

UNIVERSIDADE DE ITAÚNA  
Faculdade de Direito  
Programa de Pós-Graduação em Direito

Lucas Antônio Bueno

**O PAPEL DAS ASSOCIAÇÕES NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO  
FUNDAMENTAL À SAÚDE POR INTERMÉDIO DAS AÇÕES COLETIVAS**

Itaúna  
2014

Lucas Antônio Bueno

**O PAPEL DAS ASSOCIAÇÕES NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO  
FUNDAMENTAL À SAÚDE POR INTERMÉDIO DAS AÇÕES COLETIVAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Itaúna, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito na área de concentração *Proteção dos Direitos Fundamentais*.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Manoel Gomes Júnior

Itaúna

2014

B928p      Bueno, Lucas Antônio.

O papel das associações na efetivação do direito fundamental à saúde por intermédio das ações coletivas / Lucas Antônio Bueno. -- Itaúna, MG: 2014.

169 f.; 29 cm

Bibliografias: f. 153-169.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito em Proteção dos Direitos Fundamentais, Universidade de Itaúna.

Orientador: Dr. Luiz Manoel Gomes Júnior.

Bibliotecária responsável: Anicéia Ap. de Resende Ferreira

CRB-6/2239



# Universidade de Itaúna

## PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO MESTRADO EM PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Reconhecimento Homologado pelo CNE , através da Portaria nº 1324/2012 ( DOU de 09/11/2012, Seção 1, Pag.10 )

### *“O Papel das Associações na Efetivação do Direito Fundamental à Saúde por Intermédio das Ações Coletivas”*

Dissertação de Mestrado apresentada por *Lucas Antônio Bueno*, do Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais, em 26 de setembro de 2014, ao Mestrado em Direito- Área De Concentração: Proteção Dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG, e aprovada com recomendação para publicação pela Banca Examinadora constituída pelos professores:

Professor Doutor Luiz Manoel Gomes Júnior  
Orientador – UIT - MG

Professor Doutor Camilo Zufelato  
Professor Convidado – USP Ribeirão Preto

Professora Doutora Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz  
Universidade de Itaúna - MG

## RESUMO

O presente trabalho trata-se de um estudo acerca do papel das associações na efetivação do direito fundamental à saúde por intermédio das ações coletivas. O estudo objetiva essencialmente demonstrar como as associações podem contribuir para a efetividade dos direitos fundamentais, especialmente do direito à saúde, quando se utilizam da prerrogativa das ações coletivas, se a atuação das associações está ocorrendo de forma vigorosa ou não, e se não por quais motivos. Os direitos sociais historicamente tomados como direitos de crédito prestados quando o Estado acreditar ser conveniente e oportuno e desde que haja recursos financeiros para tal não subsiste a uma análise à luz dos direitos fundamentais como direitos de aplicação imediata que não permitem omissões estatais, sob pena desta omissão se tornar inconstitucional. O direito à saúde se insere nesta perspectiva como direito de aplicação imediata que pode ser efetivado por intermédio da tutela coletiva. Esta tutela coletiva pode ser concretizada por qualquer dos entes legitimados para esta incumbência, contudo quando promovida pelas associações pode ser efetivada de forma mais vigorosa, pois muitas vezes os componentes de uma associação são os próprios indivíduos que integram a coletividade que por vezes convivem diretamente com os problemas que afligem a sociedade no que tange ao direito à saúde. Destaca-se ainda que quando se utiliza do processo está também participando da formação da vontade estatal exercendo uma democracia direta. Contudo, diversos problemas têm obstaculizado a efetivação dos direitos coletivos por intermédio do processo coletivo, problemas estes relacionados a uma interpretação equivocada do processo individual quando transposto para a seara do processo coletivo. Estes problemas foram levantados ao longo desta pesquisa apontando ainda quais as possibilidades de saídas para a efetividade do direito fundamental à saúde quando tutelado por intermédio das ações coletivas. A justificativa do estudo está calcada na constatação de que o processo é uma das vias para efetivar o direito fundamental à saúde que é potencializado quando se utiliza do processo coletivo. Na confecção do trabalho foi utilizado essencialmente um estudo bibliográfico revisando a literatura até agora escrita sobre o tema, documental acerca dos diplomas legislativos e decisões jurisprudenciais, em uma vertente dogmática com abordagem crítica, desconstrutiva e reconstrutiva. Para tanto foi utilizado um raciocínio dedutivo partindo da realidade geral do processo coletivo e dos direitos fundamentais para uma análise específica do direito fundamental à saúde e da tutela coletiva por intermédio das associações. Assim observou-se que o processo coletivo é uma via importantíssima para a efetividade dos direitos o que não difere quanto ao direito à saúde, direito de suma importância e imprescindível à

vida e sua vivencia com dignidade podendo as associações contribuir em muito para sua efetividade quando se utilizam da tutela coletiva.

**Palavras-chave:** Direito fundamental à saúde; Tutela coletiva; Acesso à justiça; Associações.

## ABSTRACT

The present paper is a study about the role of associations in the realization of the fundamental right to health through class actions (collective actions). The study essentially aims to show how associations can contribute to the effectiveness of fundamental rights, especially the right to health, when using the prerogative of class actions, if the performance of the associations is occurring vigorously or not and, if not, for what reasons. Social rights historically taken as credit rights performed when the State believes it is appropriate and timely, and as long as there are financial resources for such, do not withstand an analysis in the light of fundamental rights as rights of immediate applicability that do not allow state omissions, under penalty this omission becomes unconstitutional. The right to health falls within this perspective as a right of immediate implementation that can be effected by means of collective protection. This collective protection can be achieved by any of the legitimate entities for this task. However, when promoted by associations such protection can be effected more forcefully, because often the members of an association are individuals who themselves are part of the collectivity and that sometimes coexist directly with the problems afflicting society regarding the right to health. It is also emphasized that when using this procedure we are also participating in the formation of the state will by exercising a direct democracy. However, several problems have hindered the realization of collective rights through collective proceedings. These problems are related to a misinterpretation of the individual procedure when transposed to field of the collective proceedings. These issues were raised throughout this research which still points to the possibilities of solutions for the effectiveness of the fundamental right to health when safeguarded through class actions. The rationale of the study is grounded in the realization that the procedure is one way to enforce the fundamental right to health which is enhanced when collective proceedings are used. To produce this paper, a bibliographical study reviewing the literature so far written on the subject was essentially used. There was also document research about the legislation and court decisions, in a dogmatic view with a critical deconstructive and reconstructive approach. To this end, I used deductive reasoning, starting from the overall reality of collective proceedings and fundamental rights for a specific analysis of the fundamental right to health and collective protection through associations. Thus, it was observed that the collective proceeding is an important pathway for the realization of rights which include the right to health; a right paramount and essential to life and its living with dignity. Associations can contribute greatly to its effectiveness when making use of collective protection.

**Keywords:** Fundamental right to health; Collective protection; Access to justice; Associations.

## LISTA DE ABREVIATURAS

ACMP	- Associação Catarinense do Ministério Público
ACP	- Ação Civil Pública
ADI	- Ação Direta de Inconstitucionalidade
CC	- Código Civil
CDC	- Código de Defesa do Consumidor
CPC	- Código de Processo Civil
CPCol.	- Código de Processo Coletivo
CR	- Constituição da República
EC	- Emenda Constitucional
ECA	- Estatuto da Criança e do Adolescente
FGTS	- Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
IBAMA	- Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
LACP	- Lei da Ação Civil Pública
LAP	- Lei da Ação Popular
MP	- Ministério Público
MProv.	- Medida Provisória
MS	- Mandado de Segurança
MSC	- Mandado de Segurança Coletivo
OAB	- Ordem dos Advogados do Brasil
OMS	- Organização Mundial da Saúde
OSCIP's	- Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público
PL	- Projeto de Lei
REsp.	- Recurso Especial
RExtr.	- Recurso Extraordinário
RO	- Recurso Ordinário
STF	- Supremo Tribunal Federal
STJ	- Superior Tribunal de Justiça
SUC	- Sistema Único Coletivo
SUS	- Sistema Único de Saúde
TAC	- Termo de Ajustamento de Conduta
UERJ	- Universidade do Estado do Rio de Janeiro
UNESA	- Universidade Estácio de Sá

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE.....</b>	<b>13</b>
2.1 Os direitos fundamentais .....	13
2.2 Os direitos fundamentais sociais e a dificuldade de sua implementação .....	19
2.3 Os direitos fundamentais na perspectiva da Constituição da República de 1988 .....	24
2.4 O direito fundamental à saúde .....	30
<b>3 AS AÇÕES COLETIVAS, O SISTEMA ÚNICO COLETIVO E AS ASSOCIAÇÕES .....</b>	<b>37</b>
3.1 O que é uma ação coletiva e qual o seu objeto? .....	37
3.2 A tutela coletiva como uma nova forma de acesso à justiça .....	40
3.3 O tratamento constitucional do direito coletivo .....	46
3.4 As associações e o processo coletivo como um elo entre Estado e sociedade .....	50
3.4.1 As associações e sua disciplina constitucional .....	55
3.5 O Sistema Único das Ações Coletivas .....	61
3.6 O Sistema Único Coletivo e as associações .....	67
<b>4 AS AÇÕES COLETIVAS E AS ASSOCIAÇÕES: PONTOS CONTROVERTIDOS.....</b>	<b>76</b>
4.1 Legitimidade .....	76
4.1.1 A legitimidade das associações de fato ou grupos ocasionais.....	85
4.2 Possibilidade jurídica do pedido.....	89
4.3 Interesse processual .....	97
4.4 Pertinência temática.....	103
4.5 Representatividade adequada .....	109
<b>5 AS ASSOCIAÇÕES E A DEFESA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE...</b>	<b>119</b>
5.1 A efetividade do direito fundamental à saúde e a tutela coletiva .....	119
5.2 A efetividade do direito fundamental à saúde, a tutela coletiva e as associações .....	124

<b>6 OS OBSTÁCULOS DA TUTELA COLETIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE POR INTERMÉDIO DAS ASSOCIAÇÕES: QUAIS AS SAÍDAS E COMO MELHORAR? .....</b>	<b>130</b>
6.1 Problemas e obstáculos de ordem processual, legal e interpretativo.....	130
6.2 Os problemas da recente interpretação restritiva do STF no REextr. 573.232 .....	139
<b>7 CONCLUSÃO.....</b>	<b>147</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>152</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação aborda um estudo acerca da atuação das associações na efetivação do direito fundamental à saúde por intermédio do processo, especificamente do processo coletivo. A investigação gira em torno do processo coletivo como uma nova forma de acesso à justiça e assim efetivar os direitos fundamentais, dentre eles, o direito à saúde. Entre os legitimados à tutela coletiva, optou-se por trabalhar especificamente com as associações. A partir de um estudo com pequenos aportes sociológicos que considera as associações, uma via de ligação entre Estado e sociedade, “corpos intermediários”, para uma análise dogmático-jurídica acerca da sua previsão legal e disciplina constitucional, sua relação com o processo coletivo, bem como com o direito à saúde. Assim, a presente pesquisa se propõe a analisar a atuação das associações no processo coletivo, considerando qual a efetividade que podem conceber aos direitos fundamentais, notadamente, o direito à saúde, quais os entraves que as associações têm encontrado na tutela coletiva e, por fim, quais as saídas para que estas organizações consigam se desincumbir deste ônus.

O problema que norteou a pesquisa foi saber qual a efetividade que se pode conceber ao direito fundamental à saúde quando as associações se utilizam da prerrogativa das ações coletivas. As associações estariam utilizando de forma positiva esta prerrogativa? Quais os obstáculos de ordem processual por elas encontrados, nesta caminhada?

Este estudo assume como objetivo geral, demonstrar que as associações ao se utilizarem de sua prerrogativa de propor ações coletivas, atribuem maior efetividade aos direitos fundamentais, em especial ao direito à saúde.

Diante deste objetivo geral, vários outros específicos foram levantados tais como: identificar como a tutela coletiva dos direitos fundamentais atua na nova divisão entre direitos individuais e direitos coletivos; analisar especificamente a tutela coletiva como uma nova forma de acesso à justiça; analisar a efetividade do acesso à justiça através da tutela coletiva e suas benéfices na efetividade dos direitos fundamentais; avaliar o papel que as associações podem desempenhar para a defesa, concretização e efetividade do direito fundamental à saúde ante à sua grande capacidade de representação e conhecimento de perto dos problemas sociais da comunidade; avaliar a efetividade do direito fundamental à saúde no confronto da retórica das normas programáticas e a aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais; verificar se as associações tem cumprido a prerrogativa da defesa dos direitos coletivos e das benéfices de sua atuação; verificar como tem sido tratado o tema pela legislação pertinente e pela jurisprudência; verificar os obstáculos encontrados pelas associações na atuação dentro

do processo coletivo; analisar os pontos controvertidos na transposição dos institutos do processo individual tradicional para o processo coletivo.

A pesquisa tem por área de conhecimento, a ciência jurídica que foi estudada em análise crítica, com alguns aportes sociológicos, ainda que pequenos.

Na elaboração do trabalho foi utilizado essencialmente, um estudo bibliográfico e revisão da literatura do processo coletivo, dos direitos fundamentais, do direito à saúde, bem como ainda uma análise documental acerca dos diplomas legislativos, decisões judiciais, dados estatísticos e estatutos de associações. A forma de raciocínio utilizada é o dedutivo, partindo da realidade geral do processo coletivo e dos direitos fundamentais para uma análise específica do direito fundamental à saúde e da tutela coletiva por intermédio das associações.

A justificativa do estudo está calcada na constatação de que o processo é uma das vias para efetivar o direito fundamental à saúde, o que é potencializado quando se utiliza do processo coletivo. As associações, diante de sua grande capacidade de representação e conhecimento de perto dos problemas sociais, eis que convive com eles, deve ser o legitimado para o processo coletivo de atuação mais vigorosa.

O presente trabalho está dividido em seis capítulos, sendo o primeiro, destinado à introdução, enquanto o segundo presta-se a uma análise geral acerca dos direitos fundamentais. Neste segundo capítulo, as ideias e argumentos principais fundamentam-se em uma análise acerca dos direitos fundamentais, seu conceito, especificidades e sua disciplina constitucional, perpassa ainda, especificamente, os direitos fundamentais sociais e sua dificuldade de implementação. Por fim, se tratará do direito fundamental à saúde.

No terceiro capítulo, será apresentado a ideia principal do relatório de pesquisa realizado em que se discute as ações coletivas, o Sistema Único Coletivo (SUC) e as associações. O mencionado capítulo apresenta uma conceituação da ação coletiva e discute qual seu objeto, apresenta a tutela coletiva como uma nova forma de acesso à justiça e verifica como a Constituição da República tratou esta forma diferenciada de tutela. Defende, ainda, ser as associações e o processo coletivo, uma forma de participação democrática na formação da vontade estatal. Por fim, discute-se acerca da formação do Sistema Único Coletivo e sua relação com as associações.

O quarto capítulo apresenta a discussão dos pontos controversos entre as ações coletivas e as associações como a legitimidade, a possibilidade jurídica do pedido, o interesse processual, a pertinência temática e a representatividade adequada e como discuti-los à luz desta nova forma de processo, o processo coletivo.

O quinto capítulo apresenta a interseção entre os pontos fundamentais do trabalho,

momento em que se analisará qual a efetividade que as associações podem conceber ao direito à saúde quando se utilizam da tutela coletiva.

Por fim, no sexto capítulo são levantados os problemas de ordem processual, interpretativos e legais que tem obstaculizado o crescimento da tutela coletiva por intermédio das associações, discutindo-se, por exemplo, a restrição criada pela lei 9.494/97 e as exigências descabidas exigidas das associações. A recente interpretação restritiva concebida pelo Supremo Tribunal Federal acerca do tema também será analisada.

A hipótese levantada foi corroborada ao longo da pesquisa no sentido de confirmar que dada a potencialização do processo coletivo e por serem as associações formadas pelas partes envolvidas que sofrem com a falta de efetividade dos direitos fundamentais, são estas, as mais interessadas nesta atuação e as que devem agir de forma mais vigorosa para efetividade dos direitos coletivos.

Ressalta-se que algumas constatações realizadas nesta pesquisa se revelaram surpreendentes, como por exemplo, a pífia atuação das associações em relação ao Ministério Público, legitimado que mais age na tutela coletiva. Esta pouca atuação se dá pelo movimento legislativo e jurisprudencial de descrédito das associações no que toca a atuação na tutela coletiva. Isto deve-se à imposição de diversas exigências, só a elas afetadas e que se soma a uma interpretação restritiva e contrária ao escopo do processo coletivo.

Assim, foi possível observar que os direitos coletivos ainda não são efetivos mesmo que constantes no texto expresso da Constituição como direito fundamental. Quanto ao direito à saúde, esta falta de efetividade é extremamente danosa, uma vez que este direito é fundamental à vida e à dignidade humana. Ressalta-se que a atuação das associações por intermédio do processo coletivo é uma forma da sociedade participar da gerência da coisa pública, portanto efetivar este direito não esperando a vontade estatal que nunca se concretiza. O processo coletivo, pois, é uma grande arma contra a inércia estatal que quando bem utilizada pode trazer diversos benefícios para toda a coletividade.

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE

### 2.1 Os direitos fundamentais

Os direitos e garantias fundamentais, como conquistas históricas magnas da sociedade perfazem o eixo estruturante de uma comunidade jurídica. Viabiliza-se o ordenamento desta comunidade e muitas vezes, se encontram dispostos em uma constituição.

Os direitos fundamentais estão inseridos no arcabouço jurídico de um povo e integram por sua vez, toda a gama de direitos. O que marca sua diferença em face dos demais direitos ordinários é sua fundamentalidade<sup>1</sup>, sua relevância distintiva no ordenamento. Os direitos fundamentais são aqueles chamados de extraordinários.

Este adjetivo fundamentalidade se caracteriza pelas suas especiais características e especial atenção que estes direitos gozam, pelo processo mais dificultoso de alteração sendo imunes ao legislador ordinário e até mesmo ao poder constituinte reformador, pela elevada carga axiológica que possuem, por serem vedados de retrocesso e por constituírem-se em verdadeiras cláusulas pétreas.

Esta fundamentalidade, portanto decorre de suas características extraordinárias que os demais direitos não possuem. Destarte vale destacar, ainda que rapidamente haja vista que a profundidade do tema demandaria outra obra específica, quais são estas características que marcam as diferenças entre os direitos ordinários e os direitos fundamentais.

Há na literatura especializada (doutrina), diversas classificações destas características, algumas sendo mais restritas<sup>2</sup> e outras que contemplam um rol mais ampliativo das características dos direitos fundamentais, conforme a classificação de Walter Claudius Rothenburg<sup>3</sup> que por ora se adota. Para o referido autor os direitos e garantias fundamentais possuem várias características.

A primeira característica é a fundamentalidade que se revela no plano material por fazer referência aos valores supremos dos seres humanos. Promove a dignidade humana e no plano formal, consta na carta de direitos expressos na lei fundamental.

A segunda característica apontada pelo autor é a universalidade que consiste na aplicação dos direitos e garantias fundamentais a todos os seres humanos, pois tais direitos

<sup>1</sup> MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais: conceito, função e tipos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 78.

<sup>2</sup> MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais: conceito, função e tipos*, *op. cit.*, p. 94.

<sup>3</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos fundamentais e suas características*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 08, n. 30, p. 146-158, jan./mar. 2000. p. 146.

são inerentes à condição humana. Deve-se sempre levar em consideração, contudo o desenvolvimento cultural dos diferentes povos para evitar a fundamentalização do direito e os excessos em nome de sua universalidade.

Outra característica é a inalienabilidade que consiste na proibição de dispor dos direitos fundamentais, sendo irrenunciáveis e indisponíveis, não obstante poder não ser exercidos.

A indivisibilidade é outra de suas características e consiste em entender os direitos fundamentais como unos. Estes não podem ser divididos e nem parcialmente aplicados. Desta característica, observa-se a inter-relação e interdependência que estes direitos possuem. Exemplificando, se há o direito de livre escolha da instituição de ensino, livre, deve ser também, a escolha do conteúdo nela a ser ministrado. Daí a impossibilidade de se abolir os direitos sociais e coletivos e não tão somente dos direitos individuais, pois diante do caráter da indivisibilidade (inter-relação e interdependência), a abolição de um direito social poderá corresponder ainda que indiretamente a abolição de um direito individual.

Outra característica dos direitos fundamentais é a abertura e a inexauribilidade. Com isso, os direitos fundamentais são abertos não possuem rol taxativo, sendo aberto ao sistema interno de direito e também ao sistema internacional, o que deve garantir que sua interpretação seja ampliativa. Bem é verdade ainda que não se exaurem na tipicidade constitucional por poderem ser sempre ampliados, são notadamente, pela cláusula de abertura que prevê o § 2º do artigo 5º da Constituição da República<sup>4</sup> (CR) e maximizados por normas infraconstitucionais.

A projeção objetiva dos direitos fundamentais, como mais uma de suas características, informa que tais direitos são o norte de interpretação e aplicação do direito em geral. Esta projeção funciona ainda como definidora das regras de competência do poder público e cria deveres ao Estado de implementar os direitos, servem de dimensão organizacional e procedimental do Estado, determinando a forma e o procedimento que deve observar no que tange a defesa dos direitos fundamentais por quaisquer de suas funções.

A aplicação imediata é outra característica dos direitos fundamentais demonstrando que possuem força vinculante imediata e que para realizar seu escopo não necessitam de

---

<sup>4</sup> Prevê o mencionado § 2º do artigo 5º da CR que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. In: *VADE MECUM* Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 11).

disciplina complementar ordinária, nem “toleram pretextos impeditivos da plena eficácia”<sup>5</sup>. No ordenamento pátrio, esta característica encontra guarida no artigo 5º § 1º da CR<sup>6</sup>. Logicamente, a disciplina normativa para expandir estes direitos será sempre bem-vinda, contudo não obrigatoriamente necessária para serem aplicados.

A concordância prática ou harmonização como mais uma das características dos direitos fundamentais informa que no plano concreto de aplicação, os direitos concorrem ou colidem e devem se harmonizar em sua aplicação, de modo a não afastarem a aplicação e a seara de atuação do outro. Segundo Rothenburg, utiliza-se para tanto, do critério da proporcionalidade quando diante de uma aparente colisão. O que liga tal característica à da sistematicidade, inter-relação e interdependência, revelando que tais direitos não podem ser analisados de forma isolada, um depende do outro, eles se interagem e influenciam-se reciprocamente, sua análise deve ser feita em conjunto. Como exemplo, o direito à liberdade de expressão deve ser visto em conjunto com o direito à intimidade e privacidade.

A restringibilidade excepcional é mais uma das características dos direitos fundamentais e revela que tais direitos não podem sofrer limitação nem normativa, nem interpretativa, salvo casos de restrição em caráter excepcional ou quando a constituição permitir, ou para a realização de outro direito também fundamental. Segundo Rothenburg, “enquanto a interpretação dos direitos fundamentais deve ser ampliativa, a interpretação das restrições deve ser limitativa, inadmitindo-se cláusulas genéricas de restrição”<sup>7</sup>.

Outra característica dos direitos fundamentais é a eficácia horizontal que prevê a necessidade de respeito e cumprimento destes direitos não tão somente pelo Estado em face do cidadão, mas entre os próprios particulares.

Os direitos fundamentais, uma vez reconhecidos, não podem sofrer diminuição, não podem retroceder e nem sofrer revogação normativa ou ataques na tentativa de enfraquecê-los. Esta característica se traduz na proibição do retrocesso.

Destarte, todas estas características reunidas dão especial relevo a um direito que o transforma de um direito subjetivo ordinário, em um direito extraordinário, em direito fundamental, sendo estas as notas diferenciadoras entre ambos.

---

<sup>5</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, op. cit., p. 62.

<sup>6</sup> Prevê o mencionado § 1º do artigo 5º da CR que: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. In: *VADE MECUM* Saraiva, op. cit., p. 11).

<sup>7</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, op. cit., p. 62.

Passada esta visão geral dos direitos fundamentais e analisada suas características, que os diferem dos demais direitos, verificar-se-ão alguns conceitos que tradicionalmente são atribuídos à tais direitos e qual o conceito se utilizará nesta obra.

Em estudo sobre o tema, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins conceituam estes direitos no seguinte sentido:

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.<sup>8</sup>

O conceito acima referido apresenta elementos que restringem o entendimento e aplicação dos direitos fundamentais, apesar de mais adiante em sua obra os autores flexibilizarem alguns elementos do conceito, entendendo, por exemplo, que se aplicam nas relações horizontais entre os particulares. Ao defender, estes autores, que os direitos fundamentais estão contidos em dispositivos constitucionais, demonstram, ao que parece, que a ideia destes direitos remete à dogmática formal constitucional, sendo direitos fundamentais apenas aqueles positivados constitucionalmente. Deixa-se de fora da definição, os direitos fundamentais que constam das normas infraconstitucionais e dos pactos de direito internacional.

Para estes autores ainda os direitos fundamentais têm o escopo de limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual. Nesta parte da definição observa-se que a noção de direitos fundamentais para Dimoulis e Martins tem forte ênfase nos direitos denominados de primeira dimensão em que buscava o afastamento do Estado do cidadão, garantindo assim o exercício da liberdade individual. Os direitos sociais e coletivos em certa medida ficariam à margem do conceito.

O mais interessante de se notar na definição e que é seguido por grande parte da literatura especializada, como se observará nos conceitos abaixo, é que quase sempre os direitos fundamentais são conceituados de forma abstrata e buscando amparo no caráter formal dogmático da constituição, deixando de lado uma conceituação baseada no conteúdo.

Seguindo nesta conceituação, muitos autores levam em consideração o aspecto de positivação em um documento fundamental interno dos Estados para distingui-los dos direitos humanos, consoante conceituação de Enoque Ribeiro dos Santos ao asseverar que:

---

<sup>8</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 46-47.

[...] direitos fundamentais seriam aqueles direitos, espécies do gênero direitos humanos, que em determinado momento histórico, político, cultural, e social de um povo, este resolveu positivá-los no ordenamento jurídico, sobretudo na Carta Magna, ou seja, na Constituição Federal.<sup>9</sup>

Esta conceituação dos direitos fundamentais considera o aspecto positivação que os distinguem dos direitos humanos por ser uma espécie de direitos humanos positivados por determinado ordenamento, o que não afasta a abstração e o caráter formal da conceituação. Estas conceituações adotadas pela literatura especializada<sup>10</sup> não levam em consideração o conteúdo material e concreto destes direitos para conceituá-los.

Apesar de boa parte da literatura especializada nacional quase sempre conceituar os direitos e garantias fundamentais no plano abstrato e formal, defende-se neste estudo que o conceito mais adequado de direitos fundamentais não decorre de sua necessária positivação e não se extrai da força ou hierarquia da norma que o prevê, sua caracterização se extrai de seu conteúdo e do caso concreto. É a situação circunstanciada da vida concreta que demonstrará se determinado direito é ou não fundamental, pois sua fundamentalidade se encontra em sua essência, em sua materialidade em conceber um mínimo de dignidade à pessoa naquele determinado momento.

Assim, direito fundamental seria aquele que fundamenta a base da vida, que concebe dignidade sem a qual, ou abaixo dela, não se pode falar em realização humana, convivência e sobrevivência.<sup>11</sup>

Exemplificando, um crédito poderá ou não ter, a depender de sua circunstância, o caráter de direito fundamental. Caso este crédito decorra de uma transação ordinária entre relações civis consubstanciado em um cheque, nota promissória ou outro título será sim, um direito, contudo com sua característica de ordinário. Todavia, se este crédito decorre do único numerário que a pessoa possuía e que era sua economia de anos e que fosse utilizá-lo para seu

<sup>9</sup> SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Internacionalização dos direitos humanos trabalhistas: o advento da dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 72, n. 3, p. 277-84, 2008. p. 277.

<sup>10</sup> Neste mesmo sentido a obra de SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 35 assevera que os “direitos fundamentais” se aplicam para aqueles direitos do ser humano, reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado” e ZISMAN, Célia Rosenthal. Os direitos fundamentais e os direitos humanos: a fundamentalidade formal e a fundamentalidade material. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 67, p. 32-51, abr./jun. 2009. p. 32 ao defender que “A expressão direitos fundamentais compreende apenas aqueles direitos reconhecidos pela ordem constitucional de determinado país, incluídos consequentemente no rol de direitos previstos na Constituição. Os direitos humanos existem independentemente de positivação, embora a efetiva e célere proteção precise da formalização tanto destes direitos como de suas garantias”.

<sup>11</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 178.

tratamento de saúde ou se decorresse de uma obrigação alimentícia a uma criança em idade tenra, este direito é um direito fundamental, pois este crédito concebe à pessoa ou à criança, no exemplo dado, aquele mínimo que lhe dá dignidade, ao menos em um mínimo de sua dignidade de saúde e vida. Assim, a fundamentalidade do direito é buscada no conteúdo a partir do caso concreto e não na abstração e na formalidade de sua positivação.

Neste sentido, os direitos fundamentais poderão constar da Constituição, sendo neste caso, mais facilmente identificáveis como fundamentais até mesmo por sua topografia no texto constitucional. Adicionalmente poderão ser encontrados também em diversas outras normas que não as constitucionais, pois sua fundamentalidade está em seu conteúdo, em sua essência de realizar a dignidade da pessoa humana em um caso concreto.

Com efeito, os direitos e garantias fundamentais poderão estar expressos em quaisquer normas de qualquer hierarquia até mesmo em um mero decreto, resolução ou portaria de um órgão público, o que determinará sua fundamentalidade, mais uma vez, é sua essência em efetivar a dignidade da pessoa humana naquele caso concreto, naquele momento, bem como ainda poderão nem mesmo estar expressos, mas decorrerem do sistema jurídico, restando, neste caso, implícitos. Os direitos e garantias fundamentais não seguem a tradicional hierarquia das normas, para tanto na concepção ora apresentada e que se adota neste trabalho, um direito fundamental constante de qualquer norma infraconstitucional poderá ter a mesma força e hierarquia de um direito fundamental constitucional, sua caracterização como fundamental decorre de sua força efetivadora que concebe a dignidade humana e não de sua hierarquia.

Sendo assim, os direitos fundamentais ganham *status* de constituição que diferentemente de uma norma convencional que poderá ser revogada por outra posterior, superior hierarquicamente ou especial, não poderão ser retirados do sistema ainda que constem de uma mera legislação infraconstitucional, tal qual um mero decreto.<sup>12</sup> As normas que definem direitos fundamentais, ainda que infraconstitucionais, nesta conceituação possuem natureza de constitucionais não podendo ser revogadas por outras legislações infraconstitucionais formando o bloco de constitucionalidade, pois neste caso, a constituição não se limita ao texto.

Neste diapasão, após esta ideia geral e introdutória acerca dos direitos fundamentais, vale destacar que na concepção destes direitos, uma importante diferenciação analítica se faz necessária para os direitos fundamentais sociais ante sua dificuldade de implementação,

---

<sup>12</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 28-39, jan./mar. 2006.

custos sociais e restrições de efetivação sempre aventada pelo Estado.

## 2.2 Os direitos fundamentais sociais e a dificuldade de sua implementação

Os direitos fundamentais tradicionalmente vêm sendo classificados segundo o momento histórico de seu nascimento, muito em decorrência desta visão lógico-histórica de acontecimentos fáticos, muito em decorrência de mera comodidade didática.

Assiste razão em certa medida a esta divisão, pois o vocábulo “direitos fundamentais” não é composto por apenas uma forma de direito nem mesmo nasceram todos em um dado momento. O problema da classificação divisória, no entanto, é o entendimento que se passa a ter destes direitos como algo fracionado em que um apenas surge após o término do ciclo do anterior em que muito contribui para tal equívoco a própria denominação de “gerações” passando a ideia que uma geração de direitos sucede e põe término à outra e está limitada a um contexto histórico com data de início e fim e que neste corte histórico somente um tipo de direito fundamental teve guarida.

Assim, ganha corpo na literatura especializada, a denominação das categorias de direitos fundamentais de “dimensões”, preferível ao termo “gerações”<sup>13</sup>, que por sua vez, também recebe críticas, consoante Dimoulis e Martins que preferem o termo “categorias” ou “espécies”<sup>14</sup>.

Outra discussão bastante forte neste sentido são as divisões destas categorias de direitos fundamentais que tradicionalmente são divididas em três: direitos de primeira dimensão consubstanciados nos direitos individuais (civis e políticos); de segunda dimensão, os direitos sociais caracterizados pelo direito à igualdade e os direitos de terceira dimensão, ligados à solidariedade e fraternidade, também denominados direitos coletivos.<sup>15</sup>

Com o desenvolvimento dos anseios e necessidades da sociedade e, por conseguinte, do direito a esta divisão tradicional, foram acrescentados os direitos de quarta dimensão a que Bonavides chama de direito à participação cidadã, em um sentido mais alargado, direito à democracia<sup>16</sup>, que por sua vez, Wolkmer acredita se inserir nesta dimensão, os direitos ligados à biotecnologia, bioética e engenharia genética.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 418-424.

<sup>14</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, *op. cit.*, p. 31.

<sup>15</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 34-35.

<sup>16</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 516-526.

<sup>17</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos ‘novos’ direitos. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 12. No mesmo sentido ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 328-331.

Wolkmer alude ainda a uma quinta dimensão dos direitos fundamentais que se consubstanciam nas denominadas tecnologias da informação, na internet, no ciberespaço, decorrentes do desenvolvimento da comunicação digital.<sup>18</sup>

Independentemente das discussões por ora suscitadas, adota-se neste trabalho, a classificação dos direitos fundamentais em dimensões, por ser o termo mais bem aceito hodierno, bem como ainda se tratará os direitos fundamentais sociais como sendo direitos de segunda dimensão.

Não obstante ao que tange a classificação dos direitos fundamentais e da quantidade de dimensões destacadas haver grande debate na literatura especializada, quanto aos direitos pertencentes a esta segunda dimensão, por sua vez, a literatura guarda certo consenso, sendo mínimas as divergências.

Apesar de historicamente e de acordo com o contexto das dimensões acima mencionadas, os direitos sociais (direitos de segunda dimensão) surgirem com mais ênfase, no contexto internacional, no início do século XX, na constituição mexicana de 1917, de Weimar de 1919 e na declaração russa de 1918, e, no Brasil com a Constituição de 1934, até o momento, ao menos no contexto brasileiro, os direitos sociais ainda não foram devidamente implementados. Estes problemas podem ser analisados por diversos ângulos, mas em especial, a problemática de sua conceituação e a sempre lembrada reserva do possível (recebendo fortes argumentos notadamente no campo do direito fundamental à saúde, objeto deste trabalho) muito tem contribuído para sua inefetividade o que, por conseguinte, acarreta problemas na sua implementação, logo merecem ser debatidos.

Nos diversos conceitos de direitos sociais apresentados pela literatura especializada, uma nota parece soar unânime, no argumento que estes direitos são direitos positivos, de prestações por parte do Estado que o faz na medida do possível financeiramente, vale dizer, sua implementação fica ao alvitre do Estado para prestá-lo quando dispuser de valores em caixa. Neste mesmo sentido ainda muitos os denominam como normas de eficácia limitada que para se efetivarem dependem da atuação legislativa infraconstitucional.

Estas duas problemáticas dos direitos sociais, conceitual e de natureza jurídica, têm causado diversas dificuldades na efetivação destes direitos, pois os colocam em uma situação de disposição por parte do Estado. Notadamente, por intermédio do executivo e do legislativo, o Estado com o intuito de não efetivá-los, se escuda alegando que são direitos a prestações, a

---

<sup>18</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos 'novos' direitos, *op. cit.*, p. 12-13. No mesmo sentido ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada, *op. cit.*, p. 328-331.

ser efetivado quando o executivo quiser e quando o legislador infraconstitucional normatizá-los. Tais argumentos que são extraídos do conceito dos direitos sociais têm causando grandes prejuízos na sua efetivação.

