

O AJUIZAMENTO DE AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS COMO ESTRATÉGIA PROCESSUAL PARA O ENFRENTAMENTO DAS DEMANDAS DE MEDICAMENTOS

DEFENDANT CLASS ACTIONS ACTIONS AS PROCEDURAL STRATEGY TO FACE THE DEMANDS OF DRUGS

Aretê dos Santos Vargas¹

Recebido em: 11.1. 2016

Aprovado em: 11.4.2016

Resumo: A condição de Estado demandado nas ações de saúde tem restringido a análise da prova técnica apresentada, tendo em vista, principalmente, a situação de urgência que normalmente permeiam esse tipo de ação. Busca-se nesse trabalho apresentar a possibilidade de discussão da ausência de provas quanto à eficácia clínica dos medicamentos postulados através de ações coletivas passivas. A ideia é utilizar-se desse novo expediente processual, ainda pouco aprofundado pela doutrina brasileira, como estratégia processual para defesa das políticas públicas vigentes, garantindo uma análise mais aprofundada dessa matéria pelo judiciário em uma única ação na qual estaria adequadamente representada toda a

Abstract: The statehood demanded in health care has restricted the analysis presented technical evidence with a view mainly to emergency situations that usually permeate this kind of action. The aim is to present this paper for discussion of the lack of evidence on the clinical effectiveness of medicines postulated by defendant class actions. The idea is to be used this new procedural device, still little depth by Brazilian doctrine, as procedural strategy for defense of existing public policies, ensuring further consideration of this matter by the judiciary in a single action in which would be adequately represented the whole community of users of the object of the cause drug without the urgency and

¹ Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul.

coletividade de usuários do fármaco objeto da causa, sem que a urgência e o risco à saúde restrinjam a análise da prova técnica a ser produzida no curso da demanda.

Palavras-chave: Ações coletivas passivas; Política pública; Estratégia processual.

Sumário: 1 Introdução. 2 As dificuldades da defesa da política pública de saúde em demandas individuais. 3 A ação coletiva passiva como estratégia processual para viabilizar o enfrentamento dos argumentos técnicos da defesa do Estado. 4 As principais preocupações da viabilidade e efetividade da ação coletiva. 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

As ações de saúde vêm tomando proporções incomensuráveis por todo o território brasileiro. A urgência da pretensão e os direitos a serem protegidos são, de certa forma, obstáculos para uma adequada formação de um processo em efetivo contraditório.

Levando em consideração as conveniências que a não pessoalização da causa traria à defesa das Políticas Públicas vigentes, o presente trabalho tem como objetivo apresentar uma nova estratégia processual para o enfrentamento dessas ações quando verificada força probatória na tese técnica formulada pelo Estado que seria o ajuizamento de ações coletivas passivas.

Para exposição do tema, traz-se uma breve análise doutrinária sobre as ações coletivas passivas, considerando as posições contrárias e as posições favoráveis à sua aplicação a partir da legislação processual em vigor. Em prosseguimento, serão apresentadas as diversas vantagens consideradas no ajuizamento das ações coletivas passiva, bem como as principais questões a serem estudadas para propiciar a viabilidade e a efetividade desse instrumento processual para o fim de resguardo das Políticas Públicas de Saúde.

the risk to health restricting the analysis of technical evidence to be produced in the course of demand.

Keywords: Defendant class actions; Public policy; Procedural strategy.

2 AS DIFICULDADES DA DEFESA DA POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE EM DEMANDAS INDIVIDUAIS

A crescente multiplicação das ações judiciais cuja pretensão é o fornecimento de medicamentos não integrantes na lista do SUS e a consolidação da jurisprudência regional e nacional da solidariedade dos Entes da Federação para o fornecimento do objeto da lide induziram à Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul a modificar sua abordagem na defesa dessa modalidade de ação sanitária.

Há alguns anos, a defesa de mérito do Estado do Rio Grande do Sul é amparada na análise técnica quanto à eficácia do medicamento pleiteado para o tratamento da doença alegada.

Em um trabalho em parceria com a Secretaria Estadual de Saúde, é elaborado pela equipe técnica da referida Secretaria um parecer para cada processo analisando a situação clínica apresentada, os estudos científicos existentes sobre o medicamento postulado, as justificativas técnicas para a não incorporação do fármaco na Política Pública ou os requisitos a serem observados para o fornecimento de acordo com os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do Ministério da Saúde vigentes.

A partir das conclusões do parecer é que se direciona a defesa do Estado, ou pela possibilidade de substituição do medicamento postulado por outro integrante da lista do SUS, ou pela necessidade de observância da refratariedade aos demais medicamentos constantes em Protocolo Clínico, ou pelo uso fora das condições aprovadas pela ANVISA, ou, também, pela falta de estudos científicos randomizados suficientes que comprovem a eficácia do medicamento.

