

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

CELSO HIROSHI IOCOHAMA

PAULO ROBERTO RAMOS ALVES

SÍLZIA ALVES CARVALHO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Celso Hiroshi Iocohama; Paulo Roberto Ramos Alves; Sílzia Alves Carvalho – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-304-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Processo. 3. Jurisdição. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

Apresentação

A temática abordada pelos 26 trabalhos apresentados é diversa, refletindo a complexidade atual do sistema jurídico processual e de justiça. Foi definida uma dinâmica em que os problemas tratados foram reunidos em 5 grupos delineados conforme os aspectos de aproximação.

São tratadas as interfaces entre o direito brasileiro e português quanto às questões da legitimidade ativa na ação popular, entendendo-se pela compatibilidade entre os sistemas. Seguindo-se em discussões a respeito das questões processuais constitucionais, sobretudo quanto aos princípios da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal e da ampla defesa e contraditório.

Aborda-se problemas como o princípio da autonomia da vontade em relação à obrigatoriedade da audiência prévia de conciliação e mediação, e, a defesa da inconstitucionalidade da concessão da tutela de urgência para a desconsideração da personalidade jurídica, frente ao princípio do devido processo legal, como problemas da justiça do trabalho.

Ainda no primeiro grupo é tratada a questão do princípio do contraditório no caso da aplicação da litigância de má-fé, e da constitucionalidade da lei de alienação fiduciária quanto ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.

No segundo grupo os estudos são relacionados com a ação civil pública e as ações coletivas, considerando a tutela dos direitos. Neste sentido, é proposta a aplicação do Código de Defesa do Consumidor por meio da Ação coletiva para a defesa dos direitos do pequeno investidor, considerado como hipossuficiente diante do poder econômico que envolve o ambiente dos investidores em bolsas de valores.

A crise numérica do Poder Judiciário é enfocada sob o prisma da coletivização dos processos; em relação à decisão na Ação civil pública, tratou-se da inconstitucionalidade do artigo 16 da Lei 7.347/1985 reconhecida pelo STF. A vulnerabilidade dos refugiados é discutida à luz da efetividade da justiça por meio da Ação civil pública. Para o estudo do

acesso ao direito à saúde foi abordada a proposta de alteração da Lei da Ação civil pública apresentada pelo Conselho Nacional de Justiça-CNJ, concluindo-se que haverá efeitos negativos quanto à legitimidade das associações na defesa da política pública de saúde.

O terceiro grupo abordou prioritariamente os meios processuais para a efetividade do acesso ao direito à saúde. O estudo a respeito da atuação do Poder Judiciário durante a pandemia da COVID 19 não foi apresentada devido a ausência dos autores. Seguiu-se a apresentação sobre a competência territorial para a propositura das ações para a efetividade do direito à saúde, considerando a competência concorrente entre os órgãos da federação. A partir da metodologia de Castanheira Neves, se discute o papel da jurisdição no Estado Democrático de Direito, consideração a posição do STF frente à política pública de desencarceramento no caso de risco à saúde, e sua baixa efetividade durante a pandemia da COVID 19.

É objeto de estudo a decisão do STJ no REsp. 1657/RJ quanto ao fornecimento de medicamentos gratuitos. O último trabalho do grupo tratou do acesso ao direito a identidade de gênero analisando o Provimento nº 73 do CNJ, e a defesa da adoção de procedimento próprio que assegure a efetividade desse direito de forma célere.

As questões relacionadas a inteligência artificial e o acesso a justiça e aos direitos foi abordada no quarto grupo de trabalhos. Desse modo, o sistema de precedentes brasileiro, como modelo de jurisprudência vinculante deve se beneficiar com a utilização da inteligência artificial no Poder Judiciário, mas qual devem ser as ressalvas?

Considerando as peculiaridades decorrentes da grande dimensão territorial no Brasil, foi apontado o problema das barreiras estruturais às tecnologias que envolvem a inteligência artificial, tais como a disponibilidade de redes eficientes e de equipamentos compatíveis com as demandas, para tanto analisou-se dados de jurimetria, e as possíveis consequências da Res. CNJ nº 358, que entrará em vigor em 2022.

Sobre o sistema de precedentes é realizado um estudo comparativo entre o modelo brasileiro e o modelo aplicado nos Estados Unidos, discutindo-se as peculiaridades de cada um, com vista ao aprimoramento do modelo no Brasil. A defesa do chamamento do feito à ordem na plataforma eletrônica de processo foi tratada como um meio de assegurar a efetividade do acesso à justiça. Conclui-se o grupo com a abordagem da segurança jurídica com relação à possibilidade de flexibilização atípica do procedimento, conforme previsto no artigo 190 do CPC/2015.

Os trabalhos foram encaminhados para o final com discussões sobre a segurança jurídica e a efetividade dos direitos. Assim, a partir da teoria da economia comportamental de Daniel Kahneman abordou-se o sistema cooperativo de processo e o viés cognitivo da decisão. Na sequência é proposta uma crítica quanto a resolução de demandas repetidas – IRDR, para afirmar que esse instituto está voltado a interesses do próprio Estado.

A problemática do direito à reparação por dano moral foi realizada em cotejo com a discussão do mero aborrecimento, sendo proposta a criação de critérios objetivos para a diferenciação. Defende-se a aplicação dos métodos de resolução de conflitos pelas ouvidorias como um meio para ampliar o acesso aos direitos. A Lei de improbidade administrativa é analisada em relação ao artigo 319 do CPC/2015, entendendo-se que se aplica ao processo administrativo o princípio da vedação da decisão surpresa.

A questão do artigo 3º da Lei de mediação foi tratada considerando o problema da indisponibilidade dos direitos, sendo proposta a categorização dos direitos indisponíveis que admitam a transação como uma forma de proteção dos direitos.

Houve debates entre os coordenadores do GT e os autores dos trabalhos apresentados, tendo ocorrido questionamentos a respeito da política pública judiciária de tratamento adequando dos conflitos, e a respeito dos princípios constitucionais de processo. Sobre a inteligência artificial definiu-se entre os presentes a necessidade de sua implementação e desenvolvimento com a intervenção humana, sobretudo no processo decisório. Em relação a Ação civil pública e as Ação popular compreende-se que sua revisão e reforma são oportunas, diante dos desafios que envolve a efetividade da justiça. Neste mesmo sentido, definiu-se os estudos a respeito do processo estrutural coletivo.

Os trabalhos foram desenvolvidos a partir de uma perspectiva metodológica crítica, e consideraram de forma geral a necessidade de aperfeiçoamento do sistema de processo e das concepções a respeito da jurisdição como um meio para se alcançar a efetividade da justiça.

Sílzia Alves Carvalho

Universidade Federal de Goiás - UFG

Paulo Roberto Ramos Alves

Universidade de Passo Fundo - UPF

Celso Hiroshi Iocohama

Universidade Paranaense - UNIPAR

OS IMPACTOS DO PROJETO CNJ DE LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA ATUAÇÃO DAS ASSOCIAÇÕES E NA PROMOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE POR MEIO DE PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL.

THE IMPACTS OF CNJ'S BILL CONCERNING CLASS ACTIONS ON THE ROLE OF ASSOCIATIONS AS CLASS REPRESENTATIVES AND ON THE PROMOTION OF PUBLIC HEALTH POLICIES THROUGH STRUCTURAL LITIGATION.

Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau ¹
Neman Mancilha Murad ²

Resumo

O estudo visa analisar os impactos de um dos Projetos de alteração da Lei de Ação Civil Pública, fixando-se no apresentado pelo CNJ. O objetivo será verificar os contornos para a atuação das associações em defesa da coletividade, enfatizando a promoção de políticas públicas da saúde. Partiu-se da hipótese de que o Projeto do CNJ limitaria tal atuação, principalmente quanto ao processo coletivo estrutural. Considerando as limitações já existentes no sistema jurídico e os dispositivos do Projeto, confirmou-se que este, caso aprovado, poderá inviabilizar a atuação das associações na promoção de medidas estruturais visando a tutela à saúde.

