARENHART, 2017, p. 484)

Outro exemplo de processo estrutural que se inicia (e, em não havendo recurso, pode até mesmo se encerrar) no âmbito das instâncias ordinárias é justamente o caso do direito à saúde de que aqui se trata. No caso versado no bojo de um processo individual, observa-se a existência de mecanismos como a contracautela que extrapolam o pedido inicial, mas que guardam sintonia com a forma de ser das *structural injunctions*. A respeito de tal exemplo, oportuno trazer as palavras de Arenhart:

Um primeiro exemplo que pode ser considerado como um protótipo de processo estrutural são as decisões que, ao outorgarem certo medicamento a um doente necessitado, fixam, fora das quadras do pedido do autor, condições e limites para o fornecimento desse produto. Não obstante essas decisões representem clara situação de sentença condicional – nulas, portanto, na ótica do processo clássico – e extrapolam obviamente o pedido da parte autora, é evidente que a necessidade dessa comprovação ulterior da necessidade do medicamento é não apenas razoável, mas até mesmo desejável. Seria, de fato, absurdo supor que a parte que hoje precisa de um medicamento possa recebê-lo indefinidamente, mesmo depois de se tornar desnecessário. Identicamente, seria absurdo supor que competiria à parte ré a demonstração da desnecessidade do fármaco, para que se pudesse fazer cessar o fornecimento. Por isso, embora extrapolando os limites do pedido, e ainda que a situação enseje uma sentença evidentemente condicional, ninguém poderia reprovar essa forma de tutela. (ARENHART, 2017, p. 483)

Vê-se, assim, que os processos estruturais não ficam restritos ao Supremo Tribunal Federal, alcançando as diversas instâncias do Poder Judiciário⁵⁵. A

⁵⁵ A despeito de o autor Marco Félix Jobim ter realizado minucioso e detalhado estudo sobre as medidas estruturantes em sua obra “Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal”, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, com foco na atuação do STF, o próprio autor em escritos mais recentes também comunga do entendimento de que não é atribuição exclusiva da Corte Suprema a análise dos processos estruturais, visto que pode existir demanda estruturante que se inicie (e mesmo finde) nas instâncias ordinárias. Nas suas palavras: “Em que pese todos os julgados acima terem sido julgados pelo Supremo Tribunal Federal, é inegável que há casos que, antes mesmo de chegar à Corte, passa por tribunais ou juízes inferiores ou, acaba indo

constatação não poderia ser diferente, na medida em que a imensa maioria dos litígios (estruturais ou não) necessariamente inicia nos juízos de primeira instância, ficando o acesso aos Tribunais Superiores exclusivo para análise das questões de direito.

A difusão dos processos estruturais, contudo, ainda é tímida. Quiçá por falta de uma teoria própria, ou mesmo pelo receio de que seja ele instrumento de ativismo desmedido do Poder Judiciário, é fato que as ações que versam sobre saúde (tanto individuais, como coletivas) dificilmente discutem a política pública como um todo, ficando restritas a aspectos como a concessão ou não de um determinado fármaco, a internação ou não de um postulante ou outras pretensões pontuais.

É nesse sentido que calha o presente estudo. A proposição que se fará ao final pretende demonstrar a viabilidade (teórica e prática) de uma Ação Civil Pública Colaborativa em matéria de saúde, a qual tem como premissa o uso de ações estruturais e o manejo de medidas estruturantes. A nossa ação idealizada, contudo, fugirá do espectro ordinário das ações individuais ou coletivas em matéria de saúde, discutindo de forma abrangente toda uma política pública de saúde, qual seja, a de prevenção/combate à Atrofia Muscular Espinhal.

Antes, contudo, de esmiuçarmos os pormenores da ação ora proposta, na qual se proporá releitura de alguns institutos, bem como a concepção de outros, é mister que analisemos a(s) forma(s) de execução da ação civil pública colaborativa, até para que não se concebam institutos teóricos que não tenham como ter aplicabilidade prática; isto é, analisar-se-á de que forma, através do princípio da cooperação, a ação civil pública ora proposta torna-se colaborativa, viabilizando a efetivação do direito à saúde em debate.

direto pelo modelo abstrato que também dispomos em solo brasileiro. Sabendo disso, já não há mais espaço para atribuir ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade única de *structural litigation*, mas a de, sabendo do fato de que não é só ele hoje legítimo para tanto, tentar definir parâmetros de construção de uma teoria desses litígios estruturais que se anunciam cada vez mais no Brasil” (JOBIM, 2017, p. 464).

4.2 Do princípio da cooperação e sua incidência na ACP colaborativa

Como se antecipou, o presente tópico destina-se a analisar a incidência do princípio da cooperação na Ação Civil Pública Colaborativa que ora se idealiza. Optou-se por, desde já, tratar-se do princípio em tela e de sua incidência na ACP, assim como os modos de execução cooperativa, pois de nada adiantaria formatarmos a ACP a partir dos moldes estruturais já estudados, sem que previamente entendêssemos de que modo o princípio da cooperação opera seus efeitos (os quais se fazem presentes tanto em fase executiva como de conhecimento).

Devido à intensa inter-relação entre o princípio da cooperação e a execução da ACP colaborativa, adiantar-se-ão neste tópico algumas formulações da fase executiva, sem prejuízo de retomarmos no capítulo subsequente, no qual se traçará o modelo de Ação Civil Pública Colaborativa desde a fase de conhecimento, com a releitura de alguns institutos do processo civil tradicional, até a fase de execução.

Antes de abordarmos especificamente o princípio da cooperação, é importante entendermos como a colaboração pode ser vista como um modelo que visa a dividir as posições jurídicas das partes e do juiz dentro do processo. (MITIDIERO, 2015, s/p). Tal modelo, segundo nos informa Mitidiero (2015, s/p), é formado a partir de pressupostos culturais (sociais, lógicos e éticos) que o diferencia dos modelos isonômico e assimétrico.

Dentre os referidos pressupostos culturais, importam-nos os pressupostos sociais, os quais estão intrinsecamente relacionados aos modelos de organização social e o consequente reflexo na atuação das partes e do magistrado. É dizer: o modelo social acaba condicionando o papel jurídico dos atores do processo.

Mitidiero (2015, s/p) identifica três modelos de organização, a saber: o modelo paritário, o modelo hierárquico e o modelo colaborativo.

Relativamente ao primeiro (paritário), Mitidiero (2015, s/p) afirma que “(...) conta com certa indistinção entre a esfera política, a sociedade civil e o indivíduo, de modo que o *juiz se encontra no mesmo nível das partes*”. Tal modelo isonômico teve como exemplo as experiências políticas grega e ítalo-medieval, irradiando, também, efeitos para o processo (MITIDIERO, 2015, s/p). No âmbito do processo, assim resta resumido o modelo paritário:

Dentro dessas coordenadas, o magistrado tinha sua função circunscrita à fiscalização da ordem inerente ao processo recebido do direito natural. O processo da época era coisa das partes e não do juiz. A atividade do juiz aparecia limitada à ampla disponibilidade que as partes tinham sobre a *res in iudicium deducta* e sobre a escolha do rito do processo, não sendo consentida qualquer iniciativa judicial na formação da prova (*iudex non potest supplere in facto*), devendo julgar segundo alegado e provado no processo. (MITIDIERO, 2015, s/p)

O segundo modelo de organização é o hierárquico. Neste modelo, como é intuitivo, há distinção entre indivíduos, sociedade e Estado, “(...) estabelecendo-se uma relação vertical de poder entre governantes e governados”. (MITIDIERO, 2015, s/p). Neste modelo há real assimetria, já que “(...) o juiz aloca-se acima das partes (...)” (MITIDIERO, 2015, s/p).

Mitidiero (2015, s/p) identifica duas experiências históricas que se utilizaram do modelo hierárquico: o processo civil romano da *cognitio extra ordinem* e o processo civil do *processus* prussiano dos anos Setecentos. O autor assim resume o processo sob o modelo hierárquico:

Dentro de uma perspectiva restrita ao terreno do direito processual, as novas diretrizes impostas visavam a desenhar um processo mais eficiente e rápido. Em um espectro mais amplo de análise, todavia, revelam duas pretensões comuns às legislações processuais iluministas: o soberano, aumentando o seu próprio poder via legislação e propiciando uma ainda mais significativa centralização burocrática, combate a um só tempo os resquícios do processo comum e as peculiaridades das legislações locais. Vale dizer: o processo, controlado pelo soberano, revela-se um processo programa de “atuação de escolhas políticas”, cujo principal desiderato está na concretização dessas próprias diretrizes. (MITIDIERO, 2015, s/p)

Por fim, o modelo cooperativo, nada obstante beber da antiga distinção entre Estado, sociedade e indivíduo, proposta pelo modelo precedente, organiza a relação entre esses três elementos a partir do referencial de uma sociedade cooperativa, consentânea com o modelo de Estado Constitucional (MITIDIERO, 2015, s/p). Tal conformação, segundo Mitidiero (2015, s/p), está pautada na dignidade da pessoa humana e, especialmente, no objetivo da construção de uma sociedade livre justa e solidária (art. 3º, I, da Constituição), do que se extrai um modelo de cooperatividade entre os envolvidos. Diz o autor, quanto aos reflexos deste modelo no processo:

Essas características imprimidas pela sociedade no Estado através da Constituição evidentemente acabam repercutindo na posição ocupada pelo

juiz no processo. O juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na condução do processo e assimétrico quando da decisão das questões processuais e materiais da causa. Desempenha duplo papel, pois ocupa dupla posição: *paritário no diálogo e assimétrico na decisão*. Visa-se a alcançar, com isso, um “ponto de equilíbrio” na organização do processo, conformando-o como uma verdadeira “comunidade de trabalho” (*Arbeitsgemeinschaft*) entre os seus participantes. A cooperação converte-se em uma prioridade no processo.

A isonomia está em que, embora dirija processual e materialmente o processo, agindo ativamente, o juiz o faz em permanente diálogo com as partes, colhendo as suas impressões a respeito dos eventuais rumos a serem tomados no processo, possibilitando que essas dele participem, influenciando-o a respeito de suas possíveis decisões (de modo que o *iudicium* acabe sendo efetivamente um ato *trium personarum*, como se entendeu ao longo de toda praxe do direito comum). Toda a condução do processo dá-se com a observância, inclusive em relação ao próprio juiz, do contraditório – o juiz nessa linha é igualmente um dos seus sujeitos. A propósito, o art. 16 do *Nouveau Code Procédure Civile* é paradigmático a respeito do tema, assim como o art. 7º do CPC português e o § 139 da *Zivilprozessordnung* alemã.

Nessa perspectiva, coloca-se o órgão jurisdicional como um dos participantes do processo, igualmente marcado pela necessidade de observar o contraditório ao longo de todo o procedimento. Por força do contraditório, vê-se obrigado ao debate, ao diálogo no processo civil. Vê-se, portanto, na posição de dirigir o processo isonomicamente, cooperando com as partes, gravado na sua condução pelos *deveres de esclarecimento, prevenção, debate e auxílio* para com os litigantes. (MITIDIERO, 2015, s/p)

O modelo cooperativo de processo é, portanto, lastreado em participação e diálogo, o que se encontra, em última análise, consentâneo com o Estado Constitucional.

Mitidiero (2015, s/p) refere que a colaboração, além de servir como modelo (de processo cooperativo), também é identificado como princípio jurídico.

Com efeito, e partindo desta vez das lições de Fredie Didier (2015, p. 127), o princípio da cooperação “torna devidos os comportamentos necessários à obtenção de um processo leal e cooperativo” (DIDIER JR, 2015, p. 127), decorrendo daí determinados deveres aos sujeitos processuais, sendo, dentre eles, pela relevância que assume no âmbito de uma ação civil pública que se pretenda colaborativa em questões de saúde, o dever de esclarecimento.

Neste ponto, ainda que o dever de esclarecimento possa ficar jungido à clareza e à coesão do quanto defendido processualmente, entendemos que tal dever possa ser alargado para que esse esclarecimento atinja o próprio direito material discutido, sendo, no caso, o direito à saúde. Diante disso, poder-se-ia cogitar de esclarecimentos sobre medicamentos de alto custo, melhor custo-

benefício de determinado tratamento, ou mesmo informações a respeito de medicamentos experimentais.

Assim, o direito de informação e reação, conseqüências do princípio do contraditório, com o influxo do princípio da cooperação acabam por extrapolar suas conformações dogmáticas tradicionais para fazer emergir um autêntico direito de participação na construção do provimento jurisdicional.

Neste mesmo diapasão, refere-se, com Marinoni, Arenhart e Mitidiero (MARINONI et al, 2017, p. 166), que o processo civil é uma comunidade de trabalho, podendo (e devendo) as partes somar esforços para que essa comunidade – argumentativa – logre o maior êxito possível, permitindo ao Poder Judiciário exarar uma decisão que navegue dentre todas as argumentações (e informações) ventiladas pelas partes. Nessa esteira, o magistrado passará a atuar como um intermediário da cooperação dos envolvidos no processo, de modo que a resolução do caso concreto passe pela compreensão democrática da lide sob a ótica dos sujeitos processuais envolvidos.