Assim, os direitos sociais são denominados muitas vezes de normas de eficácia limitada, uma vez que não produz todos seus efeitos com a simples enumeração no diploma constitucional, deixando ao legislador infraconstitucional ou a algum órgão estatal a tarefa de dar-lhes normatividade.<sup>19</sup>

Na definição de Ricardo Lobo Torres os direitos sociais:

[...] que surgem com mais intensidade a partir do início do século XX, caracterizam-se como direitos a prestações positivas ou direitos-de-crédito **sujeitos à ‘reserva do possível’ à concessão do legislador**, e se positivam na CF nos arts. 6º e 7º, além de outros.<sup>20</sup> (Destaques do autor desta dissertação).

Com a devida *venia*, não se pode concordar com tal conceito e argumentos que deixam os direitos sociais na disponibilidade do legislador e dos órgãos estatais. Estes argumentos dotados de vazio normativo criaram uma verdadeira antinormatividade dos direitos sociais, transformando-os em meras figuras coadjuvantes, sem efetividade e somente aplicados quando da vontade dos órgãos públicos e políticos. Argumentos como estes são recursos retóricos que tentam fundamentar a falta de efetividade dos direitos sociais. Contudo, tais argumentos não se coadunam com o ordenamento pátrio em que os direitos sociais são normas inseridas no rol dos direitos fundamentais, que por sua vez tem aplicação imediata.

Outro argumento sempre invocado na defesa da falta de implementação dos direitos sociais é a reserva do possível. Os defensores desta teoria afirmam que os direitos sociais são de alto custo financeiro e que são efetivados na medida do financeiramente possível.

Segundo esta corrente de pensamento, os recursos financeiros são finitos e as necessidades humanas no que tange aos direitos é infinita. Neste sentido, não torna-se possível arcar com todos os custos de todos os direitos sociais de uma só vez. Por isso, os direitos sociais seriam efetivados à medida que o orçamento permitisse.

Nesta esteira, ainda Ana Paula de Barcellos sobre o tema, argumenta que:

O debate em torno dessa questão tem sido identificado no Brasil por meio da expressão reserva do possível e popularizado, em boa parte, pelo empenho da

<sup>19</sup> Neste sentido c. f. a tradicional obra de SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 140.

<sup>20</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 42-43.

Administração Pública em divulgá-lo e argui-lo nas mais diversas demandas, a pretexto do sempre iminente apocalipse econômico.<sup>21</sup>

Conforme menciona a autora a teoria da reserva do possível tornou-se bastante conhecida pela disseminação e defesa que o Estado insiste em fazer da mesma, notadamente como tese de defesa nas demandas judiciais. Assim tem se visto meras alegações abstratas dos entes públicos acerca da reserva do possível sem qualquer aferição objetiva com demonstração contábil, orçamentária, tributária para dar vazão a estes argumentos

Um dos grandes equívocos na aplicação da teoria da forma que vem sendo defendida é a sua errônea importação que se fez do seu nascedouro na Alemanha para o Brasil países com situações jurídicas, e notadamente sociais, bastantes diversas, mas que se pretende aplicar uma teoria de forma idêntica.

Em trabalho sobre o tema, Andreas Krell anota que a teoria é uma importação de uma orientação da jurisprudência alemã que defende que a implementação dos direitos sociais em determinadas e peculiares circunstâncias, está sujeita às condições financeiras do Estado. Dessa forma, como a composição e distribuição do orçamento está na esfera de disponibilidade estatal, destarte, em última medida, a teoria, no Brasil, passou a balizar argumentos equivocados de que a implementação dos direitos sociais estaria na arena de disponibilidade dos órgãos estatais e sujeitos à disponibilidade orçamentária.<sup>22</sup>

O ponto que toca o autor é fulcral para afastar a aplicação errônea da teoria da forma que tem acontecido, pois as enormes diferenças sociais que existem entre os países, que refletirá no sistema jurídico, não permite aplicar a teoria da reserva do possível no Brasil da forma que foi pensada originalmente na Alemanha, pois neste país a não implementação de um determinado direito social, ou sua implementação parcial ou até mesmo sua retirada do ordenamento não implicará consideráveis perdas para a população que tendo alcançado um patamar considerável de desenvolvimento social não sentirá esta restrição de direitos fundamentais.<sup>23</sup>

Ao passo que no Brasil, a falta de implementação ou restrição de qualquer direito social que seja, causaria grandes danos à população de baixa renda rebaixando a eficácia dos direitos fundamentais, e, por consequência, rebaixando o nível de dignidade humana. Como

---

<sup>21</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 261.

<sup>22</sup> KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002. p. 52.

<sup>23</sup> BUENO, Lucas Antônio. O direito social de assistência aos desamparados e a teoria do mínimo existencial em confronto com a reserva do possível. *Juris Plenum Previdenciária*, Caxias do Sul, ano I, n. 03, p. 09-44, ago. 2013.

bem anota Krell, as realidades sociais dos países (Brasil e Alemanha) são distintas, não há na Alemanha, nascedouro desta teoria, as profundas crises sociais e a legião de excluídos que existem no Brasil, logo não se pode utilizar uma teoria de forma idêntica para realidades jurídicas e sociais profundamente diversas.<sup>24</sup>

Não se pode perder de vista ainda, que os direitos sociais na sistemática constitucional constam do Capítulo II “DOS DIREITOS SOCIAIS” da CR, que por sua vez se encontra dentro do título maior II “DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS”. Assim, do ponto de vista formal, resta patente que os direitos sociais são direitos fundamentais.

Mas, não só no aspecto formal os direitos sociais são direitos fundamentais. Também no aspecto material, estes direitos carregam a marca distintiva da fundamentalidade, pois concretizam as exigências do ser humano na igualdade, fator que concebe uma vivência com um mínimo de dignidade. Bem é verdade ainda que esta fundamentalidade não decorre de sua topografia constitucional e sim, de seu conteúdo e essência, como acima defendido. Os direitos sociais guardam relação com os direitos individuais e coletivos sendo que em conjunto guardam estreita relação com a dignidade humana, princípio norteador no ordenamento jurídico.

Destarte, como os “direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” e como os direitos sociais são direitos formal e materialmente fundamentais, também são de aplicabilidade imediata. A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais afasta qualquer argumento no sentido de que estes direitos estão dentro da esfera de disponibilidade do legislador e sujeitos à reserva do possível. Os direitos fundamentais sociais devem ser aplicados de imediato independente da atuação ordinária do legislador ou de algum órgão estatal. Portanto não “toleram pretextos impeditivos da plena eficácia”<sup>25</sup>.

Destaca-se por fim, que a alegação de que os direitos sociais são prestações positivas do Estado sujeitos à ação do legislador infraconstitucional ou outro órgão estatal e que devem ser efetivados na medida da permissão do orçamento não tem subsistido perante o Supremo Tribunal Federal (STF) que tem se orientado no sentido de que a alegação da falta de dinheiro para compor o orçamento e efetivar os direitos sociais somente pode ser aceita após uma objetiva aferição do orçamento público, o que foi decidido na paradigmática Arguição de

---

<sup>24</sup> KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”*, op. cit., 2002.

<sup>25</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, op. cit., p. 62.

Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 45 de 2004<sup>26</sup>. Na literatura especializada, a teoria também tem sido combatida por ser considerada forma de simples argumento retórico, aceitando-a somente após comprovação efetiva da falta de recurso ou da aplicação satisfatória dos disponíveis.<sup>27</sup>

### 2.3 Os direitos fundamentais na perspectiva da Constituição da República de 1988

Os direitos e garantias fundamentais no Brasil jamais foram tratados em outras Constituições da forma que a CR/88 os tratou. Neste contexto de evolução histórica, todas as demais cartas constitucionais do país tinham uma concepção diversa de direitos fundamentais, mais restritiva e de cunho individualista. Para verificar como a atual Constituição trata os direitos fundamentais e fazer um paralelo com as demais cartas constitucionais pátrias, faz-se necessário uma pequena análise do histórico dos direitos fundamentais nas constituições anteriores à de 1988, ainda que rapidamente e em resumo, haja vista a riqueza do tema.

A primeira Constituição do Brasil, a Constituição Imperial de 1824, dedicou pouca atenção aos direitos fundamentais, salvo a previsão realizada no artigo 179<sup>28</sup> em que o texto constitucional arrolava alguns direitos civis que em certa medida podem ser considerados fundamentais - não na concepção que hoje se tem -, mas de ordem individual. Direitos acerca da liberdade, segurança individual e propriedade, sendo certo ainda, que naquele contexto, os

<sup>26</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao supremo tribunal federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). Decisão. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 MC/DF. Relator: Ministro Celso de Melo, j. 29/04/2004. *Diário de Justiça*, Brasília, 04 abr. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45&processo=45>>. Acesso em: 04 ago. 2014.). Neste mesmo sentido c. f. Recurso especial 1.185.474-SC (2010/0048628-4) do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.185.474-SC. 2010/0048628-4. 2. T. Relator: Ministro Humberto Martins, j. 20/04/2010. *Diário de Justiça*, Brasília, 29 abr. 2010. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/](http://www.stj.jus.br/portal_stj/)>. Acesso em: 04 ago. 2014).

<sup>27</sup> KELBERT, Fabiana Okschstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 81. C. f. OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.

<sup>28</sup> Dispõe o mencionado artigo 179 da Constituição de 1824 que: “A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte:” (BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil*, de 25 de março de 1824. *Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio do Brazil*, Rio de Janeiro, 22 abr. 1824. Livro 4º de Leis, Alvarás e Cartas Imperiaes, p. 17. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 26 mar. 2014).

direitos fundamentais tinham um caráter liberal e segregário, pois era quase um contrassenso falar de direitos fundamentais em uma sociedade escravagista em que poucos tinham acesso a estes direitos.<sup>29</sup>

Na Constituição de 1891<sup>30</sup> pouca coisa se alterou acerca dos direitos fundamentais, contendo nesta carta, um rol de direitos civis que novamente em certa medida podem ser considerados direitos fundamentais ainda que de forma incipiente, entretanto tais direitos eram de caráter individual e liberal, não se podendo falar que esta carta continha um rol amplo de direitos fundamentais.

Por sua vez, a Constituição de 1934<sup>31</sup> trouxe alguns avanços, principalmente no campo dos direitos sociais. No Capítulo II do Título III aquela carta declarava os direitos e garantias individuais, mas mantinha a mesma sistemática de proteção das constituições anteriores. O centro de proteção era a liberdade, segurança e propriedade, mas agora acrescentado também do direito à subsistência. Alguns avanços como a criação da ação popular, a previsão de alguns direitos sociais e a tentativa de se implementar um Estado Social de Direito demonstra o diferencial desta carta. Contudo, não cindiu totalmente com a concepção liberal e individualista dos direitos.

A carta política de 1937<sup>32</sup>, fruto do autoritarismo do estado novo, quase nada também avançou em matéria de direitos fundamentais. Primeiramente, esta expressão nem mesmo era conhecida naquele contexto. Além disso, os direitos fundamentais assegurados naquela carta continuaram sendo a liberdade, a segurança individual e a propriedade, mantendo em certa medida, um caráter liberal individualista dos direitos. Juntamente com este caráter individual liberal, alguns direitos sociais foram criados, especialmente no que tange aos direitos dos trabalhadores. Por outro lado, outras garantias como o mandado de segurança e a ação popular foram extirpadas da constituição.

A Constituição de 1946<sup>33</sup>, dita como democrática, não trouxe um rol de direitos

---

<sup>29</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada, *op. cit.*, p. 340 et segs.

<sup>30</sup> BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 24 fev. 1891. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm)>. Acesso em: 14 mar. 2014.

<sup>31</sup> BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 16 jul. 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 14 mar. 2014.

<sup>32</sup> BRASIL. Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 10 nov. 1937. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)>. Acesso em: 14 mar. 2014.

<sup>33</sup> BRASIL. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 19 set. 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso em: 14 mar. 2014.

fundamentais mais sofisticados. Mesmo sendo conhecida como de caráter democrático, continha certos dispositivos que permitia o monopólio de empresas e a intervenção no domínio econômico. No que tange à proteção dos direitos fundamentais, manteve em suma, a mesma sistemática de defesa dos direitos concernentes à liberdade, à segurança e à propriedade. Por outro lado, trouxe novamente para o âmbito constitucional, a ação popular e o mandado de segurança.

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional 01 de 1969 mais do que não desenvolver uma normatividade baseada nos direitos fundamentais constitucionais, fez com que houvesse uma verdadeira involução, ao por exemplo, suspender a garantia do *habeas corpus* em determinadas circunstâncias<sup>34</sup>. No período da ditadura até a redemocratização do país, o desenvolvimento dos direitos fundamentais esteve muito mais ligado à disciplina infraconstitucional do que a própria desenvoltura constitucional.<sup>35</sup>

Assim, nesta pequena análise histórica chega-se à Constituição da República de 1988 em que se observa uma verdadeira mudança de paradigma acerca dos direitos fundamentais, tanto do ponto de vista da abertura do rol destes direitos, quanto na sua proteção fundando uma nova forma de hermenêutica constitucional no que tange aos direitos fundamentais.

O Título II da CR/88 inaugura um vasto leque de direitos fundamentais individuais, coletivos e sociais, ligados à nacionalidade, aos direitos políticos e disciplina dos partidos políticos, além de diversos outros espalhados ao longo do texto constitucional. No artigo 5º a CR enumera um amplo rol de direitos resultante da evolução daquilo que melhor havia sido produzido nos textos constitucionais anteriores, dos diplomas internacionais e da inserção de novos direitos.

Uma das mais importantes características dos direitos fundamentais trazidas pela CR/88 é sua aplicação imediata. Preocupada com a transformação da realidade social, a Constituição deixa claro que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais não necessitam da ação legislativa ou dos órgãos estatais infraconstitucionais para se efetivarem, tais direitos valem *de per se*. Não afasta, no entanto, a atuação infraconstitucional, que ao contrário, é extremamente importante, mas não condiciona sua aplicação à ação

<sup>34</sup> BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 jan. 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>. Acesso em: 14 mar. 2014.

BRASIL. Constituição (1967). Emenda constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 out. 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 26 mar. 2014.

<sup>35</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada, *op. cit.*, p. 340 et segs.

infraconstitucional ordinária.

Neste sentido, como acima defendido, dotou não só os direitos fundamentais individuais de aplicação imediata, mas todos os direitos fundamentais, inclusive os sociais, afastando qualquer argumento de que estes direitos são normas programáticas e submetidos à reserva do possível. Os direitos fundamentais sociais no contexto da CR/88 também têm aplicação imediata. Neste sentido, é o que entende Flávia Piovesan ao asseverar que:

Atente-se ademais, que a Constituição de 1988, no intuito de reforçar a imperatividade das normas que traduzem direitos e garantias fundamentais, institui o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, nos termos do art. 5º § 1º Inadmissível, por conseqüência, torna-se a inércia do Estado quanto à concretização do direito fundamental posto que a omissão estatal viola a ordem constitucional, tendo em vista a exigência de ação, o dever de agir no sentido de garantir o direito fundamental. Implanta-se um constitucionalismo concretizador dos direitos fundamentais.<sup>36</sup>

Desta característica da aplicação imediata surgem outras decorrentes do tratamento dos direitos fundamentais pela Constituição, sendo eles normas que irradiam por todo o sistema e possuem efeitos vinculantes, até mesmo entre os particulares.

No plano da hermenêutica constitucional, os direitos fundamentais criam uma vinculação interpretativa que impõe que todo o direito e todo o ordenamento seja interpretado com os olhos voltados para a sistemática dos direitos fundamentais e que esta interpretação seja concretizadora.

No plano internacional, a CR também se preocupou com dos direitos fundamentais, ao deixar claro que as relações internacionais a República brasileira, se regerá pela prevalência dos direitos humanos,<sup>37</sup> não podendo se olvidar ainda da ratificação de diversos pactos de direitos humanos/fundamentais após 1988.<sup>38</sup>

Aqui reside outro tratamento diferenciado dado pela CR aos direitos fundamentais permitindo que aqueles direitos humanos contidos em pactos ratificados pelo Brasil entrem no ordenamento como direitos fundamentais constitucionais, pela cláusula de abertura do § 2º da Constituição, independente da observância dos requisitos do § 3º da Carta que se abre a um rol vastíssimo de direitos fundamentais.

<sup>36</sup> PIOVESAN, Flavia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 44.

<sup>37</sup> Art. 4º da CR: “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II - prevalência dos direitos humanos” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. In: VADE MECUM Saraiva, *op. cit.*, p. 07).

<sup>38</sup> Segundo Jomara de Carvalho Ribeiro desde 1992 o Brasil aderiu a em torno de 20 tratados de direitos humanos (RIBEIRO, Jomara de Carvalho. Altruísmo, solidariedade, idealismo... o que faz os Estados ratificarem tratados de direitos humanos? *Revista Legis Augustus*, Rio de Janeiro, v. 03, n. 1, p. 33-47, set. 2010. p. 43).

Disciplina 5º § 2º da CR que “**os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes** do regime e dos princípios por ela adotados, ou **dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte**”<sup>39</sup> (Destques do autor desta dissertação). Logo também são direitos e garantias fundamentais constitucionais os decorrentes dos tratados de direitos humanos em que o Brasil seja parte e tenha ratificado.

Observe-se que são direitos constitucionais, os direitos decorrentes dos tratados que o Brasil tenha ratificado atinentes aos direitos humanos e adentrem no direito interno como direitos e garantias fundamentais constitucionais independentemente da observância do rito do § 3º da Constituição<sup>40</sup>, totalmente desnecessário e inconstitucional. Em decorrência do § 2º (a CR não exclui como direito fundamental os direitos decorrentes de tratados de direitos humanos) e da prevalência dos direitos humanos que rege a CR, o § 3º do artigo 5º tão somente dificulta a entrada dos tratados de direitos humanos no Brasil como direitos fundamentais constitucionais.

Assim o § 3º da Constituição cria uma cláusula de barreira da entrada dos tratados de direitos humanos como direitos fundamentais constitucionais sendo em verdade inconstitucional por estar em confronto com o § 2º do artigo 5º e artigo 4º, II<sup>41</sup> e ser mais prejudicial aos direitos fundamentais. Além disso, está em confronto com a ideia de que basta o tratado de direitos humanos ser ratificado pelo Brasil que entrará no ordenamento como direito fundamental constitucional, devendo se ater que este entendimento se relaciona aos tratados de direitos humanos, pois o § 2º se encontra dentro do artigo 5º que trata de direitos fundamentais, sendo que os demais tratados deverão ser incorporados como normas ordinárias.

Assim prevê a CR que todos os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil adentram no ordenamento como direitos fundamentais constitucionais, pois os direitos expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais que a República brasileira seja parte. Destarte, demonstra a Constituição de 1988, diferente de todas as demais constituições da história do país, que tanto no âmbito internacional, como interno, os direitos fundamentais têm prevalência em sua orientação.

---

<sup>39</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. In: *VADE MECUM* Saraiva, *op. cit.*, p. 11, grifo nosso.

<sup>40</sup> O § 3º do art. 5º da CR prevê que: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. In: *VADE MECUM* Saraiva, *op. cit.*, p. 11).

<sup>41</sup> Disciplina o artigo 4º da CR que: “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II - prevalência dos direitos humanos” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. In: *VADE MECUM* Saraiva, *op. cit.*, p. 07).

Esta prevalência se dá ainda pela impossibilidade de revogação dos direitos fundamentais, sejam eles, individuais, sociais ou coletivos, tratados pela Constituição de 1988 como verdadeiras cláusulas pétreas.

Estabelece o artigo 60 § 4º, da CR que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV – os direitos e garantias individuais”<sup>42</sup>. Neste diapasão, perguntar-se-ia se os direitos sociais e coletivos poderiam ser abolidos pelo legislador reformador, haja vista a expressão “direitos individuais” como tão somente aqueles que não serão abolidos do sistema jurídico, ou se na verdade quis o constituinte que não pudesse abolir através de emendas os direitos e garantias fundamentais e não somente a limitação aos direitos individuais?

Inicialmente, deve-se destacar que tanto os direitos sociais, como os coletivos são fundamentais. Primeiramente, no aspecto formal, os direitos coletivos e sociais constam do Capítulo I “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” e do Capítulo II “Dos Direitos Sociais” na CR que fazem parte do Título II “DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS”. Portanto, no que tange ao aspecto formal, é indiscutível que os direitos coletivos e sociais são direitos fundamentais.

No aspecto material, como já defendido acima, tais direitos são também fundamentais, pois concretizam as exigências do ser humano na igualdade, solidariedade e na fraternidade de uma vivência com um mínimo de dignidade. Neste diapasão, tanto os direitos coletivos, quanto, os sociais guardam relação com os direitos individuais, que em conjunto, guardam estreita relação com a dignidade humana, princípio norteador no ordenamento jurídico.

Os direitos individuais, coletivos e sociais guardam entre si e compartilham das características da indivisibilidade, interdependência e harmonia e no todo, fazem parte dos direitos fundamentais, logo não poderão ser vistos em separado, pois um interdepende do outro para se realizar.

Destarte, não há como se falar em um direito individual de proteção à vida e à integridade física, sem se falar em um direito social à saúde e sem se falar em um direito coletivo ao meio ambiente saudável. Desta feita, percebe-se que todos estes direitos, individuais, coletivos e sociais interdependem, e quando se fala de um se fala de todos, logo a abolição de um pode caracterizar ainda que indiretamente, a abolição dos demais. Portanto, ao se falar em proibição de abolir os direitos individuais, por conseguinte, se fala em proibição de abolir os direitos coletivos e sociais.

---

<sup>42</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. In: VADE *mecum* Saraiva, *op. cit.*, p. 32.

O princípio da unidade da constituição impõe ainda ao intérprete, que as normas constitucionais sejam vistas de forma una, reconhecendo que estão todas no mesmo patamar hierárquico e devem ser vistas como algo sem divisões. Logo, não há que se dar uma importância elevada aos direitos individuais, a ponto de não permitir sua abolição e interpretar de forma restritiva os direitos coletivos e sociais permitindo sua abolição.

Em verdade, quando o inciso IV do § 4º do artigo 60 da CR menciona em direitos individuais, deve ser entendido, em uma interpretação ampliativa, como direitos fundamentais, tanto os direitos individuais, coletivos e sociais levando-se em consideração a indivisibilidade, interdependência, a unicidade e a harmonia dos direitos fundamentais em que um não pode existir sem os outros, são imprescindíveis entre si. Logo, os direitos e garantias fundamentais, individuais, sociais e coletivos, são cláusulas pétreas não passíveis de serem retirados do ordenamento.

Com efeito, após toda a análise acima, verifica-se que os direitos fundamentais receberam na Constituição de 1988 tratamento privilegiado como jamais o recebera em outras constituições pátrias demonstrando a preocupação desta ordem jurídica hodierna com a efetivação dos direitos e com a transformação da realidade social para tanto criando uma abertura interna e internacional aos direitos fundamentais fundando uma nova hermenêutica constitucional.

Após a análise dos direitos fundamentais em sentido amplo, a análise e verificação das dificuldades de implementação dos direitos sociais e de como a CR de 1988 tratou os direitos fundamentais, necessário destacar diante de todo este contexto, como tem sido tratado o direito social à saúde inserto como direito fundamental na Constituição de 1988.

#### **2.4 O direito fundamental à saúde**

O direito à saúde, hodierno está no centro dos debates jurídicos em diversos ângulos de discussão, seja em sua efetivação individual, coletiva, e notadamente na judicialização das políticas públicas relacionadas a este direito. Isto tem causado diversos debates e posições muitas vezes antagônicas sobre o tema.

O direito à saúde tamanha sua importância, pois ligado a um dos bens mais fundamentais, quiçá, o mais fundamental de todos, à vida e a sua existência com dignidade é um direito central na existência humana que possui diversas ramificações e ligações com outros direitos fundamentais.

Falar em direito à saúde não é apenas falar de ações curativas do corpo e da psique, ligados à profilaxia dos fármacos e da medicina, como as vezes se entende. O direito à saúde tem uma dimensão muito maior consubstanciando em verdade, no resultado de diversas ações individuais e coletivas ligadas à prevenção e combate às doenças em uma vida de bem-estar e no plano positivado do direito à efetivação de diversos outros direitos que antecedem a discussão do direito à saúde.

O direito à saúde é um direito central e em sua órbita gravita diversos outros como o direito a uma renda básica, moradia, segurança, meio ambiente sadio, lazer, saneamento, educação, seguridade social, integridade física e mental, alimentação e para concretizar o direito à saúde, deve-se concretizar anterior e concomitantemente estes direitos, pois deles o direito à saúde é dependente.

A concretização do direito à saúde, como dito acima, não está ligada apenas às ações curativas e profiláticas do corpo e da psique. Não há como efetivar o direito à saúde sem trabalhar em outras ações ou direitos a ele direta ou indiretamente relacionados, não há como efetivar o direito à saúde vivendo em um meio ambiente poluído e sem saneamento, ou sem uma boa alimentação e razoável moradia. A saúde está intimamente ligada a estes demais direitos, é o resultado da anterior concretização destes direitos.

Esta inter-relação demonstra que o direito social à saúde interdepende dos direitos individuais (ex. a vida) e coletivos (ex. o meio ambiente), sendo que a efetivação do direito à saúde passa pela efetivação destes direitos. Torna-se mais claro ainda perceber que tanto os direitos sociais como os coletivos são cláusulas pétreas e não tão somente os individuais, pois abolir um direito social ou coletivo pode resultar na abolição de um direito individual dada sua interdependência.

O direito à saúde se relaciona intimamente com a proteção à vida e em maior amplitude, à dignidade humana, princípio vetor de todo o ordenamento pátrio. A dignidade da pessoa humana é hodierno o fundamento e norte hermenêutico de todo o sistema jurídico pátrio e de diversas outras ordens jurídicas.

Este direito talvez seja um dos direitos fundamentais mais relacionados e próximos à dignidade humana. Nesta esteira, Luís Roberto Barroso aduz que a dignidade humana é composta do mínimo existencial vocábulo este que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a sobrevivência física e o desfrute da própria liberdade. Por sua vez, assevera ainda que saúde, juntamente com a renda mínima e educação fundamental compõem este mínimo existencial que é o núcleo material elementar da dignidade da pessoa humana, o que

demonstra a proximidade entre saúde e dignidade humana.<sup>43</sup>

Portanto, o direito fundamental à saúde está na base do mínimo existencial e é condição material mínima de vida, abaixo da qual nem mesmo há que se falar em vivência com dignidade.

O direito à saúde ganhou força e atenção a partir do século XX, assim como os demais direitos sociais, seguindo em certa medida a mesma história de desenvolvimento e afirmação dos direitos sociais como um todo.

No desenvolvimento do direito à saúde, no âmbito internacional, os pactos internacionais mais importantes e de maior abrangência constaram em seu bojo, o direito à saúde. Assim foi o que ocorreu com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo XXV<sup>44</sup>, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, artigo 12.1<sup>45</sup> e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, artigo 35<sup>46</sup>.

No âmbito ainda das Nações Unidas foi constituída a Organização Mundial da Saúde (OMS) em 1948 com o intuito de promover e proteger a saúde de todos os povos. Nesta carta já em seu preâmbulo, a Organização conceitua o direito à saúde como sendo “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”<sup>47</sup>. Observa-se que a conceituação apresentada é bastante ampla não ligada apenas ao aspecto de saúde como ausência de doença física ou mental e está no mesmo

<sup>43</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; QUARESMA, Regina (Coord.). *Direito constitucional brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 58-59.

<sup>44</sup> Artigo XXV 1 - “Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Paris, 10 dez. 1948. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em: 24 fev. 2014).

<sup>45</sup> Artigo 12.1 - “Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental” (BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. *Diário Oficial da União*, Brasília, 07 jul. 1992. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/pacto\\_dir\\_economicos.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_economicos.htm)>. Acesso em: 24 fev. 2014).

<sup>46</sup> Artigo 35 - “Todas as pessoas têm o direito de aceder à prevenção em matéria de saúde e de beneficiar de cuidados médicos, de acordo com as legislações e práticas nacionais. Na definição e execução de todas as políticas e acções da União é assegurado um elevado nível de protecção da saúde humana” (UNIÃO EUROPÉIA. Carta dos Direitos Fundamentais, de 07 de dezembro de 2000. *Jornal Oficial das Comunidades Européias*, Nice, 18 dez. 2000. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/32007X1214/htm/C2007303PT.01000101.htm>>. Acesso em: 24 fev. 2014).

<sup>47</sup> C. f. Preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde. Constituição da Organização Mundial da Saúde (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Constituição da Organização Mundial da Saúde*. Nova Iorque, 22 jul. 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 24 fev. 2014.).

sentido do acima defendido quando se afirma que a saúde é uma consequência da efetivação de diversos direitos e não tão somente daqueles ligados à vida e integridade física.

Este conceito é replicado na literatura pátria, e servirá de norte para este trabalho, que busca os fundamentos lançados no preâmbulo da constituição da Organização e a previsão constitucional acerca do direito à saúde. Neste sentido, é o que escrevem Claudio Bahia e Ana Carolina Abujamra em trabalho sobre o tema:

Assim, com base na moderna doutrina jurídica e para fins de aplicação do art. 196 da CF/1988, pode se conceituar a saúde como um processo sistêmico destinado a promover o bem-estar físico, psíquico e social, assim como melhorar a qualidade de vida de cada pessoa dentro da realidade social em que se encontra inserida.<sup>48</sup>

No ordenamento brasileiro, o direito à saúde tardou em fazer parte dos diplomas mais relevantes do sistema jurídico. As constituições anteriores à de 1988 nem mesmo disciplinava o direito à saúde como um direito subjetivo público. Este era tratado quando muito, apenas no que tange à distribuição de competência legislativa e a gerência de seus serviços.<sup>49</sup> Foi na CR/88 que o direito à saúde ganhou destaque sendo tratado em dois momentos distintos, mas que se complementam. Primeiramente, a Constituição o tratou no artigo 6º arrolado como direito social e posteriormente no artigo 196 e seguintes com maior densidade normativa.<sup>50</sup>

Neste aspecto, o direito à saúde foi elevado à direito fundamental do ser humano, tanto no aspecto individual como coletivo, de acordo com sua topografia constitucional e seu conteúdo material.

E isso é de todo relevante, pois ao elevá-lo à categoria de direito fundamental, desfruta o direito à saúde, assim como todos os direitos fundamentais de aplicação imediata nos termos do § 1º da CR.

Neste ponto, cabe um parêntese para comentar que a importância da fundamentalidade do direito à saúde é tamanha que seu caráter de direito fundamental foi tratado expressamente tanto no preâmbulo da constituição da OMS como na lei 8.080/90 que institui as diretrizes do

<sup>48</sup> ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti; BAHIA, Claudio José Amaral. A justiciabilidade do direito fundamental à saúde: concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Doutrinas essenciais: responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. V: Direito fundamental à saúde, p. 93.

<sup>49</sup> OLIVEIRA, Fábio Cesar dos Santos. Direito de proteção à saúde: efetividade e limites à intervenção do poder judiciário. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Doutrinas essenciais: responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. V, p. 26.

<sup>50</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. In: VADE *mecum* Saraiva, *op. cit.*, p. 11 e 65.

Sistema Único de Saúde (SUS).<sup>51</sup>

Destarte, o direito fundamental à saúde e todos aqueles que lhe são conexos na busca do “estado de completo bem-estar físico, mental e social” são direitos fundamentais de aplicação imediata não estão submetidos a argumentações de que tal direito seria norma programática e sujeita a uma falsa reserva do possível.

A CR de 1988 tratou o direito à saúde, alçado a direito fundamental social de aplicação imediata, como um direito de todos e um dever do Estado a ser concretizado em suas três esferas, federal, estadual e municipal. Aqui, resta patente o tratamento diferenciado que a Constituição conferiu à saúde deixando claro ser um direito subjetivo público de todo e qualquer cidadão sem distinção, aplicável até mesmo aos estrangeiros de passagem pelo Brasil e que na sua efetivação não há reserva de competência de uma das esferas do Estado, devendo todas efetivarem este direito fundamental.

Do ponto de vista ainda da sistemática constitucional e infraconstitucional, impende destacar três pontos relevantes do direito fundamental à saúde. Estes são a extensão do atendimento, o caráter democrático da formação de sua administração e a saúde como um dever do indivíduo e da sociedade tratados dentro das linhas gerais da seguridade social, na seção relativa à saúde, no âmbito constitucional, e na lei 8.080/90 no âmbito infraconstitucional.

O direito fundamental à saúde, por ser direito de todos, tem acesso universal independente de contribuição direta e da situação financeira sustentada pela pessoa. Não há qualquer exigência e prova de carência de contribuição ou situação de necessidade financeira ou idade. Diferentemente da previdência e assistência social, basta a necessidade ligada à saúde.

Esta universalidade no atendimento e na cobertura deve ser entendida no sentido mais amplo possível. O direito à saúde deve ser direcionado não só no sentido de ausência de doença, mas um acesso universal que aproxime a saúde a um estado de completo bem-estar físico, mental e social. Portanto, o acesso universal ao direito à saúde deve ser entendido também como um acesso universal àqueles direitos a ele conexos. Dessa forma, a efetividade

---

<sup>51</sup> Dispõe o preâmbulo da OMS: “Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Constituição da Organização Mundial da Saúde*, op. cit., 1946). Constituição da Organização Mundial a Saúde. Op. cit. Ao passo que dispõe o artigo 2º da lei 8.080/90 que: “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício” (BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm)>. Acesso em: 20 maio 2014.).

do direito à saúde depende da efetividade daqueles direitos que lhe são anteriores e aos quais é dependente.

O acesso universal do direito fundamental à saúde guarda em si um forte aspecto de igualdade, pois assegura a CR que o direito à saúde é de todos, independentemente de contribuição direta tratando a norma do acesso igualitário no seu sentido mais básico do termo em que todos devem ter acesso igual a todos os direitos.

Deste acesso universal e igualitário, surge o segundo ponto relevante do direito fundamental à saúde, o caráter democrático da administração de suas políticas públicas. Estabelece a CR em seu artigo 194 ao tratar da seguridade social, na qual está contida a saúde, que na sua organização, a gestão será quadripartite incluindo a participação dos trabalhadores, empregadores, aposentados e Governo nos órgãos colegiados.<sup>52</sup>

No que tange a saúde, especificamente, estabeleceu o artigo 198 da CR que suas ações e serviços constituem em uma rede regionalizada e hierarquizada que tem como uma de suas diretrizes, a participação da sociedade.<sup>53</sup>

Observa-se assim, que na composição das políticas e ações dos serviços de saúde, todos aqueles que são seus destinatários também podem participar da sua composição. O caráter democrático das decisões dos órgãos colegiados, da composição das políticas públicas e das ações dos serviços de saúde possibilita maior efetividade ao direito fundamental à saúde, pois aqueles que receberão estas ações também participam de sua composição.

Por fim, determina o § 2º do artigo 2º da lei 8.080/90 que o dever do Estado para com a saúde não afasta o da sociedade e das pessoas, surgindo aqui o terceiro ponto relevante do direito fundamental à saúde. Esta norma deixa claro que o direito à saúde não é dever incumbido tão somente ao Estado, mas também às pessoas e à sociedade<sup>54</sup>. Daí resulta que o indivíduo e a comunidade não têm somente direitos com relação à saúde, mas também deveres: o dever de zelar pela saúde individual e comunitária com hábitos de higiene e

<sup>52</sup> O art. 194 da CR prevê que: “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: [...] - VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. In: *VADE MECUM* Saraiva, *op. cit.*, p. 64).

<sup>53</sup> O art. 198 da CR dispõe que “As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: [...] - III - participação da comunidade” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. In: *VADE MECUM* Saraiva, *op. cit.*, p. 65).

<sup>54</sup> O art. 2º § 2º da lei 8.080/90 disciplina que “O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade” (BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial da União, op. cit.*, 1990).

evitando hábitos que propiciem ou agravem as enfermidades.

Destarte, a saúde se apresenta, no âmbito constitucional e infraconstitucional, como um direito fundamental, como uma possibilidade de participação e um dever, individual e comunitário que poderá e deverá ser exercido individual e coletivamente, especialmente por intermédio das associações, ponto estes últimos que passa a explorar de forma mais detida.