Palavras-chave: Legitimação das associações, Projeto cnj, Políticas públicas de saúde

Abstract/Resumen/Résumé

The study analyzes the impacts of one of the Bills altering Brazil's Class Action legislation, focusing on the one presented by CNJ. The objective is to identify the contours of the role of associations as class representatives, mostly concerning public health policies. It adopted the hypothesis that CNJ's Bill would restrain this role, especially regarding structural litigation. Considering the limitations already imposed by the legal system and the CNJ Bill's articles, the study confirmed that, if approved, the Bill could limit excessively the part played by associations in promoting structural measures to protect the right to health.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Associations as class representatives, Cnj's bill, Public health policies

¹ Pedagoga. Doutorado e Mestrado em Direito/FDUFMG e Professora Associada na graduação e pós-graduação. Diretora-Editora da Revista da FDUFMG. Pesquisadora no PRUNART/UFMG. Membro do IDPro. Mediadora Judicial.

² Mestrando em Direito pela FDUMG na área de Direito e Processo Coletivo. Advogado.

1. Introdução

O presente estudo investiga de que maneira a atuação das associações, enquanto legitimadas extraordinárias para a tutela processual de direitos coletivos progrediu ou não, desde a promulgação das primeiras normas que compõem o sistema integrado de tutela aos direitos coletivos em sentido lato. Questiona-se também qual seria a possível contribuição, nesse campo, do recente Projeto de Lei nº 4.778/2020 (apresentado pelo CNJ), que visa promover alterações na Lei de Ação Civil Pública – (LACP/85 - Lei nº 7.347 de 1985), para a atuação de legitimados privados, em especial, na promoção de políticas públicas de saúde.

Os problemas que se pretende analisar são se: o novo projeto de lei propõe soluções para os obstáculos identificados na atuação das associações no processo coletivo? Haveria alguma disposição que estimule a atuação desses entes no controle de políticas públicas? Esse projeto do CNJ traz alguma contribuição ou não para a tutela de direitos coletivos capitaneada pelas associações e, especificamente, para a tutela do direito à saúde?

Para responder as questões levantadas, tomou-se como marco teórico a afirmação de Edilson Vitorelli Diniz Lima no sentido de que a solução individualizada acerca de litígios envolvendo políticas públicas “origina o fenômeno que se pode denominar processo desestrutural. Quanto mais pedidos são concedidos, mais desestruturado se torna o serviço” (2020, p. 112). No que concerne à metodologia, foi adotada a vertente jurídico dogmática, analisando-se os entendimentos jurisprudenciais consolidados acerca da legitimação extraordinária das associações, com destaque para o acórdão do Recurso Extraordinário 573.232/SC e, buscando apresentar um enfoque crítico quanto aos dispositivos do referido Projeto de Lei nº 4.778/2020, bem como as principais limitações à atuação das associações.

Adotou-se também a vertente jurídico interpretativa, visando a compreender em que medida o sistema processual coletivo proposto pelo Projeto CNJ se compatibiliza com a promoção de políticas públicas de tutela à saúde, como também com a solução de conflitos de natureza estrutural.

O texto está distribuído em três partes, quais sejam: (i) a primeira, em que foram identificadas as principais correntes doutrinárias acerca da natureza da legitimidade das associações, identificando seus principais argumentos; (ii) a segunda, na qual foi analisado o Projeto CNJ, com destaque para as modificações que afetaram exclusivamente atuação das associações; e (iii) a terceira, em que se delineou a origem constitucional do direito à saúde, procurando responder aos questionamentos que foram objeto do presente estudo. Passa-se, então, à primeira parte do estudo.

2. A controvérsia em torno da natureza da legitimação das associações para defesa de direitos coletivos *lato sensu*.

Para assegurar a proteção a direitos fundamentais como a saúde, por exemplo, a solução adotada pelo sistema integrado de tutela aos direitos coletivos *lato sensu*¹, foi a atribuição de legitimidade extraordinária, isto é, por força de lei ou de norma contida no ordenamento jurídico, permitiu-se a atuação, em nome próprio, de órgãos públicos, particulares (no caso específico da Ação Popular) e pessoas jurídicas de direito privado (associações e sindicatos), criando-se um “sistema misto” de legitimidade para a tutela da coletividade (DIDIER JR., ZANETI JR., 2017, v. 4, p. 195/196).

No caso específico das associações, a LACP/85 foi a primeira a atribuir legitimidade a essas entidades para a tutela de direitos coletivos, em consonância com o disposto no art. 5º, incisos I à V, da LACP/85, que listou os legitimados ativos à tutela das coletividades. Reforço à atuação das associações também está disposto no art. 5º, inciso XXI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88) que previu de forma expressa que: “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente” (BRASIL, 1988).

O Código de Defesa do Consumidor (BRASIL. Lei nº 8.078 de 1990 – CDC/90), por sua vez, ampliou o rol de direitos que poderiam ser tutelados por meio de Ação Civil Pública e positivou a possibilidade de tutela de uma nova espécie de direito coletivo *lato sensu*: os direitos individuais homogêneos – direitos subjetivos individuais tutelados coletivamente em razão da sua origem comum (GRINOVER *et al.*, 2011, p. 229), o que contribuiu para a consolidação do sistema de tutela de direitos coletivos no Brasil. Quanto a lista dos legitimados ativos concorrentes à tutela das coletividades, essa está disposta no artigo 82 do CDC/90.

Para além de atribuir legitimidade a múltiplos agentes, a legislação também não estabeleceu nenhuma hierarquia entre os legitimados (VIANA, 2019, p. 150), criando um sistema de legitimação concorrente – na medida em que todos os legitimados coletivos, inclusive as associações, podem ajuizar demandas para tutela de determinado direito –; e disjuntiva – já que a atuação de cada legitimado ocorre independentemente da atuação dos demais – (DIDIER JR., ZANETI JR., 2017, v. 4, p. 197), podendo haver até atuação conjunta.

¹ No presente estudo, a nomenclatura “direitos coletivos *lato sensu*” será utilizada para designar as três espécies de direitos coletivos mencionadas no art. 81, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990): direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

Apesar de haver paridade entre os legitimados coletivos, a atuação das associações vem sendo marcada, nas últimas décadas, por intensa controvérsia acerca da sua natureza para a tutela de direitos coletivos (especialmente no caso dos direitos individuais homogêneos).

Uma primeira corrente, interpretando literalmente as expressões previstas no art. 5º, XXI da CR/88 “[as associações] têm legitimidade para representar” e “quando expressamente autorizadas”, entende que esse artigo prevê hipótese de ‘representação processual’, de modo que, as associações atuam em nome alheio, na defesa de direitos de seus filiados. Essa posição foi encampada pela jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal (STF)².

A doutrina majoritária³, por outro lado, afirma que a norma confere legitimidade extraordinária às associações, que atuam em nome próprio na defesa de direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, sem a necessidade de autorização expressa de seus filiados. Esse entendimento se consolidou na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁴.

Além dessas duas correntes, vêm surgindo outros entendimentos que procuram se afastar do modelo tradicional de legitimidade pautada na titularidade do direito material tutelado, assentando, quanto aos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, a legitimidade autônoma (ou ordinária) das associações⁵.