Aqui, contudo, cabe uma advertência. Mitidiero (2015, s/p) entende que a colaboração como princípio é direcionado do juiz para com as partes, não podendo se extrair uma cooperação entre as partes dada a sua posição antagônica no processo. Confirmam-se as suas palavras:

O processo civil é presidido normalmente pela existência de *interesses divergentes* entre as partes. A necessidade de *colaboração entre as partes*, portanto, seria uma imposição no mínimo contraintuitiva. Numa palavra: “ilusória”. Fundamentá-la na boa-fé – e, pois, na confiança, seu elemento último – pode levar a um *indevido esfumaçamento dos objetivos* de cada uma das partes no processo civil. É certo que os deveres cooperativos no plano do direito material decorrem da boa-fé, notadamente no campo do direito obrigacional. Existe, porém, uma diferença central em um e outro terreno: enquanto o processo civil é marcado normalmente pela divergência, a relação obrigacional no âmbito do direito privado é permeada, em regra, pela existência de *interesses convergentes* das partes. O adimplemento é o fim do processo obrigacional e ambas as partes estão normalmente interessadas na sua obtenção: daí a necessidade de colaboração entre as partes para promoção do interesse comum. No processo civil não há interesse comum do ponto de vista substancial entre as partes: cada uma quer perseguir o seu próprio interesse. E é por essa razão que a colaboração esperada pela ordem jurídica no processo civil é do *juiz para com as partes* – e jamais das partes entre si. Essa colaboração não está fundamentada na boa-fé. Os deveres cooperativos no âmbito do processo civil não decorrem da boa-fé: decorrem da necessidade de revisitar a divisão do trabalho entre o juiz e as partes por força da *natureza interpretativa do direito* e da necessidade de prestação de *tutela ao direito mediante decisão de mérito justa e efetiva*. A colaboração – e os deveres

cooperativos – no âmbito do processo civil decorrem da necessidade de *equilibrada participação* do juiz e das partes no processo por força da alteração do conceito de direito e do caráter instrumental do processo. (MITIDIERO, 2015, s/p)

Por evidente não se está a supor que, dada a posituação do princípio da cooperação no artigo 6º do CPC, o processo deixará de ser o campo em que se contrapõem ideias, haja vista que a existência de conflito (a ser solucionado pelo Poder Judiciário) é algo que lhe é inerente, na exata medida do que referiu Mitidiero (2015, s/p) no excerto acima transcrito; o que se entende, contudo, é que o conflito pode ser percebido como campo para a troca cooperativa de informações, de modo a se construir, de forma democrática e atenta à especial tensão existente entre mínimo existencial e a reserva do possível, uma decisão que melhor efetive o direito fundamental à saúde e que possa ser aplicada, dado o alcance das ações coletivas, ao maior número de pessoas possível.

É dizer: ainda que o processo civil seja marcado pela existência de interesses divergentes, é certo que estes, ao menos quando se está diante de lides estruturais permeadas pelo interesse público, acabam por ficar amenizados, diante do direito subjacentemente discutido.

Pensar que o direito à saúde não seria um interesse comum a ser perseguido pela Administração Pública seria negar vigência ao próprio artigo 6º da Constituição da República, bem como afastar a própria juridicidade dos direitos sociais. Ora, se é certo que “No processo civil não há interesse comum do ponto de vista substancial entre as partes: cada uma quer perseguir seu próprio interesse” (MITIDIERO, 2015, s/p), é mais certo que tal premissa não tem aplicação, na íntegra, em processos estruturais, já que a discussão que lhe é inerente costuma ser de interesse público.

Adotemos como exemplo a Atrofia Muscular Espinhal, a qual servirá de base para a construção da Ação Civil Pública Colaborativa no próximo subtópico. Tal enfermidade ainda é carente de diagnóstico e, sem ainda o julgamento finalizado da possibilidade de concessão de medicamentos de alto custo pelo Poder Público, também se torna carente da própria análise de custo-benefício de determinados fármacos para o seu tratamento.

Não se desconhece, conforme já referido neste trabalho, que houve incorporação do Spinraza no ano de 2019 ao Sistema Único de Saúde (primeiramente para a AME do Tipo I e, posteriormente, estendido para os Tipos II e

III), incorporação esta que foi precedida de muitas ações judiciais movidas postulando a sua dispensação pelo Poder Público.

Ocorre que, e também já fizemos menção outrora, há outro fármaco desenvolvido pela AveXis (adquirida em 2018 pelo grupo Novartis), que promete ser a solução para a AME. Trata-se do medicamento chamado Zolgensma, que corresponde a uma terapia gênica, que fornece uma cópia funcional do gene SMN humano para deter a progressão da doença. Como se disse, tal medicamento tem como ponto alto o fato de ser administrado em dose única, mas possui o extraordinário valor de R\$ 9.000.000,00 (nove milhões de reais).

É intuitivo que o debate que venha a ser travado em uma ação civil pública (ainda que não se trate da ACP Colaborativa ora proposta), terá inegável interesse público. Não é razoável supor que a Administração Pública não tenha interesse na análise do custo-benefício da substituição do Spinraza (que também possui alto valor de aquisição) pelo Zolgensma, dada a necessidade do primeiro de continuidade no tratamento e a administração única deste último.

É nessa esteira que defendemos que a colaboração e o modelo cooperativo de processo pode - e deve - irradiar efeitos entre as partes quando se estiver diante de processos estruturais, o que permite a construção de uma dogmática própria na ACP Colaborativa que ora se propõe.

De fato, a cooperação pressupõe o diálogo e este se instaura não somente entre juiz e partes, mas, principalmente, entre as partes no processo. Ainda que se entenda o processo como um *locus* próprio de contraposição de ideias, é mister que se repense tal ideia a partir do direito material subjacente. Quando este se apresentar (como é o caso do direito à saúde) de interesse público e quando sua satisfação é comum aos litigantes, é premente que se entenda que a cooperação também seja realizada entre os polos opostos (ou, podemos chamá-los na ACP Colaborativa, de polos cooperativos).

Somente assim estar-se-á a cumprir o desiderato maior do princípio da cooperação, que é entregar uma decisão de mérito justa e efetiva. Nesse sentido, Mitidiero (2015, s/p) assim refere:

Como princípio, o fim da colaboração está em servir de elemento para organização de processo justo idôneo a alcançar, “em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (art. 6º do CPC/2015). Isso significa desde logo encarar o *diálogo* como ferramenta essencial para condução do

processo, *evitar o desperdício* da atividade processual, *preferir decisões de mérito* em detrimento de decisões processuais para o conflito, *apurar a verdade* das alegações das partes a fim de que se possa bem aplicar o direito e *empregar as técnicas executivas* adequadas para a realização dos direitos. (MITIDIERO, 2015, s/p)

E encarar o diálogo como instrumento da cooperação para o cumprimento de tal escopo é entender que o processo – nomeadamente o estrutural – é pautado por lógica diversa do processo tradicional. Com efeito, a ACP Colaborativa ora proposta tem origem nos chamados processos estruturais, anteriormente estudados, sendo certo que estes possuem variados interesses e posições em debate, dando-lhes contorno de verdadeiras “arenas de debate” (ARENHART, 2017, p. 448). Nesse sentido:

O processo estrutural deve assemelhar-se a uma ampla arena de debate, em que as várias posições e os vários interesses possam fazer-se ouvir e possam interferir na formação da solução jurisdicional. Se o Judiciário deve chamar para si a difícil tarefa de interferir em políticas públicas ou em questões complexas no plano econômico, social ou cultural, então é certo que o processo empregado para tanto deve servir como ambiente democrático de participação. Simulando o verdadeiro papel de um parlamento, constrói-se uma ferramenta adequada ao debate esperado, que legitima a atividade judicial.

Se os processos estruturais são uma realidade irrenunciável, é essencial que eles sejam tratados da forma adequada, garantindo-se um mínimo de aderência entre os resultados obtidos e os anseios dos interesses e dos grupos envolvidos. É também indispensável que as pessoas e os interesses possam ter voz, a ponto de não ser negligenciados pela atividade jurisdicional. E, assim, ferramentas adequadas de participação e de representação têm papel inafastável na elaboração do procedimento correto para o exercício dessa forma de atuação do Estado-juiz. (ARENHART, 2017, p. 448)

Assim, a ideia de processo colaborativo, pautado pelo diálogo das partes e intermediado pelo juiz parece ser condição *sine qua non* para os cumprimentos dos desideratos constitucionais de efetivação de direitos sociais; ademais, o processo pelo viés cooperativo cumpre papel democrático relevante no seio da sociedade, legitimando a atuação do Poder Judiciário em seu papel contramajoritário.

É importante analisar, de todo modo, que instrumentos poderiam servir ao desempenho da cooperação no desenvolvimento processual. Nessa quadra, é relevante verificar especificamente de quem se espera participação efetiva no processo.

A abertura da participação para além das partes envolvidas é elemento essencial para a maximização e efetivação de direitos. Com efeito, quanto mais atores participarem da decisão judicial, maior aplicabilidade prática terá essa, já que, em tese, enfrentará menos resistência no seu cumprimento. Ferraro (2015, p. 158) identifica ao menos quatro grupos de diferentes agentes que poderiam participar do processo:

Na linha proposta por Susan Sturm, seria necessária abertura da participação para aqueles indivíduos, grupos ou organizações (i) afetados, (ii) responsáveis pela adoção das medidas para realizar a mudança necessária, (iii) possuidores de conhecimento relevante ou (iv) em uma posição que lhes permite bloquear a realização do remédio, sendo que esses participantes no mínimo poderiam apresentar fatos, falar sobre fatos apresentados e propor soluções ou manifestar-se sobre as propostas. (FERRARO, 2015, p. 448)

De fato, tal abertura já encontra, de certa forma, previsão normativa na figura do *amicus curiae*. No ponto, é de se registrar que a abertura trazida pelo *amicus curiae* possibilita a participação de atores que não sejam especificamente os diretamente atingidos pelos efeitos da decisão, indo o “amigo da corte” para além das partes.

Com efeito, o *amicus curiae* viabiliza a participação de especialista em determinados temas, ou mesmo possibilita a colaboração de um segmento específico que possa ter interesse (ainda que indireto) no objeto da discussão judicial.

Aliás, é interessante notar, neste aspecto, que nada obstante a legislação não preveja representação adequada no âmbito dos processos coletivos, há menção a um controle de representatividade adequada quando da admissão do *amicus curiae*, na forma do artigo 138 do CPC⁵⁶.

Ou seja, a legislação já possui abertura suficiente – que por certo pode ser aplicada aos processos estruturais, especialmente à ACP Colaborativa aqui proposta – para a admissão da colaboração de atores outros para além das partes.

De todo modo, como temos defendido, a cooperatividade das partes (que chamamos outrora de polos cooperativos), é essencial para o ótimo funcionamento da ACP Colaborativa. Nessa quadra, surge essencial a figura das audiências

⁵⁶ Reportamo-nos ao que já fora abordado anteriormente no presente trabalho sobre a representatividade adequada e a admissão do *amicus curiae*.

públicas, as quais vêm ganhando espaço relevante, especialmente no âmbito dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal⁵⁷.

Nas audiências públicas viabiliza-se a oitiva de todos os interessados (partes ou não) na matéria. Deveras, ainda que as audiências públicas tenham sido criadas precipuamente para a escuta de especialistas, tal qual fora feito pelo STF no âmbito, por exemplo, da STA 175-AgR/CE antes referenciada, fato é que não se verifica impeditivo para que também as partes (ou interessados indiretos) possam ser ouvidos por tal meio.

Diz-se isso, pois, não raro, os processos estruturais estarão a tratar de matérias cuja gama de interessados é difusa, podendo (e devendo) esta fazer-se representar no debate também diretamente (e não só via legitimação extraordinária), sendo a audiência pública *locus* bastante relevante para tal mister. Poder-se-ia cogitar de um representante daquele grupo envolvido que possa tecer argumentos relativos à causa em debate, o que já é previsto para os *experts* por meio do *amicus curiae* ou mesmo das próprias audiências públicas.

Ou seja, defendemos que não exista limitação para a participação na ACP Colaborativa. Esta deve não só ser subsidiada por especialistas, além de interessados indiretos, como pelas próprias partes por meio de representação direta. Só assim haverá verdadeiro processo colaborativo e realização democrática da tarefa de pacificação jurídica conferida ao Poder Judiciário.

Analizados, ainda que sucintamente, os atores de quem se espera a participação⁵⁸, torna-se relevante analisar por quais meios poderia a colaboração ser

⁵⁷ Audiência pública de extrema relevância realizou-se no âmbito do julgamento da STA 175-AgR/CE. Segundo despacho exarado em 5 de março de 2009 pelo então Presidente da Corte, Ministro Gilmar Mendes, a audiência pública tinha por objetivo: ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em matéria de Sistema Único de Saúde, objetivando esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde, tais como: 1) Responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde; 2) Obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública; 3) Obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes; 4) Obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS; 5) Obrigação do Estado de fornecer medicamento não lícitado e não previsto nas listas do SUS; 6) Fraudes ao Sistema Único de Saúde.”. Foram ouvidos, segundo informação do sítio oficial do STF, 50 especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do sistema único de saúde, nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>>. Acesso em 29 out. 2019.

efetivada no âmbito processual. No ponto, será dada, neste tópico, especial atenção à efetivação – fase executiva - das sentenças proferidas em âmbito coletivo e os instrumentos pelos quais se poderá utilizar da cooperação.

De fato, admitida a ação civil pública colaborativa que ora se propõe, defende-se que a cooperação da Administração Pública para além do processo de conhecimento, atinja também o próprio cumprimento da sentença coletiva, cumprimento esse que, na prática, muitas vezes acaba por ser um caminho bastante tormentoso de implementação.

O modo de cumprimento das sentenças proferidas em âmbito coletivo, nada obstante tenha avançado com o passar do tempo, ainda padecem de efetividade prática. Com efeito, o sistema que passou a ser sincrético, exatamente na forma com que se trabalha no processo individual, não se distancia muito deste último no que se refere à forma de cumprimento de seus provimentos.

Em um primeiro momento, há que se ter em consideração que existe primazia da tutela específica ou do resultado prático equivalente nas obrigações de fazer estabelecidas em sentenças coletivas. Isso quer dizer que o demandado deve ser compelido a cumprir a prestação certificada na sentença da maneira mais fiel possível àquela estabelecida no direito material. Nesse sentido, Rodrigo Gismondi:

Os julgamentos dos processos civis de interesse público que estabeleçam prestações de fazer complexas devem observar as normas gerais do microssistema coletivo de maneira conjugada com o regramento do CPC/2015 (especialmente dos seus arts. 497 a 501). Por meio da pretensão exercida por um dos legitimados, sendo o caso de procedência, o magistrado deverá certificar a pretensão existente e traçar os meios de efetivação necessários à realização prática da prestação à qual se condenou o sucumbente.