### 3 AS AÇÕES COLETIVAS, O SISTEMA ÚNICO COLETIVO E AS ASSOCIAÇÕES

#### 3.1 O que é uma ação coletiva e qual o seu objeto?

Antes de adentrar especificamente na discussão acerca do direito coletivo, processo coletivo e das ações coletivas, se faz necessário uma breve discussão do que é uma ação coletiva e qual seu objeto.

Em linhas gerais, uma ação coletiva se diferencia de uma ação individual por esta discutir um interesse intersubjetivo entre duas partes certas, quando muito em um litisconsórcio, ao passo que naquela, se discute um interesse de uma coletividade, muitas vezes indeterminada. Entretanto, na busca de uma resposta para o que seja uma ação coletiva e qual sua diferença da ação individual deve-se ir mais fundo.

Antônio Gidi apresenta um interessante conceito para a ação coletiva ao afirmar que “a ação coletiva é a proposta por um legitimado autônomo (legitimidade), em defesa de um direito coletivamente considerado (objeto), cuja imutabilidade do comando da sentença atingirá uma comunidade ou coletividade (coisa julgada)”<sup>55</sup>.

Deste conceito, se extrai três pontos básicos para a conceituação da ação coletiva nos quais se situam também sua diferença em relação à ação individual. O autor considera a legitimidade, o objeto e o regime diferenciado da coisa julgada, os pontos básicos da conceituação e de fato o são. Nas ações individuais, o legitimado é, salvo exceções, aquele que em nome próprio pleiteia direito próprio tendo como parte autora, em regra, um único indivíduo, ao passo que na ação coletiva, o legitimado não defende um direito totalmente próprio, bem como sustenta uma posição coletiva, diferente do indivíduo na ação individual. O interesse a ser pleiteado na ação individual é de natureza também individual, ao passo que na ação coletiva, o direito pertence a toda uma coletividade, seu objeto é um direito coletivo. Por fim, no que tange à coisa julgada individual, esta obriga apenas as partes integrantes da lide, diferentemente da ação coletiva em que seus efeitos se irradiam para além das partes processuais.

Luiz Manoel Gomes Júnior se posiciona de forma idêntica sendo que segundo sua posição, “o que caracteriza uma ação coletiva é a presença de três requisitos essenciais: (a) um sistema de legitimidade diferenciado; (b) regime especial da coisa julgada e; (c) a defesa

---

<sup>55</sup> GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 16.

de direito coletivo”<sup>56</sup>.

Para Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, a tônica da definição da ação coletiva se encontra no objeto, asseverando o autor que a ação coletiva tem como objeto a tutela dos interesses coletivos, assim entendidos os difusos, coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos.<sup>57</sup>

Parece que de fato a conceituação da ação coletiva passa, necessariamente pela análise do objeto. Se a ação deduzir em juízo, interesses e direitos pertencentes a toda uma coletividade na maior ou menor dimensão, direitos difusos e coletivos estrito senso ou individuais homogêneos se estará diante de uma ação coletiva. Portanto, a ação coletiva é aquela que tem como objeto um interesse de natureza metaindividual.<sup>58</sup> Este objeto de ordem coletiva decorre de sua própria natureza, direitos difusos e coletivos em sentido estrito, ou por determinação legal, direitos individuais homogêneos. Assim, o que diferencia a ação coletiva da individual é a legitimidade, o regime diferenciado da coisa julgada e o objeto, sendo que na conceituação da ação coletiva a tônica recai sobre este último.

No desenvolvimento histórico das ações coletivas, estas foram criadas muitas vezes junto às leis que definem os direitos coletivos ou para a defesa de um direito material coletivo certo. Isto se observa, por exemplo, na Ação Civil Pública (ACP) criada em princípio para a defesa de direitos definidos como o meio ambiente, os bens e direitos de valor artístico, estético, turístico e paisagístico, dentre outros; a Ação Civil Pública da lei 7.853/89 criada para defesa dos interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de necessidades especiais; a ação coletiva do Código de Defesa do Consumidor (CDC), por sua vez, criada para a defesa dos interesses dos consumidores, dentre diversos outros diplomas normativos.

Ocorre que pela interação do Sistema Único Coletivo e pela desvinculação de que para cada direito, corresponde uma ação, o objeto da ação coletiva não se resume àquele estabelecido na lei que instituiu aquela ação coletiva específica, mas a qualquer interesse ou direito coletivo lato senso, ou seja, direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Nem mesmo há necessidade de uma lei positivada para que se crie uma ação coletiva com nome específico para a defesa de um direito coletivo. Se o interesse a ser tutelado é de natureza coletiva, já é o bastante. Destarte, o objeto da ação coletiva é qualquer interesse ou direito desde que metaindividual e todas as “ações” são hábeis à sua tutela sem necessidade de

<sup>56</sup> GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. Sistema coletivo: porque não há substituição processual nas ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 221, p. 461-472, 2013. p. 462.

<sup>57</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 4, p. 24.

<sup>58</sup> GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 13.

nominação específica.

Por fim, neste mesmo sentido, outra discussão que sempre é levantada é se há alguma diferença entre a ACP e a ação coletiva, ou se o ordenamento trata duas coisas idênticas com nomes diferentes.

A ACP em um primeiro momento foi assim designada para diferenciá-la da ação pública penal, ambas de titularidade do Ministério Público. Com a edição do CDC, a ação para a defesa dos interesses individuais homogêneos foi denominada de ação coletiva, criando-se aí uma discussão se com a denominação diversa das ações, quis o legislador criar duas ações diferentes ou se se tratavam da mesma coisa.

Hugo Nigro Mazzilli diferencia as ações sustentando que ACP é aquela com fundamento na lei 7.347/85 e ação coletiva é aquela com fundamento no CDC.<sup>59</sup> Adriana Girardelli por sua vez, acreditando se tratar de ações distintas, expõe as diferenças básicas entre a ACP e as ações coletivas. Para a autora, a ACP está prevista na lei 7.347/85, podendo por intermédio dela ser tutelado diversos interesses, como o meio ambiente, patrimônio cultural, patrimônio público e social, a criança e o adolescente. O objeto desta ação é a condenação em dinheiro ou em obrigação de fazer ou não fazer, quando a condenação for em dinheiro, é destinada a um fundo para reconstituição dos bens lesados.

Diferentemente, sustenta a autora, a ação coletiva tem seu fundamento legal no CDC e protege especificamente os direitos dos consumidores. Esta ação, tem como único objeto a condenação genérica, o que possibilita verificar a responsabilidade do fornecedor junto ao lesado e a condenação daí decorrente reverte em favor das próprias vítimas do fato danoso.<sup>60</sup>

Observa-se que os autores acreditam haver diferenciação entre as ações tratando-se de coisas distintas. Com a devida *venia* não se pode corroborar com este entendimento. A ACP e as ações coletivas possuem o mesmo objetivo, ou seja, a tutela dos direitos coletivos lato sensu, o que fica mais claro ainda com a interligação entre os artigos 21 da lei da Ação Civil Pública e do artigo 90 do CDC, ao determinar estas leis a aplicação de um diploma ao outro

---

<sup>59</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 24. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 74.

<sup>60</sup> GIRARDELLI, Adriana Carvalho. *A associação civil como garantidora de defesa do consumidor*. São Paulo: Lex Editora, 2005. p. 132.

no caso de lacuna.<sup>61</sup>

Várias ações coletivas possuem objeto diverso de tutela, como a ação popular que tem como fim a defesa do patrimônio público, a ação de improbidade administrativa que objetiva a punição e ressarcimento pela má gerência da coisa pública, as ações de controle de constitucionalidade que visam a proteção da higidez constitucional, a ação coletiva do CDC que tem como finalidade a defesa do consumidor etc.. Contudo, nem por isso, deixam de ser todas estas, ações coletivas. O nome que lhes é dado, pouco importa, uma vez que o que faz destas ações verdadeiras ações coletivas, é o objeto a ser tutelado.

Assim as ações que objetivam a tutela de interesses coletivos devem ser nominadas de ações coletivas, tão somente. Isto, contudo, não afasta que certas ações possuam nomes próprios com a ACP, o Mandado de Segurança Coletivo, a ação popular e as citadas acima, dentre outras. Portanto, existe como figura geral, a ação coletiva lato senso e dentro desta ação coletiva geral, algumas possuem nomes próprios, contudo, todas são ações coletivas.

Esta parece ser a ideia que passa o projeto para a nova Lei da Ação Civil Pública, projeto 5.139/09. Uma vez que no seu enunciado intitula a lei como de Ação Civil Pública, o mesmo ocorrendo no artigo 1º e seu § 1º, ao passo que no Capítulo III se fala em ação coletiva quando trata Dos Pressupostos Processuais e das Condições da Ação Coletiva, o mesmo ocorrendo no artigo 5º, 6º, 7º *caput*, 10º e demais<sup>62</sup>, demonstrando este descompromisso de linguagem, que de fato a ACP e a ação coletiva são em verdade, a mesma coisa, tutelam os direitos e interesses metaindividuais e promovem o acesso à justiça de toda a coletividade.

### 3.2 A tutela coletiva como uma nova forma de acesso à justiça

Segundo Cappelletti e Garth, em reconhecido estudo sobre acesso à justiça, nos séculos XVIII e XIX no estado liberal, vigorava uma concepção individualista de direitos e

<sup>61</sup> Disciplina o artigo 21 da LACP que: “Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor” (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 e dá outras providências. In: *VADE MECUM* Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1.359). E disciplina o artigo 90 do CDC “Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições” (BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. In: *VADE MECUM* Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 783).

<sup>62</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei nº 5.139*, de 08 de abril de 2009. Disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>>. Acesso em: 01 abr. 2014.

justiça. O acesso às instâncias da justiça era apenas formal e permitia apenas que uma pessoa pudesse propor uma ação ou defender-se de uma proposta contra si, não se preocupando com o acesso efetivo, amplo e irrestrito e muito menos um acesso coletivo.<sup>63</sup>

A partir de meados do século XX, o acesso à justiça ganha um novo enfoque dentro do Estado Democrático de Direito, sendo considerado um dos direitos mais básicos, aquele que permitiria acesso a todos os demais guardando íntima relação com a efetivação dos direitos.

O direito fundamental de acesso à justiça é atualmente um dos pontos centrais do pensamento crítico. Segundo Gregório Assagra de Almeida:

Não há como pensar no Direito, hoje, sem pensar no acesso a uma ordem jurídica adequada e justa. Direito sem efetividade não tem sentido. Da mesma forma, não há democracia sem acesso à justiça, que é o mais fundamental dos direitos, pois dele, como manifestaram Mauro Cappelletti e Bryant Garth, é que depende a viabilização dos demais direitos. Com efeito, a problemática do acesso à justiça é, atualmente, a pedra de toque de reestruturação da própria ciência do Direito.<sup>64</sup>

O acesso à justiça deve ser encarado como o requisito fundamental de um sistema jurídico que objetiva concretização. Na esteira do pensamento de Bobbio, a problemática atual que se apresenta não se relaciona em saber quais e quantos direitos se tem, qual a classificação dos direitos, seu conceito, suas divisões e sim, como torná-los efetivos, verificando aqui a vital importância que concebe o autor ao acesso à justiça.<sup>65</sup>

Em estudo sobre o tema de acesso à justiça, Cappelletti e Garth, já nas décadas de 1970 e 1980 vislumbraram diversos problemas que dificultavam, quando não obstaculizavam, o acesso à justiça.

Neste sentido, os autores identificaram diversos problemas que obstaculiza o acesso à justiça, dentre eles, as elevadas custas judiciais, o problema das pequenas causas, a demora na resolução dos litígios, o problema dos litigantes que possuem boa condição financeira para suportar o litígio, a revés daqueles que não possuem, a inaptidão para reconhecer um direito juridicamente exigível e para propor uma ação, o problema dos litigantes eventuais versus litigantes habituais, problemas com os interesses difusos que em um primeiro momento parecem “não ser de ninguém” ou o prêmio para uma pessoa que se propõe a defendê-lo é

<sup>63</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988. p. 09.

<sup>64</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. Teoria crítica do direito e o acesso à justiça como novo método de pensamento. In: SALIBA, Aziz Tuffi; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; ALMEIDA, Gregório Assagra de (Org.). *Direitos fundamentais e sua proteção nos planos interno e internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010. v. I, p. 170.

<sup>65</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 25.

pequeno demais, ao menos financeiramente o que torna tais direitos *prima facie* sem tutela.<sup>66</sup>

Segundo os autores, da constatação destes problemas surgiram três ondas de acesso à justiça, sendo a primeira a assistência judiciária, a segunda a representação dos interesses difusos e a terceira onda, uma mudança conjuntural e estrutural nos diversos aspectos de acesso à justiça, em todo o sistema jurídico, como a atuação dos advogados judiciais e extrajudiciais, a mudança nas instituições, pessoas e mecanismos que atuam na justiça e a prevenção dos litígios da nova sociedade.

Ao contrário, do que se pode pensar, não foi apenas da constatação dos problemas dos direitos difusos que surgiu a segunda onda de acesso à justiça através da representação destes interesses difusos, ou seja, a tutela coletiva.

Todos estes fatores, problemas apontados por Cappelletti e Garth propiciaram o surgimento da tutela coletiva, notadamente é claro aqueles problemas relacionados aos interesses difusos. Assim, a tutela coletiva surge como uma forma de acesso efetivo à justiça, uma vez que transpõe (ou ao menos se propõe a transpor) as barreiras das elevadas custas judiciais, o problema das pequenas causas, o problema dos litigantes que possuem boa condição financeira para suportar o litígio em face daqueles que não possuem, da inaptidão para reconhecer um direito juridicamente exigível e para propor uma ação, o problema dos litigantes eventuais versus litigantes habituais e os próprios problemas com os interesses difusos que em um primeiro momento parecem não ter titulares ou o prêmio para uma pessoa que se propõe a defendê-lo é pequeno demais.

O acesso à justiça individual, característica do estado liberal burguês nos séculos XVIII, XIX e parte do século XX atendia em certa medida àquela sociedade, contudo, as mudanças sociais e jurídicas observadas ao longo do século XX e a atual complexidade da sociedade de massa fizeram com que a tutela tão somente individual dos direitos, se tornasse inviável. Assim surge a tutela coletiva como uma nova forma de acesso à justiça, uma nova forma de acesso aos direitos fundamentais para torná-los efetivos.

Destarte, as dificuldades e a problemática do acesso à justiça somado às novas relações sociais e a complexidade da sociedade moderna fez surgir a necessidade da tutela coletiva.

O processo individual não consegue dar as respostas que a nova sociedade exige. A concepção tradicional do processo, como um assunto entre duas partes<sup>67</sup>, não resolve as necessidades da atual sociedade onde os conflitos são de massas e os direitos pertencentes a

---

<sup>66</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça, op. cit.*, p. 15-29.

<sup>67</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça, op. cit.*, p. 49.

uma gama muitas vezes indefinida de titulares. A tutela coletiva tem o escopo de criar um amplo acesso à justiça, em que aqueles pequenos conflitos, aqueles titulares desfavorecidos financeiramente, aqueles que muitas vezes desconhecem seus direitos ou tem uma indisposição psicológica para buscá-los, aqueles direitos que “parecem não ter titulares”, como o meio ambiente, por exemplo, possam ser beneficiados por um só processo, uma só decisão.

A tutela coletiva não objetiva derrogar a tutela individual dos direitos, o que se pretende e se busca é uma mudança de foco do acesso individual para o acesso coletivo o que possibilita um maior acesso à justiça e, por conseguinte, uma maior concretização do direito de forma que mais pessoas sejam atingidas possibilitando assim, um acesso efetivo à justiça transformador da realidade social com justiça.

O acesso à justiça, unicamente de forma individual, há tempos já demonstra suas limitações e esgotamento. O acesso coletivo à justiça, juntamente com os institutos de acesso à justiça extrajudiciário possibilita uma maior resolução dos conflitos e concebe mais efetividade aos direitos da sociedade moderna. O direito de acesso coletivo à justiça surge no Estado Democrático de Direito como um direito charneira, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais.<sup>68</sup>

Vários são os argumentos e fundamentos do acesso coletivo à justiça, tanto de ordem jurídico, como social, político e econômico. Um dos argumentos favoráveis à tutela coletiva é o acesso à justiça de litígios, que se tomados individualmente, seriam economicamente ínfimos, desestimulando a tutela jurídica, mas podem globalmente alcançar grandes cifras, tornando-os compensativos ao menos do ponto de vista econômico. Neste mesmo sentido, pode ainda uma ação coletiva com o mesmo assunto, evitar diversas ações individuais reduzindo a grande quantidade de ações que correm perante o judiciário.<sup>69</sup>

Uma única decisão na ação coletiva substituindo várias individuais possibilita uma uniformidade das decisões, trazendo ainda igualdade para os litigantes e prestígio ao poder judiciário o que nem sempre acontece quando de várias ações individuais que poderão ter diferentes desfechos.

Outro argumento, talvez um dos mais importantes, é que o acesso coletivo à justiça possibilita uma prestação judicial com mais eficiência, trazendo também mais efetividade aos

---

<sup>68</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. *Revista Critica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 21, p. 11-44, nov. 1986. Disponível em: <[http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Introducao\\_a\\_sociologia\\_da\\_adm\\_justica\\_RCCS21.PDF](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Introducao_a_sociologia_da_adm_justica_RCCS21.PDF)>. Acesso em: 15 jul. 2012.

<sup>69</sup> CASTILHO, Ricardo. *Acesso à justiça: tutela coletiva de direitos pelo Ministério Público: uma nova visão*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 10.

direitos, especialmente àqueles em que seus titulares são de difícil determinação ou se encontram dispersos.

José Carlos Barbosa Moreira e Aluisio Gonçalves de Castro Mendes argumentam ainda a favor da tutela coletiva defendendo que muitas vezes a tutela individual é demasiadamente injusta. O vulto das despesas com uma demanda, a complexidade de certas ações, a carência do conhecimento técnico e a desproporcional força política e econômica entre os litigantes poderia ser equilibrado com o acesso coletivo à justiça.<sup>70</sup>

Verifica-se, portanto que a tutela coletiva promove o acesso à justiça daqueles que em condições tradicionais não o teriam, promove o acesso à justiça de toda uma coletividade<sup>71</sup> demonstrando assim a via participativa e democrática da tutela coletiva nas decisões do Estado e na implementação de suas políticas.

O acesso a qualquer forma de justiça é uma forma de participação popular. No caso do processo coletivo esta dimensão se expande ainda mais, pois toda uma coletividade e não só o indivíduo, participa das tomadas de decisões e da efetivação dos direitos. O acesso coletivo à justiça possibilita uma interlocução entre Estado e sociedade, aproximando-os.

Daí, surge a necessidade de uma nova interpretação do acesso à justiça, pois se o acesso coletivo à justiça é uma nova forma de acesso à justiça, as interpretações, os institutos e a dogmática do acesso individual não serão apropriados a esta nova forma de acesso, o que impõe o transporte de toda a sistemática de acesso individual à justiça com as devidas modificações das peculiaridades do acesso coletivo à justiça.

Se o processo coletivo tem o condão de promover o acesso à justiça de toda uma coletividade<sup>72</sup>, esta nova forma de acesso deve ser mais flexível e aberta para atingir um número maior de pessoas. Ao mesmo tempo, um cuidado especial se deve ter nesta forma de acesso à justiça. Por certo que como não é o indivíduo que acessa a justiça pleiteando em nome próprio, direito próprio, institutos processuais como o da legitimidade para as ações coletivas, que está intimamente ligado ao acesso coletivo à justiça, devem ser repensados, pois a extensão, a efetividade e a justiça de uma decisão coletiva está proporcionalmente ligada a esta forma de acesso à justiça.

---

<sup>70</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A proteção jurídica dos interesses coletivos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 139, p. 1-10, jan./mar. 1980. p. 6; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, op. cit., v. 4, p. 37.

<sup>71</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>72</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*, op. cit., 2007.

Já no que tange ao aspecto constitucional, o acesso à justiça não faz qualquer distinção entre acesso individual e coletivo, ao contrário, o texto constitucional é totalmente aberto a ambas as formas de acesso à justiça, aqui acesso ao judiciário.

Quando o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição menciona que não se excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito, não limita a proteção aos direitos individuais.<sup>73</sup> A sábia expressão “lesão ou ameaça a direito” permite a proteção a direitos individuais e coletivos diferentemente do exposto na Carta Constitucional de 1967 ao mencionar em seu artigo 150, § 4º que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ao direito individual”<sup>74</sup>. Esta comparação histórica entre os documentos constitucionais é de todo importante, pois demonstra a mudança de paradigma constitucional do acesso à justiça iminentemente individual para o também coletivo.

Esta abertura do inciso XXXV da CR está em perfeita sintonia ainda com a nova divisão dos direitos em individuais e coletivos estabelecida no Capítulo I, Título II da própria Constituição. Se os direitos são individuais e coletivos, o acesso à justiça para sua efetivação deve também ser individual e coletivo.

Por fim, é importante não olvidar que quando se fala em acesso coletivo à justiça, não se limita apenas ao acesso ao judiciário e sim, a todas as formas de acesso à justiça judicial e extrajudiciário. O acesso coletivo à justiça se estende a todas as formas de resolução de conflitos, tais como a mediação, conciliação, autocomposição e outras formas de heterocomposição. A tutela coletiva é compatível com todas estas formas de acesso à justiça e de resolução de conflitos.

Enfim, a tutela coletiva como uma nova forma de acesso à justiça, busca uma justiça mais célere, econômica e efetivadora de direitos que pretende transformar com justiça, a realidade social. No que tange aos direitos sociais com mais verdade ainda, a afirmação, pois a tutela coletiva como uma nova forma de acesso à justiça poderá dar maior efetividade aos direitos sociais, notadamente ao direito à saúde de aplicação imediata, sendo o acesso coletivo à justiça, o ponto de interseção que possibilita a efetividade do direito fundamental à saúde por intermédio das associações.

O direito coletivo no Brasil após os primeiros diplomas de ordem infraconstitucional se desenvolveu de forma vigorosa o que ganhou relevo com sua vasta previsão constitucional, tanto do direito material coletivo como na previsão de certos instrumentos processuais como o

---

<sup>73</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. In: VADE *mecum* Saraiva, *op. cit.*, p. 09.

<sup>74</sup> BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967. *Diário Oficial da União, op. cit.*, 1967.

Mandado de Segurança Coletivo, a ACP, a ação popular, dentre outros, o que passa a analisar.

### 3.3 O tratamento constitucional do direito coletivo

Toda ordem processual em um Estado Democrático de Direito encontra sua fundamentação na constituição.

O direito processual, apesar de suas diversas ramificações, especificidades de cada área de atuação concreta e, não obstante, em cada disciplina processual poder e dever ser estudada de acordo com suas peculiaridades, guarda em si um tronco comum que advém da constituição. Nas palavras de José Alfredo de Oliveira Baracho, “o direito constitucional representa o centro desta unidade, o tronco comum”<sup>75</sup>, o ponto de união e fundamentação de todo o direito processual.

Na Constituição é que se encontram os princípios constitucionais do processo, as normas que determinam o conteúdo mínimo do método processual<sup>76</sup>. Deste tronco comum, desta teoria geral constitucional do processo, cada disciplina processual específica se ramifica de acordo com suas peculiaridades. Assim, o direito constitucional molda as bases do processo e qualquer ramo processual deve buscar neste molde sua estrutura básica para daí se desenvolver.

No caso especificamente do Brasil, o direito constitucional por meio de seu objeto formal, a Constituição, traça não só os objetivos do processo, jurídicos e de justiça, mas toda uma sistematização básica para o direito processual.

Na Constituição de 1988 se encontram diversos princípios gerais do processo como do juiz e do promotor natural, a vedação da utilização de provas ilícitas, o direito à defesa e constituição de defensor, o contraditório, dentre outros. Do ponto de vista da dogmática processual fixa, as bases de diversas ações como as de controle de constitucionalidade, a ação popular, a Ação Civil Pública, ações de impugnação de mandato eletivo, o mandado de segurança, o *habeas corpus*, o mandado de injunção, dentre diversas outras. E do ponto de vista da organização judiciária seu vasto texto disciplina a composição dos tribunais, investidura de juízes, divisão de competências funcionais e materiais, julgamentos, dentre outros.

No tocante também ao direito material, notadamente após o fenômeno do neoconstitucionalismo, o mesmo passou e passa por uma constitucionalização, buscando toda

<sup>75</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 124.

<sup>76</sup> OLIVEIRA, Bruno Silveira de; LIMA NETO, Francisco Vieira. O modelo constitucional do processo civil brasileiro, o litisconsórcio e processos coletivos. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, São Paulo, ano 1, n. 3, p. 1.579-1.607, 2012. p. 1.581. Disponível em: <[http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012\\_03\\_1579\\_1607.pdf](http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012_03_1579_1607.pdf)>. Acesso em: 19 mar. 2014. p. 1.581.

sua fundamentação e interpretação nos postulados constitucionais. Doravante, qualquer interpretação do direito material passa pelo direito constitucional e à sua sombra, deve ser analisado, especialmente pela disciplina dos direitos fundamentais que irradia sua hermenêutica para todas as normas do direito material.

Neste sentido, a CR/88 disciplina as bases do processo, *lato sensu*, não só no que tange à sua principiologia, mas também da própria dogmática processual e da organização jurisdicional, bem como a hermenêutica do direito material, especialmente por intermédio dos direitos fundamentais. Com o direito coletivo, aqui entendido como o direito processual e material coletivo, não é diferente. A Constituição de 1988 estabeleceu um grande marco divisor no direito constitucional para o direito coletivo.

O nascimento do direito coletivo no Brasil teve como antecedentes históricos de desenvolvimento, uma disciplina muito mais ligada às normas infraconstitucionais que propriamente uma sistematização constitucional.

Salvo poucas exceções, como a ação popular, o direito coletivo não tinha acento constitucional. Dessa forma, é verdade afirmar que anteriormente à CR/88 já havia no país um desenvolvimento do direito coletivo notadamente pela lei da ação popular e da Ação Civil Pública e pela atuação do Ministério Público como defensor dos direitos metaindividuais, contudo disciplinado quase tão somente pelas normas infraconstitucionais.

Mas, foi com a Constituição de 1988 que se pôde falar de uma ordem constitucional dos direitos metaindividuais, uma verdadeira constitucionalização do direito coletivo, que demonstrou a mudança de paradigma no que tange esta forma de tutela em que tanto o direito material coletivo busca sua fundamentação e hermenêutica nos postulados constitucionais, quanto o direito processual coletivo também busca sua fundamentação no ramo comum do direito constitucional processual.

Quando a própria CR em seu artigo 3<sup>o</sup><sup>77</sup> determina que são objetivos da República brasileira constituir uma sociedade justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e as desigualdades sociais promover o bem de todos já demonstra que a tutela individual clássica não é suficiente para cumprir tais objetivos.

Em seguida, a própria CR atenta a estes objetivos no Título seguinte (Título II) inaugura, do ponto de vista constitucional, uma nova forma de tutela, a tutela dos direitos coletivos que se espalha por todo seu texto.

A esse respeito defendem Gregório Assagra de Almeida e Flavia Almeida que:

---

<sup>77</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. In: VADE *mecum* Saraiva, *op. cit.*, p. 07.

Uma das grandes novidades da CF/88, foi a inserção da tutela jurídica do Direito Coletivo na teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais (Título II, Capítulo I), o que não encontra precedente nas Constituições da história do País, nem no plano das constituições alienígenas.<sup>78</sup>

Neste sentido, ainda em estudo sobre o tema, Gregório Assagra defende que o Capítulo I do Título II da CR/88, ao dividir os direitos em individuais e coletivos promoveu uma nova *summa divisio* sendo que agora não há mais que se falar na tradicional divisão do direito entre público e privado. O âmbito de titularidade e proteção dos direitos diante da nova divisão constitucional é ou de interesses e direitos individuais ou de interesses e direitos coletivos.

Esta nova divisão, segundo o autor, do ponto de vista teórico, possibilita uma nova classificação e enquadramento metodológico e toda uma nova metódica de pensamento e interpretação, no plano concreto revela que a proteção e efetivação dos direitos ou é individual ou coletiva. A nova divisão que afasta aquela, baseada no público e privado, afasta ainda os privilégios que historicamente esta divisão trouxe ao Estado e tem o mérito de aproximar Estado e cidadão, inserindo aquele na sociedade.<sup>79</sup>

A inserção do direito processual coletivo na Constituição possibilita que ao compartilhar da teoria geral do direito constitucional processual, busque-se no texto constitucional, sua base, sua fundamentação e principiologia. Assim, o direito processual comum e o direito processual coletivo compartilham de seu ramo comum no direito constitucional processual.

Do ponto de vista da sistematização constitucional, a CR/88 em diversas passagens, trata do direito processual coletivo e das ações coletivas. Pode-se citar as seguintes passagens que a Constituição trata do processo ou das ações coletivas, tais como: o mandado de segurança coletivo; a atuação dos sindicatos e associações na defesa de seus representados; a Ação Civil Pública; as ações de controle de constitucionalidade; as decisões normativas da justiça do trabalho e o dissídio coletivo; a ação popular; o mandado de injunção, dentre outras. Este tratamento exaustivo da tutela coletiva processual demonstra a importância que a CR de 1988 dispensou ao tema de forma que outra Constituição no País jamais havia tratado.

Com relação ao direito material coletivo, não foi diferente. A CR/88 se abriu a um rol amplo de direitos coletivos que inclui em seu texto, o direito ao meio ambiente, ao patrimônio público e ao histórico e cultural, o direito do consumidor, da criança e adolescente, idosos,

---

<sup>78</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de; ALMEIDA, Flávia Vigatti Coelho de. Os direitos ou interesses coletivos no estado democrático de direito brasileiro. In: SALIBA, Aziz Tuffi; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; ALMEIDA, Gregório Assagra de (Org.). *Direitos fundamentais e sua proteção nos planos interno e internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010. v. I, p. 225.

<sup>79</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada, op. cit.*, p. 397.

portadores de necessidades especiais, dentre vários outros. Destaca-se ainda, que este rol não é fechado, apenas exemplificativo.

A inserção de um direito no rol dos direitos constitucionais não pode ser algo apenas formal em um ordenamento. Quando isto ocorre, significa que aquele direito tornou-se tão relevante que merece ser inserido no texto constitucional atraindo assim todas as prerrogativas das normas constitucionais como o processo mais dificultoso de mudança, o norte programático criado para toda a legislação infraconstitucional e para toda a atuação do poder público e dos particulares.

Como todo o direito deve ser interpretado hodierno a partir da constituição, buscando nela sua fundamentação, com o direito coletivo não é diferente. Sua interpretação inicia nas normas coletivas tratadas pela constituição para assim se voltar para todo o universo do direito coletivo de ordem infraconstitucional. Destarte, a interpretação do direito coletivo deve começar por suas normas inseridas na Constituição, que por sua vez vincula qualquer interpretação do direito coletivo.

Os direitos e deveres coletivos estão inseridos no Título II da Constituição da República de 1988, o qual trata dos Direitos e Garantias Fundamentais tornando assim o direito coletivo, um direito fundamental de dignidade constitucional. Com efeito, no tocante à hermenêutica dos direitos coletivos, o tratamento dado pela CR/88 como direitos fundamentais foi decisivo para a mudança na forma de interpretação.

Este tratamento do direito coletivo como direito fundamental concebe uma nova interpretação aos direitos coletivos que agora, como fundamentais, devem ser interpretados consoante todos os demais direitos fundamentais, compartilhando ainda de suas características como a de proibição de retrocesso, inexauribilidade, indivisibilidade, projeção objetiva, restringibilidade excepcional, inalienabilidade, eficácia horizontal, concordância prática, força irradiadora, dentre outras características.

Contudo, uma das características mais importantes do tratamento dado pela CR ao direito coletivo como direito fundamental é sua aplicação imediata.

Disciplina o § 1º do artigo 5º da CR que as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicação imediata.<sup>80</sup> O Título II da CR ao dar dignidade de direito fundamental ao direito coletivo determina assim que o mesmo tem aplicação imediata e afasta qualquer argumento de que os direitos coletivos (no qual os direitos sociais estão inseridos, notadamente o direito à saúde) são normas programáticas que necessitam da atuação

---

<sup>80</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. In: VADE *mecum* Saraiva, *op. cit.*, p. 11.

normativa infraconstitucional para se tornarem exigíveis.

Com efeito, ainda que não exista norma infraconstitucional disciplinando um direito material coletivo, ou uma ação específica para sua defesa, ainda assim poderá ser exigido e efetivado, pois sua fundamentação se encontra na inserção como direito fundamental constitucional, que por sua vez tem aplicação imediata e demonstra que todo o direito coletivo, material e processual, tem base constitucional. Todo o direito coletivo passa a buscar no direito constitucional coletivo seu norte e sua fundamentação.

Por fim, como corolário lógico decorrente de sua fundamentalidade, defende-se que os direitos coletivos são cláusulas pétreas. O direito coletivo concretiza as exigências do ser humano na igualdade, solidariedade/fraternidade de uma vivência com um mínimo de dignidade. Assim, o direito coletivo guarda relação com os direitos individuais que em conjunto, guardam estreita relação com a dignidade humana, princípio norteador do ordenamento jurídico pátrio.

Bem é verdade ainda, que os direitos coletivos e individuais guardam entre si e compartilham das características da indivisibilidade, interdependência e harmonia e no todo, fazem parte dos direitos fundamentais. Logo não poderão ser vistos em separado, pois um interdepende do outro para se realizar, como acima já defendido. Portanto, não podendo ser vistos de forma isolada e um interdependendo dos outros, quando se fala em vedação de abolir os direitos individuais (art. 60, § 4º, IV da CR) por consequência, se proíbe também de abolir os direitos coletivos, sendo os mesmos, cláusulas pétreas.<sup>81</sup>

A inserção do direito material e processual coletivo no plano constitucional como direito fundamental de aplicação imediata possibilita sua exigência de imediato pela coletividade que ao tutelá-los, garante ainda outra dimensão dos direitos e garantias fundamentais, a dimensão de participação que no processo coletivo se potencializa pela afetação de toda uma comunidade, especialmente quando tutelados pelas associações, entes também que ganham novo relevo no processo coletivo, o que passa a expor.

### **3.4 As associações e o processo coletivo como um elo entre Estado e sociedade**

Desde os tempos mais remotos, as pessoas sempre se aglutinaram em famílias, aldeias, reinos, Estados, sendo algo instintivo ao homem se aglutinar àqueles que possuem interesses semelhantes. Esta associação de pessoas, no sentido lato da palavra, decorre do instinto de

---

<sup>81</sup> Para melhor elucidação conferir o item 2.3 do Capítulo 2 onde o tema foi tratado de forma mais detida.

formar comunidades e para uma melhor defesa de seus interesses, que juntos podem ser mais fortes.

Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso, o homem é gregário por natureza, tendendo a associar-se, a formar grupos de modo que não se pode, por via institucional, contrariar a natureza humana.<sup>82</sup>

Mas nem sempre ao longo da história, as associações foram bem vistas. Basta lembrar a lei francesa “Le Chapelier”, editada em 1791, a qual vedava qualquer formação de grupos com mais de 20 (vinte) pessoas. Não obstante, como afirmado acima, o embrião das associações datar de tempos bastante remotos é a partir do século XX<sup>83</sup> que se observou um grande crescimento no movimento associativista que após ser uma liberdade, depois uma proibição, se torna um direito nos ordenamentos de diversos países. Mancuso em estudo sobre o tema, afirma que “a partir do século XX, e desde então, de modo constante e crescente até nossos dias, assiste-se ao fortalecimento do processo corporativo, insuflado, em boa medida, pela massificação da sociedade e pela globalização da economia”<sup>84</sup>.

As associações são corpos intermediários que se põem entre Estado e sociedade, são mais que o indivíduo, porém menos que o Estado<sup>85</sup> e buscam uma maior interlocução daqueles com a esfera pública. Nesta divisão entre o privado e o público que muito contribuiu para afastar o Estado do cidadão, os indivíduos perceberam que sozinhos diante da esfera estatal, ou diante de um ente privado de elevado poder social, seu poder de reivindicação era demasiadamente pequeno.

