

O Juiz Auxiliar da Corregedoria-Geral da Justiça, **Dr. Marcos Vinicius Christo**, foi convidado para escrever sobre o tema da aula por ele ministrada no 2º Ciclo da "Academia da Magistratura".

Confira-se, então, o texto intitulado "A SUPERAÇÃO DE REGRAS NA DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTO, A PRESERVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA SEGURANÇA JURÍDICA E A NECESSIDADE DA BUSCA PELA TUTELA COLETIVA QUANDO HÁ INDICATIVO DE QUE A DEMANDA PELO TRATAMENTO É MAIS AMPLA (EM TERMOS SUBJETIVOS) DO QUE AQUELA RETRATADA NA AÇÃO INDIVIDUAL", de autoria do citado Magistrado:

A partir da Constituição Federal de 1988, na progressiva positivação dos direitos fundamentais, o Estado do bem-social passou a servir de instrumento para assegurar o bem comum. Busca-se alcançar o ideal de igualdade material e justiça social mediante a efetivação de direitos socioeconômicos.

Implementados tais direitos por políticas públicas, inflige-se ao Estado a obrigação de prestações positivas que assegurem acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde (arts. 6º e 196 da Constituição Federal).

Todavia, a despeito de não atuar na elaboração das políticas públicas e orçamentárias destinadas à concretização desse ideal, o Poder Judiciário tem sido provocado a intervir quando omissões ou falhas na implementação implicam violação ao direito de existência digna.



Todavia, a despeito de não atuar na elaboração das políticas públicas e orçamentárias destinadas à concretização desse ideal, o Poder Judiciário tem sido provocado a intervir quando omissões ou falhas na implementação implicam violação ao direito de existência digna.

Essa intervenção judicial, de forma individualizada, desconsidera o conceito amplo de saúde e visa, unicamente, restabelecer a saúde ou minimizar sintomas causados por determinadas patologias.

A judicialização da saúde representa a frustrada expectativa de direitos sociais, sem que o Estado ainda seja capaz de efetivá-los, e revela, ao converter um direito indisponível em obrigação de prestar serviço específico, com acesso irrestrito, facilitado e instigado pela cultura da litigiosidade, a incapacidade de o Poder Judiciário enfrentar questões que envolvem alocação de recursos públicos, com consequências de difícil mensuração na definição, coordenação e execução de políticas públicas.

Assim, nas atuações particularizadas fundadas em juízo pessoal de equidade ou empatia do julgador, com procedência na grande maioria dos casos, desconsideraram-se regras de competência na distribuição de medicamentos, diretrizes terapêuticas definidas pela medicina baseada em evidências, desequilíbrio financeiro do Sistema Único de Saúde e, ademais, prejuízo concretos à universalidade e à integralidade dos tratamentos disponíveis.

Nesse contexto, a despeito de o conflito decorrer da omissão ou ineficiência de políticas públicas e, portanto, transcender o interesse das

partes envolvidas, como a legislação processual é nitidamente particularista porque destinada à solução de casos individuais, tem provocado multiplicação de ações individuais, com risco de decisões diferentes para situações idênticas.

Dessa forma, como alternativa de solução para demandas repetidas que envolvem serviços públicos de saúde, aliado ao maior rigor na superação das regras de dispensação de medicamentos (Lei nº 8.080/90), colocaram-se à disposição mecanismos de gestão judiciária e de racionalização de conflitos, como a provocação de legitimados para propositura de ações coletivas (art. 139, X, do CPC).

Os efeitos imprevisíveis de soluções individuais à execução das políticas públicas, com violação aos princípios da isonomia, duração razoável do processo e segurança jurídica pela repetição de ações idênticas, reclamam processo coletivo que vise tutelar interesses metaindividuais, conforme microssistema da tutela coletiva previsto pelas Leis nº 7.347/85 e 8.078/90 (art. 95, do CDC).