Já a tese sustentada por Thibau é no sentido de que a legitimação atribuída às associações tem natureza “triádica”, na medida em que extrai três elementos: (i) da legitimação ordinária: é a própria justiça que atribui legitimidade aos entes intermediários; (ii) da legitimação extraordinária, na medida em que a lei atribui excepcionalmente aos entes

²Nesse sentido, o entendimento assentado pelo STF na Ação Originária nº 152/RS: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, AO 152/RS, j. em 15/09/1999, DJe 03/03/2000, Rel. Ministro Carlos Velloso.

³A título de exemplo, José Carlos Barbosa Moreira afirmou que: “[...] O que é particularmente interessante é a possibilidade de que se abre às entidades associativas de agir em Juízo, em nome próprio, embora na defesa de direitos e de interesses que não lhes pertençam a elas, às próprias entidades, e sim aos seus filiados. Ao dizer isso, estou tomando posição sobre a natureza dessa figura jurídica: a mim parece que não se trata de uma hipótese de representação, ao contrário do que sugere o teor literal do dispositivo, logo adiante, quando usa o verbo ‘representar’. Penso que aqui houve um cochilo técnico; o legislador constituinte não é especialista em direito processual, de sorte que não é de se espantar que, aqui e acolá, nos defrontemos com alguma imperfeição, com alguma impropriedade desse ponto de vista.” (grifo nosso) (2010, p. 365-366). No mesmo sentido, entendem Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior (2017, v. 4, p. 196).

⁴“Nos termos da jurisprudência desta Corte, os sindicatos e associações, na qualidade de substitutos processuais, detêm legitimidade para atuar judicialmente na defesa dos interesses coletivos de toda a categoria que representam, sendo prescindível a relação nominal dos filiados e suas respectivas autorizações, nos termos da Súmula 629/STF. 4. Desse modo, a coisa julgada advinda da ação coletiva deverá alcançar todos as pessoas da categoria, legitimando-os para a propositura individual da execução de sentença, ainda que não comprovada sua associação à época do ajuizamento do processo de conhecimento (REsp 1.326.601/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques).” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, AgRg no REsp 1.340.368/RJ, j. 05/11/2013, DJe 22/11/2013, Rel. Ministro Og Fernandes).

⁵Essa posição doutrinária tem como principal representante Nelson Nery Júnior, para quem “não se trata de legitimação extraordinária nem de substituição processual. Talvez não devêssemos falar nessa dicotomia clássica da legitimidade das partes, mas sim numa ‘legitimidade autônoma para a condução do processo’” (NERY JÚNIOR, 1991, p. 03, *apud* VIANA, 2019, p. 157).

intermediários a condição de parte na relação jurídica processual); e (iii) da representação: o legitimado coletivo é o “representante” (adequadamente escolhido) da coletividade titular do direito (THIBAU, 2003, p. 283).

A exposição de todas essas posições doutrinárias deixa claro que ao menos a doutrina majoritária acerca da natureza da legitimação ativa das associações para a tutela de direitos coletivos é no sentido de que essas entidades atuam em nome próprio na defesa de direitos pertencentes a uma coletividade (tendo como fundamento ou a legitimação extraordinária por substituição processual, ou legitimação ordinária, ou a legitimação autônoma).

Muito embora a posição sustentada pela jurisprudência do STF fosse minoritária⁶, e se restringisse apenas aos direitos individuais homogêneos, o plenário da Corte, ao julgar o RE 573.232/SC, sob o regime da repercussão geral, promoveu importante modificação na interpretação do art. 5º, XXI da CR/88⁷. Ao analisar a viabilidade de pedidos de execução individual, de sentença coletiva, apresentados por membros do Ministério Público, a Suprema Corte reafirmou suas decisões para reconhecer que o dispositivo prevê hipótese de ‘representação processual’, e que o título executivo formado na ação coletiva proposta pela associação autora alcançará apenas os associados que, expressamente, autorizaram a propositura daquela ação (por meio de mandato individual ou autorização assemblear).

A decisão, ao que parece, não solucionou a controvérsia de forma adequada, limitando de forma desarrazoada a atuação das associações na defesa de direitos coletivos *lato sensu*. Isso porque, em primeiro lugar, o acórdão do Recurso Extraordinário não delimitou, de forma expressa, qual é a natureza dos direitos tutelados no caso em julgamento⁸, assentando, de forma indiscriminada, que a atuação das associações teria natureza de representação processual.

Ademais, a interpretação dada pelo STF ao art. 5º, XXI da CR/88 é incompatível com o sistema integrado de tutela de direitos coletivos, principalmente em relação ao disposto no art. 82, IV do CDC/90, que dispensa a autorização assemblear para a propositura de demanda

⁶Nesse sentido, veja-se texto publicado por Nelson Nascimento Diz (2000, p.113-126).

⁷REPRESENTAÇÃO – ASSOCIADOS – ARTIGO 5º, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALCANCE. O disposto no artigo 5º, inciso XXI, da Carta da República encerra representação específica, não alcançando previsão genérica do estatuto da associação a revelar a defesa dos interesses dos associados. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL – ASSOCIAÇÃO – BENEFICIÁRIOS. As balizas subjetivas do título judicial, formalizado em ação proposta por associação, é definida pela representação no processo de conhecimento, presente a autorização expressa dos associados e a lista destes juntada à inicial. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, RE 573.232/SC, j. 14/05/2014, DJe 18/09/2014, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski; Relator para o acórdão Ministro Marco Aurélio).

⁸O RE 573.232/SC teve origem em pedidos de execução individual de sentença coletiva proposta pela Associação Catarinense do Ministério Público, na qual foi assegurado o direito dos membros do Ministério Público do estado ao recebimento de gratificação em razão da atuação perante a justiça eleitoral. Trata-se, portanto, de direito garantido à toda a categoria profissional (direito coletivo *stricto sensu*).

coletiva, e o art. 91 do mesmo diploma, que prevê que os legitimados coletivos “poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos” (SIQUEIRA, 2018, p. 310).

E por fim, a leitura dos votos condutores do acórdão permite constatar que, um dos motivos apresentados para a limitação da atuação das associações seria a necessidade de se coibir o abuso do direito de demandar por parte dos legitimados privados⁹. Todavia, a doutrina é uníssona em reconhecer que a exigência de autorização expressa dos associados para a propositura de ações coletivas, não é a melhor forma de controlar a ocorrência de abusos por parte das associações (ou de qualquer outro legitimado coletivo). Para tanto, o STF poderia ter reconhecido, por exemplo, a possibilidade de controle judicial da representação adequada dos legitimados (no caso, das associações), forma de controle entendida como mais adequada pela doutrina (GIDI, 2002, p. 68/70; GRINOVER, 2002, p. 05; DIDIER JR., ZANETI JR. 2017, v. 4, p. 204).

As turmas do STJ de direito público¹⁰ e direito privado¹¹, a princípio aderiram ao entendimento do STF, passando a exigir autorização expressa dos filiados para a propositura de demandas coletivas por associações. Em acórdãos recentes, porém, tanto a Terceira¹² quanto a

⁹ Destaca-se, nesse ponto, o trecho do voto do Min. Luiz Fux no julgamento do RE 573.232/SC, para quem: “Mas aqui, evidentemente, como a Constituição não traz expressões que não tenham significado, a própria Constituição Federal exige que as entidades associativas sejam expressamente autorizadas. E a doutrina processual sempre entendeu esse dispositivo como um dispositivo de prudência, porquanto uma pessoa fica submetida à coisa julgada em razão de uma ação proposta pela associação. Ainda que se possa afirmar que essa coisa julgada é *in utilibus*, aproveita se for boa e não aproveita se não for boa, a verdade é que a tese jurídica fixada numa ação coletiva tem uma eficácia prejudicial em relação às ações individuais. Ela dificilmente se modifica. Então, essa é a verdadeira razão de ser desse dispositivo: exigir essa autorização expressa” (grifo nosso) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, RE 573.232/SC, j. 14/05/2014, DJe 18/09/2014, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski; Relator para o acórdão Ministro Marco Aurélio).