Muito embora a total coerência da defesa do Ente Estatal, uma vez que pautada em prova técnica, o resultado processual, não obstante os claros avanços já vivenciados ao longo desses anos, ainda se mostra muito tímido, havendo, ainda, pouca receptividade do Poder Judiciário quanto à necessidade de uma análise mais aprofundada sobre os argumentos científicos apresentados.

Diversas são as motivações que dificultam a maior satisfatoriedade na análise da alegação técnica apresentada pelo Ente Estatal. Dentre as dificuldades, pode-se destacar o volume impactante de ações de saúde que diariamente são distribuídas em todo o Estado, a escassez da estrutura de pessoal do Poder Judiciário (principalmente a incompletude da equipe

médica do Departamento Médico Judiciário), a questão da urgência que inevitavelmente envolve o tema, bem como a importância do bem jurídico tutelado, que, em muitos casos, não se limita à saúde do jurisdicionado, mas também ao direito à vida consagrado na Constituição Federal de 1988, o que, por consequência, causa certo receio ao poder judiciário em negar o fornecimento do medicamento pleiteado.

Certo é, no entanto, que as prescrições dos médicos que assistem aos demandantes dessas ações não podem ser encaradas como prova absoluta do direito pretendido. Havendo tese técnica factível em contraposição ao uso do medicamento, caberia ao Poder Judiciário analisar a prova. E quando não se visse em condições de tal avaliação, considerando a sua insuficiência de conhecimento da área, deveria o magistrado utilizar-se de seus auxiliares para alcançar o seu maior objetivo que é a prolação da decisão justa.

Isso, porém, não é a realidade enfrentada pela Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul. Diante do estado de vulnerabilidade da parte autora, não obstante o deferimento da tutela antecipada, a análise das alegações técnicas são totalmente afastadas, por vezes sob fundamentos vazios (como, por exemplo, que a prescrição do medicamento pelo médico da parte é prova suficiente da necessidade do uso do fármaco, condição essa que não pode ser afastada pelo laudo genérico elaborado pela Secretaria Estadual de Saúde, pois não analisou pessoalmente a parte demandante), esvaziando-se claramente o conteúdo do princípio constitucional do contraditório.

É sabido que a Política Pública de Saúde não é elaborada a partir da análise de cada paciente e suas necessidades individuais. Nem mesmo a ciência médica é assim constituída. ambas são pautadas prioritariamente pelo que se denomina de medicina baseada em evidência.

A Medicina Baseada em Evidência é construída a partir da pesquisa científica, baseada em estudos de pacientes, que busca a precisão de testes diagnósticos e a segurança de procedimentos terapêuticos e preventivos. Portanto, a medicina baseada em evidência vai além da experiência médica e, também, supera a ideia de que o novo é sempre o melhor, uma vez que antes de permitir que o tratamento seja introduzido, o novo recurso é checado a partir de estudos científicos que poderão corroborar a eficiência ou demonstrar a não recomendação do novo medicamento.

A medicina de evidência, portanto, tem um método objetivo, passível de comprovação científica e que não comporta subjetividades.²

O que a defesa estatal pretende demonstrar é que, apesar da análise dos técnicos da Secretaria Estadual de Saúde ser realizada sem a avaliação pessoal do paciente, suas conclusões são fundamentadas em estudos científicos reconhecidos internacionalmente pela ciência médica, as quais não sofreriam alterações em suas conclusões a partir da análise individual do paciente.

Tais considerações ganham maior relevo quando se trata da análise de medicamentos que a ciência médica demonstra enfaticamente a inexistência de evidências científicas do fármaco³.

Não obstante a ciência médica seja no sentido da ineficiência do fármaco, os Entes Federados têm sido compelidos a arcar com o custo dessas medicações em razão da existência de um título judicial que sequer fez a análise das alegações técnicas apresentadas pelo Estado.

Vê-se, claramente, que a dificuldade dessas demandas está na pessoalização da questão em um indivíduo demandante. Desfaz-se todo um trabalho científico prévio, fundamentado em estudos conceituados para dar solução a uma demanda judicial (porque, considerando que a ciência médica aponta a falibilidade da medicação, nem sequer a solução do problema da saúde do paciente se alcançará).

Individualizar a demanda acarreta no esvaziamento da Política Pública de Saúde estabelecida e no acréscimo dos custos ao erário por certas vezes com o custeio de substâncias farmacológicas de, no mínimo, duvidosa eficácia.

2 CARLINI, Angélica Lúcia. Judicialização da Saúde Pública no Brasil, Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos – Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.47-64.