É cediço que o processo coletivo tutela direitos difusos, coletivo *stricto sensu* ou individuais homogêneos. Os direitos difusos e coletivo *stricto sensu* têm em comum a transindividualidade e o objeto indivisível e, por outro lado, diferenciam-se quanto à determinação dos sujeitos. Enquanto os interesses difusos têm sujeitos indeterminados, os coletivos *stricto sensu* possuem sujeitos determinados ou determináveis. Os direitos individuais homogêneos têm objeto divisível, contudo, por estarem ligados às mesmas circunstâncias de fato, podem ser tutelados coletivamente.

Na tutela de direitos de natureza coletiva, tanto os direitos difusos como coletivos *stricto sensu* caracterizam-se pela indivisibilidade do bem jurídico protegido.

Nos difusos, como a ofensa ao bem jurídico indivisível atinge toda a coletividade, a proteção e a satisfação de um sujeito determinado pressupõe a satisfação de todos os demais. Daí decorre a eficácia *ultra partes*, com proteção indistinta a todos que se encontram unidas ao bem jurídico tutelado por circunstâncias fáticas.

Quando o bem jurídico indivisível é titularizado por um grupo, classe ou categoria de pessoas vinculadas por uma relação jurídica entre si ou com a parte contrária, compreende-se como direitos coletivos *stricto sensu*. A sentença terá efeitos *ultra parte*, com alcance aos que, apesar de não estarem ligados formalmente ao processo, são determinados a partir do vínculo comum entre eles ou de cada um deles com o titular do dever jurídico.

Por outro lado, nos direitos individuais homogêneos, apesar da titularidade individual, se o bem jurídico tutelado decorre de um mesmo fato ou de fatos iguais, recomenda-se a tutela coletiva. A pluralidade de pretensões jurídicas individualizáveis porque oriundas do mesmo fato ou fatos iguais, caracteriza-se a homogeneidade e, por conseguinte, propicia violação aos princípios da isonomia e segurança jurídica se tratados individualmente. Essa é, portanto, a situação processual adequada e recomendada para conversão da tutela individual homogênea em coletiva (art. 139, X, do CPC).

Admite-se a condenação genérica (art. 95, do CDC) e, na fase de liquidação e cumprimento de sentença, poderá ser dividida a pretensão jurídica segundo a extensão da ofensa e as particularidades de cada indivíduo. Cada qual deverá, na fase de liquidação, comprovar os limites da obrigação originada do mesmo fato ou fatos iguais, como, a propósito, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (AgInt no Agravo em Recurso Especial nº 332.912-MS, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, j. 08.11.2016, DJe 22.11.2016).

Como essa divisão não tem correspondência prática, notadamente nas ações de índole coletiva com alcance limitado, como as denominadas ações pseudo-coletivas ajuizadas pelo Ministério Público para tutela da saúde de indivíduos determinados, a titularidade da pretensão jurídica, e não o direito tutelado, bem como a causa de pedir e o pedido, é que devem definir a natureza da tutela, ou seja, se individual ou coletiva.

REFERÊNCIAS

1. Avaliação da Prestação Jurisdicional Coletiva e Individual a partir da Judicialização da Saúde, CEBEPEJ, São Paulo: 2014.
2. LOPES, José Reinaldo de Lima, *Da efetividade dos direitos econômicos, culturais e sociais*, in *Direitos humanos - Decisões contemporâneas*, São Paulo, Associação Juizes para a Democracia, 2001.
3. "Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da saúde". (In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.), *O controle jurisdicional de políticas públicas*, Rio de Janeiro, Forense, 2011.
4. CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. *As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro*. Coordenação Vânia Cardoso André de Moraes. Brasília: Enfam, 2016.
5. HUMBERTO ÁVILA. *Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 113.
6. HACHEM DANIEL WUNDER, "A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais". *Revista dos Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, nº 14, p. 618688, julho-dezembro de 2013.
7. ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