¹⁰ A título de exemplo, destaca-se: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, EDcl no REsp 1.468.734/SP, j. 16/08/2016, DJe 15/09/2016, Rel. Ministro Humberto Martins.

¹¹ A autorização expressa dos associados foi exigida pela Terceira Turma do STJ em ações coletivas ajuizadas por associações, até mesmo para tutela de direitos individuais homogêneos de consumidores. Nesse sentido, o REsp 1.405.697/MG, de relatoria do Min. Marco Aurélio Belizze, assentou a representação processual das associações e a impossibilidade de substituição da associação autora – A ANDEC – por outra pessoa jurídica de direito privado – a POLISDEC, extinguindo a ação coletiva sem julgamento de mérito. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, REsp 1.405.697/MG, j. 17/09/2015, DJe 08/10/2015, Rel. Ministro Marco Aurélio Belizze).

¹² Nesse sentido, veja-se: AGRADO INTERNO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA. ASSOCIAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA. EXPRESSA AUTORIZAÇÃO ASSEMBLEAR. PRESCINDIBILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE. AGRADO DESPROVIDO. 1. Não se aplica ao caso vertente o entendimento sedimentado pelo STF no RE n. 573.232/SC e no RE n. 612.043/PR, pois a tese firmada nos referidos precedentes vinculantes não se aplica às ações coletivas de consumo ou quaisquer outras demandas que versem sobre direitos individuais homogêneos. Ademais, a Suprema Corte acolheu os embargos de declaração no RE n. 612.043/PR para esclarecer que o entendimento nele firmado alcança tão somente as ações coletivas submetidas ao rito ordinário. 2. Consoante a jurisprudência do STJ, “por se tratar do regime de substituição processual, a autorização para a defesa do interesse coletivo em sentido amplo é estabelecida na definição dos objetivos institucionais, no próprio ato de criação da associação, sendo desnecessária nova autorização ou deliberação assemblear” (REsp 1.649.087/RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira

Quarta Turma do STJ¹³ já se manifestaram considerando que o entendimento assentado pelo STF não afasta a legitimação extraordinária das associações, ao menos para a tutela de direitos individuais homogêneos de consumidores.

O que se depreende desse panorama doutrinário e jurisprudencial acerca da legitimação das associações para tutela de direitos coletivos *lato sensu* é que, a trajetória da atuação dessas entidades no processo coletivo foi marcada por avanços e recuos. Por um lado, pela tendência do sistema integrado de tutela dos direitos coletivos de ampliar a atuação e o rol dos legitimados ativos (VIANA, 2019, p. 148); e de outro, pela limitação da atuação das associações, capitaneada pela jurisprudência do STF, e com a intenção de coibir supostos abusos no direito de ação por atuação inadequada desse legitimado coletivo.

E a análise crítica dessa progressão interpretativa é essencial para que se compreenda a motivação do Projeto de Lei nº 4.778/2020, especialmente no que concerne à atuação das associações, tema que será desenvolvido na segunda parte do presente estudo.

3. As principais limitações à atuação das associações no processo coletivo trazidas pelo Projeto de Lei nº 4.778/2020 do CNJ

O Projeto de Lei nº 4.778/2020 foi apresentado ao Congresso Nacional em 01/10/2020, e, conforme consta na justificação deste, o seu conteúdo “é a reprodução do trabalho desenvolvido pelo Grupo de Trabalho do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)” (BRASIL.

Turma, julgado em 02/10/2018, DJe 04/10/2018). 3. Agravo interno desprovido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. AgInt no AREsp 1441016/RS, j. em 27/05/2019, DJe 31/05/2019. Relator Min. Marco Aurélio Bellizze).

¹³ Nesse sentido, veja-se: AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA AJUIZADA POR ASSOCIAÇÃO CIVIL. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. 1. Cuida-se de demanda coletiva na qual se busca a adaptação de agências bancárias, com a instalação de assentos com encosto, a fim de evitar que os consumidores formem filas e aguardem o atendimento em pé. 2. Versando a ação sobre direitos homogêneos e mantendo relação com os fins institucionais da associação autora, há pertinência subjetiva para a demanda. 3. A exegese firmada pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito do julgamento do Recurso Extraordinário 573.232/SC não altera as hipóteses de legitimação extraordinária previstas no Código de Defesa do Consumidor (artigo 82, inciso IV), no Estatuto do Idoso (artigo 81, inciso IV) e no artigo 3º da Lei 7.853/89, entre outras normas infraconstitucionais. 4. O Supremo Tribunal Federal perfilhou o entendimento de que, à luz do inciso XXI do artigo 5º da Constituição da República, a associação, quando atuar, a título de representação, na defesa do direitos individuais homogêneos de seus associados deverá ostentar credenciamento específico para tanto, via autorização assemblear ou individual de cada representado. Na ocasião, a Excelsa Corte não declarou a inconstitucionalidade de qualquer uma das fontes normativas (infraconstitucionais) legitimadoras da atuação da associação na condição de substituta processual em defesa de específicos direitos individuais homogêneos. 5. Desse modo, sobressai a legitimidade da associação civil - independentemente de autorização expressa da assembleia ou do substituído - para ajuizar ação coletiva, na condição de substituta processual, em defesa de direitos individuais homogêneos protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor (...)” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma AgInt no AREsp 975.547/PR, j. em 24/09/2019, DJe 14/10/2019. Relator Min. Luis Felipe Salomão).

Projeto de Lei nº 4.778/2020). O mencionado grupo de trabalho foi instituído pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em setembro de 2019¹⁴ e, um ano depois da sua instituição já havia sido elaborado anteprojeto, o qual foi entregue simbolicamente ao Presidente da Câmara dos Deputados em 01/09/2020. Segundo matéria publicada pelo próprio CNJ, o anteprojeto visava a “aprimorar a atuação do Poder Judiciário nas ações de tutela de direitos coletivos e difusos (...) e busca corrigir anomalias e incoerências que geram falta de unidade do direito e potencial insegurança jurídica” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020).

A exposição de motivos do Projeto de Lei, elaborada pelos integrantes do grupo de trabalho, coordenados pela Min. Maria Isabel Gallotti (do STJ), destaca que esse tem como base a simplificação procedimental e mesmo terminológica, a incorporação de elementos do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15) aos processos coletivos, e a harmonização das normas processuais coletivas, previstas atualmente em mais de um diploma legal. Ao final, a exposição de motivos ainda destaca que:

Abusos há de ser coibidos, de lado a lado, para que as ações coletivas possam gerar os desejados benefícios para a sociedade. É necessário, sobretudo, um ato grau de serenidade, pois a proteção dos indivíduos não se pode dar em detrimento da prosperidade econômica da sociedade, já que desta prosperidade depende o bem-estar dos próprios indivíduos. Eis a dificuldade, o aparente paradoxo, que torna a tutela coletiva tema sensível, cuja disciplina deve ser concebida a partir da ideia de que o equilíbrio é imprescindível. (BRASIL, Projeto de Lei nº 4.778/2020).

O que se observa em uma leitura atenta do anteprojeto, ora convertido em Projeto de Lei, é que o texto elaborado pelo CNJ e apresentado ao Congresso inclui em seus dispositivos uma série de limitações à atuação dos legitimados coletivos, o que poderá ter um impacto significativo na legislação brasileira, caso o projeto seja aprovado em sua integralidade¹⁵. E essas limitações são ainda mais intensas no que concerne à atuação das associações, objeto do presente estudo.