3 O caso mais emblemático é a GLICOSAMINA. Conforme Nota Técnica nº 73/2012 do Ministério da Saúde, a Glicosamina é um medicamento, cuja ação principal se faz sobre a cartilagem que reveste as articulações por meio de ação retardadora do processo degenerativo. Metanálise (Wandel et al 2010) comparou o efeito da glicosamina, da condroitina e do placebo em pacientes com osteoartrite no quadril e no joelho e concluiu que tais fármacos, individualmente ou em associação não reduzem a dor articular ou tem efeito no estreitamento do espaço articular quando comparados a placebo. Publicações médicas datadas em 2008 (Sawitzke e colaboradores) e 2006 (Clegg 2006) igualmente concluíram pela ineficácia do medicamento comparado a placebo. Nesse mesmo sentido, o Departamento Médico do Poder Judiciário Estadual do Rio Grande do Sul elaborou parecer considerando “inadequada a prescrição de glicosamina + condroitina para pacientes com artrose devido à falta de evidências científicas consistentes de sua eficácia nessa patologia”. Muito embora todas as provas técnicas internacionalmente reconhecidas da falta de evidências clínicas do tratamento, o Poder Judiciário local mantém sua posição de dar procedência aos pedidos de fornecimento da referida medicação.

Ocorre que a titularidade da ação de saúde não está nas mãos do Ente Federado. A opção pelo ajuizamento de ações individuais vem pautada pela imediatidade do alcance do pleito e a dominante jurisprudência da prova incontestável do receituário médico. Não se verifica, portanto, interesse dos legitimados no ajuizamento de demandas coletivas quando se trata de ações para fornecimento de medicamentos.

Contudo para que seja possível demonstrar ao Poder Judiciário a efetiva lógica, técnica e ciência da Política Pública, necessário seria afastar-se o indivíduo e, conseqüentemente, a urgência da causa para, assim, propiciar um embate jurídico profundo (a partir da efetivação de um contraditório substancial) sobre as questões técnicas que levaram a não inclusão ou mesmo que impedem a inserção de determinado medicamento na Política de Saúde existente.

A partir dessa visão que surge a ideia da utilização das ações coletivas passivas para o enfrentamento das questões até aqui destacadas.

3 A AÇÃO COLETIVA PASSIVA COMO ESTRATÉGIA PROCESSUAL PARA VIABILIZAR O ENFRENTAMENTO DOS ARGUMENTOS TÉCNICOS DA DEFESA DO ESTADO

A tutela jurisdicional coletiva tem como finalidade proporcionar o acesso à justiça, para que se garanta uma solução justa ao litígio da maneira mais econômica. A ação coletiva permite que inúmeras ações individuais idênticas sejam solucionadas por meio de uma única ação judicial.⁴

Nas ações coletivas ativas, a demanda se afirma na “existência de um direito coletivo *lato sensu* (uma situação jurídica coletiva ativa)” e tem como objeto a “certificação, a efetivação ou a proteção a esse direito”. Por seu turno, nas ações coletivas passivas, a demanda é formulada contra uma dada coletividade. O agrupamento de pessoas integrará a lide como

4 VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant Class Action* Brasileira: Limites Propostos para o “Código de Processos Coletivos”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro e WATANABE, Kazuo (coords.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/revista-eletronica/62-volume-5-numero-2-trimestre-01-04-2014-a-30-06-2014/1436-as-class-actions-como-instrumento-de-tutela-coletiva-de-direitos-obra-de-antonio-gidi-resumo-parcial>. Acesso em 21 de agosto de 2015.

sujeito passivo da relação jurídica. Assim, enquanto que na ação coletiva ativa, a coletividade aponta como titular de direitos, na demanda passiva, a coletividade surge como titular de um dever ou um estado de sujeição.⁵

Muito tímidos ainda são os estudos acerca da ação coletiva passiva pela doutrina brasileira. Há, inclusive, posições contrárias à ação coletiva passiva, sob o principal argumento da inexistência de legislação específica⁶. Contudo o princípio constitucional da inafastabilidade de qualquer pretensão da apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF) impede restringir o direito de ação de alguém contra um grupo sobre o qual pretende exercer algum direito.⁷

Aliás, a previsão legal da legitimação extraordinária (art. 6º do CPC) não pode ser interpretada restritivamente, “a substituição processual (legitimidade extraordinária) é possível ainda que não prevista expressamente no texto legal. Ela decorre da estreita relação da legislação infraconstitucional com a Constituição Federal”.⁸ Dar ao vocábulo *lei* a interpretação restrita de *texto legal*, seria restringir o direito de acesso à justiça, uma vez que estaria o jurisdicionado impedido de demandar, embora tivesse seu direito de ação garantido pela Constituição.⁹ E pensar que a restrição não existiria pelo fato da lei possibilitar a demanda individual, igualmente restringiria o direito constitucional estabelecido, uma pela inobservância do princípio

5 DIDIER JR., Fredie. Situações Jurídicas Coletivas Passivas. Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, 2009. Disponível em <http://www.processoscoletivos.net/doutrina/18-volume-1-numero-1-trimestre-01-10-2009-a-31-12-2009/78-situacoes-juridicas-coletivas-passivas>. Acesso em 21 de agosto de 2015.