Com o processo de globalização e massificação, estas questões se potencializam levando o sujeito como ser individual a se tornar impotente diante do Estado e das grandes corporações, sua força sozinha quase nada significará.

Destarte, as associações surgem e se desenvolvem com o intuito de tornar o indivíduo singularmente frágil com mais poder de barganha e reivindicação. Ao associar-se com outros indivíduos, o poder individual é potencialmente elevado. As associações, como resultado da vontade dos indivíduos que a compõe, buscam assim, uma participação mais efetiva na esfera pública que individualmente não seria possível, ao menos não nesta proporção. Buscam uma democracia participativa e não tão somente representativa. Se a democracia se faz com participação, as associações se propõem a cumprir este papel aproximando indivíduo, agora

---

<sup>82</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 44.

<sup>83</sup> Segundo Rodolfo Mancuso na França só em 1901 a liberdade de associação se tornou ampla (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, *op. cit.*, p. 44).

<sup>84</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, *op. cit.*, p. 44-45.

<sup>85</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, *op. cit.*, p. 43.

coletividade representada e Estado, reivindicando a participação nas tomadas de decisão.

Kazuo Watanabe argumenta que o acesso à justiça e aos mecanismos de processo mais efetivos propõem a formação de uma sociedade civil mais organizada, mais participativa e atuante que não dependa tanto da ação do Estado.<sup>86</sup> Isto possibilitará, segundo o autor, que se tenha uma sociedade civil mais estruturada, mais consciente e mais participativa. Enfim, uma sociedade em que os mecanismos formais e os não oficiais de solução de conflitos sejam mais atuantes e eficazes. Esta formação de uma sociedade civil organizada pode ser alcançada pela atuação das associações, notadamente por intermédio da tutela coletiva, judicial e extrajudicial, formando um elo e aproximando Estado e sociedade.

Viviane Aparecida Fernandes Pontes, em estudo sobre o tema em sua dissertação de mestrado afirma que os agrupamentos sociais têm papel fundamental na participação da coisa pública asseverando que “concedendo-se representatividade às formações sociais intermediárias, opera-se uma nova forma de gestão da coisa pública, que atende mais efetivamente aos anseios da coletividade”<sup>87</sup>.

Esta mesma importância das associações para a formação do Estado e da democracia é lembrada também por Adriana Carvalho Girardelli que afirma que as associações “[...] especificamente com finalidade de defesa do consumidor são de extrema importância na formação do Estado Democrático de Direito, bem como em matéria de prevenção e repressão contra o mercado capitalista massificado.”<sup>88</sup>

O projeto democrático por via exclusivamente representativa demonstra há tempos, e de forma mais clara hodierno, suas falhas e fraquezas e não consegue exclusivamente por esta via se implementar. A democracia deve ser partilhada, para ser também exercida de forma participativa. As associações objetivam justamente uma maior participação na esfera pública, buscam uma democracia participativa, a construção conjunta da democracia e a execução conjunta do projeto social brasileiro descrito na Constituição.

Rodolfo de Camargo Mancuso assevera que a Constituição de 1988 acenou para uma democracia participativa por intermédio do plebiscito, referendo e da iniciativa legislativa popular que somado o crescente descrédito na política e nas instituições públicas, se pleiteia

---

<sup>86</sup> Neste sentido Kazuo Watanabe In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 723.

<sup>87</sup> PONTES, Viviane Aparecida Fernandes. *A tutela jurisdicional coletiva como instrumento do acesso à justiça*. 2008. 152 f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo. p. 102. Disponível em: <[http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/2013-2/Viviane\\_Aparecida\\_Fernandes\\_Pontes.pdf](http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/2013-2/Viviane_Aparecida_Fernandes_Pontes.pdf)>. Acesso em: 10 jun. 2014.

<sup>88</sup> GIRARDELLI, Adriana Carvalho. *A associação civil como garantidora de defesa do consumidor*, op. cit., p. 223.

cada vez mais a participação na gestão da coisa pública.<sup>89</sup> Esta participação pode ser individual, o que certamente é de grande importância, mas quando realizada coletivamente por intermédio das associações, a força de sua atuação se potencializa.

Esta participação da coletividade por intermédio das associações pode se dar de duas formas, através da participação política nas instâncias decisórias estatais, participação extrajudicial e através do processo.

O processo no Estado Democrático de Direito é um instituto democrático que possibilita participação, aliás, a própria formação do processo em si se fundamenta na participação. Há possibilidade de se exercer a democracia por intermédio do processo, pois este permite a participação da coletividade na formação da vontade estatal. Luiz Guilherme Marinoni afirma inclusive, que a participação é a nota comum que se extrai do processo e da democracia.<sup>90</sup>

É dentro deste espaço de participação que o processo concebe, e isto é potencializado no processo coletivo, que as associações podem e devem atuar. Assim, pode-se afirmar que a ligação e aproximação entre Estado e sociedade se pode fazer por via do processo de ordem individual. Contudo, quando os indivíduos se organizam em torno de uma associação e se utilizam do processo coletivo esta participação na formação da vontade estatal concebe uma dimensão ainda maior. O processo coletivo deve ser visto como uma forma e meio de participação na esfera pública que pode ser impulsionado pelas associações.

Viviane Aparecida Fernandes Pontes ao defender a tutela jurisdicional coletiva como um instrumento de acesso à justiça afirma que “[...] a participação popular pode encontrar nas regras processuais coletivas um caminho para garantir conquistas para a sociedade, se manejadas adequadamente, sem que se perca de vista o caráter instrumental daquelas”<sup>91</sup>.

A sociedade pleiteia a participação na vida pública, é a democracia participativa e esta participação quando promovida pelas associações, que em regra por si só são mais fortes que o indivíduo tomado singularmente, pode ser levada a cabo com mais chance de êxito. A participação aqui é duplamente mais forte e atinge um número mais elevado de pessoas, pois promovido pelas associações que congrega uma coletividade e por intermédio do processo coletivo o que permite esta participação se espalhar por toda a sociedade.

O Estado não deve ver as associações como um inimigo que o fará substituir, as associações como corpos intermediários devem colaborar com o Estado, atuarem em conjunto

---

<sup>89</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, op. cit., p. 134-135.

<sup>90</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 251-252.

<sup>91</sup> PONTES, Viviane Aparecida Fernandes. *A tutela jurisdicional coletiva como instrumento do acesso à justiça*, op. cit., p. 101.

e não como opostos, tem as associações o papel de elo entre Estado e sociedade.<sup>92</sup> Em verdade, mais que uma democracia participativa, as associações almejam uma democracia cooperativa, colaboram com o Estado na busca do seu fim, aproximam Estado e sociedade na busca conjunta da efetivação do projeto constitucional.

Não só aos órgãos oficiais cabe formar a vontade estatal, todos podem e devem participar da gerência da coisa pública. Peter Häberle ao analisar a quem cabe interpretar a Constituição, inseriu de forma especial as associações como participantes deste processo decisório ao conclamá-las a interpretar o diploma constitucional, asseverando o autor que:

A tentativa de se fazer uma interpretação sistemática dos participantes da interpretação surge o seguinte catálogo provisório: 1) as funções estatais [...]; 2) os participantes do processo de decisão [...] que não são, necessariamente, órgãos do estado [...]; 3) a opinião pública democrática e pluralista e o processo político como grandes estimuladores através: [...] das iniciativas dos cidadãos, **as associações**.<sup>93</sup> (Destaques do autor desta dissertação).

Como bem dito pelo próprio Häberle, até pouco tempo se pensava que a formação da vontade estatal deveria ser desempenhada exclusivamente pelos órgãos estatais dado justamente este afastamento entre Estado e sociedade. Häberle inverte esta lógica e abre um catálogo vasto de participantes à interpretar a Constituição, dentre eles, as associações. Ao participar desta interpretação da constituição por intermédio do processo coletivo, irão as associações participar da formação da vontade estatal abrindo uma arena democrática no espaço antes ocupado somente pelos órgãos estatais. Esta participação não é apenas como intérprete abstrata da Constituição, muito mais que interpretá-la, as associações por intermédio do processo coletivo devem conceber efetividade aos direitos constitucionalmente garantidos, especialmente, no caso deste trabalho, o direito fundamental à saúde.

Com a ação das associações, utilizando-se da tutela coletiva, se tem mais participação da sociedade na política, uma dimensão maior de participação e cooperação. A jurisdição muda de uma simples promoção do direito objetivo<sup>94</sup> para uma dimensão de participação. O processo coletivo se transforma em uma forma de participação social.

Neste mesmo sentido, Kazuo Watanabe traz ainda outro argumento relevante acerca da participação das associações no processo, afirmando o autor que a participação da

<sup>92</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, *op. cit.*, p. 62.

<sup>93</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional a sociedade aberta dos interpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997. p. 20-23.

<sup>94</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 91.

comunidade traz o benefício de maior credibilidade da justiça e propicia o espírito de colaboração. Por isto, as associações traduzem a ideia de democracia cooperativa.<sup>95</sup>

Nesta mesma linha, afirma Mancuso que o processo coletivo é um *tertium genus*, um ponto médio entre Estado e sociedade que se assemelha ao próprio nascimento das associações também como corpos intermediários entre ambos.<sup>96</sup> E isto é de todo importante, pois demonstra aqui o ponto de interseção entre ambos, tanto as associações, como o processo coletivo se posicionam entre Estado e sociedade sendo os mesmos o elo entre estas duas instâncias, cabendo-lhes fazer esta aproximação que se dará pela participação.

A dimensão participativa do processo coletivo está inserta, inclusive, no Projeto de Lei 5.139/09 que dispõe acerca da nova LACP em seu artigo 3º, ao prescrever que “o processo civil coletivo rege-se pelos seguintes princípios: I - amplo acesso à justiça e **participação social**”<sup>97</sup>. (Destaques do autor desta dissertação).

Assim pode-se concluir que a importância do tema no caso deste trabalho se dá no sentido de que quando as associações se utilizam do processo coletivo, concebem uma maior efetividade ao direito fundamental à saúde, pois tendo as associações um papel de destaque como elo entre Estado e sociedade e sendo o processo coletivo, um instrumento de participação, pode ser de grande valia, por exemplo, na composição das políticas públicas na saúde, ou na efetivação deste direito de uma coletividade que se não fosse por intermédio da tutela coletiva das associações, não teria acesso ao mesmo.

### **3.4.1 As associações e sua disciplina constitucional**

As associações, como dito acima, formadas por este espírito gregário do homem são corpos intermediários que colaboram com o Estado<sup>98</sup> e a ele não necessariamente se opõem, ao contrário, com ele devem cooperar. A tutela do “interesse público” exclusivamente feita pelo Estado e a do privado, pelos particulares não mais subsiste com a nova *summa divisio* estabelecida pela CR/88, com a nova divisão público e privado se aproximam e podem, ou melhor, devem, os particulares também tutelar as coisas públicas. E aqui surge com vital importância as associações para a proteção do patrimônio público *lato senso* e na reivindicação e efetivação dos direitos e interesses coletivos. A tutela coletiva aproxima o

<sup>95</sup> WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (orgs.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988. p. 133.

<sup>96</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, *op. cit.*, p. 43.

<sup>97</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei nº 5.139*, de 08 de abril de 2009, *op. cit.*, grifo nosso.

<sup>98</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, *op. cit.*, p. 62.

público do privado,<sup>99</sup> aproxima a sociedade do Estado e contribui para superação desta dicotomia estanque.<sup>100</sup>

Uma das primeiras diferenças básicas a serem feita acerca das associações, agora no sentido estrito e técnico, é a diferenciação entre reunião e associação, necessidade esta que se apresenta pela proximidade dos temas e pela relevância para o desenvolvimento deste trabalho.

As reuniões tratam-se, via de regra, da aglomeração de um pequeno grupo de pessoas, ao passo que as associações em princípio, contam com um número maior de integrantes, as vezes até mesmo de alcance internacional ultrapassando as fronteiras de um Estado.

As reuniões tendem a ser ocasionais, de curta duração, sem objetivo de vínculo, haja vista os interesses muitas vezes diversos que nelas se discutem. As associações por sua vez, tendem a se perpetuar no tempo por um período mais longo, indeterminado, pois objetivam um fim comum, geralmente duradouro, tem objetivos convergentes e as pessoas que a compõem, têm vínculos mais fortes de ligação, “há uma vontade subjetiva, um desejo de atingir um fim comum”<sup>101</sup>.

As reuniões decorrem do direito de liberdade negativa, que impõe que o Estado não intervenha em seus objetivos ou frustrar qualquer de seus procedimentos. Por sua vez, as associações, apesar de nascerem também em um primeiro momento de uma liberdade negativa, outrossim, possuem caráter de um direito prestacional, o que indica que o Estado deve isentá-las de emolumentos para sua criação, conceder isenção e imunidades tributárias, incentivos fiscais e repasse de verbas públicas, no caso das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP's), para realização de seu objeto, ou seja, as associações devem receber do Estado toda uma gama de prestações positivas para facilitar sua cooperação com a esfera pública. Estas são em suma as diferenças básicas entre as reuniões e associações.

Do ponto de vista da sistematização constitucional, ao se realizar uma análise histórica dos textos constitucionais brasileiros no que tange às associações, observa-se que quase todos, após a Constituição de 1824, trataram-na em seu texto, especialmente no capítulo dos Direitos e Garantias Individuais.

---

<sup>99</sup> CASTILHO, Ricardo. *Acesso à justiça: tutela coletiva de direitos pelo Ministério Público: uma nova visão*, op. cit., p. 21-22. Conferir também sobre o tema ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*, op. cit., 2008.

<sup>100</sup> O tema foi tratado de forma mais detalhada no item anterior 3.4 deste capítulo “as associações e o processo coletivo como um elo entre Estado e sociedade”.

<sup>101</sup> GIRARDELLI, Adriana Carvalho. *A associação civil como garantidora de defesa do consumidor*, op. cit., p. 169.

A Constituição de 1824, a primeira da história constitucional brasileira, como dito acima, nada mencionou acerca do direito de associação.<sup>102</sup> Por sua vez, a Constituição de 1891 inaugurou no texto constitucional o direito de associar-se para fins lícitos, e não podia o Estado nelas intervir, senão para manter a ordem pública.<sup>103</sup>

As Constituições de 1934, 1946, 1967 e a Emenda Constitucional 01 de 1969 todas, previram o direito de associação mantendo um texto quase idêntico em todas estas Cartas. A liberdade de associação era garantida para fins lícitos, não podendo ser dissolvidas, senão, por sentença judicial.<sup>104</sup>

Neste interstício, a única Constituição a não prever o direito de associação, foi a de 1937, sendo compreensível que uma Constituição ditatorial afastasse o direito à reunião e de associação, pois estes poderiam ter o caráter reivindicatório e contrário ao regime.

Mas, o grande marco constitucional para as associações sem dúvida é a atual Constituição de 1988 que tratou as associações como nenhuma outra o fizera.

O artigo 5º da CR em seus incisos XVII a XXI disciplina o direito de associação e suas características.<sup>105</sup> Da análise destes incisos podem extrair as seguintes características constitucionais das associações.

<sup>102</sup> BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824. *Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio do Brazil, op. cit.*, 1824.

<sup>103</sup> Previa a Constituição de 1891 em seu artigo 72 § 8º: “A todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas; não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública”. Esta redação foi mantida pela significativa emenda constitucional de 03 de setembro de 1926 (BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. *Diário Oficial da União, op. cit.*, 1891).

<sup>104</sup> A Constituição de 1934 previa em seu artigo 113, item 12 que: “É garantida a liberdade de associação para fins lícitos, nenhuma associação será compulsoriamente dissolvida senão por sentença judiciária” (BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. *Diário Oficial da União, op. cit.*, 1934).

A Constituição de 1946 previa em seu artigo 141 § 12 que: “É garantida a liberdade de associação para fins lícitos. Nenhuma associação poderá ser compulsoriamente dissolvida senão em virtude de sentença judiciária” (BRASIL. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. *Diário Oficial da União, op. cit.*, 1946).

A Constituição de 1967 previa em seu artigo 150 § 28 que: “É garantida a liberdade de associação. Nenhuma associação poderá ser dissolvida, senão em virtude de decisão judicial” (BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967. *Diário Oficial da União, op. cit.*, 1967).

A Emenda Constitucional 01 de 1969 previa em seu artigo 153 § 28 que: “É assegurada a liberdade de associação para os fins lícitos. Nenhuma associação poderá ser dissolvida, senão em virtude de decisão judicial” (BRASIL. Constituição (1967). Emenda constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. *Diário Oficial da União, op. cit.*, 1969).

<sup>105</sup> Prevê tais incisos que: “XVII - É plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar; XVIII - A criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento; XIX - As associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado; XX - Ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado; XXI - As entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. In: *VADE MECUM* Saraiva, *op. cit.*, p. 08).

O direito constitucional de associar-se somente pode ocorrer para fins lícitos, ou seja, a associação poderá ter qualquer finalidade, salvo aquelas vedadas pelo ordenamento como, por exemplo, associar-se para o cometimento de crimes.

A criação das associações não depende de autorização estatal, desde que seu fim seja lícito, sua instituição não passa pelo crivo do Estado, salvo pelas formalidades de registro e outros requisitos que devem comprovar aquelas associações que pretendem a titulação de OSCIP's, mas sua atuação é autônoma, tendo autogerência e autorregulação não podendo o Estado interferir na sua regência.

A CR destaca que as associações não podem sofrer ingerência estatal e também não podem ser dissolvidas pelo Estado. Suas atividades não podem ser suspensas, salvo por decisão judicial, se comprovada que sua atividade é ilícita ou nociva respeitado ainda a ampla defesa, o contraditório e todos os meios inerentes a estes. Esta vedação visa sepultar de vez o triste histórico do fechamento de associações e partidos políticos ocorridos nas épocas de ditadura no Brasil, como a história pôde demonstrar.

Assevera também a CR que o direito de associar-se deve conceber a liberdade de entrar em uma associação nela permanecer e dela se retirar, não podendo ninguém ser obrigado a associar-se ou permanecer associado.

Por fim trata a CR no inciso XXI do artigo 5º, que as associações poderão ainda representar e defender os direitos e interesses de seus associados, desde que presente esta possibilidade em seus estatutos.

A CR assevera ainda no capítulo reservado à ordem econômica, mais precisamente no § 2º do artigo 174 que “a lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.”<sup>106</sup>

Demonstra assim, a CR, um verdadeiro movimento a favor do associativismo assegurando diversas prerrogativas às associações e estimulando o seu desenvolvimento.

Destaca-se também que a disciplina constitucional das associações está inserida no Título II Dos Direitos e Garantias Fundamentais, sendo o direito de associação, um direito fundamental, atraindo assim para si toda a hermenêutica dos direitos fundamentais. Como os direitos fundamentais são indivisíveis e guardando o direito de associação íntima relação com o direito de reunião e o direito individual de liberdade e devendo a Constituição ser interpretada como um todo, como uma unidade, o direito de associação também é uma cláusula pétrea, assim como os direitos individuais, não podendo ser abolido do Diploma

---

<sup>106</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. In: VADE *mecum* Saraiva, *op. cit.*, p. 61.

Constitucional.

Destarte, percebe-se claramente que a atual Constituição tratou as associações e o direito de associar-se da forma como nenhuma outra Carta Constitucional havia tratado, ao demonstrar a importância que elas representam no ordenamento e para uma democracia mais participativa.

Após esta rápida análise constitucional do tema, necessário se faz traçar um conceito do que vem a ser uma associação, sua natureza jurídica e como a legislação ordinária, notadamente, o Código Civil a tratou.

Em estudo específico sobre as associações civis, Adriana Girardelli apresenta seu conceito para o tema afirmando que a associação é a resultante “da conjugação de pessoas com um objetivo comum, visando à execução desses objetivos e não possuem finalidade econômica”<sup>107</sup>. Já Maria Helena Diniz conceitua as associações como pessoas jurídicas de direito privado, criadas para a realização de finalidades culturais, sociais, religiosas, recreativas, dentre outras, regidas por um estatuto inscrito no registro competente.<sup>108</sup>

O Código Civil (CC) destinou capítulo específico para as pessoas jurídicas tratando das associações, das fundações e das sociedades. Para este diploma legal “constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizam para fins não econômicos”<sup>109</sup>.

A nota diferenciadora entre estas formas de pessoas jurídicas de direito privado é seu objeto e finalidades. As sociedades instituem-se com finalidade de lucro e seu objeto é a atividade empresarial *lato senso* trazendo vantagens econômico-financeiras àqueles que dela participam. Quanto às fundações, seu objeto é a gerência de um patrimônio instituído por alguém por ato *inter vivos*, ou por testamento, para a consecução de fins religiosos, morais culturais ou de assistência,<sup>110</sup> sendo a instituição de um patrimônio para a execução destes fins, a diferença básica em relação às demais.

Ao passo que as associações, sua diferença, que inclusive a fundamenta, está na realização de atividade não lucrativa, é a organização de pessoas para realização de fins não lucrativos de ordem moral, educacional, assistencial, cultural, dentre outros.

---

<sup>107</sup> GIRARDELLI, Adriana Carvalho. *A associação civil como garantidora de defesa do consumidor*, op. cit., p. 172.

<sup>108</sup> DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado: edição reformulada à luz do novo código civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

<sup>109</sup> O artigo 53 do Código Civil prevê que: “Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizam para fins não econômicos” (BRASIL. Lei nº 10.406, de 11 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: *VADE MECUM* Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 154).

<sup>110</sup> O parágrafo único do artigo 62 do Código Civil prevê que “A fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência” (BRASIL. Lei nº 10.406, de 11 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: *VADE MECUM* Saraiva, op. cit., p. 154).

O Código Civil traça a disciplina que as associações devem observar. Apenas os pontos mais importantes do tema serão aqui destacados, pois serão utilizados em todo o trabalho. Como narrado acima, o CC prescreve que as associações se organizam sem fins econômicos. Ocorre que em verdade, a redação do Código equivoca-se, pois as associações podem ter atividades econômicas para sua manutenção como a venda de livros, publicações e revistas, objetos religiosos, culturais, dentre outros. O que não poderá ocorrer é que esta seja sua atividade fim e que o produto desta venda seja dividido entre os associados. Assim, poderá realizar atividades econômicas para se manter desde que esta atividade não gere lucros, portanto é preferível a utilização da locução fins “não lucrativos” a que “não econômicos”.

Uma das questões relevantes tratadas pelo Código Civil acerca das associações é que o ato de se associar não gera obrigações entre os associados e isto é de vital importância, pois o contrário feriria o espírito associativista, além de dificultar a formação das associações.

O Código trata ainda da relação dos associados com a associação e prevê a igualdade entre eles, salvo a previsão no estatuto, de categorias diferenciadas de associados como, por exemplo, os associados fundadores, bem como ainda o direito de não ser excluído sumariamente da associação sem se assegurar o direito de defesa e o direito de exercer qualquer cargo na agremiação que legitimamente tenha sido conferido.

Estabelece a lei civil que deverá a associação ser regida por um estatuto que estabeleça dentre outros itens, a denominação, fins, sede, fontes de recursos da associação, os direitos e deveres dos associados, a forma de constituição e funcionamento dos órgãos deliberativos e a gestão administrativa e as disposições acerca das alterações estatutárias.

No estatuto, deverá ainda conter, a forma de dissolução da associação e a destinação de seu patrimônio que deverá ser incorporado à outra associação de fins semelhantes, ou na falta de previsão estatutária, por deliberação dos associados, à entidades estatais de finalidades também semelhantes.

Por fim, trata a lei civil do órgão máximo da associação, a assembleia geral, que deverá ser convocada ao menos uma vez ao ano competindo-lhe privativamente, a destituição dos administradores e alteração do estatuto.

Assim após a análise constitucional do tema, os conceitos apresentados acima e a verificação do tratamento dado pelo CC, formula-se neste trabalho, um conceito próprio para associações. Com efeito, pode-se conceituar as associações como pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, composta pela união de pessoas com objetivos comuns na defesa de seus direitos e interesses ou dos direitos e interesses coletivos.

Após todas estas análises acerca das associações e do processo coletivo, cabe ainda antes de passar à verificação de como o sistema coletivo tratou as associações, analisar como se dá esse entrelaçamento das normas do processo coletivo de um modo geral, como se dá a formação deste “mini modelo de código de processo coletivo”.

### **3.5 O Sistema Único das Ações Coletivas**

Com o desenvolvimento da sociedade resultando na atual forma de vida massificada e globalizada, novos conflitos surgiram na mesma proporção, sendo também conflitos massificados que muitas vezes envolvem centenas, milhares e até milhões de pessoas. Para a resolução destes novos conflitos, surge a tutela coletiva, denominada de Tutela Jurisdicional Diferenciada.

Esta Tutela Jurisdicional Diferenciada não objetiva derogar a individual, o que ocorre nesta forma de tutela é uma mudança de foco da defesa individual para a defesa coletiva. Soma ainda ao fato de existirem direitos usufruídos individualmente e outros a serem usufruídos por toda a coletividade.

Porém, no Brasil, a defesa dos direitos coletivos historicamente não teve uma sequência de desenvolvimento, do ponto de vista dos diplomas processuais coletivos, na forma de um código ou uma lei dotada de maior completude que tratasse integralmente desta nova forma de tutela.

Assim, os diplomas coletivos criados para defesa de cada direito coletivo específico ao longo da história do direito coletivo brasileiro foram sendo sistematizados pela literatura especializada e jurisprudência e formaram uma espécie de “mini código de processo coletivo”.

Inicialmente e no centro desta sistematização, se encontram o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública, como os dois grandes diplomas que tratam de forma mais detida dos aspectos processuais do direito coletivo.

Além destes diplomas tratarem da tutela coletiva, cada um à sua maneira, ambos possuem normas de reenvio que entrelaçam o sistema processual coletivo.

Quando da edição do CDC, os legisladores, em verdade os autores intelectuais do anteprojeto, atentos à disciplina processual coletiva através de seu artigo 110 fez inserir na lei

da ACP, a possibilidade de proteção de qualquer interesse difuso ou coletivo por aquela lei<sup>111</sup>, bem como ainda por intermédio de seu artigo 117 incluiu o artigo 21 na LACP que determina a aplicação “à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

Por sua vez, o artigo 90 do CDC, determinou a aplicação da lei 7.347/85 (LACP) ao título que trata do processo coletivo no código do consumidor, naquilo que não contrariasse as disposições consumeristas.<sup>112</sup>

Neste compasso, determinou o CDC que às ações coletivas com base em sua disciplina, se aplica a lei que institui a Ação Civil Pública, ao passo que esta lei, determina a aplicação dos dispositivos do Título III do CDC, que tratam da tutela coletiva, às ações civis públicas, formando assim, um sistema interligado, autorreferente<sup>113</sup> que busca em si mesmo sua fundamentação.

Ocorre assim, uma interação entre os diplomas, se remetendo à lei que institui a Ação Civil Pública, no caso de omissão no CDC e se aplicando à lei da ACP, as disposições da tutela coletiva disciplinada no CDC, em caso de omissão dessa criando um entrelaçamento normativo processual coletivo.

Estas leis se harmonizam e se integram formando aquilo que Cláudia Lima Marques (em estudo do pensamento de Erik Jayme) denomina de diálogo das fontes ao afirmar que “na aplicação simultânea das duas leis, uma pode servir de base conceitual para a outra”<sup>114</sup>. Diferentemente da ideia clássica das antinomias entre as normas em que uma exclui a outra, o diálogo das fontes nas normas processuais coletivas permite uma integração entre normas diversas que não necessariamente se excluem podendo ser aplicadas coordenadamente, consoante disciplina a interação entre CDC e LACP.

Esta interação entre as normas de direito coletivo ganhou na literatura especializada pátria, diversas denominações, tais como micromodelo processual coletivo, microssistema processual coletivo, modelo processual coletivo, subsistema processual coletivo, minissistema

<sup>111</sup> Disciplina o mencionado artigo 110 do CDC: “Acrescente-se o seguinte inciso IV ao art. 1º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985: - IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo” (BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. In: *VADE MECUM Saraiva, op. cit.*, p. 785).

<sup>112</sup> BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. In: *VADE MECUM Saraiva, op. cit.*, p. 783; 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 e dá outras providências. In: *VADE MECUM Saraiva, op. cit.*, p. 1.359.

<sup>113</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. v. 4, p. 123.

<sup>114</sup> MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 28.

processual coletivo, dentre outros. Contudo, prefere-se denominar neste trabalho, a sistematização entre as normas de processo coletivo de Sistema Único Coletivo (SUC) por formarem as normas do CDC e da lei da Ação Civil Pública, um sistema que busca dentro de si mesmo sua fundamentação, sendo autorreferente.

Esta aplicação recíproca das citadas leis processuais coletivas deve se dar apenas, se no diploma originário, não houver a resposta para a lacuna e desde que o diploma em que se busca amparo não contrarie direta ou indiretamente o espírito na lei processual originária. Assim, por exemplo, como o CDC é omissivo quanto à forma de recebimento dos recursos, poderá buscar o suprimento desta lacuna no artigo 14 da LACP que prevê que o juiz poderá conferir efeito suspensivo ao recurso para evitar dano irreparável, o que leva a crer que os recursos na LACP são dotados em regra, apenas de efeito devolutivo, assim se aplicando também aos recursos com base na tutela coletiva amparada pelo CDC.<sup>115</sup>

Esta interação recíproca não se dá apenas em relação ao CDC e a LACP, mas entre todos os diplomas coletivos como a lei da ação popular (lei 4.717/65), a lei de improbidade administrativa (lei 8.429/92), o Estatuto do Torcedor (lei 10.671/03), Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA - lei 8.069/90), Mandado de Segurança (lei 12.016/09), a lei que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública (lei 12.846/13), o Estatuto da Juventude (lei 12.852/13), a lei da Ação Civil Pública em defesa dos portadores de necessidades especiais (lei 7.853/89), a lei da Ação Civil Pública em defesa dos investidores do mercado de valores mobiliários (lei 7.913/89), a lei que disciplina a política nacional do meio ambiente (lei 6.938/81), a lei que institui o Sistema Brasileiro de Concorrência e o Conselho Administrativo de Defesa Econômico (leis 8.884/94 e 12.529/11), a lei orgânica no Ministério Público (lei 8.625/93), a lei que disciplina as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União (lei complementar 75/93), o Estatuto da Igualdade Racial (lei 12.288/10), as leis que tratam do controle de constitucionalidade (lei 9.868/09 e lei 9.882/09) dentre outros diplomas que tratam da tutela coletiva.

Diversas destas leis fazem menção de que se aplicam a elas a disciplina da LACP como, por exemplo, o artigo 3º da lei que dispõe acerca da Ação Civil Pública de

---

<sup>115</sup> Prescreve o mencionado artigo 14 da LACP que: “O juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte” (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 e dá outras providências. In: *VADE MECUM* Saraiva, *op. cit.*, p. 1.359).

responsabilidade pelos danos causados aos investidores do mercado de valores mobiliários,<sup>116</sup> o artigo 7º da lei 7.853/89 que dispõe acerca da Ação Civil Pública para a defesa dos direitos das pessoas portadoras de necessidades,<sup>117</sup> artigo 115 da lei que institui o Sistema Brasileiro de Concorrência que se remete ao CDC e LACP<sup>118</sup>, o artigo 93 do Estatuto do Idoso<sup>119</sup>, dentre outras. Assim como estas diversas leis apontadas quase todas determinam que à elas se aplica a LACP e por sua vez, esta lei assevera que à ela se aplica o CDC, logo a todas estas leis se aplica tanto a LACP, como o CDC, sendo o contrário também verdadeiro, quando possível, formando assim um emaranhado de normas processuais coletivas, o Sistema Único Coletivo.

Estabelece ainda o CDC e a LACP que se aplica de forma subsidiária o Código de Processo Civil (CPC) para a resolução das lacunas destas normas.<sup>120</sup> Aqui a disciplina normativa em uma interpretação mais apressada pode levar o intérprete a erro por certo que permite aplicar subsidiariamente ao processo coletivo, quando da omissão deste, a normativa do processo individual de forma direta e irrefletida.

<sup>116</sup> Disciplina o artigo 3º da lei 7.913/89 que: “À ação de que trata esta Lei aplica-se, no que couber, o disposto na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985” (BRASIL. Lei nº 7.913, de 07 de dezembro de 1989. Dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 dez. 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7913.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7913.htm)>. Acesso em: 05 abr. 2014).

<sup>117</sup> Disciplina o artigo 7º da lei 7.853/89 que: “Aplicam-se à ação civil pública prevista nesta Lei, no que couber, os dispositivos da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985” (BRASIL. Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 25 out. 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7853.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm)>. Acesso em: 05 abr. 2014).

<sup>118</sup> Disciplina o artigo 115 da lei 12.529/11 que: “Aplicam-se subsidiariamente aos processos administrativo e judicial previstos nesta Lei as disposições das Leis nºs 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, 7.347, de 24 de julho de 1985, 8.078, de 11 de setembro de 1990, e 9.784, de 29 de janeiro de 1999” (BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 01 nov. 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 05 abr. 2014).

<sup>119</sup> Disciplina o artigo 93 do Estatuto do Idoso que: “Aplicam-se subsidiariamente, no que couber, as disposições da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985” (BRASIL. Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 03 out. 2003. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm)>. Acesso em: 20 maio 2014).

<sup>120</sup> Disciplina o artigo 90 do CDC que: “Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições” (BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. In: *VADE MECUM* Saraiva, *op. cit.*, p. 783). Ao passo que o artigo 19 da LACP assevera que: “Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições” (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 e dá outras providências. In: *VADE MECUM* Saraiva, *op. cit.*, p. 1.359).

Quando omissa, a LACP deve-se buscar primeiro no CDC o preenchimento da lacuna, a recíproca também sendo válida, e não buscar diretamente amparo no Código de Processo Civil. Quando omissa, as normas centrais do Sistema Único Coletivo, CDC e LACP, deve-se verificar em toda a sistemática processual coletiva, como, por exemplo, nas normas exemplificadas acima da ação popular, da lei que institui o Sistema Brasileiro de Concorrência, as normas que disciplinam o controle de constitucionalidade, bem como em todas as demais normas processuais coletivas para sanar esta omissão aplicando a disciplina das normas que compõem o SUC. Somente no caso de uma segunda omissão, caso em que todo este emaranhado de normas processuais coletivas não der ainda a resposta, é que poderá ser aplicado o CPC.

Neste sentido, as normas do CPC somente podem ser aplicadas à tutela coletiva em terceiro plano. Somente após criteriosa análise da lei originária e de todo o SUC, e este também for omissa, sob pena de se ferir o espírito do processo coletivo ao aplicar normas processuais individuais à processualística coletiva. Destaca-se ainda que a aplicação do CPC ao processo coletivo deve ser feita com uma interpretação voltada ao espírito do processo coletivo. Vale dizer que ao se aplicar o CPC à tutela coletiva, devem as normas de processo individual ser reinterpretadas de acordo com as peculiaridades e necessidades do processo coletivo.