Em razão do escopo desse artigo, focado na atuação das associações, e na completa inviabilidade de se analisar todas as mudanças trazidas pelo Projeto CNJ, passar-se-á a destacar aquelas que se considera como sendo as principais limitações à atuação das associações na proteção de direitos fundamentais de natureza coletiva, verdadeiros retrocessos, os quais, nas

¹⁴ O grupo de trabalho foi instituído pelo então Presidente do CNJ, Ministro Dias Toffoli, por meio da Portaria nº 152/2019 do CNJ (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Portaria nº 152/2019).

¹⁵ Em recente trabalho acerca do Projeto CNJ, Antonio Gidi realizou uma análise pormenorizada de todos os dispositivos do “Projeto CNJ”, destacando os principais avanços, inutilidades, imprecisões e retrocessos trazidos ao sistema integrado de tutela coletiva pelo projeto (2021). Algumas das conclusões do autor serão compartilhadas ao longo da segunda parte deste estudo.

palavras de Antonio Gidi, podem inviabilizar a atuação desses legitimados na proteção dos direitos coletivos (2021, p. 66).

A primeira disposição que merece destaque é a inclusão do controle judicial da “representatividade”¹⁶ adequada das associações, positivada no artigo 5º e incisos do Projeto de Lei/CNJ. O dispositivo promove a inclusão de tal controle judicial, que já é admitido pela doutrina¹⁷ mesmo no atual sistema (GRINOVER *et al.*, 2011, v. 2, p. 97/99), bem como de requisitos objetivos para o balizamento desse controle. Esses requisitos são: (i) número de associados (inciso I); capacidade econômica das entidades (inciso II); (iii) atuação prévia da associação em casos anteriores (inciso III); (iv) “quadro de especialistas” acerca do tema da ação coletiva que deve existir na associação (inciso iv); (v) laudo indicativo do número de pessoas afetadas pela ação; ou (vi) “qualquer outro meio adequado” (BRASIL. Projeto de Lei nº 4.778/2020).

Chama a atenção o fato de que o art. 5º do Projeto de Lei/CNJ prevê a possibilidade de controle judicial da “representatividade” adequada apenas nas ações coletivas propostas por associações, ao contrário do que vinha defendendo a doutrina (GRINOVER *et al.*, 2011, v. 2, p. 98). Ainda que não se negue que pode haver abuso ou conflitos de interesse na atuação de associações no processo coletivo, não há dúvidas de que esse mecanismo de controle também poderia contribuir para a prevenção de abusos e deficiências na conduta de outros órgãos legitimados extraordinários ativos como o Ministério Público¹⁸, por exemplo.

A previsão de um mecanismo de controle destinado a liminar apenas a atuação das associações promove uma clara hierarquização entre os legitimados coletivos, na contramão do que estabelece o sistema integrado de tutela de direitos coletivos. Além disso, como apontado por Antonio Gidi, a exigência de capacidade econômica e de “quadro de especialistas” nas

¹⁶ Optou-se pelo uso da expressão “representatividade” adequada, entre aspas, por se tratar da terminologia adotada pelo Projeto de Lei nº 4.778/2020. Como aponta Antonio Gidi, o controle judicial a que se refere o Projeto CNJ não diz respeito à representatividade da associação (*i.e.* “a expressão social do legitimado coletivo”) e sim à adequação da sua representação (atuação em juízo na defesa de direitos coletivos *lato sensu*) (GIDI, 2021, p. 50/51).

¹⁷ O controle judicial da representação adequada também é apresentado, de forma expressa, no Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero América, publicado em 2004 pelo Instituto Ibero-Americano de Direito Processual (art. 2º do Código) (INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DIREITO PROCESSUAL, 2004).

¹⁸ Ada Pelegrini Grinover *et al.*, já apontavam, em obra publicada em 2011, que o controle da representação adequada dos legitimados também contribuiria para o controle da atuação dos legitimados coletivos públicos. Destacam que: “mesmo na atuação do Ministério Público, têm aparecido casos concretos em que os interesses defendidos pelo *parquet* não coincidem com os verdadeiros valores sociais da classe de cujos interesses ele se diz portador em juízo” (GRINOVER *et al.*, 2011, v. 2, p. 98). No mesmo sentido, Edilson Vitorelli Diniz Lima chama a atenção para a necessidade de se discutir a adequação da representação dos legitimados coletivos públicos, destacando que esses legitimados “estão, via de regra, mais distantes do contato cotidiano com os titulares dos direitos violados, o que significa que são incapazes de representar suas perspectivas e potencialmente ineptos para perceber suas vontades”. (LIMA, 2015, p. 405).

associações, pode dificultar a propositura de ações coletivas por entidades de menor porte (como associações de moradores ou de bairro) (2021, p. 52). Gidi ainda questiona o fato de que a decisão acerca da “representatividade adequada” ocorrer antes da citação do réu, parte interessada em demonstrar a inadequação do representante. E recomenda que essa análise seja passada para um momento posterior à citação do réu, que, de toda forma, poderá questionar a adequação da representatividade do legitimado ativo quando da apresentação da resposta (2021, p. 53).

Em síntese, filiando-se à posição do autor supracitado, o que se constata da análise dos dispositivos que disciplinam o controle judicial da representação adequada no Projeto CNJ é que o regime proposto “vira esse instituto de cabeça para baixo, utilizando-o para proteger o réu de associações, hipoteticamente, abusivas que propõem ações coletivas hipoteticamente abusivas [em detrimento da proteção ao grupo]” (GIDI, 2021, p. 53).

Observa-se, portanto, que o intuito de coibir a atuação abusiva dos representantes, claro já na exposição de motivos do grupo de trabalho, fez com que a inclusão do controle judicial da representação adequada das associações no Projeto CNJ, (ainda que tenha recebido elogios - SANTOS, 2020), tenha se dado de forma inadequada à apontada pela doutrina quando defendeu a adoção desse controle no âmbito do direito coletivo brasileiro.

Diretamente relacionada ao disposto no art. 5º do Projeto de Lei, outra limitação relevante à atuação das associações está exposta no art. 10, §4º do Projeto CNJ, segundo o qual “na ação coletiva proposta por Associação, é vedada a concessão de tutela provisória, antes do reconhecimento judicial de sua representatividade adequada”. Mais uma vez a proposição inclui norma específica com o intuito de coibir aparentes abusos na atuação das associações no ajuizamento de ações coletivas.

Também não se nega a possibilidade de as associações (ou qualquer outro legitimado ativo coletivo) formularem pretensões abusivas. O que não se justifica é a imposição de vedação à concessão de tutela provisória (independentemente da presença dos requisitos legais) como remédio para supressão desses abusos. Afinal, tutelas provisórias abusivas ou excessivas, ainda que deferidas, podem ser questionadas pelo réu por meio do sistema recursal¹⁹.

Além disso, o CPC/15 – aplicável subsidiariamente aos processos coletivos, nos termos do próprio Projeto CNJ – prevê, em seu art. 300, §2º, a possibilidade de o magistrado conceder tutela provisória após justificação prévia (BRASIL. CPC/15). Ou seja, o sistema

¹⁹ Nos termos do art. 1.015, I do Código de Processo Civil, a decisão que versa sobre tutelas provisórias pode ser impugnada pela via do agravo de instrumento (BRASIL, CPC/15).

processual brasileiro já prevê formas de coibir a concessão de tutelas provisórias inadequadas ou abusivas (interposição de recurso e oitiva do réu antes da apreciação do pedido).

Nesse contexto, não se mostra razoável a vedação à concessão de tutela provisória – de forma categórica e exclusiva às associações – antes da decisão sobre o controle da “representatividade adequada” (que dependeria, inclusive, de intimação do Ministério Público, nos termos do art. 5º, § 1º do Projeto CNJ). Isso porque essa disposição enfraquece as ações coletivas propostas por associações, deixa esse legitimado coletivo sem um importante instrumento para a prevenção de danos iminentes, além de tratar a associação de modo desigual e discriminatório, frente os demais legitimados extraordinários à tutela das coletividades.