6 O art. 35 do Código Modelo de Processos Coletivos para a Iberoamericana prevê a ação coletiva passiva quando dispõe “qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, nos termos do parágrafo 2o do artigo 2o deste código, e desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual (artigo 1o) e se revista de interesse social”.

7 *Ibidem*

8 WELSCH, Gisele Mazzoni. Ação Coletiva Passiva (Originária). In: José Maria Rosa Tesheiner. (Org.). Processos Coletivos. 1ed. Porto Alegre: HS Editora Ltda., 2012, v. 1, p. 5-323. Disponível em <http://www.tex.pro.br/home/artigos/261-artigos-mar-2014/6434-acao-coletiva-passiva-originaria>. Acesso em 21 de agosto de 2015.

9 DIDIER JR., Fredie. Situações Jurídicas Coletivas Passivas. Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, 2009. Disponível em <http://www.processoscoletivos.net/doutrina/18-volume-1-numero-1-trimestre-01-10-2009-a-31-12-2009/78-situacoes-juridicas-coletivas-passivas>. Acesso em 21 de agosto de 2015.

da economia processual, outra pela inviabilidade imediata da determinação individual de cada integrante do grupo contra quem se dirige a demanda.

Mais ainda, inviável negar-se a existência das ações coletivas passivas quando a própria realidade está repleta de exemplos de diversas “situações jurídicas coletivas passivas”¹⁰, em que é possível determinar a uma coletividade um dever ou um estado de sujeição indivisível para fins de tutela, mas individualizáveis em sede de executiva. Fredie Didier e Hermes Zaneti destacam alguns casos:¹¹

Em 2004, em razão da greve nacional dos policiais federais, o Governo Federal ingressou com demanda judicial contra a Federação Nacional dos Policiais Federais e o Sindicato dos Policiais Federais no Distrito Federal 12, pleiteando o retorno das atividades. Trata-se, indubitavelmente, de uma ação coletiva passiva, pois a categoria “policial federal” encontrava-se como sujeito passivo da relação jurídica deduzida em juízo: afirmava-se que a categoria tinha o dever coletivo de voltar ao trabalho. Desde então, sempre que há greve, o empregador que se sente prejudicado e que reputa a greve injusta vai ao Judiciário pleitear o retorno da categoria de trabalhadores ao serviço.

Há notícia de ação coletiva proposta contra o sindicato de revendedores de combustível, em que se pediu uma adequação dos preços a limites máximos de lucro, como forma de proteção da concorrência e dos consumidores 13.

Em 2008, alunos da Universidade de Brasília invadiram o prédio da Reitoria, reivindicando a renúncia do Reitor, que estava sendo acusado de irregularidades. A Universidade ingressou em juízo, pleiteando a proteção possessória do seu bem. Trata-se de ação coletiva passiva: propõe-se a demanda em face de uma coletividade de praticantes de ilícitos. A Universidade afirma possuir direitos individuais contra cada um dos invasores, que teriam, portanto, deveres individuais homogêneos. Em vez de propor uma ação possessória contra cada aluno, “coletivizou” o conflito, reunindo os diversos “deveres” em uma ação coletiva passiva. A demanda foi proposta contra o órgão de representação estudantil (Diretório Central dos Estudantes), considerado, corretamente, como o “representante adequado” do grupo 14. Neste caso, está diante de uma pretensão formulada contra deveres individuais homogêneos: o comportamento ilícito imputado a todos os envolvidos possui origem comum. Em vez de coletividade de vítimas, como se costuma referir aos titulares dos direitos individuais homogêneos, tem-se aqui uma coletividade de autores de ato ilícito.

10 DIDIER JR., Fredie. Situações Jurídicas Coletivas Passivas. Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, 2009. Disponível em <http://www.processoscoletivos.net/doutrina/18-volume-1-numero-1-trimestre-01-10-2009-a-31-12-2009/78-situacoes-juridicas-coletivas-passivas>. Acesso em 21 de agosto de 2015.

11 JR – ZANETE, Hermes; JR – DIDIER, Fredie. Processo Coletivo Passivo. Revista Ciência Jurídicas e Sociais da Unipar. Umuarama. v. 11, n. 2, p.720.

Nessa mesma perspectiva processual poderiam ser enquadradas as demandas para fornecimento de medicamentos.