Nesta esteira este é o entendimento de Luiz Manoel Gomes Júnior e Rogério Favreto ao asseverarem que:

Deve assim ser reconhecida a existência de um Sistema Único Coletivo, ou seja, os diversos textos legais formam todo um sistema interligado. Havendo a lacuna ou ausência de disciplina normativa em um texto legal, aplica-se a norma de outra lei pertencente ao Sistema Único Coletivo, somente podendo ser invocado o Código de Processo Civil na ausência de qualquer disciplina específica ou caso haja expressa previsão legal.<sup>121</sup>

Assim, por exemplo, caso haja a omissão, que inclusive é recorrente no direito coletivo, acerca da prescrição, não poderá usar diretamente das normas do direito civil ou processual civil de imediato para sanar a lacuna. Deve-se primeiramente, analisar todo o Sistema Único Coletivo em busca do suprimento desta lacuna que poderá ser encontrado na lei da ação popular ao prever o prazo de 05 (cinco) anos para a prescrição da pretensão

---

<sup>121</sup> GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. A nova lei da ação civil pública e do sistema único de ações coletivas brasileiras: projeto de lei nº 5.139/09. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, 2009. Porto Alegre, ano V, n. 27, p. 5-21, jun./jul. 2009. p. 06.

naquela lei alicerçada.<sup>122</sup>

Rodrigo Mazzei em síntese irretocável sobre o tema, argumenta que:

O Código de Processo Civil - como norma de índole individual – somente será aplicado nos diplomas de caráter coletivo de forma *residual*, ou seja, se houver omissão específica a determinada norma, não se adentrará – de imediato – nas soluções legais previstas no Código de Processo Civil, uma vez que o intérprete deverá, antecedentemente, aferir se há paradigma legal dentro do conjunto de normas processuais do *microsistema coletivo*. Com outras palavras, somente se aplicará o Código de Processo Civil em ações coletivas quando a norma específica para o caso concreto for omissa e, em seguida, verificar-se que não há dispositivo nos demais diplomas que compõem o *microsistema coletivo* capaz de preencher o vácuo.<sup>123</sup> (Destques no original).

Destarte, a interpretação do Sistema Único das Ações Coletivas deve ser a mais ampla possível para sempre buscar no próprio Sistema, o preenchimento da lacuna e assim, evitar a busca no CPC de forma direta e irrefletida.

Somente após esta análise aberta é que se permite o preenchimento da omissão através das normas do processo individual. E esta aplicação residual das normas do processo civil individual, ao contrário do que prevê as leis de tutela coletiva, não deve ser feita apenas em relação ao CPC, mas sim, de todo o sistema processual individual, o que inclui outras leis extravagantes fora do CPC.

Portanto deve haver uma interação recíproca, um entrelaçamento de todas as normas processuais coletivas podendo ser buscado por analogia, o que é omissa em uma lei, em outra que disciplina aquela matéria lacunosa na primeira, formando assim a interação destas leis, o Sistema Único Coletivo, ao menos até que se tenha uma grande sistemática processual coletiva através de um Código de Processo Coletivo.

Por fim, em uma análise prospectiva, parece ser esta também a disciplina do projeto da nova lei da Ação Civil Pública, (Projeto de Lei 5.139/09), ao propor a criação em seus artigos 67 a 69 de uma interação entre as diversas normas de processo coletivo, além de determinar a

<sup>122</sup> Disciplina o artigo 21 da lei 4.717/65 que: “A ação prevista nesta lei prescreve em 5 (cinco) anos” (BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. In: *VADE MECUM* Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1.160).

<sup>123</sup> MAZZEI, Rodrigo Reis. A ação popular e o microsistema da tutela coletiva. In: GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon (Coord.). *Ação popular: aspectos relevantes e controvertidos*. São Paulo: RCS, 2006. p. 411-412.

aplicação residual do CPC à tutela coletiva.<sup>124</sup>

Assim, após a análise do SUC de um modo geral, convém analisar como este Sistema Único tratou as associações, objeto principal desta pesquisa.

### 3.6 O Sistema Único Coletivo e as associações

Com a nova *summa divisio* entre direito individual e coletivo, o público e o privado se aproximam e os particulares podem/devem tutelar os bens públicos.<sup>125</sup> É neste contexto que surge com grande importância para o direito coletivo as associações como uma forma de tutela e participação pela sociedade nos bens públicos/coletivos, como, por exemplo, do patrimônio público, paisagístico, cultural e estético ou do meio ambiente. Diante disto, a tutela coletiva, por intermédio do Sistema Único Coletivo, criou toda uma sistemática específica para as associações.

Como o SUC decorre da interação, interligação das normas que disciplinam o processo coletivo, no que tange aos legitimados, especialmente às associações, não é diferente. A disciplina que a tutela coletiva concebe às associações, também se encontra entrelaçada por todas as normas do SUC, aplicando assim, esta interligação das normas que disciplinam a tutela coletiva, também às associações.

Portanto, no caso de lacuna em uma determinada lei acerca da tutela coletiva por intermédio das associações, poderá se utilizar de outras normas do SUC pertinentes às associações para sanar a lacuna na forma explicitada no item anterior.

Um dos resultados de se afirmar que as associações fazem parte desta interligação do SUC é a possibilidade de tutela de qualquer direito metaindividual pelas mesmas, por certo que a disciplina da LACP possibilita a defesa de qualquer direito ou interesse difuso ou coletivo bastando observar a previsão estatutária.

Assim, pode-se afirmar que qualquer direito difuso, coletivo estrito senso e individual homogêneo pode ser tutelado pelas associações ainda que a norma que disciplina aquele

---

<sup>124</sup> Assevera os mencionados artigos: Artigo 67: “As disposições desta Lei aplicam-se à ação popular e ao mandado de segurança coletivo, no que não forem incompatíveis com as regras próprias que disciplinam e regulam as referidas ações.” Artigo 68: “Os dispositivos desta Lei aplicam-se no âmbito das relações de trabalho, ressalvadas as peculiaridades e os princípios informadores do processo trabalhista.” Artigo 69: “Aplica-se à ação civil pública e às demais ações coletivas previstas nesta Lei, subsidiariamente, a Lei no 5.869, de 1973 - Código de Processo Civil, naquilo em que não contrarie suas disposições e desde que seja compatível com o sistema de tutela coletiva” (BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei nº 5.139*, de 08 de abril de 2009, *op. cit.*).

<sup>125</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*, *op. cit.*, 2008.

determinado direito metaindividual não a contemple no rol de legitimados. A disciplina do SUC possibilita a verificação, no caso de omissão no rol de legitimados de uma lei específica, de todo o emaranhado de normas do Sistema Único que por sua vez, contempla vastamente a legitimidade das associações.

Ademais, a legitimidade das associações se mede por seus estatutos e não exclusivamente por se encontrar em um rol de legitimados em determinada lei que especifica um direito coletivo. Assim, sabido através do SUC que as associações de modo geral podem tutelar os direitos metaindividuais, por mais que uma determinada norma que discipline um direito coletivo não a coloque como legitimada ainda assim o será, pois pode seu estatuto contemplar como fim institucional a defesa daquele direito metaindividual, salvo exceções que decorrem do sistema tal qual a ação de improbidade administrativa de legitimidade exclusiva do Ministério Público e dos entes estatais interessados e as ações de controle de constitucionalidade.

As diversas leis que compõem o SUC trazem em seu texto a legitimidade das associações para a tutela coletiva. Assim, se pode observar do artigo 5º, V da LACP; artigo 82, IV do CDC; artigo 210, III do ECA; art. 81, IV Estatuto do Idoso; artigo 21 da lei 12.016/09 que institui o Mandado de Segurança Coletivo (MSC); artigo 3º da lei 7.853/89 que disciplina a Ação Civil Pública para proteção dos direitos dos portadores de necessidades especiais; artigo 47 da lei que institui o Sistema Brasileiro de Concorrência e o Conselho Administrativo de Defesa Econômico, lei 12.529/11.

Estas leis demonstram a preocupação do SUC com o acesso à justiça por intermédio das associações e o movimento pelo associativismo implantado, especialmente após a CR/88.

O próprio CDC, integrante do SUC, ao sistematizar em seu artigo 4º a Política Nacional das Relações de Consumo, assevera que a ação governamental no sentido de proteger o consumidor se dará por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas,<sup>126</sup> o que é reafirmado pelo seu artigo 106 ao determinar ao Departamento Nacional de Defesa do Consumidor, o incentivo à formação de entidades de defesa do

---

<sup>126</sup> Prescreve o artigo 4º do CDC que: “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...] II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: [...] b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas” (BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. In: *VADE MECUM* Saraiva, *op. cit.*, p. 773).

consumidor,<sup>127</sup> dentre estas, é claro, as associações.

Quanto aos requisitos para as associações proporem uma ação coletiva, verifica-se em todas as normas do SUC no que tange às associações, uma nota comum neste sentido, ao exigir a concorrência simultânea de dois requisitos, a saber, a previsão estatutária da finalidade de defesa de determinado direito coletivo, a chamada pertinência temática, e a prévia constituição de 01 (um) ano nos termos da lei civil.

A prévia constituição anual poderá ser dispensada pelo juiz quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou características do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser tutelado. A previsão legal, neste sentido, é de expressiva importância na flexibilização do acesso à justiça pelas associações na defesa dos direitos coletivos. Destaca-se que ainda que a lei específica não preveja a possibilidade de dispensa da prévia constituição anual, como a lei 7.853/89 que dispõe sobre a proteção dos direitos das pessoas portadoras de necessidades especiais não a faz, poderá ser dispensado tal prazo em razão da previsão em outras normas do SUC.<sup>128</sup>

Questão interessante a se indagar é se uma associação que ao iniciar uma ação coletiva ainda não possua a prévia constituição anual, mas no momento do provimento jurisdicional já tenha completado um ano de constituição, poderá ou não, promover a tutela coletiva?

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) em decisão sobre o tema relatada pela Ministra Nancy Andrighi entendeu que pelo princípio da economia processual e da efetividade da jurisdição, que se deve reconhecer legitimidade à associação que completa um ano de constituição no decorrer do processo.<sup>129</sup> Esta decisão demonstra a interpretação ampla e flexível que se deve dispensar à tutela coletiva.

Outra questão relacionada ao prazo de um ano de prévia constituição é a necessidade

<sup>127</sup> Assevera o art. 106 do CDC que ao Departamento Nacional de Defesa do Consumidor caberá: “[...] IX - incentivar, inclusive com recursos financeiros e outros programas especiais, a formação de entidades de defesa do consumidor pela população e pelos órgãos públicos estaduais e municipais” (BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. In: *VADE MECUM* Saraiva, *op. cit.*, p. 784).

<sup>128</sup> Dispõe o mencionado artigo 3º da lei 7.853/89 que: “As ações civis públicas destinadas à proteção de interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de deficiência poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal; por associação constituída há mais de 1 (um) ano, nos termos da lei civil, autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção das pessoas portadoras de deficiência” (BRASIL. Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. *Diário Oficial da União, op. cit.*, 1989).

<sup>129</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 705.469-MS. 2004/0167202-1. 3. T. Relator: Ministra Nancy Andrighi, j. 16/06/2005. *Diário de Justiça*, Brasília, 01 ago. 2005. p. 456. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 04 ago. 2014.

ou não de se exigir novo período ânuo quando o estatuto da associação é alterado substancialmente passando a prever novas finalidades sociais antes não previstas.

Como o escopo do prazo ânuo é coibir abusos e evitar ações coletivas por associações despreparadas ou criadas *ad hoc* para ações coletivas com fins políticos, deve-se, quando haja alteração substancial no estatuto mudando parcialmente a finalidade da associação, ser respeitado novo prazo ânuo para a propositura de ações coletivas em relação àquelas finalidades estatutárias alteradas. Esta cautela é importante para manter a higidez do sistema coletivo e não se permitir a mudança incessante dos estatutos para atender situações peculiares e perseguições políticas. Dessa forma, possibilita-se também, uma maior solidez nas ações propostas pelas associações. Contudo, restando presentes também os requisitos para que o juiz possa dispensar a prévia constituição, poderá também fazê-lo quando ocorrer a mudança substancial do estatuto da associação.

Outra questão comum dentro do SUC está relacionada às associações, é a (in) dispensabilidade da autorização específica da assembleia para propor as ações coletivas. Quando da afiliação do associado este, presumivelmente já conhece o estatuto que ao aderir, já autoriza previamente a ação coletiva da associação.

Ademais, disciplina o artigo 82, IV do CDC que é dispensada a autorização da assembleia para a propositura das ações coletivas.<sup>130</sup> Fazendo parte este Código do SUC irradia por todo o sistema do direito coletivo, a presente normatização, dispensando em qualquer ação coletiva, a autorização específica da assembleia.

Confusão não pode ser feita com a necessidade de autorização expressa para que a associação represente seus membros exigida pelo artigo 5º XXI da CR,<sup>131</sup> pois aqui se trata claramente de representação, ligada ao processo individual, o que não se confunde com a legitimidade coletiva para propor as ações coletivas baseadas no SUC<sup>132</sup>, fim institucional das associações.

Cabe ressaltar que o STF na súmula 629 já decidiu sobre o tema asseverando que “a impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados

---

<sup>130</sup> BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. In: *VADE MECUM* Saraiva, *op. cit.*, p. 782.

<sup>131</sup> Dispõe o artigo 5º XXI da CR que: “As entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. In: *VADE MECUM* Saraiva, *op. cit.*, p. 08).

<sup>132</sup> Neste sentido Kazuo Watanabe In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto, *op. cit.*, p. 760 e LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, *op. cit.*, p. 167.

independe da autorização destes”<sup>133</sup>. Contudo, esta interpretação deve ser extensiva a qualquer ação coletiva e não somente ao MSC, bem como ainda aplicado a qualquer caso de legitimação coletiva.

Nesta mesma linha outra discussão que vem sendo travada no SUC das associações é da extensão da coisa julgada no caso dos direitos coletivos estrito senso e individuais homogêneos no sentido de se as decisões nestas formas de tutela atingem apenas aos associados ou a todas as pessoas naquela situação do ilícito.

A discussão ganhou novo fôlego após a edição da lei do Mandado de Segurança Coletivo, pois passou a prever que no caso do Mandado de Segurança impetrado por associações ou sindicatos a decisão só tem efeito em face de seus membros ou associados, o que leva a crer que aqueles que não são associados ao sindicato ou associação não podem ser contemplados pela decisão ainda que estejam na mesma situação do ilícito daqueles que são associados.

Primeiramente, cabe destacar que quando se trata de direitos difusos não há grandes problemas relacionados às associações, pois pela própria natureza desta forma de tutela não se beneficia, aqueles que não são membros das associações. Basta lembrar, como exemplo, a tutela do meio ambiente, logicamente aqui nem mesmo há como discutir a extensão da coisa julgada somente aos associados.

Quanto aos direitos coletivos estrito senso e individuais homogêneos o CDC assevera que a coisa julgada se estenderá ao grupo, categoria ou classe, no primeiro caso e às vítimas e sucessores no segundo caso.

Veja que a disciplina do CDC, aplicável a toda a tutela coletiva pela extensão do SUC, menciona em grupo de lesados ou vítimas. Estes podem ser pessoas associadas ou não, de uma associação que intentou determinada ação coletiva.

Como um dos escopos da tutela coletiva é molecularizar a tutela e evitar o aumento das lides individuais, nada mais compatível com este objetivo que estender os benefícios do julgado de ação impetrada por associação para todos aqueles que estão na mesma situação. Ressalta-se que o CDC prescreve que a coisa julgada se expande até o grupo e vítimas lesadas, direitos coletivos estrito senso e individuais homogêneos, que podem ou não pertencer a uma associação.

Hugo Nigro Mazzilli compartilha deste entendimento asseverando que como as

---

<sup>133</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 629: “A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes”. *Diário de Justiça*, Brasília, 09 out. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=629.NUM E.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 20 maio 2014.

associações estão em mesmo patamar de igualdade dos demais legitimados “nada impede que o pedido que façam beneficie também pessoas que delas não são associados”<sup>134</sup>.

O STJ já decidiu neste sentido firmando entendimento que as associações de moradores podem propor ação que beneficie grupos maiores que apenas seus associados,<sup>135</sup> podendo assim pleitear em juízo tutela que favoreça todos aqueles que se encontrem na situação de lesão ou ameaça, sejam eles associados ou não, desde que esteja aquele direito dentro dos fins institucionais da associação.<sup>136</sup>

Quanto ao Mandado de Segurança Coletivo impetrado por associações, sindicatos e entidades de classe, surge nova discussão, pois a disciplina da lei do MSC, lei 12.016/09, prevê expressamente que a ação poderá ser impetrada na defesa dos direitos de seus membros ou associados, artigo 21, sendo que a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria de substituídos pelo impetrante, artigo 22 da mencionada lei.<sup>137</sup>

Hugo Nigro Mazzilli em estudo sobre o tema corrobora o prescrito na lei do MSC ao afirmar, diferentemente do entendimento acima, que “para os fins do mandado de segurança coletivo, a organização sindical, a entidade de classe ou a associação só podem agir em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de partes, dos seus membros ou associados”<sup>138</sup>. Com a devida *venia* não parece ser o melhor entendimento.

Apesar de entendimentos diversos, aqui se aplica o mesmo raciocínio acima para a tutela geral dos direitos coletivos estrito senso e individuais homogêneos. A decisão em MSC se aplica a todos aqueles que se encontram na situação do ilícito e não somente aos membros associados ao legitimado, sindicato, entidade de classe ou associação.

A situação tutelada em direito coletivo, via de regra, não pode ser cindida pela própria natureza do direito coletivo. Não cabe ao jurídico delimitar aquilo que no plano fático-natural é impossível de delimitação.

A extensão da sentença no MSC não pode se limitar aos membros do grupo ou categoria de substituídos, “os limites subjetivos da coisa julgada nas demandas que tutelam

<sup>134</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*, *op. cit.*, p. 333.

<sup>135</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 31.150-SP. 2. T. Relator: Ministro Ari Pargendler, j. 20/05/1996. *Diário de Justiça*, Brasília, 10 jun. 1996. p. 20.304. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 05 ago. 2014.

<sup>136</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Agravo de Recurso Especial nº 648.811-PR. 3. Turma. Relator: Ministra Nancy Andrighi, j. 20/06/2004. *Diário de Justiça*, Brasília, 02 ago. 2004. p. 394. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 03 ago. 2014.

<sup>137</sup> BRASIL. Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. In: *VADE MECUM* Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1.751.

<sup>138</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*, *op. cit.*, p. 333.

interesses individuais homogêneos [...se estende por...] todos os que se encaixem na situação fática advinda da sentença”<sup>139</sup>.

Assim, imagine o exemplo em que certa instituição de ensino superior descumpra determinada norma em uma situação fática. A associação de alunos daquela instituição impetre o MSC, sendo procedente teria cabimento no plano fático a sentença beneficiar apenas os associados? Poderia colegas de sala uns serem beneficiados pela decisão e outros não, permitindo que a instituição perante os alunos associados cumpra a lei e em relação àqueles não associados a ilegalidade se perpetue? Assim restaria aos lesados não associados impetrar individualmente o mandado, atomizando as demandas e ferindo o espírito do processo coletivo.

Em casos como tais, a extensão da sentença deve se irradiar até onde pessoas com situações idênticas decorridas do mesmo fato estão sendo lesadas. No MSC, portanto a extensão subjetiva do julgado se estenderá a “todos os que se encaixem na situação fática advinda da sentença” e não apenas aos substituídos pelo legitimado impetrante.

Em recente decisão após a edição da nova lei do Mandado de Segurança (MS), o STJ enfrentou a matéria decidindo que não há que se falar em limitação dos efeitos do julgado apenas àqueles cujos nomes estejam em lista de substituídos acostada à petição inicial. Entendeu ainda ser irrelevante o fato de a totalidade dos interessados não serem filiados à associação, pois os efeitos do julgado estendem-se a todos aqueles que se encontram ligados pelo mesmo vínculo jurídico independentemente de sua vinculação com a associação ou sindicato.<sup>140</sup> Espera-se que esta seja a orientação jurisprudencial doravante.

Por fim, cabe discutir as inovações trazidas para a tutela coletiva em relação às associações pela lei 9.494/97, pois tal norma também faz parte do SUC e aplica-se às associações ainda que negativamente, analisando esta norma do ponto de vista do desenvolvimento da tutela coletiva pelas associações.

No intuito de conter as ações coletivas em face da administração pública, foi inserido à lei 9.494/97, por intermédio de várias reedições de Medidas Provisórias (MProv.), o artigo 2º - A e parágrafo único que em suma prescreve que nas ações coletivas propostas por associações na defesa dos direitos de seus associados, a sentença abrangerá apenas os substituídos que tenham na data da propositura da demanda, domicílio no âmbito da

<sup>139</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha; KLIPPEL, Rodrigo. *Comentário à tutela coletiva: lei de ação civil pública, código de defesa do consumidor e lei da ação popular: doutrina, jurisprudência e questões de concurso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 170.

<sup>140</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de declaração em Mandado de Segurança nº 12.375-DF. 2006/0247032-8. 3. T. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. 10/11/2010. *Diário de Justiça*, Brasília, 22 nov. 2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 03 ago. 2014.

competência territorial do órgão prolator e que nas ações propostas em face da administração direta e suas autarquias e fundações a petição inicial será acompanhada pela ata da assembleia da associação que a autorizou acompanhada da relação nominal e endereço de seus associados.<sup>141</sup>

Primeiramente deve-se destacar que a norma em análise é inconstitucional por três motivos. Primeiro, a inconstitucionalidade é formal uma vez que o assunto não poderia ser tratado por MProv. por faltar os requisitos da relevância e urgência. Segundo, por incorrer em lesão ao princípio da igualdade em dois sentidos, pois trata um legitimado, associações, diversamente dos demais, para os quais não há tais exigências, sem qualquer fundamentação para tal, bem como distingue as pessoas, por certo que permite que situações semelhantes tenham decisões totalmente diferentes no caso de situações idênticas, mas julgadas por juízes diferentes. Terceiro, a diferenciação não está de acordo com a nova *summa divisio* entre direito individual e direito coletivo, o que cria verdadeiro privilégio para o Estado calcado na tradicional e não mais aplicável, divisão do direito entre privado e público, inserindo a administração pública neste último, o que permite a esta gozar de inúmeras regalias em nome de um falso interesse público. Destarte inaplicável a presente normativa à tutela coletiva por flagrante inconstitucionalidade.

A presente norma também não poderá ser aplicada à tutela coletiva, pois trata-se na verdade, do instituto da representação aplicável apenas ao processo individual, diferentemente da legitimidade coletiva. A necessidade de autorização da assembleia e limitação da coisa julgada apenas para os associados, é uma exigência tipicamente ligada à representação, encontrando amparo no artigo 5º, XXI da CR, diferentemente da legitimação para a ação coletiva, que como visto acima, a decisão não se limita aos associados expandindo-se a todos que se encontram na situação de lesão ou ameaça, a “todos os que se encaixem na situação fática advinda da sentença”<sup>142</sup>.

A limitação da coisa julgada apenas àqueles que tem domicílio no âmbito da competência do órgão prolator também não subsiste, primeiramente por confundir os limites da jurisdição com a competência funcional (em última análise confunde coisa julgada com jurisdição e competência) e secundamente, a delimitação territorial da sentença não deve-se

<sup>141</sup> BRASIL. Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 dez. 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19494.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19494.htm)>. Acesso em: 20 maio 2014.

<sup>142</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha; KLIPPEL, Rodrigo. *Comentário à tutela coletiva: lei de ação civil pública, código de defesa do consumidor e lei da ação popular: doutrina, jurisprudência e questões de concurso*, *op. cit.*, p. 170.

aplicar, por certo que a decisão deve-se irradiar por todo o território onde haja lesão ou ameaça a direito que se encaixe naquela situação advinda da sentença. Vale dizer, a abrangência da coisa julgada se determinará pela causa de pedir e pedido e pela extensão do ilícito e não por limites geográficos. A norma em apreço mede a jurisdição pelo legitimado da ação e não pelo objeto tutelado ou pela extensão do ilícito e do provimento.

A restrição é totalmente inócua por certo que no caso das associações sua “legitimidade” e o “alcance da decisão” decorrem de seus estatutos, ou seja, caso uma associação tenha organização estadual ou nacional, a regra será inútil, pois a decisão está restrita àqueles que tem domicílio no âmbito de competência do órgão julgador, contudo, a associação poderá ter abrangência nacional, inclusive arrolando lista nacional de substituídos na peça de ingresso.

É inócua ainda, pois o próprio SUC, prevê que nas hipóteses de dano regional ou nacional, a competência será do foro da capital do Estado ou Distrito Federal o que possibilita que a decisão tenha abrangência estadual ou nacional.<sup>143</sup> Bem como ainda poderá ser manejado diversos recursos inclusive para tribunais superiores, caso e que a decisão terá abrangência nacional.<sup>144</sup>

Como se observa, a discussão levantada neste tópico é de vital importância no caso da tutela do direito fundamental à saúde, objeto deste trabalho, afirmando-se após as análises acima que as associações podem tutelar o direito à saúde de toda uma coletividade ainda que não sejam seus associados, desde que na mesma situação do ilícito, ainda que não tenham os mesmos domicílio no âmbito de competência territorial do julgador, independente de lista de rol de substituídos e ata de assembleia que autoriza a ação coletiva, podendo-se utilizar de forma idêntica de toda e qualquer tutela, inclusive o Mandado de Segurança Coletivo, possibilitando assim uma maior efetividade deste direito fundamental.

---

<sup>143</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, op. cit., p. 306-307.

<sup>144</sup> GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*, op. cit., p. 178. C. f. também no mesmo sentido RO em MS nº 23.566-DF (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 23.566-DF. 1. T. Relator: Ministro Moreira Alves, j. 19/02/2002. *Diário de Justiça*, Brasília, 12 abr. 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2823566%2E+OU+23566%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://ti nyurl.com/orxvzzk>>. Acesso em: 09 abr. 2014).

## 4 AS AÇÕES COLETIVAS E AS ASSOCIAÇÕES: PONTOS CONTROVERTIDOS

As ações coletivas guardam em si diversas peculiaridades em relação aos institutos processuais tradicionais de ordem individual. Estes institutos quando aplicados à tutela coletiva devem ser reinterpretados de acordo com a necessidade desta forma diferenciada de tutela. Muitas vezes, diversas interpretações diferentes surgem a partir daí e trazem dúvidas e grandes discussões, que por vezes, restringem a efetividade dos direitos coletivos.

Quanto à tutela coletiva por intermédio das associações, esta discussão ainda é mais elevada, dada as peculiaridades desta legitimada. Assim neste tópico se discutirá os pontos nevrálgicos da tutela coletiva por intermédio das associações, que é o objeto deste trabalho. Destarte, se discutirá acerca das condições da ação na tutela coletiva pelas associações, a exigência de pertinência temática com o objeto tutelado e se se aplica no Brasil em relação a esta legitimada as exigências da representatividade adequada, por verificar que estes são alguns dos pontos de maior discussão na literatura especializada e nos tribunais pátrios. Destaca-se também, que dificilmente no âmbito da tutela coletiva é suficiente analisar estes temas de forma isolada, assim, ao se falar de legitimidade deverá se falar também em pertinência temática e representatividade adequada e assim sucessivamente. Portanto, a discussão é de toda importância, uma vez que um claro entendimento destas matérias poderá refletir em uma melhor efetividade dos direitos coletivos, especialmente o direito fundamental à saúde, objeto do estudo.

### 4.1 Legitimidade

A legitimidade no processo individual é uma das condições da ação, ou requisitos da ação, ao lado do interesse processual e da possibilidade jurídica do pedido. Quando em um processo faltante a legitimidade seja ativa ou passiva, a resolução que o CPC prevê é a extinção sem análise de mérito por ser a parte carecedora de ação.<sup>145</sup>

Diz Alexandre Câmara que tem legitimidade para a causa, o titular da relação jurídica deduzida no processo.<sup>146</sup> Esta definição de legitimidade parece vincular o direito de ação à relação jurídica material que traz a falsa impressão de que só seria legítimo, aquele que de fato tivesse um direito material certo a ser deduzido em juízo.

<sup>145</sup> Disciplina o artigo 267 do CPC que: “Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: [...] VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual” (BRASIL. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. In: *VADE MECUM* Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 376).

<sup>146</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. I, p. 129.

O próprio autor explica que não é bem assim. De fato, ao se analisar a legitimidade da relação processual deverá ser levado em conta a relação jurídica material deduzida, não se exigindo que o legitimado seja o titular certo do direito material, mas ainda que em uma cognição superficial e provisória, a relação jurídica material deverá ser analisada. Assim se alguém se diz legítimo a cobrar uma dívida, se diz ser o titular do direito, se diz ser o titular do crédito.

Portanto, terá legitimidade ativa, o possível titular de um direito vindicado e legitimidade passiva aquele que possivelmente suportará os efeitos de tal decisão. Diz-se aparente, pois no ordenamento pátrio, a legitimidade em um primeiro momento é analisada de forma rasa, a certeza virá com o provimento final. Neste sentido, é o que defende Arruda Alvim ao afirmar que “estará legitimado o autor quando for o possível *titular* do direito pretendido, ao passo que a legitimidade do réu decorre do fato de ser ele a pessoa indicada, em sendo procedente a ação, a suportar os efeitos oriundos da sentença”<sup>147</sup>.

Desta forma, a legitimidade não se vincula inexoravelmente à relação jurídica de direito material. Porém para verificar se alguém é legítimo para figurar no polo da ação, deve ser analisada ainda que superficialmente esta relação. O legitimado ativo será *aquele que se diz ser o possível titular do direito vindicado* e legitimado passivo será *aquele que possivelmente sofrerá os efeitos da decisão*, se o será ou não dirá o provimento.

Na tutela individual, a regra é a legitimidade ordinária em que alguém, em nome próprio, pleiteia direito próprio, sendo exceção a legitimidade extraordinária em que o ordenamento permite a defesa de direito alheio em nome próprio.

Na tutela coletiva, as regras da legitimidade ordinária do direito individual não conseguem explicar a legitimidade para a ação coletiva, pois aqui os legitimados não defendem em nome próprio, direito próprio, defendem em nome próprio, direito que pertence a toda uma coletividade, mas ao mesmo tempo defendem uma parcela de seu direito como, por exemplo, na ação popular.

Diante destas peculiaridades, a literatura especializada criou diversas denominações para a legitimidade coletiva que ora passa a analisar.

Para Rodolfo de Camargo Mancuso, a legitimidade na ação coletiva é ordinária. Quando se trata do cidadão na defesa dos direitos coletivos, como no caso da ação popular, defende ele a coletividade e também sua cota-parte nos interesses coletivos, tutela assim, interesse próprio. Ao passo que quando se trata dos grupos legalmente autorizados, também a

---

<sup>147</sup> ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Tratado de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. v. I, p. 330.

legitimação é ordinária, uma vez que o legitimado “sustenta em nome próprio interesses para os quais a lei os considerou idôneos”<sup>148</sup>. Segundo Mancuso, é o caso das associações que sendo autorizadas pela lei, defendem posição jurídica própria aderente à sua finalidade institucional, assim estará defendendo interesse próprio, seus fins institucionais, em nome próprio<sup>149</sup>, artigo 6º do CPC<sup>150</sup>, daí decorre a legitimidade ordinária.

Hugo Nigro Mazzilli entende que não se deve fazer a distinção da legitimidade a depender do direito, se difuso ou coletivo estrito senso ou individuais homogêneos. Salienta o autor que “para nós, a legitimação será extraordinária sempre que alguém, em nome próprio, defenda direito alheio, pouco importando se o substituído é pessoa determinada ou um grupo indeterminado de pessoas”<sup>151</sup>. Portanto para Mazzilli, a legitimidade em matéria de direitos metaindividuais será sempre extraordinária, na qualidade de substituição processual, haja vista que certos legitimados pleiteiam em nome próprio, direito alheio.

Fredie Didier também entende se tratar tal legitimação de extraordinária asseverando que “adota-se o entendimento de que há legitimação extraordinária toda vez que exista uma incoincidência entre o legitimado a demandar e o sujeito da relação jurídica material deduzida em juízo, fenômeno que ocorre na tutela coletiva [...]”<sup>152</sup>.

Para Ricardo de Barros Leonel, há a necessidade de se abandonar as concepções tradicionais e absolutas acerca da legitimidade. Para o autor, na defesa dos direitos metaindividuais, o legitimado defende direito alheio e não se pode falar de legitimação ordinária, bem como ainda na defesa deste direito da coletividade, atua ao menos em parte, em direito que também lhe é afeto, como o caso da ação popular, não se podendo falar de legitimidade extraordinária pura.

Para o autor, a natureza jurídica desta legitimidade é de “legitimação denominada autônoma para a condução do processo” para os direitos difusos e coletivos estrito senso e legitimação extraordinária na qualidade de substituição processual para os direitos individuais homogêneos,<sup>153</sup> o que encontra correspondência no pensamento de Arruda Alvim<sup>154</sup> e Nelson

<sup>148</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, *op. cit.*, p. 216-217.

<sup>149</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, *op. cit.*, p. 272-273.

<sup>150</sup> Disciplina o artigo 6º do CPC que: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei” (BRASIL. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. In: *VADE MECUM* Saraiva, *op. cit.*, p. 357).

<sup>151</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*, *op. cit.*, p. 65-66.

<sup>152</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11. ed. v. 1. Salvador: Jus Podivm, 2009. p.193.

<sup>153</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, *op. cit.*, p. 158-159.

<sup>154</sup> ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Ação civil pública. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 22, v. 87, p. 149-165, jul./set. 1997. p. 156.

Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery.<sup>155</sup>

Luciano Velasque Rocha ao discutir a natureza jurídica da legitimidade especificamente das associações afirma se tratar de legitimidade institucional, uma vez que a mesma é criada e levada a efeito para a consecução de certos fins institucionais inseridos no estatuto, o fundamento do agir das associações decorre da escolha de sua finalidade institucional.<sup>156</sup>

Para Luiz Manoel Gomes Júnior as ações coletivas são institutos novos que não se adequam perfeitamente aos ditames originais do processo individual, devendo o intérprete adaptar os institutos processuais individuais às vicissitudes da tutela coletiva.

Assim para o referido autor não se pode falar, na tutela coletiva, de legitimidade extraordinária, por certo que o legitimado coletivo defende diretamente também, seu direito, como na ação popular, ou institucionalmente, na proteção de um direito coletivo para o qual o legitimado se institui. Não se poderá falar ainda em substituição processual, pois uma das premissas desta forma de legitimação é que o substituído suporte os efeitos da demanda, positivos ou negativos, ao passo que na tutela coletiva, isto não ocorreria, uma vez que na hipótese de julgamento improcedente não afasta a possibilidade da perseguição do interesse pela tutela individual.

Para o autor, não há que se falar em aplicação dos conceitos de legitimidade do processo individual para o coletivo, bem como ainda não poderá haver uma espécie de legitimação para os direitos individuais homogêneos e outra para os difusos e coletivos estrito senso, “haverá no caso dos entes legitimados para atuar no polo ativo das ações coletivas, sempre, uma legitimação processual coletiva”<sup>157</sup>.

Este parece ser o melhor enquadramento da natureza jurídica da legitimidade coletiva que afasta a importação irrefletida dos conceitos próprios do processo individual, fato corriqueiro no processo coletivo e que pode restringir seu alcance. Bem como ainda não importa se o legitimado coletivo defenderá direito alheio ou também sua cota parte e não separa a legitimidade a depender do direito tutelado. Portanto, a forma de atuação dos legitimados se dá através de uma legitimação coletiva.

Esta legitimidade coletiva de agir das associações, assim como no processo individual decorre não somente da lei, mas do ordenamento, portanto caso não exista a previsão expressa da legitimidade das associações para a defesa de determinado direito coletivo, elas poderão

---

<sup>155</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 1.414.

<sup>156</sup> ROCHA, Luciano Velasque. *Ações coletivas: o problema da legitimidade para agir*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 158.

<sup>157</sup> GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. Sistema coletivo: porque não há substituição processual nas ações coletivas. *Revista de Processo*, *op. cit.*, p. 468.

mesmo assim, atuar, pois sua legitimidade deve ser buscada no ordenamento em que o SUC lhe dá suporte por meio das diversas leis que preveem a legitimação das associações.

Ademais, como dito acima, a legitimidade das associações se mede pelos seus estatutos, assim, sua legitimidade é posta por si mesma. Com efeito, a legitimidade das associações é vasta e pode tutelar qualquer direito coletivo, desde que presente esta finalidade em seu estatuto.

Importa frisar que esta legitimidade é concorrente e disjuntiva, o que significa dizer que é repartida com outros co-legitimados e que a atuação das associações independe da anuência dos demais legitimados.