Em trabalho recente publicado acerca do Projeto CNJ, Antonio Gidi sustenta inclusive a inconstitucionalidade da restrição imposta pelo art. 10, § 4º do Projeto de Lei CNJ, por representar uma violação ao princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV da CR/88). Desta forma, presentes os requisitos, o dispositivo do projeto não poderia, segundo o autor, impedir o magistrado de enfrentar ameaça ao direito (2021, p. 53).

Ainda que não se reconheça essa inconstitucionalidade, não parece haver dúvida de que o dispositivo do Projeto CNJ propõe uma limitação significativa à atuação das associações, criando mais uma assimetria entre a atuação de legitimados públicos e privados.

Uma terceira limitação – e possivelmente a mais significativa delas – é trazida pelo art. 35 do Projeto CNJ, pelo qual: “aplicam-se às ações coletivas as regras relativas às custas e à sucumbência do Código de Processo Civil”. O dispositivo altera a lógica do sistema integrado de tutela aos direitos coletivos, que, desde a entrada em vigor da LACP/85, era no sentido de maximizar a atuação dos legitimados coletivos e ampliar o acesso à justiça (GRINOVER *et al.*, 2011, p. 121), criando um sistema no qual, os legitimados coletivos privados têm que arcar com custas processuais e honorários de sucumbência, segundo as regras do CPC/15.

Na exposição de motivos do projeto CNJ, defendeu-se que o dispositivo foi incluído “com o objetivo precípua de desestimular aventuras judiciárias” (BRASIL. Projeto de Lei nº 4.778/2020). Mais uma vez, nesse ponto, parece clara a intenção do grupo de trabalho de coibir supostos abusos no exercício do direito de ação pelos legitimados coletivos e, especialmente, pelas associações.

O afastamento da isenção de custas e despesas processuais, atualmente previsto no sistema integrado de tutela aos direitos coletivos (art. 17 da LACP/85 e art. 87 do CDC/90) poderá trazer graves consequências ao processo coletivo brasileiro, e, na análise de Antonio Gidi, representa um retrocesso que tem o potencial de inviabilizar a condução de processos

coletivos por associações (2021, p. 70), que detêm, por lei, a condição jurídica para atuarem em defesa da coletividade.

A regra do art. 34, em conjunto com o art. 5º, II do Projeto CNJ – que, como visto, aponta a capacidade econômica da associação e as condições de arcar com as despesas processuais, como requisitos para o reconhecimento da representação adequada – cria uma barreira de entrada para as associações de pequeno porte (como associações de moradores e outras entidades de defesa de direitos), que muitas vezes não terão condições de custear, por exemplo, os honorários periciais ou de sucumbência.

E a relevância dessa barreira de entrada fica clara quando se constata que, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 64,5% das fundações privadas e associações sem fins lucrativos constituídas no Brasil em 2016 não possuíam nenhum funcionário formalizado. Ademais, apenas 1,6% das entidades possuíam 100 ou mais pessoas assalariadas, concentrando mais de 60% de todas as vagas formalizadas entre as associações e fundações privadas (IBGE, 2019, p. 78). Esse perfil das associações no Brasil, com a predominância das entidades de pequeno porte, já vinha sendo apontado pela doutrina como um obstáculo à atuação desses legitimados no processo coletivo (LIMA, 2015, p. 393/394). O projeto do CNJ, todavia, além de não criar medidas para mitigar esse obstáculo, como a criação de estímulos às associações que ingressem com ações coletivas, dando um passo à frente do atual sistema (LIMA, 2015, p. 397) impuseram nova limitação, que, em última análise, pode diminuir ainda mais a atuação desses legitimados na tutela de direitos coletivos *lato sensu*.

Feita essa breve análise, o que se depreende do Projeto CNJ, para além de outros graves retrocessos que escapam ao escopo dessa análise – como a não interrupção da prescrição pela propositura de ações coletivas (art. 26, §4º do Projeto de Lei) –, é que a proposição representa um duro golpe à atuação das associações para tutela de direitos coletivos. Acredita-se que, caso o projeto do CNJ venha a ser aprovado como foi apresentado, esse fato representará mais um recuo na trajetória narrada na primeira parte deste estudo, com impacto na tutela judicial de direitos fundamentais, dentre os quais o direito à saúde.

4. O Projeto CNJ e a atuação das associações para promoção de políticas públicas para a tutela do direito à saúde.

Assentadas as premissas teóricas necessárias à compreensão do problema aqui apresentado, passa-se a verificação da hipótese sustentada nesse estudo, no sentido de que a aprovação do Projeto CNJ, ao invés de contribuir para o seu crescimento, pode desestimular,

ainda mais, a atuação das associações na promoção de políticas públicas de saúde pela via da tutela processual coletiva.

No paradigma do Estado Democrático de Direito, o acesso à saúde, é um direito fundamental e um direito humano, protegido tanto pela CR/88, que o dispõe como direito social, quanto por tratados internacionais (THIBAU, GAZZOLA, 2014, p. 656). Além disso, como direito social vinculado à dignidade da pessoa humana, o direito à saúde é dotado de imperatividade e força normativa (BARROSO, 2008, p. 14), e pode ser exigido pelas partes, individual e coletivamente, inclusive por meio do Poder Judiciário.

Essa atribuição de força obrigatória ao direito à saúde contribuiu, de um lado, para a ampliação do acesso à justiça e para a concretização do direito fundamental, mas de outro, para a proliferação de demandas judiciais individuais pleiteando, por exemplo, o fornecimento de medicamentos fora da lista oficial definida pelo Estado; ou cirurgias de grande porte; ou internação em hospitais particulares por falta de vagas nos hospitais públicos, etc..

A judicialização do direito à saúde, por sua vez, gera um fenômeno denominado por Edilson Vitorelli como “processo desestrutural”: quanto mais ações individuais são julgadas procedentes, mais desestruturado se torna o serviço público (2020, p. 112). Luis Roberto Barroso havia atingido a mesma conclusão. Para esse autor, num contexto de recursos escassos, a proliferação de decisões judiciais proferidas “pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas” (2008, p. 15).

Não há dúvidas de que o direito à saúde, para além de direito fundamental individual, também deve ser compreendido em uma acepção coletiva, como direito difuso (transindividual e indivisível). E, por essa razão, parte da doutrina vem defendendo a tutela coletiva do direito à saúde, como forma de equacionar o excesso de judicialização e assegurar a concretização de políticas públicas efetivas nesse campo (THIBAU, GAZZOLA, 2014, p. 656).

A controvérsia em torno da alocação de recursos para determinada política pública de saúde, por se tratar de problema complexo, não pode ser solucionado como um conflito intersubjetivo, típico do processo individual. A aquisição de um medicamento, ou a ampliação das instalações de um hospital, para atender a um determinado município, por exemplo, implica em escolhas políticas e orçamentárias. E a solução atingida pelo agente público (ou pelo Poder Judiciário) depende do equacionamento de interesses de diferentes grupos dentre os titulares do direito, muitas vezes contrapostos.

Conflitos como esses são definidos pela doutrina como sendo de natureza estrutural e a atuação do Poder Judiciário nesses casos tem o objetivo de “implementar uma reforma de entes e organizações, não somente na burocracia estatal, bem como tem por perspectivas a

concretizar, além dos direitos fundamentais e valores públicos constitucionais, determinadas políticas públicas, ou resolver litígios complexos” (NUNES *et al.*, 2018, p. 369).