O Ente Estatal ingressaria com uma ação contra a coletividade de pessoas, portadoras de determinada doença, que sejam usuários de determinado medicamento (cuja eficácia clínica não seja comprovada pela ciência médica, ou cujo registro na ANVISA não seja para o tratamento da doença, por exemplo) e que não tenham condições financeiras de arcar com o seu tratamento. O objeto da ação seria a declaração da inexistência do dever do Estado em custear o indicado medicamento. A coletividade indeterminada, porém determinável, ficaria sujeita à decisão proferida em sede de ação coletiva.

A inversão da legitimação ativa na ação para fornecimento de medicamentos não integrantes da lista do SUS promove algumas vantagens para o Ente Estatal.

1) A condição do Estado como autor da ação. Muito embora a Constituição Federal esteja afinada com a ideia de processo justo, consubstanciada nos princípios do contraditório e ampla defesa, na prática, a condição de demandado nas ações de saúde provoca sérias restrições à sua defesa processual.

2) A não pessoalização do paciente e, por consequência, o afastamento da urgência e risco à saúde. Afastar a urgência em razão do estado de saúde da parte possibilitaria uma melhor análise judicial das questões técnicas apresentadas pelo Ente Público, facilitando a apresentação dos fundamentos científicos que amparam a não inclusão de determinado fármaco na política pública vigente.

3) A viabilidade da aplicação do contraditório substancial. Na prática judiciária, principalmente na justiça estadual, o Ente demandado tem encontrado diversas barreiras no exercício do seu direito ao contraditório. A ideia construída na jurisprudência de que o laudo do profissional médico que receita o medicamento à parte é prova suficiente e absoluta da necessidade do fornecimento do medicamento, inviabiliza quase que totalmente qualquer tentativa de fazer-se a prova extintiva ou modificativa da pretensão do autor. A ação coletiva igualmente seria um facilitador nesses casos. A prova técnica, elaborada a partir da Política Pública instaurada, tomaria a posição central do litígio, cabendo à coletividade demandada, adequadamente representada,

afastar os argumentos e provas apresentados, o que acarretaria em um aprofundamento da matéria objeto da lide e, até, uma maior segurança do julgador para decidir a causa.

4) A viabilidade da intervenção de *amicus curiae*. Há uma posição doutrinária no sentido da admissão da intervenção de *amicus curiae* nas ações coletivas (Fredie Didier, Cassio Scarpinela Bueno são exemplos). No caso de ações envolvendo Políticas Públicas, em que se mostra evidente o interesse público envolvido na demanda, essa intervenção atípica teria a importante tarefa de dar maior legitimização para a decisão proferida pelo órgão jurisdicional.

5) A Viabilidade da discussão sobre a Política Pública de Saúde vigente. A individualização da causa é praticamente incompatível com o estudo da Política Pública se considerado que a formação desta é baseada nas necessidades sociais de todo um país. A possibilidade de apresentar ao poder judiciário todas as questões que envolvem a implementação de uma Política Pública de Saúde publicizaria essa ciência e proporcionaria ao julgador um maior conhecimento sobre todas as questões que envolvem a decisão de incluir ou não incluir determinado tratamento ao sistema público, situação esta que igualmente auxiliaria em outras tantas demandas de saúde.

6) A formação de um título judicial coletivo. Não obstante todas as questões sensíveis que envolvem a análise da coisa julgada coletiva, o que será tratado no próximo ponto desse trabalho, não se pode deixar de apontar a força como precedente judicial que uma sentença coletiva seria capaz de reproduzir. Mesmo que se entenda pela não aplicabilidade imediata da decisão coletiva contra aquele integrante do grupo que não participou da ação coletiva passiva, uma decisão amparada em prova técnica efetivamente analisada por todos os integrantes da ação coletiva certamente teria condições de tornar-se linha de fundamento para futuras decisões judiciais em ações de saúde individuais de idêntico objeto.

7) Redução de custos ao erário. Muito embora na seara individual certos medicamentos apresentem baixo valor mensal, necessário levar-se em conta que boa parte desses fármacos de baixo ou médio custo são de uso contínuo, por tempo indeterminado, além de tratarem-se por vezes dos medicamentos que envolvem o maior número de ações judiciais (como o

caso da Glicosamina). A procedência em uma ação coletiva passiva poderia garantir a cessão do ingresso de novas ações e, até mesmo, um novo desfecho para as ações em andamento.

4 AS PRINCIPAIS PREOCUPAÇÕES DA VIABILIDADE E EFETIVIDADE DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA

Um dos temas centrais da análise das ações coletivas passiva, o qual fundamentará, inclusive, a extensão dos efeitos da decisão judicial proferida, é a questão da adequada representatividade da coletividade passiva.