Por isso, aplica-se o princípio da “primazia da tutela específica” / “maior coincidência possível”, de modo que, inicialmente, os atos executivos sejam destinados à forçar o executado à realização da prestação da maneira mais próxima possível daquela estabelecida pelo direito material. (GISMONDI, 2018, pp. 131-132)

⁵⁸ Nunes (2008, p. 27) refere que o processo deve vir estruturado em uma perspectiva “(...) participativa e policêntrica, não mais embasado no protagonismo de qualquer sujeito processual (juiz, partes, advogados), mas, na sua atuação responsável, competente (*Handlungskompetz*) e interdependente, ancorado nos princípios processuais constitucionais (...)”, o que, para o autor “(...) impõe um espaço público no qual se apresentam as condições comunicativas para que todos os envolvidos, assumindo seu respectivo papel, participem na formação de provimentos legítimos que permitirá a clarificação discursiva das questões fáticas e jurídicas.” (NUNES, 2008, p. 27).

Ocorre que nem sempre há o cumprimento espontâneo por parte do demandado, sendo a execução forçada a forma de implementar a primazia da tutela específica ou resultado prático equivalente.

Os meios de execução, que anteriormente constavam em rol fechado, evoluíram para se valer da atipicidade dos meios executivos para a realização prática do direito certificado pelo processo de conhecimento. Nesse norte, pode o magistrado escolher (ou, melhor, adequar) o meio executivo que melhor se amolde a determinado caso concreto. Passam a vigorar, assim, a atipicidade dos meios executivos, a flexibilidade e a proporcionalidade. (GISMONDI, 2018, p. 136).

O ordenamento jurídico, para conferir efetividade à execução, também põe à disposição do magistrado os meios de execução indireta (que visam à coerção, como medidas de apoio) e os meios de execução direta (através da sub-rogação).

Com esse arsenal posto à disposição, seria impensável pensar que os cumprimentos de sentenças coletivas padecessem de ineficácia. A realidade, contudo, mostra-nos que a forma de execução posta é, em geral, limitada quando se está diante de processos que demandam soluções complexas, como o são os estruturais.

A constatação prática acima referida é também agasalhada pela doutrina, conforme se verifica no seguinte excerto da obra de Rodrigo Gismondi:

Se o modelo tradicional de efetivação das prestações de fazer nos processos civis de interesse público acompanhou diversos avanços da ciência processual, também é verdade que não está adequadamente preparado para tutelar de modo justo e adequado as situações complexas de tais processos coletivos.

Com efeito e como afirmado anteriormente, as prestações de fazer complexas representam a principal forma executivas nos processos civis de interesse público. Podem ser descritas como aquelas por meio das quais o adimplemento da prestação de fazer não ocorre de modo simples, único e instantâneo, mas sim por meio de inúmeros comandos, com atuação prática que se prolonga no tempo, necessitando, muitas vezes, da atividade concomitante de diversos sujeitos e de fiscalização constante.

Nessas hipóteses, como são as que envolvem a reestruturação (econômica ou até mesmo física) de pessoas jurídicas, a recuperação de danos ambientais e as execuções envolvendo políticas públicas, o modelo tradicional de efetivação previsto em lei, por mais aberto que seja, não contempla de modo adequado e pleno os instrumentos necessários para o incremento da efetividade da tutela satisfativa.

A crise de efetividade da fase executiva (e do processo executivo, por óbvio), não é exclusiva dos processos civis de interesse público, porém neles se mostra de modo ainda mais claro, em razão de suas próprias características, como afirmado. (GISMONDI, 2018, pp. 179-180)

Malgrado o avanço da fase executiva ao longo do tempo, conforme se verificou do próprio excerto acima transcrito, é fato que a formatação da execução não se amolda mais às lides complexas, notadamente às estruturantes de que se cuida neste trabalho.

Com efeito, retomando o exemplo da enfermidade (a Atrofia Muscular Espinhal – AME) sobre a qual se conceberá a ACP Colaborativa no próximo tópico, releva-se de difícil constatação prática que a imposição de *astreintes* (forma de execução indireta) irá de fato operar efeitos sobre a Administração Pública que esteja renitente com eventual sentença que lhe for desfavorável.

Diz-se isso por vários aspectos. A um porque o próprio valor do tratamento para a enfermidade já se mostra extraordinário, de modo que somente uma multa com potencial para tanto poderia ter algum grau de efetividade; a dois, porque o Estado já padece com suas contas no vermelho, de modo que não se revela útil a imposição de mais um ônus financeiro para que se veja implementada uma decisão judicial; a três, porque em âmbito coletivo, a *astreinte* tende a reverter em favor do Fundo dos Direitos Difusos – FDD, o qual, muitas vezes, acaba por não fazer adequadamente a destinação dos recursos que dele se espera⁵⁹.

De outra banda, é de difícil concepção que se utilize de execução direta, via subrogação, em demandas estruturais, tal como as de saúde de que se cuida no presente trabalho. Ora, resulta inviável ao Judiciário simplesmente substituir-se à Administração na execução de eventual sentença que garanta o tratamento da AME ou que determine a dispensação de um ou outro fármaco. O Poder Judiciário além de não deter a *expertise* necessária para tanto, sequer possui os meios para assim proceder.

É diante deste cenário de insuficiência do modelo tradicional de efetivação das sentenças, que surge relevante pensar instrumentos pautados a partir da cooperação. E isso se faz presente ainda mais em processos estruturais que discutam políticas públicas, como a de saúde. Nesse sentido:

⁵⁹ A esse respeito cabe referir a existência de processo judicial justamente visando compelir a União a “(...) destinar a integralidade dos recursos do Fundo de Defesa de Direitos Difusos aos fins a que foram arrecadados (...)”, conforme pedido “a” da peça inicial da ACP 5008138-68.2017.4.03.6105. Registra-se que ainda não há julgamento definitivo da referida ACP, tendo sido deferida antecipação de tutela no dia 17 de julho de 2018, nos moldes pretendidos na exordial, mas suspensos os efeitos da decisão antecipatória em razão de Suspensão de Tutela Antecipada oposta pela União. Disponível em: <<https://pje1g.trf3.jus.br/>>. Acesso em 30 out. 2019.

A complexidade da matéria envolvida na implementação e aplicação de políticas públicas força a migração de um modelo meramente responsivo e repressivo do Poder Judiciário, modelo de atuação posterior aos fatos já ocorridos para aplicação da norma jurídica; para um modelo resolutivo e participativo, que pode anteceder aos fatos lesivos e resultar na construção conjunta de soluções jurídicas adequadas. (DIDIER JR, ZANETTI JR., 2016, p. 36)

Nessa linha, a execução tradicional que se aparelhava em um título judicial formado no processo de conhecimento, já não mais serve à tutela de processos estruturais. Com efeito, é de se repensar – como se fará no próximo tópico – a própria estrutura do processo de certificação do direito, quiçá admitindo uma decisão final que possa ter cunho mais genérico, justamente para que as especificidades do cumprimento sejam decididas - em decisões escalonadas, à medida que o(s) problema(s) surja(m) – na fase executiva.

Sobre a ideia de provimentos escalonados, confirmam-se as lições de Gismondi:

Na tentativa de superar a inadequação do padrão processual, especialmente desenhado para os litígios individuais, para os processos civis de interesse público mostra-se interessante a utilização de mecanismos decisórios diferenciados, tais como “*provimentos em cascata, de modo que os problemas devam ser resolvidos à medida que apareçam*”, com uma primeira decisão fixando linhas gerais, diretrizes e posteriores decisões pontuais, específicas, de implantação da decisão principal em sucessivas etapas de especificação e liquidação, o que Owen Fiss denomina de *gradualism*.

Sob essa ótica, a decisão judicial final de mérito do processo deveria trazer decisão de conteúdo genérico e amplo, sem adentrar em especificidades maiores, que seriam decididas ao longo e conjuntamente com a própria fase executiva do julgado. Porém, esse caráter genérico não está a dizer que a decisão não deve ser clara e coerente, o que é essencial para o sucesso da determinação judicial.

Roberto Omar Berizonce alude a “provimentos escalonados”, com a utilização de categorias conhecidas como sentenças exortativas, apelativas/com aviso, aditivas ou intermediárias, também realçando a necessidade de se conceber com cautela e atenção o momento decisório de tais processos civis de interesse público. (GISMONDI, 2018, pp. 204-205)

A execução, assim, a partir de um provimento com maior generalidade formado no processo de conhecimento, poderá ser processada a partir de decisões em cascata, e tomadas a partir da cooperação dos polos.

Fala-se, assim, em “execução negociada”; nesta, a fase executiva é pautada não pela impositividade do Estado para cumprimento de seus provimentos, mas,

sim, pela comparticipação das partes na construção da efetiva satisfação do direito certificado na fase de conhecimento.

Revela-se, destarte, imprescindível que o magistrado atue como um agente intermediário que auxilie os polos cooperativos a promover um cumprimento planejado, de modo a maximizar o cumprimento das obrigações estabelecidas na ACP Colaborativa.

Não apenas com participação ativa na construção das soluções, mas, sobretudo, com participações que possam ser consensuais para o alcance do desiderato final, que é o cumprimento do direito.

Para tanto, como forma de execução negociada, podem as partes se valer da calendarização processual, prevista no artigo 191 do CPC/15, estabelecendo prazos para cumprimentos das obrigações na medida do que seja possível realizar-se no plano fático. Nesse sentido, Rodrigues e Gismondi assim apontam:

O calendário pode ser estabelecido em qualquer fase do procedimento, seja cognitiva, seja satisfativa e são plenamente viáveis nos processos civis de interesse público destinados à efetivação de políticas públicas. Na fase de certificação, permitem a racionalização do procedimento, do tempo, sendo manifestação clara do princípio da cooperação. Entretanto, é na fase satisfativa que têm sua importância potencializada. Isso porque no caso da efetivação de políticas públicas, seu caráter complexo torna o modelo tradicional de execução-sanção inadequado como solução *prima facie*. A execução negociada deve ser prestigiada enquanto que a execução forçada, utilizada como *ultima ratio*. Na realidade, o modelo de execução-sanção tem se mostrado altamente ineficiente e ilegítimo para a superação da crise satisfativa em processos civis de interesse público, o que recomenda o estímulo à denominada “execução negociada”, “execução complexa cooperativa” ou “execução participativa de interesse público”. Isso, é verdade, requer de todos os sujeitos processuais atitudes cooperativas, inclusive do próprio executado, o que pode ser um problema em países nos quais a insolvência não incomoda tanto as pessoas. Por meio dessa modalidade consensualizada de execução, os sujeitos processuais poderão estabelecer cronograma temporal, prestigiando a construção conjunta de soluções e medidas destinadas à satisfação da pretensão. (RODRIGUES; GISMONDI, 2017, pp. 161-162)

Ademais, a figura do *amicus curiae*, brevemente referida anteriormente, também deve se fazer presente na fase executiva. É que poderá o “amigo da corte” ajudar a elucidar questões técnicas que possam demandar conhecimentos que vão além dos das partes, especialmente em matéria de saúde em que se pode pensar na CONITEC (Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS) como

um *amicus curiae* quase que permanente. Sobre a participação de terceiros na fase de execução, Gismondi assim aponta:

Essa ampliação dos mecanismos de debate e de comparticipação dos sujeitos na efetivação da decisão judicial está em ampla sintonia com as diretrizes do CPC/2015 e com a essência do microssistema processual coletivo.

Inclusive, a comparticipação processual também deve contar com a colaboração de terceiros, interessados ou não, tais como *amicus curiae* ou pessoas/entidades com representatividade adequada que possam contribuir com a questão a ser decidida/as técnicas de efetivação do direito certificado. O art. 138 do CPC/2015, que regula o *amicus curiae*, não tem aplicação limitada à fase de conhecimento. Pode (e, muitas vezes, deve) ser utilizado em incidentes cognitivos na execução, especialmente nos processos civis de interesse público. (GISMONDI, 2018, p. 225)

O mesmo serve para as audiências públicas, que não podem ficar adstritas à fase de conhecimento, tendo grande utilidade na forma de implementar o direito na fase executiva (GISMONDI, 2018, pp. 225-226).

Assim, a execução negociada parte da efetiva participação (ativa) de ambos os polos da relação processual, prestigiando a consensualidade e cooperação na efetivação dos direitos certificados. Parte-se de um contraditório efetivo (material) e de uma posição de polos cooperativos e não de polos opostos.

De todo modo, é possível que tal solução negociada na via executiva acabe por resultar frustrada, seja pela inexistência de consenso, seja mesmo por demandar alguma atuação mais coativa do Poder Judiciário para implementação do direito.

Em casos tais, e valendo-se dos ensinamentos do direito norte-americano, é possível que se utilize das denominadas medidas estruturantes, as quais, como já se viu neste trabalho, visam a reestruturar determinada estrutura.

Nesse ponto, para além da mera aplicação de *astreintes* e outras formas de execução indireta, pensa-se na efetiva atuação de uma intervenção judicial. Tal intervenção, refira-se, é medida *ultima ratio*, somente utilizada no insucesso da execução negociada. E, mesmo nela, deve-se ao máximo privilegiar soluções que sejam coparticipativas, tudo com o objetivo de preservar a própria ideia da ACP Colaborativa.