A natureza estrutural do litígio e a pluralidade de interesses envolvidos pressupõe modificações no procedimento a ser adotado nesses litígios. Nunes *et al.* elencam três pressupostos necessários na condução de um processo estrutural: (i) a maleabilidade da causa de pedir e dos pedidos, uma vez que muitas vezes não é possível precisar, quando do ajuizamento da ação, todas as possíveis soluções para o conflito em discussão; (ii) o estímulo à ampla participação dos titulares do direito, de modo a garantir que todos os diferentes grupos de interesse serão ouvidos; e (iii) a apresentação de decisões prospectivas, voltadas para o futuro e que tenham por objetivo “modificar uma prática danosa institucionalizada” e não dar uma solução pontual a um conflito (2018, p. 369/372).

Feita essa contextualização inicial, não há dúvidas de que os dispositivos do Projeto CNJ não estimulam a atuação dos legitimados coletivos, e do próprio Poder Judiciário, para implementação de medidas estruturais em busca da solução de casos complexos. Pelo contrário: as sucessivas remissões ao CPC/15, diploma de caráter individualista, geram uma aproximação da disciplina dos processos coletivos às regras do processo civil individual.

Além disso, a intenção dos elaboradores do projeto, como se infere da exposição de motivos do anteprojeto apresentado ao Congresso Nacional, não é no sentido de estimular a atuação dos legitimados coletivos e a participação dos titulares do direito lesado ou ameaçado de lesão, e sim coibir supostos “abusos” e prevenir supostas “aventuras jurídicas”. Trata-se, na análise de Antonio Gidi, à qual se deve filiar, de um conjunto de normas que, em sua maioria, “sistematicamente beneficiam os réus e sistematicamente prejudicam os grupos sociais, debilitando as ações coletivas” (2021, p. 72).

O mesmo autor inclusive afirmou que processos estruturais não se encaixam no modelo trazido pelo Projeto CNJ (aula magna)²⁰. E isso ocorre não porque os conflitos dessa natureza não devam ser tutelados pelo Poder Judiciário, o que já vem sendo reconhecido pela doutrina (DIDIER JR., ZANETI JR., 2017, p. 49), mas sim pelas diversas limitações que têm sido impostas à tutela de direitos coletivos *lato sensu* trazidas também pelo projeto CNJ.

Apenas a título de exemplo, no que concerne à possibilidade de ampliação posterior da causa de pedir, apontada como um dos pressupostos do procedimento a ser adotado em processos estruturais, o Projeto CNJ permite apenas que os legitimados que ingressem no feito

²⁰ Afirmação feita em Aula Magna promovida pela Escola da Magistratura Federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, realizada em 29 de março de 2021 (ESCOLA DA MAGISTRATURA FEDERAL DA 1ª REGIÃO, 2021).

como litisconsortes promovam o aditamento da causa de pedir, e ainda restringe essa intervenção ao período de 30 dias, contados da intimação sobre a distribuição da ação e/ou publicação de edital (art. 3º, §2º do Projeto CNJ).

Ou seja, além de não se admitir a alteração, pelo próprio autor, da ação em momento posterior, caso se perceba que a solução proposta pelo autor coletivo não seja a mais adequada do ponto de vista técnico, ou mesmo científico (tratamento de saúde que se comprova ineficaz, por exemplo), a proposta ainda restringe esse aditamento pelos litisconsortes à fase inicial do processo, momento em que, muitas vezes, as circunstâncias fáticas que tornariam necessária essa “maleabilidade da causa de pedir” ainda sequer se manifestaram (GIDI, 2021, p. 54).

A participação no processo pelas partes é tratada em apenas no dispositivo previsto no art. 16 do Projeto CNJ, que prevê a possibilidade de intervenção de *amicus curiae* e audiências públicas, já admitidas pela doutrina (LIMA, 2015, p. 517). E não há no Projeto CNJ qualquer menção à possibilidade de prolação de decisões programáticas, o que, entende-se, não impede a prolação de decisões dessa espécie nos moldes previstos no direito brasileiro (questão que, porém, não é o tema da discussão desse estudo), como não há ainda, diretrizes para a implementação de medidas judiciais estruturais pelo Poder Judiciário.

Não há, portanto, qualquer estímulo à tutela coletiva do direito à saúde no Projeto CNJ, principalmente quando se considera que a gestão de políticas públicas de saúde é, em sua essência, um problema estrutural (LIMA, 2020, p. 114).

Todas essas limitações atingem de igual maneira os legitimados públicos (Ministério Público ou Defensoria Pública por exemplo) e privados (associações por exemplo), mas é certo que, com relação a essas últimas, devem ser somados todos os obstáculos do sistema atual – principalmente as sucessivas alterações jurisprudenciais acerca da legitimação das associações para a tutela da coletividade –; e as graves limitações impostas à atuação dessas entidades (de forma exclusiva) pelo projeto CNJ, tais como: (i) o controle de representação adequada com barreiras que impedem o ajuizamento de ações por associações de menor porte; (ii) a vedação de tutela de urgência liminar antes da decisão sobre a adequação da representação; e, principalmente (iii) a exigência de pagamento de custas e honorários de sucumbência em caso de decisão desfavorável, desenvolvidos na segunda parte deste estudo.

Por essas razões, acredita-se que, caso não sejam implementadas iniciativas que visem a estimular a atuação dos legitimados privados, as associações não terão condições de atuar de forma assertiva em litígios estruturais destinados à promoção de políticas públicas, entre esses os que envolvem o direito à saúde. E o projeto CNJ, além de não estimular essa atuação, cria diversas outras limitações à atuação dos legitimados coletivos privados. Assim a sua aprovação,

sem as devidas alterações e modificações, se caracterizará como um retrocesso na tutela dos direitos coletivos, identificados também enquanto direitos sociais constitucionais.

5. Considerações finais

Por meio desse estudo, verificou-se que a atuação das associações, um dos entes com legitimação extraordinária à tutela de direitos coletivos em sentido lato, sempre foi marcada por sucessivos avanços e retrocessos. Novas orientações jurisprudenciais ora estimularam, ora limitaram a participação desses legitimados coletivos, especialmente no que concerne à legitimação ativa. E que um dos argumentos recorrentes para justificar essas limitações seria a suposta atuação abusiva das entidades.

Constatou-se também que, imbuído nesse espírito de conter supostos abusos na atuação das associações, o Anteprojeto de Lei de Ação Civil Pública apresentado pelo CNJ ao Congresso Nacional (Projeto de Lei nº 4.778/2020) promoveu mais um desses recuos, limitando de forma significativa a atuação das associações na tutela de direitos coletivos *lato sensu* e consolidando uma hierarquização, que até então não está pontuada pela legislação em vigor, entre os legitimados coletivos.

A inclusão do controle de “representatividade adequada”, a exigência de capacidade econômica das associações como requisito para aferição dessa adequação e, principalmente, a exigência de pagamento de custas e honorários sucumbenciais por parte das associações que não obtenham êxito em ações coletivas por elas propostas, cria forte desestímulo e claros obstáculos à atuação em defesa das coletividades a ela vinculadas. Essas barreiras impostas às associações certamente serão intransponíveis para grande parte dessas entidades constituídas no Brasil. Esvazia-se, dessa forma, mais um canal de tutela aos direitos sociais constitucionais, como o direito à saúde, pela via da ação coletiva.

Por fim, a partir da análise crítica dos dispositivos do Projeto CNJ e seu cotejo com os pressupostos necessários à promoção de políticas públicas de saúde, o que se observou foi que esse projeto, na contramão do que se poderia desejar para garantir o funcionamento do processo coletivo condizente a um Estado Democrático de Direito, não criou estímulos à atuação das associações; não flexibilizou normas acerca da alteração de causa de pedir de demandas coletivas; e nem criou formas de participação dos titulares dos direitos tutelados (destinatários dos efeitos das decisões judiciais), perdendo a oportunidade de contribuir para o avanço do sistema integrado de tutela aos direitos coletivos.