O SUC tratou a legitimidade das associações de duas formas: a legitimidade das associações gerais, lato senso sendo aquelas constituídas sem objetivos lucrativos e que consta em seus estatutos a finalidade de defesa de determinado direito coletivo como, por exemplo, uma associação de defesa do patrimônio histórico, e as associações estrito senso ou diferenciadas, tratadas pelo SUC com nome e finalidades próprias tais como os sindicatos, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e os partidos políticos. O SUC trata tais legitimados especialmente nas leis de controle de constitucionalidade e na lei que institui o Mandado de Segurança Coletivo.

Nota-se das diversas leis que disciplina o direito coletivo, além da indicação expressa das associações como legitimadas, a inserção específica dos sindicatos, dos partidos políticos e da OAB no rol dos legitimados. Estes entes também possuem a natureza jurídica de associações, mas diferentemente das associações lato senso, não necessitam da prévia constituição ânua e sua finalidade não decorre, em regra, de seu estatuto e sim da lei. Há ainda para os mesmos, uma forma diferenciada de pertinência temática que reflete na sua maior ou menor legitimidade para a ação coletiva. Assim convém analisar detidamente cada uma destas associações legitimadas.

A Ordem dos Advogados do Brasil é uma entidade que se caracteriza como serviço público tendo por finalidade, segundo o artigo 44, I da lei 8.906/94:

defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas.<sup>158</sup>

---

<sup>158</sup> BRASIL. Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). In: *VADE MECUM* Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1.021.

Observa-se que a incumbência da OAB é extremamente ampla, o que a possibilita defender toda sua classe, mas também tem um papel bastante relevante na defesa da Constituição, do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos e da justiça. E é justamente na defesa destes objetivos, que pode a OAB utilizar-se das ações coletivas sem qualquer restrição de finalidade estatutária, sem demonstração de pertinência temática. Vale dizer, a legitimidade da OAB na tutela coletiva é ampla e irrestrita, inclusive para a defesa dos direitos individuais homogêneos.<sup>159</sup> Ao lado do Estado, a OAB tem a maior e mais ampla legitimidade para ações coletivas, o que a possibilita assim a tutela coletiva do direito à saúde.

Quanto aos partidos políticos, sua natureza jurídica também é de associação, sendo que sua diferença quanto às demais é seu objeto específico de defesa da ordem democrática e do sistema representativo. Logo, sendo associação, estará legitimado para a tutela coletiva utilizando-se de qualquer ação coletiva. A diferença dos partidos políticos como associações para as demais associações lato sensu é que nestas, a pertinência temática decorre de seus estatutos que geralmente se limita a um interesse ou direito coletivo, ao passo que a pertinência temática dos partidos, que é ampla, decorre da lei podendo este defender o regime democrático e os direitos fundamentais.

Os partidos políticos, nos termos do artigo 1º da lei 9.096/95, se destinam a assegurar no interesse do regime democrático, o sistema representativo e a defender os direitos fundamentais o que poderá ser perfeitamente realizável por intermédio da tutela coletiva, aqui leia-se qualquer ação coletiva, e não somente o Mandado de Segurança.<sup>160</sup>

Na consecução destas finalidades, os partidos políticos agem muito além da defesa dos interesses de seus integrantes ou à finalidade partidária. A defesa dos direitos fundamentais, e do regime democrático são direitos que desrespeitam à coletividade e não tão somente aos integrantes do partido político. Logo, não há pertinência temática na tutela coletiva por intermédio dos partidos no sentido desta defesa ocorrer tão somente no interesse de seus integrantes ou à finalidade partidária.

Quando a lei acima apontada prescreve que os partidos políticos devem tutelar os direitos fundamentais, abre a possibilidade da defesa de um rol ilimitado de direitos de toda a coletividade e que não pertencem tão somente aos integrantes do partido.

A própria Constituição de 1988 quando disciplinou o MSC asseverou que este poderia ser impetrado por partidos com representação no Congresso Nacional, sem mencionar

---

<sup>159</sup> GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*, op. cit., p. 64.

<sup>160</sup> BRASIL. Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre os partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, V, da Constituição Federal. In: *VADE MECUM* Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1.534.

qualquer pertinência temática como limitação. Portanto, na defesa da democracia e dos direitos fundamentais, artigo 1º da lei 9.096/95, podem os partidos políticos usar da tutela coletiva irrestritamente.

Assim quando a lei que regulamenta o Mandado de Segurança Coletivo, lei 12.016/09, autoriza que o mesmo possa ser usado apenas para a defesa dos direitos relativos aos integrantes do partido e à finalidade partidária, incorre em clara inconstitucionalidade, pois restringiu, onde a CR não o fez.

Aqui ocorre um caso claro em que a legitimidade não decorre da lei, mas do ordenamento. Apesar das principais leis do sistema coletivo, LACP e CDC, não contemplarem a legitimidade dos partidos políticos, o SUC a contempla por intermédio da lei do Mandado de Segurança, das leis que disciplinam o controle de constitucionalidade e da própria CR. Portanto, como as leis mencionadas fazem parte do SUC e devendo os partidos políticos defender o regime democrático e os direitos fundamentais, pode-se afirmar que sua legitimação é ampla para qualquer direito coletivo e podem utilizar-se de qualquer ação coletiva e não só do Mandado de Segurança, pois não é crível que se possa utilizar do Mandado de Segurança Coletivo para a defesa de um direito coletivo e para a defesa deste mesmo direito não se possa utilizar de uma ação coletiva ordinária, ademais para a defesa dos direitos coletivos são admissíveis todas as espécies “ações” capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela. Portanto, estão os partidos políticos também legitimados à tutela coletiva do direito fundamental à saúde, objeto deste trabalho.

Esta posição também é sustentada na literatura especializada por Luiz Manoel Gomes Júnior ao asseverar que podem os “partidos políticos atuarem na defesa de qualquer tipo de interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo, ainda que na defesa de não filiados”<sup>161</sup>. Já Hugo Nigro Mazzilli tem posição restritiva afirmando que os partidos políticos podem propor qualquer ação coletiva ou civil pública desde que em defesa dos interesses de seus membros ou para as próprias finalidades institucionais, o que se repete para o mandado de segurança coletivo<sup>162</sup>. Por seu turno, Ricardo de Barros Leonel, mudando seu entendimento na terceira edição de seu livro, Manual do Processo Coletivo, tem interpretação intermediária ao afirmar que os partidos políticos devem ter legitimidade ampla para a propositura de Ações Cíveis Públicas. Contudo, quanto ao MSC, devem obedecer o mandamento da lei defendendo apenas

---

<sup>161</sup> GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*, op. cit., p. 66.

<sup>162</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*, op. cit., p. 335.

os interesses dos afiliados ou a finalidade partidária,<sup>163</sup> o que não faz sentido, ao que parece, pois basta que os partidos se utilizem de ações coletivas ordinárias com pedidos de tutela antecipada ou liminares para que se atinja o mesmo efeito de rapidez e eficácia do Mandado de Segurança e neste caso, não terá qualquer restrição.

A jurisprudência do STJ e STF desde a edição da CR/88 se firmou no sentido de que se exige a pertinência temática dos partidos políticos que podem defender a título coletivo, somente os interesses de seus afiliados ou a finalidade partidária, o que ganhou força com a edição da nova lei do Mandado de Segurança<sup>164</sup>. Espera-se que com as mudanças constantes que vem ocorrendo na composição dos ministros destas Cortes, tal entendimento também se altere.

Quanto à legitimidade dos sindicatos, esta foi tratada no artigo 8º inciso III da CR asseverando que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”<sup>165</sup>.

Para os sindicatos, ao que parece, há a limitação de atuação em defesa dos interesses e direitos relacionados às questões trabalhistas da categoria. Há, portanto a exigência de correlação entre os fins institucionais, que é a defesa dos interesses trabalhistas lato senso, e o interesse coletivo tutelado o que restringe a legitimidade da atuação coletiva destas agremiações.

Como a finalidade dos sindicatos é a defesa dos interesses e direitos da categoria, sua legitimidade se restringe a estas questões não havendo que se falar em interpretação que permita aos sindicatos a tutela de qualquer direito coletivo, senão àqueles atinentes às questões trabalhistas da categoria. Mesmo assim, algumas questões devem ser levantadas acerca desta legitimidade.

A legitimidade dos sindicatos, apesar de restrita à categoria, se estende para a defesa de qualquer forma de direito metaindividual, sejam, difusos, coletivos estrito senso e individuais homogêneos, uma vez que prescreve a CR/88 que cabe aos sindicatos, a defesa dos direitos coletivos, no plural, o que leva a crer que quis dizer a Constituição direitos

<sup>163</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, op. cit., p. 155.

<sup>164</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 196.184-AM. 1. T. Relator: Ministra Ellen Gracie, j. 27/10/2004. *Diário de Justiça*, Brasília, 18 fev. 2005. p. 06. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28196184%2EENUME%2E+OU+196184%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lwddf2a>>. Acesso em: 05 ago. 2014. No STJ: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 1.252-DF. 1. T. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Relator p/ Acórdão Ministro Américo Luz, j. 17/12/1991. *Diário de Justiça*, Brasília, 13 abr. 1992. p. 4.968. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 05 ago. 2014.

<sup>165</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. In: VADE MECUM Saraiva, op. cit., p. 13.

difusos, coletivos estrito senso e individuais homogêneos, até mesmo porque em uma interpretação cronológica naquele momento da edição da CR/88, não se conhecia a diferenciação e conceituação destes direitos que só foi trazida para o ordenamento com o CDC em 1990. Ademais não há qualquer vedação legal para tal e na seara trabalhista é perfeitamente possível a defesa de todas estas formas de direito.

Outra questão que outrora já causou grandes debates é a possibilidade ou não de tutelar o sindicato coletivamente, a defesa dos interesses de apenas parte de sua categoria. Isto se apresenta também perfeitamente possível, eis que determinado ilícito pode atingir apenas parte da categoria e não a totalidade. A celeuma também já foi decidida com a edição da súmula 630 do STF asseverando que “a entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria”<sup>166</sup>.

Outra questão que se pode levantar é se esta legitimidade persiste quando a tutela dos interesses coletivos de parte da categoria prejudicar outra parte da mesma categoria. O STJ em reiteradas decisões, tem entendido que neste caso, perderia a legitimidade, o sindicato que se propusesse à defesa dos interesses de certos afiliados, em prejuízo dos demais.<sup>167</sup> Defende-se neste trabalho, porém que se a parte da categoria prejudicada for ínfima em relação à parte beneficiada, mantem-se a legitimidade, caso a parcela da categoria prejudicada for relevante numericamente perderá o sindicato a legitimidade para a ação coletiva.

A tutela coletiva por intermédio dos sindicatos aproveita ainda a toda à categoria e não somente aos afiliados ao sindicato, uma vez que disciplina a Constituição que ao sindicato cabe a tutela coletiva da *categoria* e não somente dos afiliados. Até mesmo pela incidibilidade do direito coletivo, essa cisão não se verifica possível. Este entendimento encontra respaldo no pensamento de Hugo Nigro Mazzilli que afirma que pouco importa se os beneficiados são sindicalizados ou não, os benefícios da tutela coletiva se estendem à categoria.<sup>168</sup>

E se pode ir mais longe. Há casos também em que a natureza comum e a incidibilidade do direito coletivo torna impossível que a decisão não se estenda para além da

<sup>166</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 630: “A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria”. *Diário de Justiça*, Brasília, 09 out. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=630.NUMERO%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 20 maio 2014.

<sup>167</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 23.868-ES. 2007/0069624-0. 6. T. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. 17/08/2010. *Diário de Justiça*, Brasília, 30 ago. 2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 05 ago. 2014.

<sup>168</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*, op. cit., p. 338.

categoria. É o caso, por exemplo, em que o sindicato obtém uma tutela coletiva favorável aos empregados de sua categoria que trabalha em uma determinada empresa no sentido de que esta se abstenha de determinadas condutas no ambiente de trabalho, que se encontra lesando o direito à saúde dos empregados. Neste caso os efeitos da tutela necessariamente deve se estender ao empregado que trabalha na mesma condição na empresa, porém de categoria diferenciada.

É o caso ainda de um sindicato obter tutela favorável em face de uma empresa fabricante de Equipamento de Proteção Individual ou Coletivo para cessar a venda daquele equipamento que comprovadamente causa dano à saúde do trabalhador. Neste caso, a natureza difusa do direito, fará que a vedação se estenda a todo trabalhador e não somente aos da categoria do sindicato que obteve a tutela favorável.

Por fim, outra questão a ser destacada é que as federações, confederações e centrais sindicais por serem nada mais que uma associação de sindicatos, ou seja, uma associação de associações, também são legitimadas para a propositura das ações coletivas por uma interpretação extensiva do rol de legitimados.

Este tópico tratou da legitimidade das associações quando devidamente constituídas há um ano para a ação coletiva. Mas, nem sempre os grupos estão constituídos formalmente em torno de uma associação, sendo apenas, associações de fato. Neste caso, poderiam estas associações sem personalidade jurídica se utilizarem da tutela coletiva? Teriam estas associações legitimidade para a ação coletiva? É o que passa a expor no tópico abaixo.

#### ***4.1.1 A legitimidade das associações de fato ou grupos ocasionais***

Dentro da legitimidade das associações para a tutela coletiva, outra discussão que se põe de forma interessante e que não tem recebido até o momento, atenção da literatura especializada, é a legitimidade das associações de fato, ou grupos ocasionais, merecendo para tanto, discussão mais detida.

O SUC exige das associações, dois requisitos para atuarem na tutela coletiva, a prévia constituição ânua nos termos da lei civil e a demonstração da finalidade institucional de defesa daquele direito em litígio. A prévia constituição ânua nos termos da lei é o que confere personalidade jurídica às associações que sem a mesma, não lhe é dado pleitear em juízo.

Ocorre que os interesses metaindividuais, muitas vezes se formam e se transformam muito rapidamente, casos em que a falta do exercício da tutela de imediato pode causar prejuízos inestimáveis, situação comum na tutela do meio ambiente e do patrimônio histórico,

por exemplo. Nestes casos, a exigência da formação do grupo interessado na tutela em torno de uma pessoa jurídica com o dispêndio de grande tempo nas formalidades exigidas poderá fazer que o prejuízo em torno de um interesse se efetive de forma irreversível.

A partir de problemas como tais, e com o olhar voltado à efetividade dos direitos fundamentais, defende-se neste trabalho, a legitimidade de associações ou grupos formados ocasionalmente em torno da tutela de um direito metaindividual, ainda que não dotados de personalidade jurídica.

Rodolfo de Camargo Mancuso assevera que muitas vezes, os direitos difusos devem ser tutelados de imediato, não havendo tempo para espera, em razão da urgência de sua tutela, citando, como exemplo, quando da “iminência de um desastre ecológico numa pequena comunidade, não se pode exigir que o grupo de habitantes, interessado na defesa daquele bioma, se apresente formalmente revestido de um aparato associativo completo”<sup>169</sup>.

Neste caso, não se exigiria desta associação de fato a prévia constituição de uma personalidade jurídica, sua personalidade seria atribuída para o caso em decorrência da iminência de lesão a um interesse metaindividual.

Os grupos ocasionais são associações, tais quais aquelas legitimadas a agir em decorrência de um interesse metaindividual, o que lhes falta é tão somente o elemento formal da personalidade jurídica. Estes grupos, muitas vezes, possuem enorme força social de mobilização e ação, pois formados espontaneamente apenas com o intuito de defesa de um interesse metaindividual nascido naquela comunidade em que eles são aptos para sua defesa, não podendo uma formalidade vedar esta forma de tutela, pois o enfoque do acesso à justiça e participação na formação da vontade estatal por intermédio da tutela coletiva, deve ter em mente a transformação da realidade social, não podendo sacrificar o fundo pela forma.<sup>170</sup>

Não se quer defender aqui o desprezo da personalidade jurídica e a total desnecessidade das associações se constituírem nos termos da lei. O que se defende é que em casos de iminência de grave lesão a um interesse jurídico coletivo relevante, exemplo um desastre ambiental, a derrubada de um prédio histórico, esteja a associação de fato legitimada à tutela coletiva.

Esta legitimidade seria concedida para o caso concreto, seria uma legitimidade especial para uma tutela de um bem específico, em um momento específico. Os parâmetros utilizados para a dispensa da personalidade jurídica podem ser buscados no próprio SUC quando dispensa a constituição ânua da associação. Portanto, quando houver manifesto

---

<sup>169</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, *op. cit.*, p. 220.

<sup>170</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, *op. cit.*, p. 220.

interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido somado à urgência da medida, poderá se dispensar a personalidade jurídica da associação concedendo-lhe personalidade especial para o caso concreto.

A indagação a se fazer é na impossibilidade e até mesmo inviabilidade de todos os integrantes da associação de fato ir a juízo, quem seria seu representante? Neste caso deve ser feita uma eleição do representante ou na falta deste, aqueles que exercem desde o início do movimento sua direção ou liderança, em analogia ao artigo 12, VII do CPC.<sup>171</sup>

A personalidade jurídica neste caso, segundo Mancuso, seria aferida não pela lei, mas objetivamente, analisando no caso concreto a capacidade de expressão coletiva do grupo e a relevância de seu objeto.<sup>172</sup> Portanto, a personalidade jurídica seria concedida no caso concreto, levando-se em conta dados objetivos, pois “o fato de um grupamento portador destes interesses não ser dotado de personalidade jurídica, não deve ser erigido em óbice à tutela jurisdicional”<sup>173</sup>.

Esse entendimento também é comungado por Jairo Vasconcelos do Carmo asseverando que a personalidade jurídica decorre do consenso do grupo e não da lei e arremata afirmando que “os interesses difusos, nessa visão, também podem ser sustentados por grupos espontâneos, não-personalizados, nascidos dos embates da vida comunitária”<sup>174</sup>. O que também encontra eco na literatura francesa em G. Levasseur, citado por Mancuso, ao asseverar que o grupo, a associação de fato, que não possui um prazo suficiente para ter reconhecida sua personalidade jurídica poderá tê-la por reconhecimento pretoriano.<sup>175</sup>

No ordenamento pátrio, não se ignora totalmente a presença em juízo de entes sem personalidade jurídica, tendo, como exemplos a herança jacente, o espólio, a massa falida e até mesmo na tutela coletiva, o ordenamento prevê a atuação de entes sem personalidade jurídica.

É o que se observa do artigo 232 da CR ao asseverar que “os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e

<sup>171</sup> Disciplina o artigo 12 do CPC que: “Serão representados em juízo, ativa e passivamente: [...] VII - as sociedades sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração de seus bens” (BRASIL. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. In: *VADE MECUM* Saraiva, *op. cit.*, p. 358).

<sup>172</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, *op. cit.*, p. 223.

<sup>173</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, *op. cit.*, p. 227.

<sup>174</sup> CARMO, Jairo Vasconcelos do. A tutela dos interesses difusos e o direito ao bem-estar urbano. *Revista de Direito*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 8, p. 15-34, jul./dez. 2000. Disponível em: <[http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2000/revdireito2000B/art\\_tutelainteres.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2000/revdireito2000B/art_tutelainteres.pdf)>. Acesso em: 22 abr. 2014.

<sup>175</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, *op. cit.*, p. 227.

interesses [...]”<sup>176</sup>. Portanto as organizações e comunidades indígenas, (associações de fato) poderão defender em juízo, seus interesses que poderão perfeitamente se tratar de interesses ou direitos coletivos.

O Estatuto do Torcedor, lei 10.671/03, também disciplina em seu artigo 2-A que considera-se torcida organizada, a pessoa jurídica ou existente de fato que se organize para o fim de torcer e apoiar entidade de prática esportiva<sup>177</sup>. Assim previu o Estatuto do Torcedor que a torcida organizada que se forma por intermédio de uma associação, poderá ser de direito, organizada na forma de pessoa jurídica, ou de fato. Portanto, prevê o Estatuto a existência de associação de fato e como a torcida organizada/associação é legitimada a pleitear a tutela coletiva e esta torcida/associação pode existir de fato, logo está a associação de fato legitimada à tutela coletiva em matéria dos interesses de torcedores de entidade esportiva.

Como o Estatuto do Torcedor faz parte do SUC e cria entre todas as normas que trata da tutela coletiva um entrelaçamento interdependente, estarão as associações de fato legitimadas também às demais ações coletivas e não só àquelas relacionadas aos interesses dos torcedores e apoiadores de alguma entidade esportiva.

A legitimidade dos entes despersonalizados não é algo novo para o SUC, pois prevê o CDC em seu artigo 82, III a possibilidade das entidades e órgãos da administração pública direta e indireta ainda que sem personalidade jurídica moverem a ação coletiva.<sup>178</sup>

No caso das associações de fato elas nascem da necessidade e urgência de defender um interesse coletivo, sendo quase sempre grupos com enorme poder de mobilização e atuação necessitando muitas vezes de uma ação rápida por intermédio da tutela coletiva, por exemplo, uma liminar para que determinada empresa cesse a lesão irreversível ao meio ambiente, ou para que uma empresa cesse a fabricação e venda de remédios comprovadamente agressivos à saúde, que não pode esperar todo o trâmite da formação da personalidade jurídica.

Assim por analogia à atuação das torcidas/associações de fato, das associações/organizações indígenas, das entidades e órgãos da administração pública direta e indireta como legitimadas para a ação coletiva mesmo sem personalidade jurídica, defende-se,

---

<sup>176</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. In: *VADE MECUM* Saraiva, *op. cit.*, p. 73.

<sup>177</sup> BRASIL. Lei nº 10.671, de 15 de maio de 2003. Dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 maio 2003. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.671.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.671.htm)>. Acesso em: 05 abr. 2014.

<sup>178</sup> BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. In: *VADE MECUM* Saraiva, *op. cit.*, p. 782.

neste trabalho, a legitimidade das associações de fato ou também denominadas grupos ocasionais como legitimadas para a ação coletiva ainda que sem personalidade jurídica quando houver manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido e pela urgência da medida dispensando a personalidade jurídica da associação e concedendo-lhe personalidade especial para o caso concreto. Não se pode perder de vista ainda, a necessidade de que seja a questão regulamentada por lei, mas até que ocorra, poderá esta legitimidade sem personalidade jurídica ser concedida caso a caso.

#### 4.2 Possibilidade jurídica do pedido

A possibilidade jurídica do pedido é outro requisito erigido à condição da ação. Não obstante o CPC prever em seu artigo 3º que “para propor ou contestar ação, é necessário ter interesse e legitimidade”, passando a ideia de que somente estes requisitos são condições da ação, o certo é que a possibilidade jurídica do pedido é tratada ao longo do CPC como condição da ação o que se observa do artigo 267, IV.<sup>179</sup>

Para que uma ação siga seu trâmite até a decisão de mérito, não basta que se tenha presente a legitimidade e o interesse. A pretensão deduzida em juízo deve ser possível juridicamente, deve ter o pedido um mínimo de lastro jurídico para conduzir à análise de mérito. Segundo Ada Pellegrini Grinover, há pedidos que não possuem a menor condição de ser apreciado pelo judiciário, que de início se torna impossível de pedir, posto que excluídos do ordenamento.<sup>180</sup>

Para Alexandre Câmara, faltaria a presente condição da ação “quando o demandante formulasse, em juízo, pedido vedado pelo ordenamento jurídico, como se daria, por exemplo, no caso em que se pedisse a prisão civil por dívida [...]”<sup>181</sup>. Assim, seguindo o pensamento do autor, aquilo que o ordenamento proíbe, não se pode pedir juridicamente e, por consequência, tudo aquilo que não esteja proibido se poderá deduzir em juízo.

E é justamente o critério negativo que se deve utilizar para análise da possibilidade jurídica do pedido. Vale dizer que para analisar se o pedido é possível, deve-se verificar no

<sup>179</sup> Disciplina o artigo 267 do CPC que: “Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: [...] VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, **como a possibilidade jurídica**, a legitimidade das partes e o interesse processual” (BRASIL. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. In: *VADE MECUM* Saraiva, *op. cit.*, p. 376, destaques do autor desta dissertação).

<sup>180</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 266.

<sup>181</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, *op. cit.*, v. I, p. 133-134.

ordenamento, se aquele pedido não é proibido, em caso de não sê-lo, será possível de juridicamente se pedir. Assim, não seria possível se pedir juridicamente, por exemplo, o pagamento de uma dívida decorrente de jogo ou a prisão civil decorrente de dívidas, salvo pelo inadimplemento voluntário de pensão alimentícia, por certo que proibidos, pelo ordenamento.

Se exigir que juridicamente possível, seja apenas aquilo que o ordenamento prevê expressamente, a tutela jurisdicional estaria demasiadamente mitigada, pois nem todo direito material se encontra explicitamente delineado no ordenamento, bem como ainda não há uma “ação” específica para cada tipo de direito. Não se pode exigir do legislador que contemple no ordenamento todas as formas de tutela, que se preveja todas as situações da vida concreta. Ao passo que mais fácil seria vedar aquilo que não se possa pedir em juízo e o que não se encontra nesta vedação será permitido.<sup>182</sup>

Portanto, a regra é que tudo se pode pedir juridicamente, a exceção, aquilo que não se pode pedir em juízo, deve constar do ordenamento seja expressa ou implicitamente, neste caso, desde que claramente manifesta tal impossibilidade.

Humberto Theodoro Júnior, citado por Luiz Manoel Gomes Júnior, em poucas palavras, resume bem o conceito asseverando que pedido juridicamente impossível é “quando não possa haver processo sobre aquela pretensão”<sup>183</sup>, o ordenamento não permite que o judiciário se manifeste sobre o mérito daquele tema. Há clara e expressa vedação.

A impossibilidade jurídica do pedido sendo em última análise, uma “vedação de acesso à justiça” deve ser analisada com cautela, devendo se afastar a análise do mérito da questão por impossibilidade do pedido somente quando esta impossibilidade estiver patente no ordenamento, ou seja, de início já se observa que tal pedido não é possível juridicamente. Caso haja qualquer dúvida, se o ordenamento veda ou aceita aquela discussão, trata-se de decisão a ser analisada no mérito.

Luciano Velasque Rocha em estudo sobre o tema, traz um conceito diferente dos acima analisados sendo que para o autor, há que se diferenciar se se trata a discussão de direito privado ou público. Se a discussão é relativa a direito privado, juridicamente possível é tudo aquilo que o ordenamento não proíbe expressamente. Caso trate-se de direito público, só será juridicamente possível o que estiver expressamente autorizado pelo ordenamento.<sup>184</sup>

A análise da possibilidade jurídica do pedido não deve se submeter a tal divisão a

---

<sup>182</sup> Neste sentido é o que defendem GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*, op. cit., p. 89 e LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, op. cit., p. 218.

<sup>183</sup> GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*, op. cit., p. 90.

<sup>184</sup> ROCHA, Luciano Velasque. *Ações coletivas: o problema da legitimidade para agir*, op. cit., p. 83.

depender do direito que se discute por certo que em muitos casos, poderá se tratar em uma mesma ação de pedidos contidos nos dois ramos do direito ou se tratar de direito que contempla parcialmente as características de direito público e privado. Ademais, a presente divisão não encontra amparo na nova *summa divisio* contemplada na Constituição entre direito individual e coletivo fazendo nada mais que criar um distanciamento entre Estado e sociedade, elevando ainda mais os privilégios processuais que o Estado tem perante o particular que definitivamente não mais podem subsistir.

Definição interessante é traçada por Ivone Cristina de Souza João em sua tese de doutorado a qual entende que a impossibilidade jurídica do pedido não é somente quando a ordem jurídica expressamente proíbe um pedido, mas também quando impossível o pedido ainda que não ilícito e não proibido pela lei, parece aqui que a impossibilidade é de ordem fática, sendo pedido impossível também aquele ilícito, contrário ao ordenamento como, por exemplo, pedido de permissão para desmatar todas as florestas nativas<sup>185</sup>. Este conceito é mais amplo, pois a impossibilidade jurídica do pedido não se resumiria apenas àqueles pedidos vedados pelo ordenamento, mas também aos impossíveis e ilícitos.

Faltante a possibilidade jurídica do pedido, há carência de ação e como consequência, o ordenamento prevê a extinção do processo sem análise do mérito, sendo que poderá ser renovado desde que vencida esta condição da ação, que neste caso será bastante difícil.

No processo coletivo a possibilidade jurídica do pedido em quase nada se diferencia da mesma condição da ação na tutela individual, portanto na tutela coletiva, estará presente a impossibilidade jurídica do pedido quando se tratar de pedido vedado pelo ordenamento, impossível e ilícito. Esta vedação poderá ser expressa ou implícita, contudo, no último caso a impossibilidade do pedido deve ser claramente vislumbrável ainda que em uma análise superficial.

Neste sentido, na tutela coletiva, todos os pedidos serão possíveis quando não vedados pela ordem jurídica, quando não impossíveis ou ilícitos. Se afigura possível assim pedidos de condenação em dinheiro, obrigações de fazer e não fazer, cautelares, liminares, cominação de multa, tutela específica por certo que previstas no ordenamento,<sup>186</sup> mas também se poderá pedir qualquer outro provimento, como a antecipação dos efeitos da tutela ainda que não previsto expressamente na lei da Ação Civil Pública, por exemplo, pois não obstante a isto, o

---

<sup>185</sup> JOÃO, Ivone Cristina de Souza. *O processo civil coletivo e as condições da ação*. 2007. 602 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. p. 220. Disponível em: <[http://www.sapienti a.pucsp.br/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=4293](http://www.sapienti a.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4293)>. Acesso em: 05 maio 2014.

<sup>186</sup> Estas formas de tutela estão previstas na lei que disciplina a Ação Civil Pública e no CDC.

pedido não está vedado no ordenamento.

A literatura do processo coletivo enumera, em regra, três situações de impossibilidade jurídica do pedido especificamente da tutela coletiva. Uma decorrente da lei e duas da jurisprudência e da literatura especializada.

Uma patente impossibilidade jurídica do pedido em matéria de direito coletivo é a vedação de se deduzir em juízo pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e outros fundos de natureza institucional, quando puder os beneficiários serem individualizados.<sup>187</sup>

A vedação é bastante contestada por vários motivos. Primeiramente, por ser inconstitucional, eis que incluída na lei da ACP por intermédio de Medida Provisória, não obstante não estar presente a relevância e urgência da matéria que poderia facilmente esperar o trâmite do processo legislativo ordinário. Segundamente, por criar um privilégio para o Estado, tratando-o de forma totalmente desigual aos demais demandados nas ações coletivas, pois quase sempre no polo passivo de ações desta natureza, se encontra a administração pública direta ou indireta. Por fim, a previsão de impossibilidade jurídica do pedido nestas ações quando o beneficiário puder ser individualmente determinado não faz sentido, pois não se pode olvidar que existe também a tutela coletiva de direitos ainda que não tipicamente coletivos, como ocorre com os direitos individuais homogêneos, logo irracional a previsão.

Apesar das críticas, os tribunais pátrios têm aplicado largamente a vedação contida na lei da ACP, consoante julgado do Superior Tribunal de Justiça:

Recurso de Embargos. Ilegitimidade do Ministério Público do Trabalho. Ação Civil Pública. FGTS. Parágrafo único do art. 1º da LACP. Impossibilidade de propositura de ação civil pública para discutir pretensão que envolve FGTS. Violação do art. 896 da CLT não reconhecida. A C. Turma afastou a inconstitucionalidade do art. 2º da MP 2180-35, que incluiu dispositivo na Lei 7497/85, porque a Emenda Constituição 32 foi posterior à edição da MP, consagrando-lhe validade, confirmando a decisão a quo. Não examinou o tema à luz da inconstitucionalidade da exclusão do FGTS como direito possível de ser protegido pela via da ação civil pública. Assim, decisão que julga carente de ação o MPT para obrigar empresa a recolhimento do FGTS dos seus empregados, não viola a literalidade do art. 129, III, da CF, pois a vedação tem base em norma legal. Embargos não conhecidos. (E-ED-RR-71962/2002-900-11-00.7, SBDI-1, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DJ-5/12/2008).<sup>188</sup>

<sup>187</sup> A vedação de se discutir tais matérias se encontra no parágrafo único do artigo 1º da lei da ACP.

<sup>188</sup> No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 526.379-MG. 1. T. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki, j. 04/08/2005. *Diário de Justiça*, Brasília, 22 ago. 2005. p. 128. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 03 ago. 2014. Em sentido diverso um dos poucos arestos que se encontram na jurisprudência permitindo a ACP aforada para discussão destas matérias é: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 478.944-SP. 1. T. Relator: Ministro Luiz Fux, j. 02/09/2003. *Diário de Justiça*, Brasília, 29 set. 2003. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 05 ago. 2014.

Ao que parece, a presente impossibilidade jurídica do pedido persistirá na ordem jurídica pátria, pois além da aceitação jurisprudencial, foi também contemplada de forma idêntica no projeto da nova Lei da Ação Civil Pública no § 1º de seu artigo 1º.<sup>189</sup>

Outra discussão que se põe acerca da possibilidade jurídica do pedido no processo coletivo é a possibilidade ou não de se pleitear a inconstitucionalidade de leis por intermédio das ações coletivas.

O que ocorre nas decisões sobre a inconstitucionalidade de leis na tutela coletiva é que como as ações coletivas possuem efeitos *erga omnes* estaria assim, a declaração de inconstitucionalidade usurpando o lugar das ações de controle de constitucionalidade, ao irradiar efeitos contra todos, uma vez que estas contam com legitimados certos e de competência exclusiva do STF e dos Tribunais de Justiça.

Para defender uma ou outra posição, há na literatura especializada quem faça a diferença entre as leis de efeitos concretos e leis gerais e abstratas para se posicionar acerca da (im) possibilidade da utilização das ações coletivas na discussão da inconstitucionalidade das normas. Para aquelas leis de efeitos concretos que com sua edição já alcançam um resultado concreto, como, por exemplo, a extinção de vantagens de servidores públicos, poderá sua inconstitucionalidade ser impugnada por meio de ações coletivas como o Mandado de Segurança e a Ação Popular. Tratando-se de leis em sentido geral e abstrato, a impugnação da inconstitucionalidade só poderá ser feita incidentalmente nas ações coletivas.<sup>190</sup>

Esta divisão não parece ser necessária. O controle de constitucionalidade incidental pode ser feito tanto em normas de efeitos concretos, como de efeitos gerais e abstratos. Certo é ainda que a irradiação *erga omnes* dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade incidental nas ações coletivas é um efeito colateral decorrente de sua natureza que não pode tão somente por tal motivo cercear a discussão de inconstitucionalidade de normas por intermédio da ação coletiva.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery distinguem de forma clara a situação. Para os autores:

<sup>189</sup> Disciplina o § 1º do artigo 1º do Projeto da nova LACP que: “Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, concessão, revisão ou reajuste de benefícios previdenciários ou assistenciais, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados” (BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei nº 5.139*, de 08 de abril de 2009, *op. cit.*).

<sup>190</sup> Neste sentido é o que defendem GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*, *op. cit.*, p. 98-99 e DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

A ACP pode ter como fundamento a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. O objeto da ADIn é a declaração, em abstrato, da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, com a conseqüente retirada da lei declarada inconstitucional do mundo jurídico por intermédio da eficácia *erga omnes* da coisa julgada.<sup>191</sup>

Explica o autor ainda, que o objeto da ACP é a proteção do bem da vida tutelado no CDC, na Constituição etc. que pode ter como causa de pedir a inconstitucionalidade de uma lei, ao passo que na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), a própria declaração da inconstitucionalidade é seu pedido imediato, portanto, seus objetos são inconfundíveis. Arremata afirmando que como a competência para a declaração de inconstitucionalidade na ADI é do STF não poderá as ações coletivas ter como objeto a declaração em abstrato da inconstitucionalidade de uma lei.

Destarte, a impugnação da inconstitucionalidade de lei pode ser feita por intermédio das ações coletivas desde que como causa de pedir, *incidenter tantum* indiferente se seja esta lei de efeitos concretos ou abstratos. O que não poderá ocorrer é se pedir nas ações coletivas, a declaração de inconstitucionalidade de leis em abstrato tendo o pedido como causa única da ação coletiva.