A intervenção judicial consiste, basicamente, em uma forma de sub-rogação do órgão jurisdicional nas atividades do polo de quem se espera o cumprimento da decisão judicial, sendo meio executivo a partir do qual se insere auxiliar do juízo

dentro da própria atividade da entidade que não cumpre com a obrigação que lhe é imposta. (GISMONDI, 2018, p. 256). Marco Félix Jobim, citando Desirê Bauermann, cita diversos tipos de interventores, a saber:

A segunda forma que o sistema estadunidense utiliza para dar efetividade às suas decisões judiciais é trabalhar a possibilidade de um interventor judicial, em especial nos casos envolvendo as *structural injunctions* como forma de coagir os obrigados a realizarem as determinações emanadas pelas decisões judiciais. Conforme refere, os interventores são assistentes do juiz, cuja missão principal é dar fiel cumprimento às *structural injunctions*, podendo ser divididos em *máster*, *monitor*, *mediator*, *administrator* e *receiver*. Os primeiros são interventores que interferem em menor grau na rotina do réu, obtendo informações, concedendo recomendações e sendo, algumas vezes, responsável em por em prática a obrigação determinada pela decisão judicial. Já os segundos são nomeados para analisar se os réus estão dando efetivo cumprimento às obrigações e se estas sendo alcançadas. Os *mediators* têm a tarefa de desvelar o conteúdo da decisão, seus padrões para o atendimento e, até mesmo, o ritmo que será imposto. O *administrator* é alguém que possui um papel mais executivo, atuando em nome próprio. Por fim, tem-se o *receiver*, cuja tarefa é de intervenção mesmo na rotina da instituição a ser reestruturada. Só é nomeado em último caso, quando todos os outros se mostrarem inaptos a dar efetividade à decisão. (JOBIM, 2013, pp. 200-201)

Nessa linha, Gismondi (2018, p. 258) também subdivide a intervenção em três modalidades, quais sejam: fiscalizatória, cogestora e substitutiva.

A primeira (fiscalizatória) é a mais singela delas, muitas vezes sendo suficiente para o cumprimento da prestação estabelecida na sentença. Consiste, basicamente, na nomeação de um terceiro com atribuição para fiscalizar o correto cumprimento da decisão, de tudo comunicando ao juízo. Gismondi assim define tal tipo de intervenção:

Trata-se de medida estruturante de conteúdo brando, pois, apesar da inserção de sujeito auxiliar do juízo nas atividades de determinada pessoa jurídica, não se afeta seu exercício, dificultam-se eventuais condutas atentatórias à dignidade da jurisdição (como a ocultação de informações que somente são passíveis de serem obtidas no dinâmico exercício da atividade) e permite o contato quase que direto do magistrado com a pessoa supervisionada. (GISMONDI, 2018, p. 259)

Exemplo prático de uma intervenção que pode se dizer fiscalizatória é o Grupo de Assessoramento Técnico do Juízo (GTA) criado no período de 2006 a 2009 para fazer implementar a decisão tomada na conhecida “ACP do Carvão” objeto de detalhado estudo por Arenhart (2017, pp. 475-492), e já referida precedentemente neste trabalho.

É bem verdade, contudo, que o GTA não apenas se limita a fiscalizar o cumprimento da decisão, como também, por vezes, propôs estratégias, métodos e técnicas para a recuperação do meio ambiente determinada naquele feito. (ARENHART, 2017, p. 486).

Nesse aspecto, assumia o GTA também as funções de uma intervenção cogestora, na esteira da classificação posta por Gismondi (2018, pp. 259-260). A referida intervenção é assim conceituada:

A intervenção cogestora é aquela em que parcela das atribuições dos administradores é afetada pela intervenção judicial. Se, de um lado, o cogestor atua de modo mais incisivo na gestão da pessoa jurídica, não se limitando à mera atividade de fiscalização, assumindo parcela da gestão da pessoa jurídica que está a sofrer a intervenção, de outro esta não afasta o devedor da administração da pessoa jurídica. Por meio dessa modalidade interventiva, apenas parcela dos poderes de gestão dos administradores de determinada pessoa jurídica sofre intervenção judicial e é assumida pelo interventor. (GISMONDI, 2018, p. 259)

Referimos que o GTA aproxima-se a tal tipo de intervenção, pois sugeria ativamente métodos para o cumprimento da decisão. Nada obstante, a administração das empresas rés para fazer cumprir o comando sentencial na ACP do Carvão ainda permanecia com seus administradores originários.

Por fim, quando ambas as espécies anteriores de intervenção resultem fracassadas, ainda há a possibilidade da intervenção substitutiva ou propriamente dita. Essa se consubstancia na forma de intervenção mais severa, pois o interventor nomeado substituirá completamente o administrador original, assumindo a função por tempo determinado.

Analizadas as formas pelas quais a cooperação pode incidir na ACP Colaborativa, especialmente na sua fase executiva (já que a prática revela ser a mais tormentosa quando do processamento de ações coletivas), passar-se-á, no próximo tópico, a tecer as características principais da ACP Colaborativa, propondo a releitura de alguns institutos e o surgimento de outros, além de retomar alguns conceitos já desenvolvidos até aqui.

Desde já é de se ressaltar que o modelo que se proporá visa a estabelecer bases teóricas do que chamaremos de ação civil pública colaborativa em ações de saúde, isto é, uma ação em que exista uma cooperação entre os sujeitos processuais, objetivando, em última análise, a construção de uma decisão justa e

adequada ao caso concreto, concretizando e efetivando o direito à saúde em âmbito coletivo.

4.3 Proposição de um modelo

Consoante referido acima, no presente tópico buscar-se-á elaborar um modelo (propositivo) do que denominamos Ação Civil Pública Colaborativa. O seu grande escopo, como mencionado brevemente acima, é a construção de uma decisão que seja balizada pelo princípio da cooperação, de modo a maximizar os direitos que nela se discutem.

Como no presente trabalho se propôs a elaborar um modelo específico de ação, inclusive com sugestão de releitura de alguns institutos, foi eleito, até para uma melhor delimitação do tema, um direito social específico, qual seja, o direito à saúde. E, dentro deste, fizemos a eleição de uma enfermidade em particular, que é a Atrofia Muscular Espinhal (AME), em relação a qual foram tecidos maiores comentários no item 2.2.1 do presente trabalho quando foi analisado o mínimo existencial.

A eleição pelo direito à saúde e por esta enfermidade em específico decorre do crescente número de ações judiciais (individuais) que são movidas buscando efetivar este importante direito no dia a dia forense; ademais, a AME, no ano de 2019, também foi alvo de importantes decisões nos Tribunais brasileiros, uma vez que o medicamento que lhe era indicado (Spinraza) possui alto custo e, até então, não havia sido incorporado pelo Sistema Único de Saúde.

Nossa ação, contudo, não se limita à concessão (ou não) de um medicamento para a AME. Ela visa reestruturar toda a política de saúde que envolve essa enfermidade em específico, desde aspectos preventivos, de diagnóstico e, claro, de tratamento da doença.

E isso ocorre porque a ação possui viés estrutural, como também já fora estudado precedentemente neste trabalho. De nada adiantaria que a ação coletiva apenas visasse à concessão de um ou outro fármaco, sem que se atacasse toda a estrutura de combate à enfermidade. Nesse diapasão, refira-se que o diagnóstico da doença não é simples, exigindo teste genético; sua detecção precoce, porém, pode

ser tratada através de intervenção terapêutica que possam melhorar ou amenizar os efeitos da enfermidade.

Entendida a abrangência do direito em discussão na ACP Colaborativa, passamos a trilhar o seu caminho a partir da releitura de alguns institutos do processo comum.

De todo modo, antes mesmo de pensarmos na ação coletiva, é de se ressaltar que as ações individuais por certo continuarão a existir (e se multiplicar). Pensando nisso – e aqui já inauguramos com uma proposição peculiar -, entende-se que a ação coletiva poderá surgir justamente de uma ação individual. É dizer, defendemos que a ACP Colaborativa possa surgir através de uma chamada coletivização de uma ação individual (que, logicamente, esteja buscando a efetivação do direito à saúde e tenha correlação direta com a enfermidade, no caso aqui proposto, a AME).

A solução proposta, é bom que se diga, pode ter alguma aproximação com o vigente artigo 139, X do CPC/15 que dispõe ser dever do magistrado “quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 , e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 , para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.”.

O que é proposto, contudo, vai além. O juiz não só comunica o órgão legitimado, como instaura o incidente, como se fosse o incidente de inconstitucionalidade dos artigos 948 e seguintes do CPC/15, que é decidido pelo órgão especial, quando houver, ou plenário do Tribunal.

Tal solução já constara do Projeto de Lei 8.058/14, que atualmente tramita na Câmara dos Deputados, e que justamente pretende disciplinar as ações coletivas que envolvam políticas públicas. O projeto tem por finalidade tentar coletivizar as demandas individuais que discutam temas políticos e resolver o problema da dificuldade de implementação das decisões judiciais que versem sobre políticas públicas. Comentando o PL 8.058/14, Susana Henriques da Costa e Débora Chaves Martines Fernandes assim se manifestam:

A solução imaginada para regulamentar ações que invoquem o controle e a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas foi a criação de uma

lei específica, capaz de instituir um novo tipo de processo para tal finalidade e resolver a um só tempo os dois percalços descritos acima. Com base nessa ideia, elaborou-se um projeto de lei visando sistematizar a judicialização de demandas de natureza política (Projeto de Lei n. 8.058/2014).

(...)

A tônica do citado Projeto de Lei n. 8.058/2014 foi justamente dar primazia aos processos coletivos, priorizando-os em relação às demandas individuais, uma vez que o benefício obtido por essas ações, não raro, limita-se apenas à parte autora e não implica, necessariamente, intervenção planejada em uma política pública abrangente – como analisado anteriormente. (COSTA; FERNANDES, 2017, p. 377)

A ideia ora aventada (coletivização de demandas individuais) possui desenho no artigo 30 do referido PL 8.058/14, o qual refere que atendido o requisito da relevância social e ouvindo o Ministério Público, poderá haver a conversão, pelo magistrado, de demanda individual em coletiva.

Afastamo-nos, contudo, da ideia da conversão e preferimos a instauração de incidente, justamente para preservar a demanda individual, a qual se entende que deveria ficar sobrestada até a solução da demanda coletiva. Ressalvamos apenas as hipóteses de tutela de urgência que poderão ser decididas, sempre que necessário, na demanda individual, ficando o seu trâmite sobrestado até a solução da ACP Colaborativa instaurada como incidente.

Assim, nada obstante o sistema brasileiro não tenha se valido do sistema de representatividade adequada das *class action* norte-americana, entende-se que a possibilidade de instaurar a ACP Colaborativa a partir de uma individual (como incidente, como proposto) acaba por aproximar sobremaneira os dois modelos, pois, em última análise, a demanda coletiva acabaria nascendo justamente de uma demanda individual, sendo certo que a demanda coletiva contará com a oitiva de representantes dos atingidos a partir de audiências públicas, conforme discorreremos no capítulo precedente.

Já é de se notar que se defende, na ACP Colaborativa, a superação de uma rigidez processual, esta última construída para atender às necessidades dos processos individuais. A discussão de direitos coletivos – com decisões que tangenciam a função legislativa e executiva – exige mudança e flexibilização procedimental, de modo que o processo passe a se adaptar ao que nele se discute.

Nessa toada, a ideia de que o pedido deva ser certo e determinado precisa ceder no âmbito da ACP Colaborativa. Lembre-se que aqui estamos diante do direito

à saúde, notadamente no âmbito de uma grande política de diagnóstico, prevenção e recuperação da AME. Assim, é inviável pensar em um pedido direcionado, na medida em que a própria ideia de diagnóstico, prevenção e recuperação são mutáveis, bastando para isso a simples constatação de que a medicina pode avançar em uma velocidade superior ao do trâmite de um processo coletivo⁶⁰.

É claro que não se defende a existência de um pedido indeterminado e incompreensível; defende-se, contudo, que ele não fique adstrito a uma providência que acabe se revelando inexecutável no futuro, até porque, conforme será detalhado mais a frente, parte-se da ideia de que a ACP Colaborativa não contempla a sistemática rígida de preclusões, já que se pensa que, por ela conter em seu bojo direito social de máxima relevância, e com viés estruturante, deve ser flexibilizada a estabilização da demanda.

Tome-se como exemplo o pedido formulado nos autos da ACP nº 1005310-84.2019.4.01.3800⁶¹, que tem origem no desastre ambiental de Brumadinho. Na referida ação coletiva movida em desfavor da União e da Agência Nacional de Mineração (ANM), pretende o Ministério Público Federal (MPF) “a adoção de medidas estruturais para a revisão da política federal de aprovação, licenciamento, operação e fiscalização de barragens, a cargo dos réus.” (grifamos).

Já no preâmbulo da peça inaugural o MPF faz referência que a intervenção jurisdicional deve se dar a partir de “um processo estrutural, planejar, implementar e fiscalizar medidas capazes de criar, no futuro, uma estrutura pública de fiscalização de barragens que possa desempenhar suas tarefas de maneira confiável e eficiente.” (grifamos).

Assim, valendo-se da ideia de processo estrutural e medidas estruturantes, o pedido final⁶² é no sentido de que os réus sejam compelidos a apresentarem um

⁶⁰ Tal constatação é de fácil comprovação quando se relembra que o Spinraza foi incorporado neste ano de 2019 pelo SUS e já há novo fármaco (Zolgensma) aprovado em maio de 2019 pelo FDA norte-americano e que promete ser a solução para os casos de AME.

⁶¹ Número do processo eletrônico extraído de notícia no sítio do Ministério Público Federal de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/mpf-vai-a-justica-para-obrigar-anm-a-fiscalizar-barragens-inseguras-em-todo-o-pais>>. Acesso em 09 nov. 19.

⁶² O pedido referente ao plano de recuperação restou assim redigido: “h) Que seja determinado a ambos os réus que apresentem, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, um plano de reestruturação da atividade de fiscalização de barragens no Brasil, o qual deverá contemplar medidas estruturais para o planejamento e gestão do setor, no curto, médio e longo prazo. Tal plano deverá contemplar, no mínimo, o seguinte: a. Diagnóstico das barragens existentes no país, da periodicidade com a qual a sua fiscalização se faz necessária, dos riscos que cada uma delas representa e da expertise necessária para fiscalizá-las; b. Diagnóstico das necessidades de recursos da ANM, para que seja

plano de reestruturação da atividade de fiscalização das barragens, plano este que deve contemplar medidas estruturais para planejamento e gestão no setor, declinando o MPF um “mínimo” de condições, ou seja, sem que exista um pedido certo e determinado. Ao final, o *parquet* ainda pede⁶³ que tal plano seja mutável, ou seja, que haja possibilidade de alteração com cooperação das partes e ouvidos especialistas no tema.