Da forma como apresentado o Projeto CNJ, além de representar retrocesso, desestimula e limita a atuação das associações de tal forma que, não se vislumbra a possibilidade de essas entidades contribuírem para a promoção de políticas públicas de saúde. Menos ainda se espera sua atuação em qualquer litígio de natureza estrutural, visto que vem sendo tirado das associações brasileiras, no campo da sua atribuição legal de tutela coletiva, a autonomia financeira, a credibilidade e a capacidade de “competir” com os legitimados públicos, sem que precise assumir riscos exacerbados. E essa atuação seria essencial, principalmente no contexto de crise sanitária vivida pelo Brasil, e que foi exposta e agravada a partir de pandemia iniciada em 2020.

Espera-se, por fim, que ao longo da sua tramitação no Congresso Nacional, o Projeto CNJ passe por significativas mudanças antes de sua eventual aprovação. E que, caso aprovado, após sua adequação, ele possa, efetivamente contribuir para o avanço da disciplina do processo coletivo.

Referências Bibliográficas

BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: Revista Jurídica UNIJUS. Universidade de Uberaba, Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Vol. 11, n. 15, p. 13-38, nov. 2008. Disponível em: <http://www.revistas.uniube.br/index.php/unijus/article/view/1039/1216>. Acesso em 14/04/2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10/04/2021.

BRASIL. Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm. Acesso em 10/04/2021.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em 10/04/2021.

BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 14/04/2021.

BRASIL. Projeto de Lei nº 4.778/2020 de 01 de outubro de 2020. Dispõe sobre a nova Lei de Ação Civil Pública e dá outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1959373&filenome=Avulso+-PL+4778/2020. Acesso em 14/04/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, AO 152/RS, j. em 15/09/1999, DJe 03/03/2000, Rel. Ministro Carlos Velloso. Disponível em: redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=381473. Acesso em 14/04/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, RE 573.232/SC, j. 14/05/2014, DJe 18/09/2014, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski; Relator para o acórdão Ministro Marco Aurélio. Disponível em: redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630085. Acesso em 14/04/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, AgRg no REsp 1.340.368/RJ, j. 05/11/2013, DJe 22/11/2013, Rel. Ministro Og Fernandes. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1277623&num_registro=201201367021&data=20131122&peticao_numero=201300210338&formato=PDF. Acesso em 14/04/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, REsp 1.405.697/MG, j. 17/09/2015, DJe 08/10/2015, Rel. Ministro Marco Aurélio Belizze. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1441330&num_registro=201303219524&data=20151008&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em 14/04/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, EDcl no REsp 1.468.734/SP, j. 16/08/2016, DJe 15/09/2016, Rel. Ministro Humberto Martins. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1509787&num_registro=201401655732&data=20160915&peticao_numero=201600115041&formato=PDF. Acesso em 14/04/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma AgInt no AREsp 975.547/PR, j. em 24/09/2019, DJe 14/10/2019, Relator Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia>

[l=1772559&num_registro=201602293275&data=20191014&peticao_numero=201700208235&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=96325270®istro_numero=201900252695&peticao_numero=201900186879&publicacao_data=20190531&formato=PDF). Acesso em: 14/04/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. AgInt no AREsp 1.441.016/RS, j. em 27/05/2019, DJe 31/05/2019, Relator Min. Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=96325270®istro_numero=201900252695&peticao_numero=201900186879&publicacao_data=20190531&formato=PDF. Acesso em 14/04/2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Portaria nº 152 de 30 de setembro de 2019. Institui Grupo de Trabalho com o objetivo de apresentar propostas voltadas para o aprimoramento da atuação do Poder Judiciário nas ações de tutela de direitos coletivos e difusos. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3039>. Acesso em 14/04/2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça: Ações coletivas: CNJ entrega ao presidente da Câmara anteprojeto para aperfeiçoar lei. Matéria publicada em 01 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/acoes-coletivas-cnj-entrega-ao-presidente-da-camara-anteprojeto-para-aperfeicoar-lei/>. Acesso em 13/04/2021.

ESCOLA DA MAGISTRATURA FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Aula magna internacional sobre o Anteprojeto CNJ de lei de ações coletivas com o Professor Antonio Gidi (da Syracuse University College of Law), 29 de março de 2021 (transmissão ao vivo realizada no *youtube*). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=8APqr9AxHsI&t=1281s>. Acesso em 14/04/2021.

DIDIER Júnior, Fredie; ZANETI Júnior, Hermes. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 4.

DIZ, Nelson Nascimento. Apontamentos sobre a legitimação das entidades associativas para a propositura de ações coletivas em defesa de direitos individuais homogêneos dos consumidores. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, ano 96, v. 350, p. 113-126, abril/junho 2000.

GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, ano 27, v. 108, p. 61-70, outubro/dezembro 2002.

GIDI, Antonio. O Projeto CNJ de Lei de Ação Civil Pública. Avanços, inutilidades, imprecisões e retrocessos: a decadência das ações coletivas no Brasil. *In. Civil Procedure Review*, v. 12, n. 1, p. 25-75, janeiro/abril 2021. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3724081>. Acesso em 14/04/2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. **Revista Forense**, ano 98, v. 361, p. 03-12, maio-junho de 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 2.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os processos coletivos nos países de civil law e common law**: uma análise de direito comparado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA: **As fundações privadas e associações sem Fins Lucrativos no Brasil 2016**. Rio de Janeiro: IBGE, 2019. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101647.pdf>. Acesso em 14/04/2021.

INSTITUTO IBERO-AMERICANO DE DIREITO PROCESSUAL. **Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América**. Caracas: 28 de outubro de 2004. Disponível em: http://www.iibd.org/wp-content/uploads/2020/08/IIDP_Codigo_Modelo_de_Procesos_Colectivos_Para_Iberoamerica.pdf. Acesso em 15/04/2021.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional**. 2015. Tese (doutorado). Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2015.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **Processo civil estrutural: teoria e prática**. Salvador: Juspodivm, 2020.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. As ações coletivas na Constituição Federal de 1988. *In*: MILARÉ, Édis (coord.). **A ação civil pública após 25 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 363-374.

NUNES, Leonardo Silva; COTA, Samuel Paiva; FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. Dos litígios aos processos estruturais: pressupostos e fundamentos. *In*: FARIA, Juliana Cordeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; NETO, Edgard Audomar Marx. **Novas tendências, diálogos entre direito material e processo**: estudos em homenagem a Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 365/383.

SANTOS, Caio Victor Ribeiro dos. **O polêmico projeto da nova lei de ações coletivas**. Artigo publicado em 04 de setembro de 2020 no portal jurídico Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-04/caio-santos-polemico-projeto-lei-aco-es-coletivas>. Acesso em 14/04/2021.

SIQUEIRA, Isabela Campos Vidigal Takahashi de. O panorama da tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos pelas associações civis diante da jurisprudência dos tribunais superiores. *In*: FARIA, Juliana Cordeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; NETO,

Edgard Audomar Marx. **Novas tendências, diálogos entre direito material e processo: estudos em homenagem a Humberto Theodoro Júnior.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 301/317.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. **A legitimação ativa nas ações coletivas: um contributo para o estudo da substituição processual.** Tese (doutorado) – Faculdade de direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; GAZZOLA, Luciana de Paula Lima. A possibilidade de tutela coletiva do direito humano e fundamental à saúde no estado constitucional. *In. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.* n. 65, p. 651/670, julho-dezembro de 2014. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/issue/view/102>. Acesso em 13/04/2021.

VIANA, Thais Costa Teixeira. **A resolução consensual na tutela processual coletiva ao meio ambiente.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.