O tema representatividade ganha maior extensão nas ações coletivas passivas do que nas ações coletivas em que a grupo representado é o legitimado da ação, uma vez que “o representante adequado haverá de se desincumbir de uma garantia constitucional da mais absoluta relevância: realizar a defesa (ampla defesa - com todos os meios e recursos a ela inerentes) da coletividade”.¹²

Para José Marcelo Menezes Vigliar, “representante adequado é aquele que tem um *compromisso com a causa* daqueles que representa”. Explica o autor que esse *compromisso* não se restringe às relações processuais, mas abrange “uma série de atividades que deve desenvolver para a sua própria razão de existência”.¹³ Teria legitimidade, portanto, para a defesa dos interesses coletivos “aqueles que tiverem potencial para defendê-los como se fosse o próprio titular destes interesses e direitos”. Verificado pelo juízo a não efetivação dessa defesa, caberá a ele negar essa legitimação.¹⁴

Na visão de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., considerando que as regras do processo coletivo ativo são de aplicação subsidiária ao processo coletivo passivo, qualquer dos legitimados para a tutela coletiva

12 VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Defendant Class Action Brasileira: Limites Propostos para o “Código de Processos Coletivos”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro e WATANABE, Kazuo (coords.). Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 318

13 Ibidem

14 WELSCH, Gisele Mazzoni. Ação Coletiva Passiva (Originária). In: José Maria Rosa Tesheiner. (Org.). Processos Coletivos. 1ed. Porto Alegre: HS Editora Ltda., 2012, v. 1, p. 5-323. Disponível em <http://www.tex.pro.br/home/artigos/261-artigos-mar-2014/6434-acao-coletiva-passiva-originaria>. Acesso em 21 de agosto de 2015.

teria legitimação extraordinária passiva, contudo imprescindível o efetivo controle jurisdicional dessa representação.¹⁵

A representação adequada, na verdade, passa efetivamente pelo controle judicial. Ao juiz deve ser dada a importante tarefa da análise do efetivo compromisso que o representante guarda com a causa.¹⁶

Tratando-se da análise especificamente das ações coletivas passivas para o fornecimento de medicamentos não se verifica representante mais adequado do que a Defensoria Pública. Considerando sua tarefa precípua da defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, bem como pelo fato de que a grande maioria das ações individuais sobre saúde são propostas por essa instituição, verifica-se sua total capacidade técnica para a promoção da defesa da coletividade demandada.

A efetiva representação adequada tem como principal objetivo promover à coletividade o respeito às suas garantias constitucionais do devido processo legal, da segurança jurídica, do contraditório e da ampla defesa, com o fim de alcançar a justa decisão. Somente a partir da correta identificação da classe demandada e a efetiva capacidade do legitimado extraordinário para sua representação é que será possível a vinculação de todos os integrantes dessa coletividade à decisão judicial proferida na ação coletiva passiva.¹⁷ “Se o representante é adequado, deve defender os interessados e o resultado tem que se estender a todos, para evitarmos problemas com o advento da coisa julgada material enfrentados nas ações coletivas ativas.”¹⁸

15 JR – ZANETE, Hermes; JR – DIDIER, Fredie. Processo Coletivo Passivo. Revista Ciência Jurídicas e Sociais da Unipar. Umuarama. v. 11, n. 2, p. 723

16 VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Defendant Class Action Brasileira: Limites Propostos para o “Código de Processos Coletivos”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro e WATANABE, Kazuo (coords.). Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 319

17 WELSCH, Gisele Mazzone. Ação Coletiva Passiva (Originária). In: José Maria Rosa Tesheiner. (Org.). Processos Coletivos. 1ed. Porto Alegre: HS Editora Ltda., 2012, v. 1, p. 5-323. Disponível em <http://www.tex.pro.br/home/artigos/261-artigos-mar-2014/6434-acao-coletiva-passiva-originaria>. Acesso em 21 de agosto de 2015.

18 VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Defendant Class Action Brasileira: Limites Propostos para o “Código de Processos Coletivos”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro e WATANABE, Kazuo (coords.). Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 318

Os efeitos da coisa julgada, aliás, é outro aspecto de grande relevância no que se refere à efetividade da ação coletiva passiva.

José Marcelo Menezes Vigliar defende a ideia de que, se a coletividade é adequadamente representada, a efetiva participação do legitimado extraordinário em contraditório na ação coletiva passiva teria como consequência lógica a adequada e efetiva participação dos representados, não havendo que se falar em negativa de acesso à justiça às pessoas consideradas individualmente, sob pena de esvaziar-se a essência das ações coletivas como forma de promoção da definida por Kazuo Watatanabe “molecularização dos conflitos”.¹⁹

Contudo tal posição sequer é a adotada nas ações coletivas ativas.