Ou seja, o pedido inicial além de aberto (e, de certa forma, indeterminado), ainda é expresso em que poderá haver alterações nas condições do plano de recuperação pretendido, deixando as providências concretas totalmente postergadas para a fase de execução do julgado, sem que se fixe qualquer medida *a priori*, com exceção, é claro, do próprio plano de recuperação.

É essa ideia que se defende para a ACP Colaborativa que vise, estruturalmente, reestruturar a política de combate à AME. O pedido pode justamente vir nesses termos, postulando apenas seja formulada tal política através da cooperação do legitimado ativo e do ente requerido, com a oitiva de especialistas e interessados direta e indiretamente atingidos.

Corolário da nossa defesa de um pedido aberto é a também defendida flexibilização do princípio da demanda. Ora, se admitimos que o pedido poderá ser formulado sem a rigidez que cai sobre os processos individuais (ou mesmo

capaz de implementar o plano de fiscalização a que se refere o item anterior; c. Diagnóstico das necessidades de pessoal da ANM, considerando tanto o pessoal próprio quanto de terceiros e incluindo cronograma para a realização de concursos públicos, nomeação e posse dos servidores, bem como as respectivas lotações e funções; d. Diagnóstico das medidas de prevenção à corrupção e à captura dos servidores públicos responsáveis pelas fiscalizações, bem como medidas de prevenção e combate à corrupção; e. Cronograma de curto (360 dias), médio (720 dias) e longo (1.080 dias) prazo para a implementação do plano apresentado, após a devida aprovação pelo juízo, inclusive com a alocação orçamentária e a realização dos concursos públicos para tanto necessários; f. Dinâmica de avaliação e reavaliação contínua do plano, com a submissão de relatórios semestrais ao juízo, a partir dos quais, em cooperação com as partes, o juízo poderá determinar novas medidas e a readequação das providências firmadas no plano.”. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/mpf-vai-a-justica-para-obrigar-anm-a-fiscalizar-barragens-inseguras-em-todo-o-pais>>. Acesso em 09 nov. 19.

⁶³ O pedido está assim redigido: “b) em sede de tutela definitiva, que as rés sejam condenadas a manter, pelo prazo mínimo de 10 (dez) anos, a contar do trânsito em julgado da decisão, as atividades do plano de reestruturação da atividade de fiscalização de barragens no Brasil, descritas no item anterior, submetendo, a cada 6 (seis) meses, relatório ao juízo da execução, o qual poderá, em cooperação com as partes e ouvidos, se for o caso, especialistas, alterar as providências determinadas, de modo que, ao final do prazo, deverá restar implementado um sistema adequado e independente de fiscalização de barragens, capaz de garantir à sociedade brasileira a confiabilidade dos empreendimentos, bem como o acesso fácil a simplificado às informações de risco deles decorrentes.” Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/mpf-vai-a-justica-para-obrigar-anm-a-fiscalizar-barragens-inseguras-em-todo-o-pais>>. Acesso em 09 nov. 19.

coletivos), por certo teríamos de admitir que a decisão jurisdicional poderá entregar prestação diversa daquela pretendida.

Aliás, a flexibilização do princípio da demanda na ACP Colaborativa decorre da própria configuração de legitimidade ativa para os processos coletivos (legitimidade esta que mantivemos na nossa ACP Colaborativa, ou seja, através de rol fechado). Isso porque o representante da coletividade pode eleger uma pretensão que não necessariamente corresponde ao anseio daquele grupo representado, do que resulta, de certa forma, em um afastamento do real interesse dos representados pelo representante.

A flexibilização ora defendida, assim, apresenta-se inclusive como uma forma de suavizar a não aplicação da representatividade adequada no ordenamento jurídico brasileiro. Com efeito, admitir que o magistrado possa conceder pretensão outra que não a pedida é uma certa forma de controle da própria representatividade do legitimado, controle esse exercido no próprio exercício da pretensão. Nesse sentido, Arenhart assim destaca:

Nessa toada, considera-se que os processos coletivos são regidos pelo princípio da demanda, no sentido de que o Estado-jurisdição está limitado àquilo que é pedido pelo autor, não podendo julgar para além ou fora do pedido. Ora, isso supõe que o titular da ação é também o titular do direito e que, por poder dispor deste, pode formular um pedido que não necessariamente é aquele que melhor atende às exigências do direito material. Ocorre que, em um meio no qual o interesse pertence à coletividade ou a um grupo *que é tão-somente “representado” pelo autor da ação coletiva*, fica evidente o disparate dessa conclusão. Como é possível que alguém que não é o titular do direito possa dispor do direito alheio no processo, sem qualquer consequência? Não obstante a obviedade dessa indagação, parece que ela é irrelevante na lógica do processo coletivo brasileiro, que trabalha tranquilamente com essa possibilidade. (ARENHART, 2017, p. 478)

É assim que se defende, em última análise, que além de o pedido poder ser aberto, o juiz que julga a ACP Colaborativa poderá conceder pretensão diversa, que melhor efetive o direito à saúde. Como exemplo, já que estamos a tratar da AME, poderá o magistrado ao invés de conceder o fármaco A ou B, pode determinar seja realizado o plano de análise de prevenção e de cuidado da enfermidade, nos mesmos moldes do pedido da ACP de Brumadinho acima referida.

Comungando da ideia de atenuação do princípio da demanda em processos estruturais, Arenhart assim refere:

Imagine-se o princípio da demanda. Segundo sua essência – e a consequente ideia da *adstrição* – o juiz está limitado ao pedido formulado pela parte. Assim, cabe à parte autora determinar exatamente aquilo que pretende em juízo, devendo o juiz observar esses limites em sua atuação. Ora, é fácil perceber que a discussão judicial de políticas públicas implica conflitos cujas condições são altamente mutáveis e fluidas. As necessidades de proteção em um determinado momento, muito frequentemente, serão distintas daquelas existentes em outra ocasião. Isso impõe uma dificuldade imensa para o autor da demanda em determinar, no início do litígio, exatamente aquilo que será necessário para atender adequadamente ao direito protegido. Por isso, neste campo, exige-se que esse princípio tenha sua incidência atenuada, permitindo que o juiz possa, em certas situações, diante das evidências no caso concreto da insuficiência ou inadequação da “tutela” pretendida pelo autor na petição inicial, extrapolar os limites do pedido inicial. (ARENHART, 2017, p. 482)

O autor, logo a seguir, dá-nos exemplo do que seria um próprio embrião da flexibilização do princípio da demanda que já ocorre – sem que se aperceba disso - em demandas individuais que versam sobre saúde. É o caso da imposição de contracautelas em processos que se postulam medicamentos (ARENHART, 2017, p. 483).

Ora, ninguém entenderia como absurda a ideia de se impor que o autor individual demonstre a efetiva necessidade do fármaco buscado (necessidade essa que é variável no tempo), e o juiz possa determinar a contracautela mesmo sem pedido para tanto. Confira-se nas palavras de Arenhart:

Um primeiro exemplo que pode ser considerado como um protótipo de processo estrutural são as decisões que, ao outorgarem certo medicamento a um doente necessitado, fixam, fora das quadras do pedido do autor, condições e limites para o fornecimento desse produto. Não obstante essas decisões representem clara situação de sentença condicional – nulas, portanto, na ótica do processo clássico – e extrapolem obviamente o pedido da parte autora, é evidente que a necessidade dessa comprovação ulterior da necessidade do medicamento é não apenas razoável, mas até mesmo desejável. Seria, de fato, absurdo supor que a parte que hoje precisa de um medicamento possa recebê-lo indefinidamente, mesmo depois de se tornar desnecessário. Identicamente, seria absurdo supor que competiria à parte ré a demonstração da desnecessidade do fármaco, para que se pudesse fazer cessar o fornecimento. Por isso, embora extrapolando os limites do pedido, e ainda que a situação enseje uma sentença evidentemente condicional, ninguém poderia reprovar essa forma de tutela. (ARENHART, 2017, p. 483)

Ademais, a flexibilização do princípio da demanda leva, como efeito, que a própria estabilização da demanda também seja revista. Ora, se o pedido pode ser aberto, e o juiz pode conceder outra prestação, por evidente que o objeto da

demanda é mutável (poderá ser ampliado, ou modificado), o que é consequência dos próprios direitos que estão em debate.

Ainda, como tínhamos antecipado neste tópico, também defendemos que a ACP Colaborativa não conte com a sistemática rígida de preclusões a qual se mostra presente tanto nos processos individuais como nos coletivos. Deveras, a ACP que ora se propõe tem por escopo principal a efetivação de direitos, de modo que o sistema de preclusões poderia obstaculizar, de certa forma, o debate colaborativo que se pretende instaurar para a reestruturação de uma estrutura (no caso, a estrutura de combate à enfermidade Atrofia Muscular Espinhal - AME).

De todo modo, cômicos de que o processo deve seguir sua marcha, entende-se que não devam ser extirpadas todas e quaisquer preclusões da ACP Colaborativa, mas somente aquelas que não permitam o alargamento/modificação do objeto discutido, tal como se explicitou linhas atrás quando se defendeu a flexibilização da estabilização da demanda.

Identificando tal problema, qual seja o da incompatibilidade da sistemática de preclusões com os direitos discutidos em processos estruturais, Susana Henriques da Costa e Débora Chaves Martines Fernandes assim se manifestam:

De fato, essas regras processuais objetivam alcançar distintos fins, em especial evitar a prática de atos dispensáveis ou protelatórios, garantindo o bom termo do processo, e no tocante à coisa julgada conceder imutabilidade à decisão final para possibilitar à parte vendedora o correspondente cumprimento. Todas essas regras, não custa lembrar, foram elaboradas para atender às necessidades dos processos individuais, em um cenário em que a discussão judicial dos direitos coletivos, de modo geral, ainda era incipiente no Brasil. Desta feita, não são elas adequadas aos processos que discutem políticas públicas e concretização de direitos sociais. Isso porque os direitos sociais são, regra geral, essencialmente difusos, de natureza indivisível e sua titularidade individual é impossível determinar. Com efeito, a contingencialidade e a consequente mutabilidade são características desses direitos (sociais) e qualquer alteração na realidade social pode tornar a tutela jurisdicional pleiteada inapta ou ineficaz com o passar do tempo.

Assim, a aplicação estrita das regras preclusivas, que impedem a modificação do pedido no curso da demanda, pode constituir um óbice à concretização de determinado direito social, uma vez que o pedido formulado na ação não pode ser adaptado às alterações de situação fática que deu casa à demanda. Na prática, a rigidez formal do processo civil brasileira leva à extinção superveniente da demanda, o que obrigará o autor a propor nova ação para, pleiteando a tutela que entender agora cabível, proteger o direito difuso discutido, mas novamente sujeito ao risco de outra alteração da realidade tornar o pedido inadequado para resolver a crise de direito material. (COSTA; FERNANDES, 2017, pp. 375-376)

Importante assinalar que as autoras no excerto acima identificam problemas com a preclusão final do processo, que é a coisa julgada. De fato, a ACP Colaborativa também demanda uma releitura de tal instituto, que, não se desconhece, é tão caro ao processo civil por conferir-lhe segurança jurídica.

Isso decorre do fato de que a imutabilidade, em processos estruturais, não se amolda aos direitos que lhe são inerentes; veja-se na própria política de saúde, e tomando como exemplo a AME, que em menos de 3 (três) anos já surgiram dois fármacos para combate à enfermidade (o Spinraza em 2016 e o Zolgensma em 2019). Nesse sentido:

Raciocínio análogo se projeta para as regras de imutabilidade da coisa julgada. É certo que a impossibilidade de alterar o provimento jurisdicional após o trânsito em julgado é indispensável para garantir a segurança jurídica. Entretanto, diante da mutabilidade dos direitos discutidos em ações que veiculam a necessidade de implantar ou alterar determinada política pública, o comando exarado na decisão pode tornar-se inexecutável ou ineficaz para sanar o problema. O mesmo exemplo, relativamente ao fornecimento gratuito de medicamentos, pode ser invocado aqui: os tribunais decidem que o Estado deve prover determinado remédio à população, mas por alguma razão tal medicamento deixa de ser produzido pelas companhias farmacêuticas. Se a sentença não menciona que o remédio em questão pode ser substituído por um similar – se este existir – o comando da sentença torna-se inexecutável, uma vez que a decisão não pode ser alterada para atingir a sua finalidade, que é o tratamento dos pacientes que precisam do remédio. (COSTA; FERNANDES, 2017, p. 376)

De fato, é de difícil aceitação conceber um processo em que não se faça presente a coisa julgada, afinal esta sempre foi vista como a salvaguarda da segurança jurídica no processo. Ocorre que, no contexto da ACP Colaborativa – tal qual nos processos estruturais – a coisa julgada opõe óbice à própria efetivação do direito, o qual, como se viu, é mutável.

Neste contexto, faz-se mister aproximar ainda mais a fase cognitiva da executiva. Não se desconhece o avanço produzido quando da adoção do processo sincrético, mas ainda assim se nota um distanciamento de fases, o que, por certo, acaba por prejudicar o cumprimento do julgado.

Uma aproximação de tais fases, quiçá convivendo em um mesmo momento, poderia ser uma solução para tal problema. Concebemos que a sentença delimite apenas linhas gerais do objetivo traçado pela ACP Colaborativa, de modo que as decisões subseqüentes detalhem a forma de executar o comando geral traçado pela sentença.