Neste sentido é o que entende também Pedro Dinamarco asseverando que “a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual pode eventualmente ser alegada incidentalmente em demanda coletiva [...]”<sup>192</sup>. Antônio Gidi em análise sobre o tema, também afirma “que a melhor solução é autorizar o controle difuso de constitucionalidade de leis através de demandas coletivas, ainda quando isto possa ter efeito prático semelhante a controle concentrado”<sup>193</sup>.

Foi exatamente neste sentido, que seguiram as propostas dos projetos de Código de Processo Coletivo (CPCol.) ao contemplarem em seu bojo a possibilidade de utilização da ação coletiva para impugnar a inconstitucionalidade de normas, desde que não seja como objeto principal, apenas como causa de pedir.

Com efeito, é o que prevê o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos – Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) no parágrafo único do artigo 4º, ao prescrever que “a análise da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato

<sup>191</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil em vigor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 1.238.

<sup>192</sup> DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*, op. cit., p. 279.

<sup>193</sup> GIDI, Antônio. *Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2008. p. 424.

normativo poderá ser objeto de questão prejudicial, pela via do controle difuso”<sup>194</sup>.

No mesmo sentido, consta do parágrafo único do artigo 2º do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: anteprojeto elaborado no âmbito dos programas de pós-graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA) “não se admitirá ação coletiva que tenha como pedido a declaração de inconstitucionalidade, mas esta poderá ser objeto de questão prejudicial, pela via do controle difuso”<sup>195</sup>.

No mesmo sentido, ainda é o que prevê o artigo 2º § 2º do Projeto da nova Lei da Ação Civil Pública ao prescrever que “a análise da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo poderá ser arguida incidentalmente, como questão prejudicial, pela via do controle difuso”<sup>196</sup>.

Assim o pedido é juridicamente possível quando se discute em ações coletivas, a inconstitucionalidade de leis, desde que como causa de pedir e não como objeto principal da ação.

Outro pedido que é bastante discutido na seara do direito coletivo, já de longa data é o dano moral coletivo, com defesa para ambos os lados pela possibilidade e pela impossibilidade jurídica do pedido neste sentido.

Os argumentos giram em torno de uma noção iminentemente individual de dano moral argumentando os que acenam pela impossibilidade jurídica do pedido do dano moral coletivo que esta forma de dano se caracteriza como um sofrimento, uma dor, um abalo psicológico suportado pelo indivíduo, atingindo seus valores, logo este dano é pessoal, sendo impossível de deduzi-lo de forma coletiva. O STJ já enfrentou a matéria e em decisão paradigmática decidiu pela impossibilidade do pedido:

Processual civil. Ação Civil Pública. Dano ambiental. Dano moral coletivo. Necessária vinculação do dano moral à noção de dor, de sofrimento psíquico, de caráter individual. Incompatibilidade com a noção de transindividualidade

<sup>194</sup> Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos - Instituto Brasileiro de Direito Processual (CÓDIGO brasileiro de processos coletivos - análise & sugestões. Goiânia, 09 maio 2007. Disponível em: <<http://amatraxviii.blogspot.com.br/2007/05/codigo-brasileiro-de-processos-coletivos.html>>. Acesso em: 07 maio 2014.).

<sup>195</sup> Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos: anteprojeto elaborado no âmbito dos programas de pós-graduação da UERJ e UNESA (ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos: anteprojeto elaborado em conjunto nos programas de Pós-Graduação *stricto sensu* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA). Rio de Janeiro, ago. 2005. Disponível em: <[http://www2.mp.pr.gov.br/direitoshumanos/cpcc\\_ape04.php](http://www2.mp.pr.gov.br/direitoshumanos/cpcc_ape04.php)>. Acesso em: 07 maio 2014).

<sup>196</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei n° 5.139*, de 08 de abril de 2009, *op. cit.*

(indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa e da reparação).  
Recurso Especial improvido.<sup>197</sup>

Ocorre que o dano moral não está adstrito à esfera do indivíduo, prova disto é a possibilidade da pessoa jurídica sofrer dano moral, o que há tempos foi pacificado pelo STJ por intermédio da súmula 227.<sup>198</sup>

Bem como ainda, a Constituição de 1988 em momento algum limita o dano moral à esfera individual, nem mesmo há qualquer vedação neste sentido no Código Civil.

O conceito de dano moral está diretamente relacionado e implicará na sua aplicação ou somente na seara individual ou também na tutela coletiva. O grande problema e equívoco em que incorre a literatura especializada é a conceituação do dano moral relacionando-o tão somente a aspectos individuais, e não coletivo. O conceito de dano moral deve sofrer uma revisitação, agora com os olhos voltados ao direito coletivo.

Carlos Alberto Bittar em comentários ao dano moral coletivo, afirma ser este “a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos”<sup>199</sup>. Observa-se que o autor mantém a estrutura do conceito tradicional de dano moral, porém insere no mesmo a perspectiva coletiva. Diante deste conceito de dano moral, fácil se torna afirmar que uma coletividade pode sofrer dano moral coletivo, como, por exemplo, ao se demolir vários prédios históricos há anos preservados para a construção de um shopping o que lesa o círculo de valores que toda a comunidade tinha em relação àquele patrimônio.

Por fim, cabe ressaltar que além deste pedido não ser impossível juridicamente, é permitido de forma expressa pela lei da Ação Civil Pública em seu artigo 1º ao prever a ACP para responsabilização por danos materiais e morais. A celeuma, portanto, deve ser pacificada diante da previsão legal.

No caso da possibilidade jurídica do pedido nas ações coletivas aforadas pelas associações, em nada se diferencia do acima narrado, valendo dizer, tudo o que se disse até agora acerca da possibilidade jurídica do pedido nas ações coletivas se aplica às associações, assim como aos demais legitimados de forma idêntica.

<sup>197</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 598.281-MG. 1. T. Relator: Ministro Luiz Fux, rel. para acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, j. 02/05/2006. *Diário de Justiça*, Brasília, 01 jun. 2006. p. 147. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 05 ago. 2014.

<sup>198</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 227: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”. *Diário de Justiça*, Brasília, 08 out. 1999. p. 126. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27227%27>>. Acesso em: 20 maio 2014.

<sup>199</sup> BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 12, p. 44-62, out./dez. 1994. p. 55.

Portanto, no caso deste trabalho, poderão as associações, por intermédio da tutela coletiva, deduzir qualquer pretensão no sentido de efetivar o direito fundamental à saúde que encontrará obstáculo somente se vedado o pedido pelo ordenamento, se impossível ou ilícito, devendo ainda nestes casos se fazer uma interpretação aberta e flexível em decorrência da fundamentalidade do direito.

Cabe ressaltar por fim que o Projeto de Lei 8.046/10 que institui o novo CPC<sup>200</sup> não deu a atenção que o Código de 1973 dispensou a esta condição da ação. Ao que parece, a possibilidade jurídica do pedido está em vias de extinção, mas enquanto isto não ocorrer, deve ser analisada sua presença em todo e qualquer processo.

### 4.3 Interesse processual

Disciplina o Código de Processo Civil em seu artigo 3º que para propor uma ação não basta ter legitimidade, há que se ter ainda interesse.<sup>201</sup> Mas este interesse não é qualquer interesse de ordem moral, econômico ou outro, deve ser um interesse jurídico, interesse processual, também denominado interesse de agir.

O processo deve de alguma forma ser útil a quem pleiteia em juízo. Deve trazer-lhe alguma vantagem não necessariamente econômica, mas deve lhe servir em algo. Se quem pleiteia em juízo, já conseguiu por outras vias o bem da vida pretendido, o processo não terá utilidade.

O processo deve ainda ser meio necessário para se conseguir a pretensão, vale dizer, o bem da vida não pode ser concretizado voluntariamente por negativa daquele a quem cabia a prestação ou quando de outra forma não se puder alcançar o que se pede, por exemplo, nas ações de anulação de casamento que, necessariamente deve passar pelo crivo do judiciário.<sup>202</sup>

Este pedido judicial não basta ser útil e necessário para quem se pede, mas deve a via escolhida para ir a juízo ser a adequada para a tutela que se pretende “o provimento, evidentemente, deve ser apto a corrigir o mal de que o autor se queixa, sob pena de não ter razão de ser”<sup>203</sup>. Assim, por exemplo, caso alguém se diz credor de outrem cujo crédito é

<sup>200</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei nº 8.046*, de 22 de dezembro de 2010. Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 01 abr. 2014.

<sup>201</sup> BRASIL. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. In: VADE MECUM Saraiva, *op. cit.*, p. 357.

<sup>202</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, *op. cit.*, p. 267.

<sup>203</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, *op. cit.*, p. 267.

encartado em um título certo, líquido e exigível, não poderá intentar em juízo uma ação de conhecimento, pois a via adequada é a ação de execução de título executivo extrajudicial.

Importante destacar ainda que o interesse processual também não se confunde com o interesse material que se quer ver efetivado. Veja o caso do objeto deste trabalho, a efetivação do direito fundamental à saúde pelas associações por intermédio da tutela coletiva. O interesse material das associações aqui está ligado à efetivação do direito à saúde, sua razão de existir, ao passo que o interesse processual seria analisado em juízo quando para a implementação deste direito se fizesse necessária e útil a atuação judicial e, desde que a ação coletiva fosse a via escolhida.

Assim diante do acima narrado, estará presente o interesse processual quando alguém demanda em juízo, pretensão que lhe seja útil, quando a tutela judicial seja necessária para tal e que se tenha escolhido a via adequada para se pedir em juízo.

A literatura especializada tem sinalizado neste sentido, sendo esse o entendimento de Alexandre Câmara para o qual “terá interesse de agir aquele que apresentar necessidade da tutela jurisdicional, tendo pleiteado um provimento que se revele adequado para a tutela da posição jurídica de vantagem afirmada na demanda”<sup>204</sup>.

Outro não é o entendimento de Luiz Manoel Gomes Júnior asseverando o autor que “seja quando desnecessária a utilização da tutela jurisdicional, seja quando a via eleita for *inadequada* ou *ineficiente* para a obtenção do bem da vida pretendido, estará ausente o *interesse processual*”<sup>205</sup>. (Destques no original).

Por seu turno Ricardo de Barros Leonel sintetiza bem o conceito do tema afirmando que “o interesse processual deve ser identificado pela utilidade da atuação judicial, que se relaciona à necessidade do ajuizamento da ação, bem como à adequação da via eleita”<sup>206</sup>.

Deve assim, o interesse processual estar presente durante toda a demanda, para iniciá-la e no seu desenvolvimento, caso não esteja presente a consequência prevista no ordenamento para a falta de interesse, é a extinção do feito sem análise do mérito, artigo 267, VI do CPC<sup>207</sup>, (ou a possibilidade de suspensão no caso do processo coletivo), no entanto, poderá o pedido ser renovado em nova ação desde que cumprida esta condição da ação.

Na tutela coletiva, a análise do interesse processual em regra, segue esta mesma sistemática do processo individual, utilizando-se na verificação do interesse em determinada

<sup>204</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, op. cit., v. I, p. 133.

<sup>205</sup> GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*, op. cit., p. 82.

<sup>206</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, op. cit., p. 217.

<sup>207</sup> BRASIL. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. In: *VADE MECUM* Saraiva, op. cit., p. 376.

ação coletiva dos mesmos requisitos do interesse processual na tutela individual. Neste sentido, cabe aqui destacar apenas os problemas levantados pela peculiaridade que o processo coletivo apresenta. Doravante neste item, se destacará os problemas específicos do interesse processual na tutela coletiva, notadamente no que tange às associações.

Na tutela coletiva, também faltante o interesse processual, a consequência, em regra é a extinção do feito sem resolução do mérito (podendo, no entanto haver sua suspensão). Contudo, dada a relevância do processo coletivo, processo de massa efetivador do interesse de toda uma coletividade, há que ser esta extinção prematura do feito ponderada, possibilitando à parte, antes desta extinção, a regularização da carência de ação, quando possível.

Isto é o que pretende o Projeto da nova Lei da Ação Civil Pública ao se permitir antes da extinção do feito por falta das condições da ação a correção do vício em qualquer momento processual, o que poderá ser feito, contudo, somente se não trouxer prejuízo para o processo e para a parte contrária oportunizando sempre o contraditório e a ampla defesa. Assim é o texto do artigo 9º do projeto de lei mencionado:

Não haverá extinção do processo coletivo, por ausência das condições da ação ou pressupostos processuais, sem que seja dada oportunidade de correção do vício em qualquer tempo ou grau de jurisdição ordinária ou extraordinária, inclusive com a substituição do autor coletivo, quando serão intimados pessoalmente o Ministério Público e, quando for o caso, a Defensoria Pública, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social, podendo qualquer legitimado adotar as providências cabíveis, em prazo razoável, a ser fixado pelo juiz.<sup>208</sup>

O escopo do presente artigo é relevante, pois simplesmente extinguir o feito sem resolução de mérito por falta de interesse processual não resolverá o problema deduzido em juízo. O conflito permaneceria vivo na sociedade. Portanto, em boa hora o preceituado no projeto da nova LACP que ainda que não se torne lei, poderá nortear a interpretação na tutela coletiva doravante, podendo sempre que vislumbrada a falta de interesse processual, oportunizar à parte a correção do vício no lugar da simples extinção do feito, deixando o conflito coletivo a ser resolvido. Não se pode olvidar, mais uma vez, que esta correção terá lugar somente se garantido à parte contrária, o contraditório e a ampla defesa.

Esta possibilidade nem sempre se mostra viável, há casos em que a falta de interesse impõe a extinção do feito. É caso do Ministério Público deduzir em ação popular a anulação de ato lesivo ao patrimônio público, pois apesar de ser legitimado à tutela coletiva para defesa do patrimônio público não poderá fazê-lo por intermédio da ação popular e sim por intermédio da ACP ou ação de improbidade. No exemplo, faltaria interesse processual, pois a

<sup>208</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei n° 5.139*, de 08 de abril de 2009, *op. cit.*

via escolhida é inadequada, bem como ainda faltaria legitimidade por certo que somente o cidadão pode propor ação popular para anulação de ato lesivo ao patrimônio público.

Apesar de no exemplo dado, faltar interesse processual para a ação coletiva por escolha inadequada da via, não se pode extinguir uma ação coletiva simplesmente por sua nomenclatura não estar relacionada aos interesses que a lei que institui aquela ação prevê para defesa. Em outras palavras, não se poderá extinguir uma ação coletiva por falta de interesse processual, por escolha da via inadequada a qual se denomina, por exemplo, “Ação Civil Pública” quando se pleiteia na verdade a punição por atos de improbidade administrativa e restituição ao erário de valores desviados.

O *nomem juris* dado à ação pouco importa, se da causa de pedir e do pedido ficar claramente demonstrado que se pleiteia, no exemplo acima, a punição por ato de improbidade administrativa e a restituição de valores ao erário, a ação poderá receber qual nome seja, ACP, ação coletiva, que na essência será ação de improbidade, portanto a via é adequada.

Assim uma associação na defesa do direito fundamental à saúde poderá utilizar da ação coletiva, receba esta o nome que lhe for dado, se, contudo, da causa de pedir e do pedido ficar demonstrado que se trata de ação coletiva para defesa do direito à saúde de natureza metaindividual, a via escolhida é adequada.

Continuando, outro tema relevante nesta discussão é a relação da ação coletiva com as ações individuais e a falta de interesse processual. Tendo em vista que o espírito do processo coletivo é molecularizar as demandas atomizadas, beneficiando várias pessoas por intermédio de uma única ação coletiva, com o ajuizamento desta, todas as ações individuais em trâmite e as demais ajuizadas após a propositura da ação coletiva, desde que tratem do mesmo objeto, devem ser suspensas por falta de interesse processual, devendo a suspensão ocorrer independente do consentimento daquele que move a ação individual.

Se há ação coletiva ajuizada, as ações individuais, em trâmite e as posteriormente propostas, carecem da necessidade do provimento. Logo, falta-lhes interesse processual devendo ser suspensas até a decisão final no processo coletivo que se procedente deverão estas ações individuais serem transformadas em cumprimento de sentença, dada a falta de necessidade do provimento nestas uma vez que há sentença coletiva procedente, caso a ação coletiva seja improcedente, seguirão as ações individuais.

Veja que aqui o interesse processual não impõe necessariamente a extinção da ação individual sem análise de mérito (diferentemente do processo individual), apenas sua suspensão dada a peculiaridade da tutela coletiva. Nem mesmo há de se falar que o artigo 104

do CDC<sup>209</sup> veda esta interpretação ao prescrever que não há litispendência entre as ações coletivas e as individuais e a decisão nas ações coletivas em que se discute direitos coletivos e individuais homogêneos só se estenderá às ações individuais se pedidas nesta sua suspensão, pois a discussão que ora se levanta não diz respeito à litispendência e sim à falta de interesse processual.

Destarte, quando pendente uma ação coletiva, seja para discussão de qualquer direito coletivo, as ações individuais que versam sobre o mesmo objeto devem ser suspensas por falta de interesse processual, falta de necessidade da tutela individual, até a decisão na ação coletiva que se procedente, repita-se, transformará as ações individuais de conhecimento em cumprimento de sentença e esta suspensão independe de pedido da parte na ação individual.

O STJ em decisão paradigmática acerca do tema decidiu pela suspensão das lides individuais até o julgamento da ação coletiva com mesmo objeto, fundamentando a decisão na lei dos recursos repetitivos, artigo 543-C do CPC:

Recurso repetitivo. Processual civil. Recurso Especial. Ação coletiva. Macro-lide. Correção de saldos de cadernetas de poupança. Sustação de andamento de ações individuais. Possibilidade.

1 - Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva.<sup>210</sup>

Apesar da fundamentação do relator Ministro Sidnei Beneti ser diversa e basear-se na lei do recurso repetitivo, mesmo porque se tratava de um recurso, o que se observa do acórdão é a falta de uma das condições da ação, interesse processual, por estar ausente a necessidade da ação, podendo ocorrer tal suspensão ainda que em primeiro grau e sem qualquer necessidade de recurso, o que está de acordo com os escopos do processo coletivo, a molecularização das demandas, extraindo ainda do processo coletivo o máximo de proveito

<sup>209</sup> Disciplina o mencionado artigo 104 do CDC que: “As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva” (BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. In: *VADE MECUM* Saraiva, *op. cit.*, p. 784).

<sup>210</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.110.549-RS. 3. T. Relator: Ministro Sidnei Beneti, j. 28/10/2009. *Diário de Justiça*, Brasília, 14 dez. 2009. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/proc\\_esso/pesquisa/](https://ww2.stj.jus.br/proc_esso/pesquisa/)>. Acesso em: 04 ago. 2014. Destaca-se que os Tribunais de Justiça têm vacilado sua jurisprudência sendo que vários não tem aplicado a orientação do STJ como o seguinte julgado: RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 0017782642013. 8.19.0000-RJ. 00177826420138190000. 8. C.C. Relator: Desembargadora Mônica Maria Costa Di Piero, j. 17/04/2013. *Diário de Justiça*, Rio de Janeiro, 17 maio 2013. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201300212602>>. Acesso em: 15 maio 2014.

útil.<sup>211</sup>

Neste diapasão, o mesmo poderá ser estendido às ações individuais de conhecimento propostas após a decisão com trânsito em julgado da ação coletiva desde que procedente e com mesmo conteúdo. Neste caso, as ações individuais de conhecimento deverão ser extintas por falta de interesse processual, uma vez que já existe a demanda coletiva julgada e devendo ser proposto o cumprimento da sentença.

O Projeto da nova LACP, mais uma vez atento a estas mudanças, prevê a presente medida no texto de seu artigo 37 ao disciplinar que “o ajuizamento de ações coletivas não induz litispendência para as ações individuais que tenham objeto correspondente, mas haverá a suspensão destas, até o julgamento da demanda coletiva em primeiro grau de jurisdição”<sup>212</sup>. Ao que parece, mais uma vez se trata de um problema de interesse processual e não litispendência propriamente dita. A situação deve ser analisada com os olhos voltados à falta de interesse, pois aqui a ação individual carece de necessidade já que com a decisão a ação coletiva beneficiará as ações individuais. O Projeto é bem detalhista e prevê não somente a suspensão das ações individuais, mas também a possibilidade de concessão de medidas de urgência durante o prazo da suspensão, casos que podem ser excluídos da suspensão, dentre outras peculiaridades que devem ser observadas, notadamente na tutela coletiva do direito à saúde.

Este mesmo entendimento pode ser estendido ainda às ações penais. No caso de sentença penal condenatória em direitos metaindividuais, as ações individuais em trâmite e as que serão propostas enquanto perdurar a ação penal devem ser suspensas até sua decisão final, por falta de interesse processual na tramitação da demanda individual. Mas aqui somente poderá ocorrer a suspensão se com a condenação penal puder resultar a liquidação e cumprimento da sentença no juízo civil, de forma a contemplar todos os danos individuais. O mesmo se diga para as ações individuais de conhecimento propostas após a sentença penal condenatória transitada em julgado que deverão ser extintas por falta de interesse processual por escolha da via inadequada uma vez que caberá apenas liquidar e cumprir a sentença penal.

Outra discussão acerca da falta de interesse processual nas ações coletivas em relação às individuais é a questão da improcedência da ação coletiva em matéria exclusivamente de direito. Em uma ação coletiva julgada improcedente em que se discute apenas matéria de direito faltaria interesse processual para as ações individuais propostas ou a serem propostas discutindo a mesma matéria de direito?

---

<sup>211</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, op. cit., p. 311.

<sup>212</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei nº 5.139*, de 08 de abril de 2009, op. cit.

Sem dúvida aqui há clara falta de interesse processual para as ações individuais se a ação coletiva de idêntico objeto for julgada improcedente em que se discute apenas matéria de direito. O raciocínio que se utiliza é se a ação coletiva em que se discute matéria de direito foi julgada improcedente, as ações individuais seguirão o mesmo destino, logo há falta de interesse processual para as ações já propostas e as que ainda serão devendo todas ser extintas sem análise de mérito.<sup>213</sup> Esta é a previsão do artigo 34 do Projeto da nova lei da ACP disciplinando que:

Os efeitos da coisa julgada coletiva na tutela de direitos individuais homogêneos não prejudicarão os direitos individuais dos integrantes do grupo, categoria ou classe, que poderão propor ações individuais em sua tutela.

§ 1º Não serão admitidas novas demandas individuais relacionadas com interesses ou direitos individuais homogêneos, quando em ação coletiva houver julgamento de improcedência em matéria exclusivamente de direito, sendo extintos os processos individuais anteriormente ajuizados.<sup>214</sup>

Destaca-se que a aplicação deve se estender também para os direitos coletivos estrito senso e difusos quando possível e não somente aos individuais homogêneos.

Assim verifica-se que o interesse processual nas ações coletivas pode ser analisado de forma semelhante à tutela individual feitas as devidas modificações pelas peculiaridades do processo coletivo, sendo o acima discutido aplicável integralmente às associações na tutela do direito fundamental à saúde, objeto desta pesquisa.

#### 4.4 Pertinência temática

A pertinência temática é um instituto tipicamente do direito coletivo que não possui correspondente no direito individual, ao menos nos moldes em que é discutida na seara coletiva.

A pertinência temática guarda grande relação com a representatividade adequada sendo ainda que ambas também guardam certa relação com as condições da ação, a legitimidade e o interesse processual, o que faz boa parte da literatura especializada tratarem-nas dentro destas condições da ação, desta forma faltante a pertinência temática, para aqueles

<sup>213</sup> Este também é o entendimento de RODRIGUES, Marcelo Abelha. Relações entre ações individuais e ações coletivas: anotações sobre os efeitos decorrentes da propositura e extinção das ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos em relação às pretensões individuais sob a perspectiva dos arts. 35 e 38 do projeto de lei que altera a ação civil pública. In: GOZZOLI, Maria Clara; CALOM, Mirna Cianci Petrónio; QUARTIERI, Rita (Org.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1, p. 391-410.

<sup>214</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei nº 5.139*, de 08 de abril de 2009, *op. cit.*

que assim defendem, faltante estaria também, a legitimidade ou o interesse para agir.<sup>215</sup>

Há também outras posições acerca da natureza jurídica da pertinência temática como a de Hugo Nigro Mazzilli que acredita se tratar de um pressuposto processual para constituição e desenvolvimento válido do processo e não condição da ação sendo que estas já estão bem delineadas na sistemática processual pátria, sendo elas apenas a legitimidade, o interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido.<sup>216</sup>

Contudo, o instituto em análise não se confunde com as condições da ação, é a pertinência temática um instituto autônomo e tipicamente de direito coletivo, não se resume a mero apêndice das condições da ação. Não obstante, esta independência reitera que o instituto tem relação com as condições da ação, pois assim como estas poderá a falta de pertinência temática levar à extinção do processo sem resolução de mérito.

O Sistema Único Coletivo possui duas classes de legitimados para a tutela coletiva, aqueles que podem defender os direitos e interesses coletivos irrestritamente e aqueles que devem demonstrar certos requisitos para validar a tutela destes interesses.

Diante desta diferenciação, Luiz Manoel Gomes Júnior defende, ao que parece assistir razão, que os legitimados coletivos se dividem em legitimados amplos e legitimados restritos. Quanto aos primeiros podem tutelar qualquer direito coletivo irrestritamente, bastando que sejam coletivos. Já quanto aos segundos, devem demonstrar “interesse” na tutela daquele direito coletivo deduzido em juízo. Devem demonstrar que aquele direito tutelado guarda relação com a finalidade de existência do legitimado, vale dizer a pertinência temática, sua atuação está condicionada à demonstração que a razão de ser do legitimado está ligada ao tema deduzido.

Adriana Girardelli diz estar presente a pertinência temática quando houver a “correspondência entre a finalidade institucional e o bem tutelado, sob pena de faltar-lhe interesse na tutela”<sup>217</sup>.

Enquanto Ricardo de Barros Leonel conceitua a pertinência temática como a “[...] adequação entre o perfil institucional do legitimado e o objeto do litígio coletivo”<sup>218</sup>.

A jurisprudência do STF de longa data vem tratando do tema asseverando ser a

---

<sup>215</sup> É o caso de Luiz Manoel Gomes Júnior ao entender que a pertinência temática possui maior correlação com o interesse processual (GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*, op. cit., p. 85). Por sua vez Ricardo de Barros diz que o instituto está relacionado à legitimidade e/ou ao interesse (LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, op. cit., p. 178).

<sup>216</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*, op. cit., p. 329.

<sup>217</sup> GIRARDELLI, Adriana Carvalho. *A associação civil como garantidora de defesa do consumidor*, op. cit., p. 190.

<sup>218</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, op. cit., p. 178.

pertinência temática, no caso das ações de controle de constitucionalidade, “a relação de pertinência entre a finalidade da associação autora (ou seus fins sociais) e o conteúdo da norma impugnada”<sup>219</sup>.

Assim observa-se que a pertinência temática pode ser entendida como a correspondência entre a finalidade do legitimado, sua razão de ser, e aquele direito ou interesse coletivo deduzido em juízo. Portanto, a pertinência temática se verifica no vínculo-correspondência entre a finalidade do legitimado e o bem jurídico coletivo, objeto da tutela judicial.

Mas a quais legitimados se aplica a pertinência temática? A todos os constantes do SUC como legitimados para a ação coletiva ou só às associações? Ou às associações e aos entes públicos?

Hugo Nigro Mazzilli e Luiz Manoel Gomes Júnior<sup>220</sup> entendem que o requisito da pertinência temática deve ser aplicado às associações, assim como sindicatos e fundações, e aos entes da administração pública indireta, para o primeiro autor e às entidades e órgãos dos entes públicos para o segundo, o que parece ter certa razão.

Os entes da administração pública direta como o Município, Estado, Distrito Federal e União e o Ministério Público já possuem vocação constitucional para defesa dos direitos coletivos não podendo e não sendo lógico exigir destes, a pertinência temática. Ao passo que os entes da administração pública indireta, e certas entidades da administração pública direta, excluídos os acima citados, são criados para atuar em determinada parte da administração e incumbidos de certa tarefa decorrentes da lei. Assim ao se criar estes entes da administração, a própria legislação os faz nascer com específica finalidade, ou seja, com pertinência temática para atuar em determinado campo, como, por exemplo, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) cuja finalidade é a execução e fiscalização da política nacional do meio ambiente.<sup>221</sup>

---

<sup>219</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.115-4-DF. T. Pleno. Relator: Ministro Néri da Silveira, j. 09/03/2001. *Diário de Justiça*, Brasília, 20 mar. 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 11 jul. 2014; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.096-4-RS. T. Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello, j. 04/04/2008. *Diário de Justiça*, 11 abr. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 11 jul. 2014.

<sup>220</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*, op. cit., p. 326; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*, op. cit., p. 87.

<sup>221</sup> BRASIL. Lei nº 7.735, de 22 de fevereiro de 1989. Dispõe sobre a extinção de órgão e de entidade autárquica, cria o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 23 fev. 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17735.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17735.htm)>. Acesso em: 26 maio 2014.

Assim exige o CDC em seu artigo 82, III, a pertinência temática destes entes quando determina que poderão propor a ação coletiva desde que criados “especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código”. Ora aí está legalmente prevista a exigência da pertinência temática para os órgãos da administração pública indireta e até mesmo para certos órgãos e entidades da administração direta ligados ao Município, Estado, Distrito Federal e União.

Deve-se destacar ainda que quando a lei citada prescreve que as entidades e órgãos públicos devem ser “destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código” faz menção aos direitos do consumidor por ser tratado dentro do CDC, contudo, pela inter-relação do Sistema Único Coletivo se aplica a toda a tutela coletiva.

Quanto às associações, prevê tanto o artigo 82, IV do CDC quanto o artigo 5º V, b da lei 7.347/85<sup>222</sup>, o que é repetido em diversos diplomas legais do SUC, que para proporem a ação coletiva, deve constar entre suas finalidades, a defesa de determinado direito ou interesse coletivo, a pertinência temática. Portanto, aos entes da administração indireta, entidades e órgãos da administração direta, salvo, Município, Estado, Distrito Federal e União, aos sindicatos, às fundações e associações de um modo geral, exceção feita aos partidos políticos e à OAB, devem comprovar a pertinência temática entre seus fins e o interesse ou direito deduzido em juízo. Entretanto, apesar da pertinência temática também se estender aos entes públicos, aqui será dada mais atenção a este instituto no que tange às associações.

Especificamente acerca da pertinência temática das associações, dada que sua criação decorre de um estatuto, há quem defenda que poderão ter elas diversas pertinências temáticas, o que as possibilitariam defender em juízo diversos direitos ou interesses coletivos. Assim poderia uma associação de defesa do meio ambiente prever em seu estatuto como objeto principal, a tutela do ambiente e como objeto secundário, a defesa do patrimônio público, patrimônio artístico, cultural, histórico, do consumidor etc. e, realizar a tutela de todos estes bens.

Esta posição na literatura especializada é defendida, dentre outros, por Gregório Assagra que argumenta que a pertinência temática pode ser primária quando a associação tem determinada finalidade como principal, podendo ainda eleger diversas outras finalidades

---

<sup>222</sup> BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. In: *VADE MECUM* Saraiva, *op. cit.*, p. 784; 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 e dá outras providências. In: *VADE MECUM* Saraiva, *op. cit.*, p. 1.358.

secundárias, o que caracteriza a pertinência temática secundária.<sup>223</sup>

*Data venia* aos que entendem desta forma, parece que não seria interessante que as associações elegessem várias e diversificadas finalidades e, por conseguinte, diversificadas pertinências, pois perderia ela, o foco do objetivo principal de sua criação, se perdendo em tantas finalidades e possibilidades de atuação.

Imagine, no caso deste trabalho, uma associação criada com finalidade de proteção do direito fundamental à saúde, mas que tivesse também como objeto secundário que a possibilitasse defender em juízo, o patrimônio público, os prédios históricos, o consumidor, o meio ambiente, a defesa da concorrência, o mercado de valores mobiliários, dentre diversos outros. Será que a defesa do direito à saúde, aquilo para o qual a associação foi inicialmente criada, cujo objetivo foi o que agrupou certas pessoas em torno dela, seria bem efetivado quando esta associação se propusesse a defender um leque amplo e diverso de direitos sem relação nenhuma com a saúde? Sem dúvida a resposta é negativa.

Há que se ter um mínimo de correlação entre os fins da associação e os direitos ou interesses coletivos deduzidos em juízo. Ao se propor à tutela de diversificados direitos coletivos (muitas vezes uns sem qualquer relação com outros, sendo totalmente opostos), sua defesa poderia ser prejudicada por não representar de forma satisfatória, a associação, os “titulares” do direito. A pertinência temática, tão somente neste sentido, deve passar pela análise do julgador, deferindo a possibilidade de tutela para aquele objeto fim principal da associação, aquele objeto para o qual ela foi criada.

O STJ em julgado de relatoria do Ministro Luiz Fux já enfrentou a matéria e decidiu que as associações poderão até ter certa generalidade em suas finalidades, contudo, esta generalidade não pode ser “desarrazoada, sob pena de se admitir a criação de uma associação civil para a defesa de qualquer interesse, o que desnaturaria a exigência de representatividade adequada do grupo lesado”<sup>224</sup>.

---

<sup>223</sup> Gregório Assagra de Almeida defende que “a *pertinência temática* poderá ser *primária* quando o legitimado ativo coletivo atuar na defesa de interesses e direitos relacionados com as suas principais finalidades. É o que acontece quando se cria uma associação para a defesa dos consumidores e ela ajuíza uma ação civil pública para a defesa dos consumidores. A *pertinência temática* aqui, portanto, seria *primária*. Por outro lado, a *pertinência temática* poderá ser *secundária*, quando o ente coletivo legitimado estabelecer dentro das suas finalidades estatutárias outras finalidades *secundárias*. Assim, a associação acima mencionada - criada com a finalidade primária de defesa dos consumidores amplamente considerados - poderia eleger dentro dos seus estatutos outras finalidades *secundárias*, como a defesa do meio ambiente, da ordem urbanística, etc.” (ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 120).

<sup>224</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 901.936-RJ. 2006/0242972-9. 1. T. Relator: Ministro Luiz Fux, j. 16/10/2008. *Diário de Justiça*, Brasília, 16 mar. 2009. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 05 jun. 2014.

Sempre na tutela coletiva se teve uma grande preocupação com o devido processo legal, uma vez que a decisão coletiva irá afetar toda uma coletividade que não participou diretamente do processo, ainda que seja só para beneficiar. Assim o requisito da pertinência temática é de extrema importância para este devido processo legal, pois exigir das associações que para defenderem aquele direito, seja sua finalidade de existência, para tanto, inserido em seus estatutos que só defenderão aquele direito e só depois de existirem há mais de um ano, o devido processo legal ficará resguardado, pois ao menos teoricamente esta associação estará apta à defesa de um interesse ou direito coletivo específico. Ademais, a dimensão de participação do processo coletivo estará também resguardada, pois ao defender em juízo um interesse ou direito coletivo para o qual aquela associação foi criada, cujo objeto é sua especialidade, sua participação na formação da vontade estatal será mais efetiva.

Por outro lado, não se quer defender também que para a tutela de um determinado direito ou interesse coletivo deva haver uma rígida correlação entre os fins da associação e o interesse tutelado. Apesar de não poder, as associações, inserir diversas finalidades em seus estatutos para a defesa de diferentes interesses coletivos, aquele fim previsto estatutariamente deve sofrer uma interpretação aberta, ampliativa, flexível, de modo a conceder a maior efetividade possível ao interesse coletivo que a associação, ao ser criada se propôs a defender. Com efeito, uma associação criada com o objetivo de defender o direito à saúde poderá tutelar, desde que seja condição necessária para a efetividade do direito à saúde, questões atinentes ao meio ambiente, ao direito ao lazer, ao direito do consumidor, como, por exemplo, no interesse de fazer cessar propagandas que incitam perigo à saúde.

Destarte, para a efetividade do direito à saúde, a pertinência temática deve sofrer uma interpretação ampla e flexível que permita que para se efetivar este direito, se tutele outros, desde que para sua efetividade, seja condição necessária a tutela de outro interesse coletivo, que este interesse reflita diretamente no direito à saúde. Esta interpretação aberta é imprescindível para a maior efetividade possível do direito fundamental à saúde. Sem dúvida, pode-se afirmar que a interpretação mais restritiva ou aberta da pertinência temática refletirá direta e proporcionalmente na tutela do direito coletivo cuja finalidade foi criada a associação.