A primeira legislação brasileira a tratar sobre coisa julgada no processo coletivo foi a lei da Ação Popular (lei 4717/65). O artigo 18 da referida lei determina que a sentença fará coisa julgada erga omnes nos casos de procedência ou de improcedência, exceto na improcedência por insuficiência de prova.²⁰ Na mesma linha foi a lei de Ação Civil Pública na redação original do seu artigo 16²¹.

O Código de Defesa do Consumidor (lei 8078/90) deu nova disciplina à coisa julgada nas ações coletivas. A legislação passa a tratar a formação e os efeitos da coisa julgada conforme a natureza do direito objeto do litígio. No entendimento de Hugo Nigro Mazzilli, “o CDC disciplinou de forma mais coerente e integrada o fenômeno da coisa julgada nas ações coletivas”²².

Portanto, neste novo contexto legal, os limites subjetivos e objetivos da coisa julgada nas ações coletivas são de diversas espécies, a depender da natureza do direito material objeto da demanda e do seu resultado. A solução da coisa julgada coletiva será visualizada a partir da análise do direito transindividual tutelado²³, ou seja, haverá diferença no tratamento

19 Ibidem, p. 319

20 LÉPORE, Paulo Eduardo. Extensão subjetiva da coisa julgada no direito processual civil coletivo. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 34, n. 169, p17

21 Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

22 MAZZILLI, Hugo Nigro. (1950), A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural e outros interesses. 19 ed., São Paulo: Saraiva, p. 499

23 SANTOS, Ronaldo Lima dos. Amplitude da coisa julgada nas ações coletivas. LRT: Legislação

dos efeitos da coisa julgada a medida que a ação tiver por objeto direitos difusos, direitos coletivos ou direitos individuais homogêneos.

Para Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr., a Lei Federal n. 8078/90 “deu atenção direta às garantias individuais, ditando que não serão prejudicadas as ações individuais em razão do insucesso da ação coletiva, sem a anuência do indivíduo (aqui ocorreu, portanto, uma ruptura com a ideia original de que a coisa julgada proveniente de um processo conduzido por um legitimado extraordinário atingiria sempre o substituído)”.²⁴

Assim, com o fim de proteger-se o direito individual do acesso à justiça e do devido processo legal, tem-se por premissa básica que a coisa julgada não pode prejudicar terceiros, limitando-se os efeitos da coisa julgada aos casos em que for benéfica à coletividade. Dessa forma, nas ações coletivas ativas, a sentença de improcedência só produzirá efeitos contra terceiros quando demonstrado que a pretensão era infundada ou quando a ação foi julgada com base em provas concretas trazidas aos autos.

No que se refere às ações coletivas passivas, para que não se desvirtue da legislação aplicável, mesma lógica deve ser aplicada.

Assim, no que se refere às situações jurídicas coletivas difusas ou coletivas *stricto sensu*, posição em que se enquadrariam as ações de saúde e que, por isso merece destaque no presente trabalho²⁵, a sentença de improcedência na ação coletiva passiva sempre fará coisa julgada, uma vez que decisão favorável à coletividade. Já a decisão de procedência somente fará coisa julgada na esfera jurídica individual se baseada em provas que sejam suficientes para formar o convencimento do julgador, com o fim de proteção dos direitos individuais dos integrantes da coletividade, nos moldes do que preconiza o art. 103, §1º do CDC.

do Trabalho, São Paulo:LRT, v. 10, p. 1214

24 DIDIER JR., Fredie et al. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: JusPodivm, v. 2, p, 338

25 Com relação aos direitos individuais homogêneos, há uma corrente da doutrina (consubstanciada na pessoa da professora Ada Pergrini) que defende que somete a sentença improcedente faria coisa julgada, podendo os efeitos da decisão coletiva serem afastados na esfera individual, com a justificativa de preservação dos direitos dos indivíduos que não participaram do contraditório. Fredie Didier e Hermes Zaneti, no entanto, entende que essa limitação causaria um esvaziamento na utilidade da ação e que as eventuais ações individuais deveriam fundamentar-se na ausência de adequada representação do legitimado passivo, ausência de adequada notificação para que pudesse apresentar defesas pessoais e matéria jurídica ou prova nova (JR – ZANETE, Hermes; JR – DIDIER, Fredie. Processo Coletivo Passivo. Revista Ciência Jurídicas e Sociais da Unipar. Umuarama. v. 11, n. 2, p.733).