É a adoção, em síntese, de uma sentença aberta e de decisões em cascata, as quais possibilitarão, com maior efetividade, cuidar da implementação da política pública em questão. Sobre a técnica das sentenças abertas, Edilson Vitorelli assim discorre:

É igualmente relevante perceber a possibilidade de que as prestações determinadas no título executivo sejam incompatíveis entre si, total ou parcialmente. Tal ocorrência se torna tão mais provável quanto mais aberto for o título. A técnica de produzir sentenças abertas, que indiquem apenas um objetivo final, sem se fixar em pontos instrumentais, costuma ser indicada pela doutrina como uma forma de facilitar a cognição e permitir que o ativismo judicial não substitua a atuação das partes, sobretudo quando se trata do Estado. Em considerável medida, essa é uma solução que simplifica a atividade cognitiva e alivia a sensação de que o Poder Judiciário está invadindo competências alheias. (LIMA, 2017, p. 405)

A fixação do objetivo final posto na sentença será implementada – executivamente – através de provimentos outros, que não poderão tardar a ser proferidos. Trata-se do que se tem denominado de provimentos em cascata, conforme nos informa Didier Jr., Zaneti Jr e Oliveira, citando Arenhart⁶⁴:

Outra característica marcante das decisões estruturais é que, muitas vezes, à decisão principal seguem-se inúmeras outras que têm por objetivo resolver problemas decorrentes da efetivação das decisões anteriores de modo a permitir a efetiva concretização do resultado visado pela decisão principal – é o que Sérgio Cruz Arenhart chama de *provimentos em cascata*. As decisões se sucedem e somente podem ser tomada após o cumprimento das fases anteriores. A decisão atual, muitas vezes, depende do resultado e das informações decorrentes do cumprimento da decisão anterior. (DIDIER JR; ZANETI JR; OLIVEIRA, 2017, p. 357)

Os autores trazem exemplos do uso da técnica dos provimentos em cascata, podendo ser destacado o do direito à saúde, no qual há decisão que impõe um plano de combate ao mosquito *Aedes aegypti* para prevenir a ocorrência de *zika*, e decisões subseqüentes que prescrevam uma série de condutas às autoridades municipais para viabilizar referido combate (DIDIER JR; ZANETI JR; OLIVEIRA, 2017, pp. 357-358).

Já Arenhart, na obra acima referenciada por Didier Jr, Zaneti Jr e Oliveira, assim explica o funcionamento dos chamados provimentos em cascata:

⁶⁴ A obra citada, que também é utilizada neste trabalho, é ARENHART, Sérgio Cruz. “Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro”. Revista de Processo, vol. 225/2013, pp. 389-410, nov/13, referenciada ao final.

Por outro lado, é muito freqüente no emprego de medidas estruturais a necessidade de se recorrer a provimentos em cascata, de modo que os problemas devam ser resolvidos à medida que apareçam. Assim, por exemplo, é típico das medidas estruturais a prolação de uma primeira decisão, que se limitará a fixar em linhas gerais as diretrizes para a proteção do direito a ser tutelado, criando o núcleo da posição jurisdicional sobre o problema a ele levado. Após essa primeira decisão – normalmente, mais genérica, abrangente e quase ‘principlológica’, no sentido de que terá como principal função estabelecer a ‘primeira impressão’ sobre as necessidades da tutela jurisdicional – outras decisões serão exigidas, para a solução de problemas e questões pontuais, surgidas na implementação da ‘decisão-núcleo’, ou para a especificação de alguma prática devida. (ARENHART, 2013, p. 400)

Enfim, para que não propugnemos o fim total da coisa julgada, entende-se que possa existir uma solução intermediária, qual seja, entender-se que a coisa julgada na ACP Colaborativa opera *rebus sic stantibus*. Ou seja, há o provimento sentencial determinando um objetivo final – e sobre essa sim pode recair a coisa julgada tal como classicamente entendida - e as decisões em cascata que possuem o condão da coisa julgada somente quando não modificada a situação fática que a ensejou, na exata forma explicitada no excerto acima.

Assim, entendemos que o processo não fica desnaturado sem sua principal função de segurança jurídica, ao tempo em que também resguardamos a nota diferencial dos direitos que são versados no bojo de processos estruturais e da ACP Colaborativa que ora se propõe.

Realizada a releitura dos institutos como o princípio da demanda, a estabilização da demanda e a coisa julgada, e adotados outros institutos que se ora se propõe como a instauração da ACP Colaborativa como um incidente advindo de um processo individual – sem prejuízo, é claro, de ser proposta autonomamente -, é chegada a hora de detalhar um pouco de seu procedimento⁶⁵ já fazendo uso das releituras que propusemos neste tópico.

Em síntese, para a configuração de nossa ACP Colaborativa de reestruturação da política pública que envolve a AME (dos tipos I, II e III), pensamos o seguinte roteiro, sem que existam, por evidente, posições estanques ou

⁶⁵ O procedimento ora apresentado é meramente sugestivo, com intuito acadêmico de ilustrar a ACP Colaborativa que concebemos. Por certo o roteiro apresentado não se afigura peremptório, haja vista que, como já discorreremos amplamente, é da essência da ACP Colaborativa a ausência de rigidez procedimental. O roteiro é apenas uma forma de trazer o trabalho mais próximo da prática forense.

demarcadas, já que se tem defendido até aqui que a rigidez processual não se amolda aos processos estruturais:

(1) Petição inicial cujo pedido poderá ser aberto (indeterminado), e sem que exista a necessidade de observância do princípio da estabilização da demanda (o objeto poderá ser aumentado ou modificado durante o curso da ação).

No caso que se elegeu para tratar (política pública de saúde que envolve a AME) o pleito inicial poderia ser pensado como a imposição de um plano de desenvolvimento de uma política de prevenção, diagnóstico e combate da AME, a ser traçado pelo requerido em conjunto com a sociedade envolvida e com auxílio de especialistas, tudo a ser definido na fase executiva.

Veja-se que a pretensão é necessariamente aberta, já que seu detalhamento será efetuado através das decisões em cascata após a sentença.

(2) Atendidos os requisitos da inicial (com as ressalvas feitas em relação ao pedido, que poderá ser indeterminado e genérico, conforme linhas precedentes) e efetivada a citação, a contestação apresentada pelo requerido poderá ter duas partes distintas, até em razão da incidência do princípio da cooperação que norteia nossa ACP Colaborativa.

A primeira, na qual efetivamente o requerido resiste à pretensão, trazendo a argumentação pertinente, que até poderá resultar em uma sentença de improcedência, se for o caso.

E a segunda, norteadas pelo princípio da cooperação, pelo qual defendemos que o requerido pode colaborar com análise de custo-benefício de introdução de algum fármaco no sistema de saúde e até expor formas de reestruturar a política existente. Isso é, valendo-se o polo cooperativo passivo do princípio da eventualidade – e aqui se entende ele como peremptório a incidir na contestação, devendo o requerido colaborar ativamente com meios de eventualmente efetivar o direito buscado na exordial – deverá o réu⁶⁶ discorrer sobre a melhor forma de reestruturar a política em questão, bem como aportar estudos do custo para tanto, detalhando as rubricas orçamentárias disponíveis para atender ao pleito inicial.

Note-se que isso não implica necessariamente um reconhecimento do pedido. Note-se, outrossim, que não se olvida que o processo é o *locus* próprio em que se

⁶⁶ A referência ao termo “réu” é apenas para não fugir do usual no processo. Como afirmamos, preferimos o termo polo cooperativo, já que entendemos que esta ACP foge da dogmática que envolve o processo comum (individual ou coletivo).

antagonizam ideias. De todo modo, entende-se que na ACP Colaborativa já deve recair um ônus cooperativo ao demandado desde o início, de modo que este não se limite apenas a contestar o mérito da ação, senão que ajudar a eventualmente trilhar o caminho da procedência.

E isso porque a ACP Colaborativa versará essencialmente sobre direitos sociais cuja efetivação esteja em grau baixo, tanto assim que se entende que ela poderá surgir justamente como um incidente de uma demanda individual (e aqui até poderia se cogitar de, eventualmente, exigir-se um requisito de multiplicidade de demandas, o que lhe traria certa similitude com o Incidente de Demandas Repetitivas – IRDR).

Assim, no caso da ACP Colaborativa em matéria de AME, poderia o ente público primeiro trazer sua contestação meritória no sentido de que a política existente é supostamente adequada à efetivação do direito e, em outra medida, apresentar o orçamento disponível para atendimento de doenças raras, detalhar a forma mais eficiente de eventualmente proceder à reestruturação das instituições para desde o nascimento já realizar exames para eventual diagnóstico da AME nos recém-nascidos, discorrer sobre a formatação ideal para instituições especializadas a tratar da AME (tipos I, II e III) e, especialmente, apresentar relatórios e estudos detalhados sobre o custo-benefício de incorporação do Spinraza x Zolgensma e de outras tecnologias que possam estar em estudo para combate da enfermidade.

(3) A decisão a ser proferida após a contestação (o vetusto “despacho saneador”) poderia não apenas detalhar as provas produzidas, como o próprio magistrado já as determinar. Nesse sentido, destacamos que a ACP Colaborativa possui grande viés publicista, até porque advinda – tem seu nascedouro – nos processos estruturais, de forma que a atividade probatória conta com a ativa participação cooperativa dos envolvidos e também do magistrado condutor do feito.

Pensa-se, ademais, que o despacho que inicia a instrução pode se valer da novidade do CPC/15 e já se aproximar de uma sentença parcial. Diz-se isso pois o pressuposto da pretensão (refutada na primeira parte da contestação) é essencialmente de direito, e basicamente se refere à necessidade de reestruturar ou não a política de saúde existente.

É claro que se sabe que isso poderá vir a ser aclarado na própria instrução que se abrirá, mas se imagina que, de modo geral, já se pode deliberar sobre a

necessidade de se adentrar mais profundamente na reestruturação (ou não) da política pública. Lembra-se, no aspecto, que se defende uma coisa julgada *rebus sic stantibus*, de modo que tal decisão poderia ser revista mais a frente, já que se defende uma suavização da coisa julgada na ACP Colaborativa.

Enfim, a decisão saneadora poderia em um primeiro momento resolver a matéria essencialmente de direito, já dando o início da fase de provas, instar os polos cooperados a trazer os meios de prova cabíveis, além de já determinar os que, no entendimento do Juízo, possam auxiliar ao debate em questão. Ademais, nesta mesma decisão deverá o magistrado fazer uso dos meios cooperativos que se discorreu no tópico precedente, como a convocação de audiências públicas com representantes dos interessados – diretos e indiretos -, além de oitiva de *experts* como *amicus curiae*.

Voltando ao nosso exemplo da AME, superada a questão inicial de necessidade de reestruturação da política de saúde, é nesta fase que deverá o juiz já fazer a convocação de audiência pública com, talvez, familiares dos bebês portadores da enfermidade, oitiva de médicos especialistas e de instituições que os representem, oitiva, como *amicus curiae*, da CONITEC para avaliação do custo-benefício da incorporação dos fármacos disponíveis, e até mesmo chamar, como *amicus curiae*, as empresas fornecedoras de tais tecnologias para, quem sabe, propor eventual pacto de incorporação por compartilhamento de riscos⁶⁷.

(4) Fase decisória, após a colheita das provas e oitiva de todos os participantes (polos colaborativos, especialistas, interessados), com uso de audiências públicas e *amicus curiae*, com a prolação de uma decisão (sentença) que poderá, além de ratificar (ou não) a necessidade de se imiscuir na política pública (objeto da decisão saneadora antes da fase instrutória), apresentar-se com um conteúdo múltiplo, a saber, uma primeira parte – e aqui sim poderá recair a coisa julgada – que se assemelharia mais a uma norma-princípio, com objetivos delineados e a serem perseguidos e uma segunda parte que pretende dar início à efetivação de tal objetivo, sem prejuízo das posteriores decisões a serem tomadas em cascata.

⁶⁷ Remetemos para o tópico 2.3 “O mínimo existencial e a reserva do possível: inter-relação crítica e conclusões aplicáveis ao direito à saúde” do presente trabalho, no qual discorreremos sobre a denominada incorporação por compartilhamentos de riscos.

Explica-se o conteúdo: a primeira parte da sentença da ACP Colaborativa que verse sobre a AME poderá propugnar seja reestruturada toda a política de saúde, de forma a dar vazão ao comando constitucional do direito à saúde e, de certa forma, reconhecer a omissão (ou mora) do Poder Público em tal mister. É uma parte mais principiológica, mais abstrata; já a segunda parte poderá ser mais concreta, quicá acolhendo o pedido inicial de elaboração de plano para reestruturar as instituições e os próprios órgãos públicos envolvidos, de forma a poderem atender com excelência o direito reconhecido.

Para tentar explicar o funcionamento da decisão, compartilham-se das lições de Didier Jr, Zaneti Jr e Oliveira, na parte em que explicitam o funcionamento da decisão estrutural, a qual, entendemos, possui perfeita aplicabilidade à sentença a ser prolatada na ACP Colaborativa que ora concebemos:

A decisão estrutural possui conteúdo complexo. Normalmente, prescreve uma norma jurídica de conteúdo aberto; não raro o seu preceito indica um resultado a ser alcançado – uma meta, um objetivo – assumindo, por isso, e nessa parte, a estrutura deôntica de norma-princípio, com o objetivo de promover um determinado estado de coisas. Mas não só isso: é uma decisão que estrutura o modo como se deve alcançar esse resultado, determinando condutas que precisam ser observadas ou evitadas para que o preceito seja atendido e o resultado, alcançado – assumindo, por isso, e nessa parte, a estrutura deôntica de uma norma-regra. (DIDIER JR; ZANETI JR; OLIVEIRA, 2017, p. 356)

Em síntese, teríamos a sentença proferida com base em uma (a) ratificação da primeira decisão que *in statu assertionis* verificou a necessidade de aprofundar a discussão sobre a política pública posta em questão; (b) de forma principiológica e abstrata, tal como um programa, dispôs sobre a necessidade de se reformular a política ou de a ela dar novo tratamento; (c) dispõe de maneira concreta, ainda que de forma incipiente de maneira aberta, sobre as formas de efetivar o quanto propugnado na decisão.

A coisa julgada, como mencionado, poderá recair à ACP Colaborativa especificamente no item (b) supra, bem como, nesse momento processual, sobre o item (a), ficando quanto ao (c) e demais decisões em cascata a serem proferidas sujeitas à condição *rebus sic stantibus*, conforme mencionado precedentemente.

(5) A fase recursal na ACP Colaborativa precisa ser vista com *grano salis*. Diz-se isso porque o próprio nome da ACP (Colaborativa) já evidenciaria alguma contradição com eventual possibilidade de manejo de inúmeros recursos; ora, se é

colaborativa, parte-se de algum grau de consenso, de modo que seria impensável a existência de recursos, sob pena de não existir qualquer diferencial em relação a uma ação coletiva comum.

De todo modo, entende-se que a manutenção da fase recursal é importante, até porque preserva a própria ideia subjacente do processo, como uma forma de contraposição de ideias. Nesse sentido, entende-se pela possibilidade da primeira decisão (a saneadora) ser objeto de agravo de instrumento, tal qual a decisão que já é proferida na égide do processo comum, assim como a sentença da fase precedente ser apelável (e aqui, logicamente, destituída, a princípio, de efeito suspensivo, sob pena de esvaziar por completo a própria ideia que antes se afirmou de junção das fases cognitiva e executiva). Além disso, por consequência do sistema recursal, ainda existirá a possibilidade de interposição de Recurso Especial e Recurso Extraordinário ao Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, respectivamente.

Entende-se, contudo, que a fase recursal acaba por aí. Uma vez definida a necessidade de imersão na política pública de saúde (matéria agravável ou apelável, a depender da fase que se encontra) e o estabelecimento do programa para reestruturação (apelável), as outras decisões que se seguem, e que estão afetas ao próprio cumprimento do programa estabelecido, não poderiam ser objeto de recurso, até porque se entende que tais decisões devem ser construídas cooperativamente, sempre com a oitiva de interessados e especialistas.

É dizer, se a coisa julgada operará *rebus sic stantibus* e o pressuposto da decisão será a ideia de cooperação, seria inviável pensar em recurso, sob pena de ineficácia total da ACP Colaborativa. Faz-se apenas uma única ressalva: eventual decisão que determine – como *ultima ratio* - a intervenção judicial no ente, na forma como explicitado no tópico anterior, e desde que se refira exclusivamente a aspectos formais.

(6) Fase executiva, a qual já inicia tão logo proferida a sentença que determina a imposição do plano de reestruturação das instituições envolvidas. No aspecto, registra-se que o aludido plano é apenas o “ponta pé inicial” a partir do qual serão traçados os pormenores e detalhada a forma de implementação do direito em questão.

Com efeito, é a partir do plano que se sucederão os “provimentos em cascata”, antes referido, os quais consistirão em decisões, tomadas a partir da ativa cooperação dos polos cooperativos, e que visam a implementar o julgado de forma mais eficiente. Para a tomada de tais decisões, além da cooperação das partes, mostra-se imprescindível permanecer com a realização de audiências públicas e intervenção de *amicus curiae*.

Trazendo para o nosso exemplo relativo à ACP Colaborativa em matéria de AME, projetamos ao menos três grandes decisões proferidas em cascata, que seriam as relativas à (a) reestruturação do diagnóstico (*v.g* detalhando programa e formatação de instituições especializadas para o diagnóstico, além de, quiçá, elaborar-se, juntamente com o ente público envolvido, uma maior publicidade da enfermidade); (b) reestruturação do combate à enfermidade, dentro da qual se discutirá profundamente – em especial com oitiva da CONITEC e órgãos médicos envolvidos – a análise de custo/benefício de concessão do Spinraza e/ou Zolgensma; (c) implementação de um acompanhamento para os familiares cujo recém-nascido possua a enfermidade, a partir de análise com psicólogos e outros profissionais afins.

É claro que essas três decisões não esgotariam a complexidade na qual está inserida a reestruturação da política de combate à AME; a partir de cada marco desses (que poderiam inclusive se dar de forma concomitante), ainda se apresentariam decisões outras que contenham conteúdo estruturante e que visem a reformular a política pública em questão, sempre, reiteramos, com auxílio colaborativo das partes e demais interessados.

A execução deve partir sempre da ideia de execução negociada, que foi desenvolvida linhas atrás, privilegiando-se sempre o consenso para a efetivação do julgado. Esse é, em última medida, o escopo último de nossa ACP Colaborativa: a efetivação em máxima escala do direito à saúde, através de ampla colaboração das partes com o fito de construir decisões que possuam o condão de ser efetivadas no plano prático e não sentenças que permaneçam por anos sem o devido cumprimento.

É claro que, conforme já se discorreu, a execução negociada poderá resultar frustrada, ficando impositiva medida mais drástica para cumprimento das decisões tomadas ao longo do processo. Nesse caso – e apenas neste caso de frustração de

medidas consensuais – é que surge o instituto da intervenção, a qual sempre deverá iniciar pela mais branda (fiscalizatória) e, somente no seu insucesso, poderá ir para a mais invasiva (substitutiva).

Na esteira dos conceitos que se trabalhou no tópico anterior, a intervenção judicial tem lugar, *ultima ratio*, como medida estruturante para fazer efetivar o cumprimento do julgado – em especial quando se está diante de plano de reestruturação construído a partir da cooperação dos polos -. Aqui é de importante lembrança o uso de Grupos de Assessoramento Técnicos (GTA's), tal qual utilizado na precitada Ação Civil Pública do Carvão, que poderão traçar meios para implementar o plano, nem que para isso seja necessário longo trâmite da ACP Colaborativa.

Mais uma vez retomando nosso exemplo da AME, é essencial que em eventual GTA formado haja a participação da CONITEC na avaliação das tecnologias disponíveis, além de se pensar em um intercâmbio de informações com o próprio FDA norte-americano e com as fabricantes dos fármacos. Todo esse estudo, que normalmente não tem lugar em um processo ordinário (seja individual ou mesmo coletivo), é de suma importância para garantia do equilíbrio do custo efetividade que deve nortear a política de saúde pública.

Em síntese, trabalhamos com a ideia de uma ACP Colaborativa de viés complexo, espelhada nas ações estruturantes norte-americanas, em que, diagnosticada a falta de efetividade de determinada política pública, haja efetiva correção por meio do aparato Judiciário, sem descurar a efetiva participação das partes e interessados na solução do problema. Muito além de resolver o processo, necessitamos da resolução da lide para dar melhor efetividade aos direitos estabelecidos no ordenamento jurídico.

5 Considerações finais

O presente trabalho teve como grande intento, a partir de uma análise prática em que se tomou como exemplo a política pública de combate à enfermidade conhecida como Atrofia Muscular Espinhal (AME), fazer a proposição de uma Ação Civil Pública Colaborativa em matéria de saúde, a qual visa à maximização deste

importante direito social, além de racionalizar a máquina Judiciária ao pretender substituir as – recorrentes – demandas individuais por um instrumento coletivo.

Para tanto, partiu-se da constatação da explosão da judicialização das políticas públicas nos últimos tempos. Assentada a fundamentalidade dos direitos sociais, viu-se o Poder Judiciário obrigado a imiscuir-se em temas nitidamente afeto ao Poder Executivo, dentre os quais o que foi eleito para servir de base à nossa proposição de Ação Civil Pública Colaborativa que é o direito à saúde.

Deveras, a crescente judicialização do direito à saúde conduz a uma necessária releitura do sistema posto, no qual se privilegiam ações individuais em detrimento de instrumentos coletivos. A proposta que traçamos, assim, parte desta premissa, qual seja, que o tratamento do direito à saúde deva perpassar pelo manejo de ações coletivas, até para dar uniformidade ao tema, o que já se demonstrou ser possível pelas Cortes Superiores no julgamento de Recursos Repetitivos e Extraordinários sobre o tema.

Nesta trilha, iniciou-se discorrendo sobre a passagem do Estado Liberal ao Estado Social, no qual pode ser identificado o escopo último do Estado Brasileiro, que é justamente a efetivação de direitos. Com efeito, a mudança do antigo paradigma liberal ao novo modelo de Estado de bem-estar social carrega consigo uma mudança no próprio agir do Estado, o qual passa a ser não mais abstencionista, mas, proativo, buscando dar vazão ao compromisso democraticamente assumido nas Constituições.

Analizou-se mais profundamente a questão da exigibilidade dos direitos sociais, trazendo teses opostas sobre o tema. A base dogmática dos que entendem serem tais direitos inexigíveis repousa sobre eventual caráter programático de tais direitos, ao passo que os que sustentam sua exigibilidade lhes conferem juridicidade fundamentado no próprio Estado Social.

Conclui-se pela exigibilidade dos direitos sociais, ante a sua constatação de direitos “*prima facie*”, os quais, contudo, admitem restrições desde que proporcionalmente impostas. Há, destarte, certo espectro de obrigações mínimas ao Estado, do que se extrai a existência de um mínimo existencial, contraposto a uma reserva do possível.

Nesta trilha, enfrentou-se a tensão existente entre o mínimo existencial e a reserva do possível, buscando as raízes de ambos na doutrina e jurisprudência

alemãs, e aproximando do ordenamento jurídico brasileiro através da citação de julgados do Supremo Tribunal Federal.

Apresentados os referenciais teóricos balizadores do mínimo existencial em matéria de direito à saúde, divergiu-se, em parte, da doutrina que o entende como tendo conteúdo identificável com as prestações de saúde disponíveis. Isso porque se entende o mínimo como não estanque – casuístico, portanto -, de modo que o seu conteúdo e o seu alcance acabam ficando relegados ao caso concreto, em um juízo de ponderação do operador do direito.

Nesse ponto, defendeu-se não poder o mínimo existencial ficar restrito às listas oficiais do Sistema Único de Saúde (SUS), uma vez que poderia haver engessamento do modelo constitucional de efetivação do direito à saúde, sem falar no problema que orienta nossa Ação Civil Pública Colaborativa que é de doenças graves sem medicamentos (geralmente de alto custo) incorporados.

Quanto à reserva do possível, ao tempo em que se apresentou sua tríplice dimensão, identificada como a efetiva disponibilidade fática de recursos, a disponibilidade jurídica de tais recursos e a proporcionalidade da prestação, identificou-se que o Brasil parece ter importado – acriticamente – apenas a primeira das dimensões apresentadas, qual seja, a fática (econômica). Propôs-se, neste diapasão, uma releitura do instituto, através do seu necessário posicionamento como de alegação excepcional e partindo da ideia de que o ônus argumentativo recaia sobre a Administração, sob pena de subversão de toda lógica constitucional que paira sobre os direitos sociais.

Ainda, procedeu-se uma análise inter-relacionada do mínimo existencial e reserva do possível, concluindo-se pelo caráter principiológico de ambos, os quais são dosados a partir do princípio da proporcionalidade.

Identificou-se, no ponto, que o compartilhamento de riscos (modalidade de incorporação ao SUS em que o Poder Público somente paga por alguma tecnologia se ela efetivamente apresentar resultados) é medida que faz uma leitura constitucional do custo-efetividade no que tange à incorporação de medicamentos, desde que o aspecto “custo” seja lido tal qual a reserva do possível como outrora identificado.

Passou-se, então, a discorrer sobre o instrumento que, processualmente, melhor atenderia à efetivação de direitos sociais, concluindo-se ser este a ação

coletiva. Historiaram-se, em um primeiro momento, as fases metodológicas do processo, chegando-se aos dias hodiernos em que vigente um processo mais coletivista, em detrimento do vetusto processo individualista, além da passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional com o CPC/15.

Analizou-se o objeto do processo coletivo, discorrendo brevemente sobre a conhecida tipologia dos direitos transindividuais (difusos e coletivos em sentido estrito) e dos individuais homogêneos. Apresentou-se uma proposta de desconstrução da indivisibilidade dos primeiros a partir de bases sociológicas, tendo como esteio a doutrina de Edilson Vitorelli, para então concluir-se que os por ele chamados litígios de difusão irradiada são os que mais se aproximam da dinâmica das demandas a serem versadas no bojo de processos estruturais e da Ação Civil Pública Colaborativa.

Apresentadas algumas notas distintas do processo coletivo em relação ao individual, concluiu-se pela possibilidade, até para não se incorrer em proposta *contra legem*, de aplicação da legitimidade ativa extraordinária em rol fechado na Ação Civil Pública Colaborativa, além de aplicabilidade da precedência de inquérito civil público no bojo da ACP Colaborativa.

Identificou-se a difícil aplicabilidade do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) – ao menos depois de já judicializada a questão –, ante a necessidade de fiscalização do Poder Judiciário sobre as demandas cooperativamente formadas, bem como se estabeleceu nota distinta quanto ao tratamento da coisa julgada na Ação Civil Pública Colaborativa, a qual se propôs seja *rebus sic stantibus*.

Rechaçou-se, por fim, a solução binária tradicional das demandas individuais, para então concluir pela necessidade de uso de ações civis públicas em matéria de saúde; nesse ponto, identificou-se que somente em 2018 o Superior Tribunal de Justiça (STJ) assentou a legitimidade do Ministério Público para aviar ações coletivas em matéria de saúde, o que, a nosso sentir, é sintomático da falta de manejo de tais instrumentos em demandas deste jaez.

Assentada a necessária utilização da ação civil pública em matéria de saúde, iniciou-se a trilha da Ação Civil Pública Colaborativa proposta no presente trabalho. Para tanto, discorreu-se inicialmente sobre as origens do processo estrutural norte-americano no caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, concluindo-se, a partir dos estudos de Owen Fiss, que as então chamadas pelo autor de *dispute resolutions*

estão para os nossos processos individuais e coletivos, ao passo que os denominados por ele de *structural litigation* estariam para os processos estruturais.