Nesses termos, “a procedência fundada em distribuição de ônus da prova não possui a autoridade da coisa julgada. O ônus estará sempre com o autor individual, que deverá se esmerar para provar todo o alegado a fim de que se obtenha sentença de procedência com fundamento na prova dos autos”.²⁶

Muito embora esse dever probatório imposto ao demandado (o qual não se afasta do que já determinado pelo art.282 do CPC), há nítida vantagem na propositura da ação coletiva pelo ente federado, uma vez que estará o juiz compelido a análise da prova técnica, que na maioria das ações individuais é afastada pela condição de prova absoluta conferida à prescrição médica, bem como a prolação de uma decisão devidamente fundamentada capaz de afastar o que foi alegado pelo Estado.

Relevante ponderar-se que a ação coletiva serviria de estratégia para casos em que a ciência médica é comprovadamente favorável a alegação do Estado. Disso conclui-se a necessidade de uma análise ponderada a respeito das matérias a serem levadas a juízo através desse instrumento processual.

5 CONCLUSÃO

A ação coletiva passiva é um tema novo para a doutrina brasileira e instigante. A possibilidade do ajuizamento de ações contra determinada coletividade que será titular de um dever ou de uma sujeição desperta novas possibilidades em quadros processuais habituais na prática forense.

É o caso das ações de saúde para fornecimento de medicamentos. Na via ordinária, estaria o Ente Federado compelido a sujeitar-se à condição de demandado da causa, mesmo quando já verificado que essa situação de legitimado passivo prejudicaria a análise das suas teses defensivas em decorrência das características especiais que envolvem tais demandas. No entanto, a via da ação coletiva passiva traz um novo enfoque para essas ações e possibilita uma nova estratégia processual ao Estado para o fim de viabilizar as Políticas Públicas vigentes.

26 WELSCH, Gisele Mazzoni. Ação Coletiva Passiva (Originária). In: José Maria Rosa Tesheiner. (Org.). Processos Coletivos. 1ed. Porto Alegre: HS Editora Ltda., 2012, v. 1, p. 5-323. Disponível em <http://www.tex.pro.br/home/artigos/261-artigos-mar-2014/6434-acao-coletiva-passiva-originaria>. Acesso em 21 de agosto de 2015.

O objetivo não é restringir os deveres constitucionais do Estado, mas sim demonstrar os casos que não estariam na esfera da saúde pública em razão da comprovada ineficiência clínica do que está sendo pleiteado judicial. O enfoque é propiciar uma adequada defesa do Estado nas questões em que não se verifica sua responsabilidade para propiciar um melhor aproveitamento do dinheiro público com as demais demandas sanitárias.

REFERÊNCIAS

CARLINI, Angélica Lúcia. *Judicialização da Saúde Pública no Brasil*, Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos – Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.47-64.

DIDIER JR., Fredie *et al.* *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, v. 2, 2008.

--- *Situações Jurídicas Coletivas Passivas*. Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, 2009. Disponível em <http://www.processoscoletivos.net/doutrina/18-volume-1-numero-1-trimestre-01-10-2009-a-31-12-2009/78-situacoes-juridicas-coletivas-passivas>. Acesso em 21 de agosto de 2015.

JR – ZANETE, Hermes; JR – DIDIER, Fredie. *Processo Coletivo Passivo*. Revista Ciência Jurídicas e Sociais da Unipar. Umuarama. v. 11, n. 2, p.719-736, jul./dez. 2008.

--- *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, v. 4, 2007.

LÉPORE, Paulo Eduardo. *Extensão subjetiva da coisa julgada no direito processual civil coletivo*. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 34, n. 169, p. 09-37, março 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. (1950), *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural e outros interesses*. 19 ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

RIBEIRO, Rodrigo Koehler. *As class actiona como instrumento de tutela coletiva de direitos: Obra de Antonio Gidi (resumo parcial)*. Processo Coletivos, Porto Alegre, vol. 5, n.2, 2014. Disponível em <http://www.processoscoletivos.net/revista-eletronica/62-volume-5-numero-2-trimestre-01-04-2014-a-30-06-2014/1436-as-class-actions-como-instrumento-de-tutela-coletiva-de-direitos-obra-de-antonio-gidi-resumo-parcial>. Acesso em 21 de agosto de 2015.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Amplitude da coisa julgada nas ações coletivas*. LRT: Legislação do Trabalho, São Paulo:LRT, v. 10, p. 1213-1221, outubro 2007.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant Class Action Brasileira: Limites Propostos para o “Código de Processos Coletivos”*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro e WATANABE, Kazuo (coords.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WELSCH, Gisele Mazzoni. *Ação Coletiva Passiva (Originária)*. In: José Maria Rosa Tesheiner. (Org.). *Processos Coletivos*. 1ed. Porto Alegre: HS Editora Ltda., 2012, v. 1, p. 5-323. Disponível em <http://www.tex.pro.br/home/artigos/261-artigos-mar-2014/6434-acao-coletiva-passiva-originaria>. Acesso em 21 de agosto de 2015.