Ainda, avançou-se nas ideias trazidas por Marco Felix Jobim no sentido de que os processos estruturais, através do que o autor chamou de “fontes de abertura” possuem lugar não só na Suprema Corte, mas também, e principalmente, nas instâncias ordinárias da Justiça. Nesse particular, lembrou-se da Ação Civil Pública do Carvão, trazida detalhadamente por Sérgio Cruz Arenhart em estudo referenciado neste trabalho.

Mais a frente, discorreu-se sobre o princípio da cooperação como modelo social e princípio jurídico, propondo-se que seu dever de esclarecimento vá além da clareza e coesão das peças para alcançar o próprio direito material subjacentemente discutido. Divergiu-se em parte da doutrina que entende inexistir cooperatividade entre as partes, haja vista que se entende a posição antagônica presente no processo deva ser amenizada quando se está diante de lides estruturais. Fez-se referência à substituição de polos antagônicos por “polos cooperativos”.

A partir da constatação da ineficiência dos meios tradicionais postos à disposição do cumprimento de sentença, expôs-se a necessidade, na ACP Colaborativa, de substituir-se a impositividade do cumprimento do direito certificado pela denominada execução negociada, através de instrumentos como calendarização processual, participação de *amicus curiae* e realização de audiências públicas (inclusive com participação de partes e interessados diretos e indiretos). Por fim, apresentou-se a intervenção judicial como *ultima ratio* nos casos de insucesso da execução negociada.

Derradeiramente, propôs-se um roteiro prático da ACP Colaborativa que vise à reformulação da política pública de saúde de combate à Atrofia Muscular Espinhal, desde sua peça inicial até a fase executiva.

Defendeu-se a possibilidade de coletivização de demandas individuais – através de instauração de incidente, tal qual o IRDR, só que para uma ACP Colaborativa -, além de flexibilização da exigência de pedido certo e determinado, com consequência mitigação da estabilização da demanda e do princípio da demanda.

Afastamo-nos, outrossim, de um sistema rígidos de preclusões, ante o direito social subjacentemente discutido, o que exige uma certa flexibilização do

procedimento em prol de sua máxima efetividade. Dessa maneira, entende-se que estaremos dando vazão ao comando constitucional de proteção dos direitos sociais, sem descurar da marcha processual, que fica resguardada por alguns provimentos com a marca da definitividade.

Nessa toada, malgrado se entenda que a coisa julgada deva ocorrer sobre o provimento que certificado o direito (necessidade de reformulação da política), entende-se que as demais decisões – tomadas em cascata e que visem a implementação do julgado – somente poderão ter coisa julgada *rebus sic stantibus*. Só assim, entende-se, estará resguardada a melhor satisfação do direito, que é marcado pela complexidade e conflituosidade (na acepção trazida neste trabalho por Edilson Vitorelli), bem como pela mutabilidade.

A construção da Ação Civil Pública Colaborativa ora apresentada, para além de meramente teórica, revela-se de viés prático. Entende-se ser premente uma resposta judicial para os problemas de efetividade que padecem os direitos sociais estampados na Constituição, especialmente o direito à saúde. Amarrar-se a procedimentos e concepções, sem quaisquer questionamentos, é pensar o processo como um instrumento imutável, alheio ao direito que pretende efetivar.

Em última análise, a nossa releitura dos institutos (e proposição de outros) pretende dar um tratamento próprio à Ação Civil Pública Colaborativa que ora se delineou, tudo com o escopo maior de resolução da lide que lhe é subjacente e não unicamente do processo.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Obrigações do Estado em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais*, in: _____. Direitos sociais são exigíveis. Porto Alegre: Editora Dom Quixote, 2011, pp 79-144.

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

ARANGO, Rodolfo. *La jurisdicción social de la tutela*. In: COURTIS, Christian e SANTAMARÍA, Ramiro Ávila (Ed.). *La protección judicial de los derechos sociales*. Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

ARENHART. Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. Revista de Processo, vol. 225/2013, pp. 389-410, nov/13.

_____. *Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes*. In: ARENHART, Sergio Cruz. JOBIM, Marco Félix. [org]. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____. *Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques da. [org]. *O Processo para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: Juspodivm, 2017.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

_____. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. In: SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti (coords.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. [Syn]Thesis. Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, 2012, pp. 23-32. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em 25 ago. 2019.

BAUERMANN, Desirê. *Structural Injunctions no direito norte-americano*. In: ARENHART, Sergio Cruz. JOBIM, Marco Félix. [org]. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017.

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

BERIZONCE, Roberto Omar. *Activismo judicial y participación em La construcción de las políticas públicas*. Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, vol. 36, n. 36, 2010. Disponível em: < <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/63>>. Acesso em 25 ago. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Quantidade de demandas nos tribunais*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/forum-da-saude/quantidade-de-demandas-nos-tribunais>>. Acesso em 25 jul. 2018.

_____. 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. EREsp 1582475/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Corte Especial, julgado em 03/10/2018, DJe 16/10/2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=86761649&num_registro=201600416831&data=20190319&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 15 jun. 2019.

_____. 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.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.657.156/RJ. Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 25.04.2018, DJ 04.05.2018. Disponível em:
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=76923856&num_registro=201700256297&data=20180504&tipo=91&formato=PDF. Acesso em 13 jul.2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.192.577/RS. Relator Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 15.05.2014, DJe 15.08.2014. Disponível em:
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35239739&num_registro=201000805877&data=20140815&tipo=91&formato=PDF. Acesso em 17 ago.2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 45/DF. Relator Ministro Celso de Mello, monocrática, DJ 04/05/2004. Disponível em:
<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUM%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/bu3e9ae>. Acesso em 15 jun.2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE n. 817338 AgR/DF. Relator Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJ 25/06/2009. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750163474>. Acesso em 17 ago.2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE n. 657718/MG. Relator Ministro Marco Aurélio, julgado 22.05.2019. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp>

?incidente=4143144&numeroProcesso=657718&classeProcesso=RE&numeroTema=500#>. Acesso em 13 jul.2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 410715 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, j. 22/11/2005, DJ 03-02-2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>>. Acesso em 15 jun.2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 566471, Relator(a): MIN. MARCO AURÉLIO. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565078>>. Acesso em 30 jun.2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 657718/MG, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgamento em 22.5.2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>>. Acesso em 30 jun.2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 165, Relator(a): Ministro Ricardo Lewandowski, julgamento em 01.03.2018, Informativo 892. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo892.htm>>. Acesso em 18 ago.2019.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do Direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Almedina, 2016.

_____; HAAS, Adriane; SCHMITZ, Nicole. *Princípio da cooperação processual e o novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol 984, Out/2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

CONITEC. *Relatório de recomendação. Nusinersena para Atrofia Muscular Espinhal 5q*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2019. Disponível em: <http://conitec.gov.br/images/Consultas/Relatorios/2019/Relelatorio_Nusinersena_AM_E5q_CP_12_2019.pdf>. Acesso em 30 jun. 2019.

CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

COSTA, Susana Henriques da; FERNANDES, Débora Chaves Martines. *Processo coletivo e controle judicial de políticas públicas – relatório Brasil*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques da. [org]. *O Processo para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: Juspodivm, 2017.

COSTA, Pietro. *Los derechos sociales en el Estado Constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

DIAZ, Elias. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Madri: Taurus, 2010.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

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

_____. ZANETI JR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 10ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. ZANETI JR, Hermes. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Notas sobre as decisões estruturantes*. In: ARENHART, Sergio Cruz. JOBIM, Marco Félix. [org]. Processos Estruturais. Salvador: Juspodivm, 2017.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 19ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. Orientador: Sérgio Cruz Arenhart. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. Disponível em: < <https://acervodigital.ufpr.br> >. Acesso em 29 out. 2019.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

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

GISMONDI, Rodrigo. *Processo civil de interesse público e medidas estruturantes: da execução negociada à intervenção judicial*. Curitiba: Juruá, 2018.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Vol II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HERRERA, Carlos Miguel. *Estado, Constituição e direitos Sociais*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vol. 102, pp. 371-395, jan./dez./2007.

JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____. ROCHA, Marcelo da. *Medidas estruturantes: origem em Brown v. Board of Education*. In: ARENHART, Sergio Cruz. JOBIM, Marco Félix. [org]. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017.

JÚNIOR, Nicola Tutungi. *Ação Civil Pública e Políticas Públicas: Implicações na Tensão entre o Estado-Administrador e o Estado Juiz*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2012.

KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

KERSTENETZKY, Celia Lessa. *Estado de bem estar social na idade da razão*. São Paulo: Elsevier, 2012.

LAZARI, Rafael José Nadim de. *Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão de eficácia da norma constitucional em face da realidade*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2016.

LEIVAS. Paulo Gilberto Cogo. *Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais Sociais e o Direito Fundamental ao Mínimo Existencial*. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2017.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *O Devido Processo Legal Coletivo: Representação, Participação e Efetividade da Tutela Jurisdicional*. Orientador: Luiz Guilherme Marinoni. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/40822>>. Acesso em 02 ago. 2019.

_____. *Tipologia dos litígios transindividuais I: um novo ponto de partida para a tutela coletiva*. Revista de processo, vol. 247/2015, pp. 353-384, set/2015.

_____. *Tipologia dos litígios transindividuais II: litígios globais, locais e irradiados*. Revista de processo, vol. 248/2015, pp. 209-250, out/2015.

_____. *Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual*. In ARENHART. Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix. (org). Processos Estruturais. Salvador: Juspodivm, 2017.

LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa. *Políticas sociais e modelos de bem-estar social: fragilidades do caso brasileiro*. Saúde debate [online]. 2016, vol.40. ISSN 0103-1104. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v40nspe/0103-1104-sdeb-40-spe-0087.pdf>>. Acesso em: 08 jun.2019.

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: Editora 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, vol. 796/2002, pp. 11-38, fev/2002.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. Vol 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. ARENHART. Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. Processo de Conhecimento. Vol 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MASSAÚ, Guilherme Camargo; BAINY, André Kbike. *O impacto da judicialização da saúde na comarca de Pelotas*, in *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v.15, n.2, p.46-65, 2014.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 15ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

_____. *A Ação Civil Pública*. *Revista dos Tribunais*, vol. 682/1992, pp. 24-30, ago/1992.

_____. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Os direitos à organização e ao procedimento como paradigmas à efetivação dos direitos sociais* IN GASTAL, Alexandre Fernandes et al (org). *Direitos Fundamentais e Vulnerabilidade Social: em homenagem ao professor Ingo Wolfgang Sarlet*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. [livro eletrônico]. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em 22 out. 2019.

MORAES, Ricardo Quartim de. *A evolução histórica do estado liberal ao estado democrático de direito e a sua relação com o constitucionalismo dirigente*. Revista de informação legislativa: Brasília, v. 51, n. 204, pp. 269-285, out/dez. 2014.

MORAES, Voltaire de Lima. *Alcance e limites da atividade jurisdicional na ação civil pública*. Orientador: José Maria Rosa Tesheiner. 2007. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. Disponível em: <<http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/2358/1/000389017-Texto%2bCompleto-0.pdf>>. Acesso em 20 jul. 2019.

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: Editora Saraiva, 1988, pp. 110 a 123.

MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. Coimbra: Centelha, 1973.

NEUNER, Jörg. *Os direitos humanos sociais*. Direito Público, ano V, n. 26, p. 18-41, mar./abr.2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Código de Processo Civil Comentado*. 4ª ed. rev. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

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, pp. 485-511, ago/2015.

NUNES, Dierle José Coelho. *Teoria do processo contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático*. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Edição Especial, 2008. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/mestrado/revista_artigo.php?artigo=25&volume=volume%especial>. Acesso em 30 out. 2019.

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 06 ago.2019.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. Orientadora: Regina Maria Macedo Neri Ferrari. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp007711.pdf>>. Acesso em 06 jul. 2019.

PIRES, Mafalda. et al. *Atrofia Muscular Espinhal: Análise Descritiva de Uma Série de Casos*. Acta Med. Port 2011; 24(S2): 95-102. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10400.17/877>>. Acesso em 30 jun. 2019.

PULIDO. Carlos Bernal. *Fundamento, Conceito e Estrutura dos Direitos Sociais: Uma Crítica a “Existem direitos sociais?” de Fernando Atria*. In SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

RODRIGUES, Marco Antonio. GISMONDI, Rodrigo. *Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas*. In ARENHART. Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix. (org). Processos Estruturais. Salvador: Juspodivm, 2017.

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

SALLES. Carlos Alberto de. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana

Henriques da. [org]. *O Processo para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: Juspodivm, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *A Titularidade Simultaneamente Individual e Transindividual dos Direitos Sociais Analisada à Luz do Exemplo do Direito à Proteção e Promoção da Saúde*, in *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*, ano 4, n. 10, jan/mar de 2010.

_____. *O princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações*, in: *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v.1 , n.1 , p. 171-213, 2007.

SILVA, Vírgilio da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOTELO, Ignacio. *El estado social – Antecedentes, origen, desarrollo y declive*. Madri: Editora Trotta, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial e os direitos fundamentais*. *Revista de Direito Administrativo*, n. 177, p. 29049, jul./set. 1989.

VASCONCELOS, Luís Carlos Souza; SOARES, Ricardo Maurício Freire. *A Centralidade do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Tutela dos Direitos*.

A Barriguda: Revista Científica, [S.l.], v. 6, n. 1, p. 159-177, abr. 2016. ISSN 2236-6695. Disponível em: <<http://www.abarriguda.org.br/revista/index.php/revistaabarrigudaarepb/article/view/284>>. Acesso em: 22 jul. 2018.

ZANETI JR, Hermes. *Processo Coletivo e Constituição: a aplicação direta do CPC 2015 ao microssistema dos processos coletivos*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Vol. 9/2019, p. 371-405, jan-jun/2019.

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