Caso a pertinência temática esteja faltante, como corolário lógico, levará à extinção do processo sem análise do mérito da questão, não por falta de legitimidade ou interesse, e sim, simplesmente por falta de pertinência temática, podendo o pedido ser renovado em nova ação desde que sanada a falta de pertinência. Contudo, mais uma vez a extinção somente ocorrerá após possibilitar a associação sanar a falta de pertinência, o que será, entretanto, difícil ou após a intimação dos demais legitimados para seguirem na ação coletiva, desde que isto se

mostre possível, utilizando como norte interpretativo, o artigo 9º do projeto da nova LACP, conforme já defendido acima.

Esta análise da pertinência temática das associações deve ser feita em dois momentos, um em abstrato, verificando se seu estatuto contempla como finalidade a tutela daquele direito coletivo discutido em juízo e outra, em concreto analisando no caso específico do processo, se os contornos da lide, os contornos daquele direito, da causa de pedir e do pedido se encaixam naquilo que a associação objetiva estatutariamente defender.

Isto é de todo importante, pois se a análise da pertinência temática só ocorresse em abstrato não seria possível que uma associação em defesa da saúde pudesse, como meio necessário para tutelar este direito, discutir questões atinentes à contaminação de um manancial, cuja água é utilizada para consumo humano (lesão ao direito à saúde), ou fazer cessar uma propaganda direcionada aos consumidores, que incitasse a lesão ao direito à saúde.

Outra discussão interessante que se levanta é se poderia se dispensar a pertinência temática assim como pode fazê-lo em relação a prévia constituição anual. Ao que parece, não é o que se pode extrair do artigo 82 do CDC, pois quanto ao prazo anual, há expressa previsão legal de possibilidade de dispensa, o que não se observa quanto a pertinência temática. Se assim não se entendesse, desnaturaria as associações como legitimadas para a defesa dos interesses coletivos para os quais foram criadas, possibilitando que fosse uma legitimada irrestrita para a tutela coletiva, o que não encontra fundamento no ordenamento coletivo.

Verifica-se assim que a pertinência temática possui diversos contornos no tocante às associações e sua interpretação se relaciona proporcionalmente com a efetividade do direito que se propôs a defender de acordo com seu estatuto. Quanto mais ampla a interpretação da pertinência temática, mais ampla será a efetivação do direito ou interesse coletivo cuja tutela é a razão de ser da associação. Portanto, para que as associações cumpram seu importante papel em busca de uma maior efetividade do direito fundamental à saúde, faz-se necessário uma atenção interpretativa maior ao requisito da pertinência temática.

#### **4.5 Representatividade adequada**

A representatividade adequada, assim como a pertinência temática, é um instituto tipicamente de direito coletivo que não guarda relação com institutos do processo individual, ao menos na forma em que é estudado na seara coletiva. Mas também guarda certa relação com a pertinência temática e as condições da ação, especialmente, a legitimidade e o interesse, pois assim como estas, poderá a falta de representatividade adequada levar à

extinção do processo sem resolução de mérito. Contudo, apesar das semelhanças, este instituto não se confunde com o interesse processual e, especialmente com a legitimidade, não devendo ser analisado dentro da legitimidade, nem mesmo pode ser tomado como gênero em que a pertinência temática seja uma espécie sua.

A representatividade adequada, (também denominada como representação adequada) em um primeiro e raso conceito, se destina a verificar se aquele que “representa” a coletividade em juízo está apto a tutelar de forma satisfatória um direito daqueles que, pela natureza do processo coletivo, não estão pessoalmente em juízo. Essa necessidade de se melhor delinear este conceito e aplicá-lo ao processo coletivo é compartilhado por parte da literatura especializada defendendo, por exemplo, Suzana Henriques que:

Qualquer que fosse a saída eleita, teria ela que lidar com a idéia de representatividade. Em outros termos: como não é possível trazer à relação jurídica processual todos os membros da coletividade interessada, é necessário escolher um legitimado extraordinário. Esse legitimado, que litigará em nome do grupo, tem que ser um representante adequado. Eis, portanto, a necessidade de se desenvolver o conceito de representatividade adequada.<sup>225</sup>

Este instituto tem seu nascedouro no direito coletivo norte-americano, (onde é denominada de *adequacy of representation*) em que o indivíduo pertencente ao grupo, e também entidades privadas, podem propor a ação coletiva, devendo o magistrado aferir caso a caso, em concreto, se aquele que se apresenta como portador dos interesses da coletividade é um representante adequado dos interesses daqueles que não estão em juízo.

Como a decisão na tutela coletiva no direito norte-americano afeta toda a coletividade independente do resultado, *pro et contra*, a representatividade adequada é o meio necessário para que aquele que tenha sua esfera de interesse afetada pela decisão possa, antes desta afetação, “participar” adequadamente do processo, por intermédio de um bom representante de seus interesses, que após a *fair notice* (notificação dos membros do grupo) e se não optar pelo *right to opt out* (direito de exclusão do processo) ficará vinculado à coisa julgada.

No Brasil, o Projeto de Lei 3.034/84, projeto original da lei da Ação Civil Pública, previa expressamente que as associações no processo coletivo deveriam demonstrar a representatividade adequada na tutela dos interesses coletivos. Contudo, o projeto que o seguiu, que se transformou na atual LACP, não previu esta necessidade de verificação da

---

<sup>225</sup> COSTA, Susana Henriques da. A representatividade adequada e litisconsórcio: o projeto de lei nº 5.139/09. In: GOZZOLI, Maria Clara; CALOM, Mirna Cianci Petrônio; QUARTIERI, Rita (Org.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1, p. 567.

representatividade adequada, o que levou boa parte da literatura especializada a defender que o sistema pátrio de tutela coletiva havia desprezado definitivamente o instituto, sendo o tema, equivocadamente esquecido pela literatura e jurisprudência e quase totalmente pela disciplina legal, apesar de Mancuso<sup>226</sup> ainda verificar na legislação nacional, lei 9.870/99, resquício da representatividade quando exige a mencionada lei para discussão das anuidades escolares, o apoio de pelo menos 20% (vinte por cento) dos alunos ou pais de alunos.<sup>227</sup>

A representatividade adequada tem como fundamento o devido processo legal. Na sistemática do direito individual, ninguém poderá ser condenado ou sofrer qualquer afetação em seus direitos e interesses se não participou de um devido processo. Na seara do direito coletivo, o mesmo deve ser observado, contudo, em outra dimensão, pois na tutela individual, o interessado faz parte diretamente do processo e se sujeita a seus ônus e bônus, ao passo que na tutela coletiva, a participação de cada indivíduo se dá por intermédio de um “representante”.

Este “representante” que agirá em nome da coletividade e a sujeitará ao decidido na tutela coletiva (ao menos para a ação coletiva), não pode ser qualquer representante: “o grupo deve ser representado em juízo por um representante adequado”<sup>228</sup>. Só com um representante adequado, a coletividade estará “presente em juízo”, participando do devido processo legal coletivo<sup>229</sup>, o que legitima a tutela coletiva. A representação adequada por fazer valer o devido processo legal em sua dimensão coletiva é requisito indispensável para a constituição e desenvolvimento do processo ainda que não exigido expressamente nas leis infraconstitucionais atinentes ao processo coletivo.

Antônio Gidi defende de forma veemente a aplicação da representatividade adequada ao sistema brasileiro, asseverando que “não há nada de ilegal, ou inconstitucional, ou mesmo incompatível com a vetusta tradição romano-germânica em permitir ao juiz brasileiro,

<sup>226</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, *op. cit.*, p. 213.

<sup>227</sup> Dispõe o artigo 7º da lei que: “São legitimados à propositura das ações previstas na Lei nº 8.078, de 1990, para a defesa dos direitos assegurados por esta Lei e pela legislação vigente, as associações de alunos, de pais de alunos e responsáveis, sendo indispensável, em qualquer caso, o apoio de, pelo menos, vinte por cento dos pais de alunos do estabelecimento de ensino ou dos alunos, no caso de ensino superior” (BRASIL. Lei nº 9.870, de 23 de novembro de 1999. Dispõe sobre o valor total das anuidades escolares e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 nov. 1999. Edição extra. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9870.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9870.htm)>. Acesso em: 04 jun. 2014).

<sup>228</sup> GIDI, Antônio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 27, n. 108, p. 61-70, out./dez. 2002. p. 70.

<sup>229</sup> Quanto a vinculação da representatividade adequada ao devido processo legal c.f.: LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, *op. cit.*, p. 170-173; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, *op. cit.*, v. 4, p. 76-77; ZUFELATO, Camilo. *Coisa julgada coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 194-195.

controlar caso a caso a adequação do autor da demanda coletiva<sup>230</sup>. E continuando sua defesa, argumenta o autor, que a não verificação da representatividade adequada viola o princípio constitucional do devido processo legal, pois a coisa julgada se formaria mesmo que os interesses da coletividade fossem tutelados por um representante inadequado.

Se a representatividade adequada decorre da necessidade de se garantir o devido processo legal e este tem previsão constitucional no rol dos direitos e garantias fundamentais, logo, a representatividade adequada também está prevista no ordenamento, inclusive como parte integrante dos direitos e garantias fundamentais coletivos. Para os que defendem que o ordenamento brasileiro não prevê este instituto, na verdade defendem em última instância a lesão à Constituição, devendo interpretação como tal, ser taxada de inconstitucional e afastada.

A representatividade adequada em suma garante no processo coletivo, no qual não estão diretamente presentes os titulares do direito, o devido processo legal, a segurança jurídica e uma maior efetividade ao direito tutelado, pois quando este é tutelado por um “bom representante” aferido caso a caso em regra, a satisfação do direito, será mais efetiva do que simplesmente se acreditar que qualquer legitimado por simplesmente ser unguído abstratamente pela lei da prerrogativa de legitimidade da tutela coletiva será um adequado representante da coletividade e buscará a melhor efetivação do direito vindicado.

Há na literatura pátria uma dualidade de pensamentos que se opõem na discussão da representatividade adequada acerca da possibilidade de sua averiguação, se em abstrato ou em concreto pelo julgador.

Parte da literatura especializada defende a tese de que no Brasil, a representatividade adequada decorre da lei, pois ao prever o legislador um rol limitado de legitimados para a ação coletiva, já estaria escolhendo aqueles que melhor representam a coletividade, não sendo dado ao julgador analisar a representatividade no caso concreto daquele legitimado que propõe a ação coletiva.<sup>231</sup>

Para outra corrente, não só poderá como deverá o julgador analisar, caso a caso, se aquele que se apresenta como legitimado para a ação coletiva, de fato é um bom

---

<sup>230</sup> GIDI, Antônio. *Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil*, *op. cit.*, p. 95.

<sup>231</sup> Entre os que defendem a não possibilidade da análise em concreto pelo julgador da representatividade adequada estão: GIRARDELLI, Adriana Carvalho. *A associação civil como garantidora de defesa do consumidor*, *op. cit.*, p. 194; NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil em vigor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 1.137-1.139; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*, *op. cit.*, p. 113. Claudia Lima Marques diz que o Brasil não adotou a ideia da análise judicial da representatividade adequada, contudo acredita que deveria tê-la adotada (BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 470).

representante, se reúne condições para defender de forma satisfatória o direito tutelado. Baseado no direito norte-americano, notadamente na Regra 23 daquele sistema jurídico, argumentam os defensores desta ideia que o simples fato da lei prever em abstrato um rol de legitimados para a ação coletiva não significa que de fato serão adequados representantes da coletividade e farão de forma satisfatória a defesa daquele direito.<sup>232</sup>

Defende-se neste trabalho que a melhor opção é a análise em concreto se aquele que se apresenta como legitimado para propor uma ação coletiva é um bom porta-voz do grupo. A simples inserção de um ente público ou privado no rol dos legitimados para a ação coletiva não demonstra que todos os legitimados e em todos os casos, serão bons representantes da coletividade, a previsão legal é uma presunção que deve ser corroborada em concreto.

Esta exigência da demonstração em concreto evita o risco de colusão entre as partes com o intuito de prejudicar os titulares do direito coletivo, incentiva uma conduta vigorosa do legitimado e do advogado.<sup>233</sup> Ademais, como já dito acima, ao se demonstrar em juízo que aquele representante é adequado para a ação coletiva, a decisão e o processo coletivo se tornam mais legítimos. O devido processo legal é devidamente respeitado e o direito vindicado tem a possibilidade de ser efetivado de forma também mais vigorosa.

Acreditar que basta constar da lei determinados entes como legitimados para a ação coletiva para serem considerados os melhores representantes da coletividade demonstra no mínimo ingenuidade. Vários fatores podem levar determinado legitimado a não ser um bom representante em juízo, desde a má-fé até mesmo o puro desinteresse por aquela ação ou o total desconhecimento do interesse ou direito coletivo deduzido em juízo. Em todos os casos, a coletividade não estará representada adequadamente, e o devido processo legal coletivo estará ferido de morte, além de representar pouca possibilidade de que o direito tutelado seja efetivado da melhor forma possível.

Mas, neste sentido, poderia se perguntar o que deve ter um representante para ser considerado adequado, quais as qualidades e atributos que deve demonstrar em juízo um bom porta-voz dos interesses da coletividade?

No direito norte-americano, segundo Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, a representatividade adequada é analisada em face do representante do grupo e de seu

---

<sup>232</sup> Entre os que defendem a possibilidade da análise em concreto pelo julgador da representatividade adequada estão: DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil, op. cit.*, v. 4, p. 204-209; GIDI, Antônio. *Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil, op. cit.*, p. 74 et seqs; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo, op. cit.*, p. 75.

<sup>233</sup> GIDI, Antônio. *Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil, op. cit.*, p. 77.

advogado, sendo este avaliado de forma mais veemente do que o próprio representante. Em relação à parte representativa, é analisado em juízo seu comprometimento, motivação e vigor na condução da causa, o interesse em jogo, o tempo e a capacidade financeira dispensada na condução do processo, o conhecimento do litígio, a honestidade, caráter e credibilidade do portador dos interesses em juízo e a ausência de conflito de interesses.

Quanto ao advogado do portador dos interesses do grupo deve ser levado em consideração, sua qualificação, especialização e experiência na área, seu desempenho em juízo, a capacidade financeira de seu escritório para patrocinar o litígio, conduta ética, ausência de conflitos de interesse e seu comprometimento com a parte e com os membros da classe acerca das notificações e esclarecimentos.<sup>234</sup>

Na sistemática do processo coletivo brasileiro não há no ordenamento, e nem mesmo delineado na jurisprudência, a previsão das características da representatividade adequada a serem analisadas do legitimado para a ação coletiva.

Os Códigos Modelos de Processo Coletivo<sup>235</sup> sistematizaram de forma bastante semelhante os requisitos que devem contemplar o legitimado em juízo para ser considerado um representante adequado. Segundo estes Códigos são, em suma, estes os requisitos a ser observados do legitimado e do advogado para ser considerado um representante adequado: competência, honestidade, capacidade, prestígio, experiência, histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses de grupo, a conduta e participação no processo e em outros processos coletivos anteriores, o tempo de instituição e o grau de representatividade perante o grupo, a capacidade financeira para prosseguir na ação coletiva, credibilidade e a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda.<sup>236</sup>

Observa-se dos requisitos enumerados que para os Códigos Modelos de Processo Coletivo o instituto da representatividade adequada é algo bastante caro uma vez que está previsto nos quatro Códigos Modelos e aquele legitimado que se propõe a defender os interesses da coletividade somente poderá continuar no processo se demonstrar toda esta gama de requisitos. Só os demonstrando, em concreto, poderá o legitimado prosseguir na ação

---

<sup>234</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, op. cit., v. 4, p. 79.

<sup>235</sup> Os mencionados Códigos de Processo Coletivo são: o Código de Processo Civil Coletivo, projeto original encabeçado por Antônio Gidi; o Código Modelo de Processos Coletivos do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual; o Código Brasileiro de Processos Coletivos do Instituto Brasileiro de Direito Processual e o Código Brasileiro de Processos Coletivos da UERJ/UNESA.

<sup>236</sup> Código de Processo Civil Coletivo, projeto original encabeçado por Antônio Gidi. Código Modelo de Processos Coletivos do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual. Código Brasileiro de Processos Coletivos do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Código Brasileiro de Processos Coletivos da UERJ/UNESA.

coletiva uma vez que demonstrado estará que os titulares, ausentes da ação coletiva, participarão do devido processo legal coletivo por intermédio de um portador adequado de seus interesses em juízo.

Mesmo que estes Códigos não estejam em vigor e à míngua de uma legislação que trate do tema, poderão juntamente com a utilização do direito comparado norte-americano, servir de guia interpretativo na análise da representatividade adequada no processo coletivo brasileiro.

Continuando a discussão sobre o tema, recorrentemente tem-se dito, em parte já afirmado acima, que a representatividade adequada no sistema brasileiro é analisada tão somente de acordo com a lei (*ope legis*)<sup>237</sup>. Defende-se ainda, alguns, que no sistema norte-americano como a legitimidade é concedida pelo juiz àquele que demonstre ser portador dos interesses do grupo, faz-se necessário naquele ordenamento, a análise rigorosa da representatividade adequada, diferentemente do sistema pátrio, em que a legitimidade decorre da lei. Já para outros autores mais flexíveis entendem que a representatividade, no sistema pátrio decorre da lei, mas também sendo possível sua análise pelo juiz, (*ope legis e ope judicis*).<sup>238</sup> Muitos autores da literatura do processo coletivo também tratam em seus livros acerca da representatividade adequada dentro do capítulo destinado à legitimidade, o que leva a entender que a representatividade está contida na legitimidade e faltante aquela, o portador dos interesses em juízo carece de ação.<sup>239</sup>

Com a devida *venia* aos diversos entendimentos que o tema possibilita, parece equivocada correlacionar de forma direta a representatividade adequada com a legitimidade. A representatividade adequada no sistema brasileiro não decorre da lei (*ope legis*), nem mesmo há que se falar que a representatividade adequada deve ser analisada de acordo com a lei que arrola os legitimados e também concretamente pelo juiz (*ope legis e ope judicis*), muito menos se pode falar que no sistema norte-americano a legitimidade é concedida pelo juiz tendo assim a necessidade de verificação mais aprofundada da representatividade adequada, nem mesmo se pode defender ainda, que faltante a representatividade adequada, faltante estará a legitimidade.

Legitimidade e representatividade adequada não se confundem. Não é correto afirmar que a legitimidade decorre de concessão judicial (como se diz do sistema norte-americano),

<sup>237</sup> Neste sentido entendem que o controle da representatividade já consta da lei ao disciplinar o rol de legitimados: GIRARDELLI, Adriana Carvalho. *A associação civil como garantidora de defesa do consumidor*, *op. cit.*, p. 194; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*, *op. cit.*, p. 113.

<sup>238</sup> Este é o entendimento, por exemplo, de DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, *op. cit.*, v. 4, p. 205-206.

<sup>239</sup> É o caso de Ricardo de Barros Leonel que trata a representatividade adequada dentro do capítulo destinado à legitimidade (LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, *op. cit.*, p. 167 et seq.).

nem que no caso do sistema brasileiro, a representatividade se observa da lei por intermédio do rol dos legitimados. O que consta nas leis do sistema coletivo pátrio é tão somente um rol de legitimados, legitimidade *ad causam*, que não se confunde com representatividade adequada que é analisada em concreto verificando se aquele constante do rol de legitimados para a ação coletiva quando se apresenta em juízo porta as qualidades necessárias para ser um representante adequado dos interesses da coletividade. A legitimidade decorre do ordenamento ao passo que a representatividade decorre da análise em concreto, e para isso, utiliza-se do parâmetro legal, ou quando ainda não exista, como no Brasil, poderá se utilizar como norte interpretativo o direito norte-americano, feitas as devidas modificações, e os Códigos Modelos de Processo Coletivo.

Aqueles que constam das leis do processo coletivo são apenas legitimados, podem propor a ação coletiva, mas se serão representantes adequados, será verificado concretamente quando se analisará se poderão ou não seguir na ação coletiva. Se por outro lado, se acreditar que a representatividade é nada mais que a análise em concreto da legitimidade abstratamente constante na lei, resumiria a representatividade adequada à legitimidade, não sendo a representatividade um instituto autônomo do direito coletivo, ou para aqueles que acreditam que a representatividade também se analisa em concreto (*ope judicis*), estaria dizendo neste caso que a legitimidade decorre do julgador, que pode concedê-la ou não e, não do ordenamento.

Nem mesmo no sistema norte-americano, a legitimidade decorre da análise concreta do juiz. A legitimidade é prevista na lei, isto é o que prescreve a Regra 23 ao disciplinar que “*one or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if.*”<sup>240</sup>. Neste sentido é o que também defende Antônio Gidi asseverando que:

[...] tanto no direito brasileiro como no direito norte-americano, é a lei escrita (e não o juiz) que determina quem tem e quem não tem legitimidade para propor uma demanda coletiva: um ente coletivo nas demandas coletivas brasileiras, um membro do grupo típico e adequado nas demandas coletivas norte-americanas.<sup>241</sup>

Deste modo legitimidade e representatividade adequada não se confundem, guardando é verdade algumas semelhanças, pois só aquele que é legitimado poderá se submeter ao

<sup>240</sup> Tradução da Regra 23 (a): “Um ou mais membros da classe podem demandar, ou serem demandados, como representantes, no interesse de todos, se [...]” (Tradução livre). A Regra 23 é encontrada como anexo em MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, *op. cit.*, v. 4, p. 332 et segs.

<sup>241</sup> GIDI, Antônio. *Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil*, *op. cit.*, p. 87.

controle da representatividade adequada e a falta de um dos institutos, levará ao mesmo fim, a extinção do processo sem o enfrentamento do mérito.

Assim a representatividade adequada deve ser analisada na propositura da ação e reavaliada durante todo o tramitar do processo. Caso verifique-se em qualquer momento, a falta da representatividade adequada, o processo será extinto sem resolução de mérito, mas não por ilegitimidade de parte e sim, simplesmente por falta de representatividade adequada, podendo a ação ser reproposta, desde que corrigido o vício. Esta extinção, porém, somente ocorrerá após conceder à parte, a possibilidade de retificar a falta da representatividade e se não conseguir ou não for possível, deverá intimar os demais legitimados para atuar conjuntamente com o autor originário dando-lhe suporte ou assumir de vez a posição de autor da ação, utilizando para tanto, como norte interpretativo, o disposto no artigo 9º do Projeto de Lei da nova ACP.<sup>242</sup>

Mas, poderia se perguntar neste sentido quem deverá demonstrar ser um representante adequado dos interesses da coletividade, todos aqueles que se encontram no rol dos legitimados ou somente as associações por não fazerem parte da estrutura estatal e por ter que demonstrar a prévia constituição ânua?

A representatividade adequada por estar ligada à escolha de um bom representante para ser o portador dos interesses daqueles que estão ausentes em juízo, por estar por via transversa “substituindo” os titulares do direito e pela efetividade do direito tutelado estar ligada à escolha de um representante satisfatório, todos os legitimados devem demonstrar ser um representante adequado em juízo e não somente as associações. Este entendimento é corroborado na literatura especializada por autores como Antônio Gidi, Hermes Zaneti e Fredie Didier<sup>243</sup>, dentre outros.

Esta afirmação ganha reforço na discussão atual e necessária acerca da possibilidade da ação coletiva passiva, pois quando a coletividade assume o polo passivo da ação, podendo várias pessoas sofrer as consequências negativas de um julgado, a necessidade de se demonstrar a representatividade adequada se impõe com mais força.

---

<sup>242</sup> Disciplina o mencionado artigo 9º do PL da nova LACP: “Não haverá extinção do processo coletivo, por ausência das condições da ação ou pressupostos processuais, sem que seja dada oportunidade de correção do vício em qualquer tempo ou grau de jurisdição ordinária ou extraordinária, inclusive com a substituição do autor coletivo, quando serão intimados pessoalmente o Ministério Público e, quando for o caso, a Defensoria Pública, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social, podendo qualquer legitimado adotar as providências cabíveis, em prazo razoável, a ser fixado pelo juiz” (BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei nº 5.139*, de 08 de abril de 2009, *op. cit.*).

<sup>243</sup> GIDI, Antônio. *Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil*, *op. cit.*, p. 109; DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, *op. cit.*, v. 4, p. 205.

Tratando agora especificamente da representatividade adequada das associações, em quase nada se diferencia dos aspectos discutidos acima. Às associações, se deve verificar a representatividade adequada e tudo dito até agora, servirá para as mesmas.

Uma das especificidades da representatividade adequada das associações é que um de seus requisitos já consta da lei, a prévia constituição ânua, que é um exemplo, contudo, diversas outras características deverão ser observadas, como já defendido. Deve-se destacar que não obstante, poder se afastar o requisito da prévia constituição, não poderá afastar como um todo os demais requisitos que compreendem a representatividade adequada, dado que o princípio do devido processo legal não pode ser objeto de dispensa pelo juiz.

Assim, no caso deste trabalho, a associação que se apresentar como uma portadora dos interesses da coletividade ligado à defesa do direito fundamental à saúde, deverá demonstrar em juízo ser uma representante adequada para a tutela específica do direito à saúde. O julgador deverá verificar, além do requisito da representatividade descrito na lei, a prévia constituição ânua, todos os demais acima informados, necessários para a satisfatória defesa deste direito vindicado, pois assim terá a coletividade “representada” pela associação participado do devido processo legal coletivo. Ademais, tendo a associação demonstrado de forma clara ser uma representante adequada, poderá conceber, por intermédio da tutela coletiva, uma maior efetividade ao direito fundamental à saúde.

Como o processo coletivo também é meio de participação da coletividade na gestão da coisa pública, a verificação da representatividade adequada se impõe ainda de forma mais clara, pois sendo o legitimado, um adequado representante dos interesses dos titulares ausentes do litígio, a participação destes na formação da vontade estatal também será mais efetiva.

Assim para que as associações cumpram seu importante papel em busca de uma maior efetividade do direito à saúde, faz-se necessário uma atenção interpretativa maior ao requisito da representatividade adequada, devendo sempre se exigir sua demonstração.

## 5 AS ASSOCIAÇÕES E A DEFESA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

### 5.1 A efetividade do direito fundamental à saúde e a tutela coletiva

Após a Constituição da República de 1988 inserir o direito à saúde em seu texto, notadamente como direito fundamental de aplicação imediata, possibilitou que este direito, agora como direito público subjetivo, pudesse ser exigido com efetividade concreta<sup>244</sup>. Esta exigência de concretização pode se dar de forma individual, o que mais tem ocorrido atualmente, ou de forma coletiva.

Quando o Estado, o qual foi incumbido pela Constituição do dever de prestação dos serviços de saúde, não cumpre esta imposição constitucional pode-se exigí-la judicialmente, o que hodierno tem ganhado o nome de judicialização de políticas públicas.

Nesta judicialização das políticas públicas na área da saúde, uma discussão se impõe de toda relevante: esta tutela será mais eficaz de forma individual ou coletiva? A tutela jurisdicional do direito à saúde hodierno em sua maior parte, tem ocorrido de forma individual, notadamente buscando no judiciário a prestação de medicamentos e procedimentos cirúrgicos, com o intuito de atender uma necessidade individual.<sup>245</sup>

Desta forma, a concretização do direito à saúde se limita ao requerente no processo não se irradiando para a coletividade, o que mitiga sua efetividade. Porém, a tutela do direito à saúde pode conceber maior efetividade quando realizada de forma coletiva, trazendo diversas benéficas à coletividade.

Um dos pontos positivos da tutela coletiva neste caso é a promoção do direito à saúde de pessoas que jamais teriam acesso à tutela jurisdicional individual, seja por desconhecimento, seja por hipossuficiência financeira ou outros diversificados motivos.

A tutela coletiva do direito à saúde pode atingir um grande número de pessoas, beneficiando toda uma coletividade, diferentemente se esta tutela fosse de forma individual

---

<sup>244</sup> Segundo Fabiola Vieira e Paola Zucchi em 2000 estimou-se que 41% (quarenta e um por cento) da população brasileira não tinha acesso aos medicamentos necessários de uso diário ou como curativos de doenças (VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 41, n. 2, p. 214-222, 2007).

<sup>245</sup> Em pesquisa realizada por grupo de pesquisadores da Universidade Federal de Minas Gerais acerca do perfil das ações judiciais concernentes à saúde em Minas Gerais entre 1999 e 2009 constatou-se que apenas 7,4% das ações eram coletivas (ANDRADE, Eli Iola Gurgel et al. A judicialização da saúde em Minas Gerais: perfil das ações judiciais de 1999 a 2009. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE POLÍTICA, PLANEJAMENTO E GESTÃO EM SAÚDE, 2º, 2013, Belo Horizonte. *Anais ...* Belo Horizonte, 2013. Disponível em: <<http://www.politicaemsaude.com.br/anais/trabalhos/publicacoes/028.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2014).

que atingiria apenas a parte no processo ou no máximo um número um pouco maior, no caso de litisconsórcio.

A tutela coletiva do direito à saúde, tem o condão ainda de molecularizar as demandas, o que “desafoga” o judiciário cada vez mais exigido em número maior de processos que em muito tem contribuído as diversas ações individuais relacionadas à saúde, que a cada dia só tem aumentado.

As ações coletivas atinentes ao direito à saúde, podem ter caráter preventivo, podem atuar antes que a lesão à saúde se concretize, como, por exemplo, na cessação de derramamento de detritos em água utilizada para consumo humano, ao passo que as ações individuais relativas à saúde raramente terão o caráter preventivo, buscam quase tão somente medicamentos para uso após a ação de uma doença ou enfermidade ou tratamentos cirúrgicos.

Outra questão que se põe em discussão acerca da judicialização da saúde, é que na tutela individual argumenta-se que aqueles que acessam a justiça seriam beneficiados em relação àqueles que não escolheram esta via e aguardam as intermináveis filas do Sistema de Saúde, ou seja, aqueles que não se utilizam da tutela jurisdicional seriam tratados desigualmente. Este argumento é contornado quando se utiliza da tutela coletiva na efetivação do direito à saúde, pois aqui a decisão se irradiaria por toda a coletividade tratando a todos de forma igual. Na tutela coletiva do direito fundamental à saúde, se possibilita que todos os que estão naquela situação da omissão estatal ou ilícito privado possam ser contemplados.

Destarte, verifica-se que apesar da extrema importância das ações individuais nesta seara, faz-se necessário mudar o enfoque da atuação individual para o acesso coletivo e assim, possibilitar, uma maior efetividade do direito à saúde, pois nesta forma de tutela a proteção à saúde se potencializa e atinge um número maior de pessoas ao contrário da tutela individual.

Há que se reconhecer, contudo, que determinadas ações relacionadas ao direito à saúde, só podem ser exercidas individualmente, face sua especificidade. Mas, não se pode olvidar ainda que muitas são assim iniciadas por mera comodidade ou por falta de atuação vigorosa dos legitimados para a ação coletiva.

Na década de 1990, quando estas questões acerca da judicialização das políticas públicas da saúde começaram a ser levantadas de forma mais veemente se formou uma jurisprudência de concretização por via judicial do direito à saúde. Contudo, esta concretização do direito à saúde era, e ainda é, feita de forma maciçamente individual. Estas ações começaram a ser aviadas em grande parte por portadores do vírus HIV, contudo de forma individual como se observa de paradigmático acórdão do Supremo Tribunal Federal:

Paciente com HIV/AIDS - Pessoa destituída de recursos financeiros - Direito à vida e à saúde - Fornecimento gratuito de medicamentos - Dever constitucional do poder público (Cf., Arts. 5º, *Caput*, e 196) - Precedentes (STF) - Recurso de agravo improvido. O direito à saúde representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida.<sup>246</sup>

Estas ações se multiplicaram se abrindo para os diversos campos do direito à saúde, porém, repita-se, quase sempre de forma individual. A ação individual dos portadores do vírus HIV exigindo a entrega de remédios e o fornecimento de tratamentos, como o exemplo do acórdão acima citado, poderia, ao invés das diversas tutelas individuais que sobrecarregaram o judiciário, ser pleiteado em uma única ação coletiva que atingiria a todos que se encontrassem naquela situação.

Pense na efetividade do direito à saúde que uma única ação coletiva poderia conceber, neste caso. Todos aqueles que portavam a doença poderia se beneficiar da decisão, se evitaria as diversas ações individuais, evitando gastos e movimentação da máquina judiciária, trataria a todos que se encontrava naquela situação de forma idêntica, aqueles que por diversos motivos estavam à margem do judiciário teria acesso a ele. Enfim, uma única ação coletiva efetivaria de forma mais adequada o direito fundamental à saúde e ao mesmo tempo evitaria diversas ações individuais.

Antônio Gidi argumenta que um dos objetivos da tutela coletiva é tornar efetivo o direito material e promover as políticas públicas do Estado, asseverando que:

O terceiro objetivo buscado pela tutela coletiva dos direitos é o de tornar efetivo o direito material e promover as políticas públicas do Estado. Isso é obtido de duas formas. A primeira é através da realização *autoritativa* da justiça no caso concreto de ilícito coletivo, corrigindo de forma coletiva o ilícito coletivamente causado (*corrective justice*). A segunda é realizada de forma profilática, através do estímulo da sociedade ao cumprimento *voluntário* do direito, através do desestímulo à prática de condutas ilícitas coletivas, por meio da sua efetiva punição (*deterrence*). Numa posição intermediária, entre compensação e prevenção, está o cumprimento *voluntário* através da ameaça de realização *autoritativa*: os acordos coletivos.<sup>247</sup> (Destques no original).

A tutela coletiva do direito à saúde neste sentido também traria mais efetividade a este direito, pois se exigiria o seu cumprimento a toda uma coletividade e estimularia o Estado a cumpri-lo por meio de desestímulo a se manter inerte diante do mandamento constitucional. Assim, neste caso específico, a tutela coletiva surge como uma forma de acesso à justiça que

<sup>246</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário-Agravo Regimental nº 271.286-RS. 2. T. Relator: Celso de Mello, j. 12/09/2000. *Diário de Justiça*, Brasília, 24 nov. 2000. p. 101. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 21 jun. 2014.

<sup>247</sup> GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 33.

possibilita uma melhor concretização do direito à saúde.

Quando a CR disciplina o direito à saúde, não o limita ao gozo individual, portanto, não o limita também a ser tutelado somente de forma individual, ao contrário ao prever a Constituição o atendimento integral e universal do direito à saúde, abre as portas à tutela coletiva, pois nada mais compatível com o atendimento integral e universal que a tutela coletiva, que visa justamente a efetivação integral e universal dos direitos, no caso do direito à saúde.

Esta universalidade e integralidade no atendimento à saúde é fundamental na compreensão de sua extensão. O direito à saúde se relaciona intimamente com a proteção à vida e em maior amplitude, à dignidade humana, princípio vetor de todo o ordenamento pátrio. E é justamente por esta relação com o direito à vida e a dignidade humana que é essencial para a tutela coletiva do direito fundamental à saúde, entendê-lo de forma ampla.

A saúde, como dito acima, não pode ser entendida somente como questões curativas ligadas diretamente ao corpo (físico) como, por exemplo, proporcionar atendimento médico ou a distribuição de remédios. A interpretação do direito à saúde deve ser ampla possibilitando a tutela de outros direitos ainda que não relacionados diretamente com ele, mas sua tutela resultará na efetivação do direito à saúde.

Para tanto, é perfeitamente possível em nome da efetividade do direito à saúde se pleitear a cessação do despejo de esgoto em mananciais de água utilizada para consumo por uma comunidade exigindo do Estado seu devido tratamento, ou pleitear a proibição que empresas exijam rotineiramente de seus funcionários o trabalho em várias horas extraordinárias diárias causando lesão à saúde dos trabalhadores ou aumentando o risco de acidentes de trabalho, ou ainda no campo do direito do trabalho, exigir de empresas que tomem medidas a fim de cessar ou diminuir a atuação de ruído ou outros agentes insalubres no ambiente de trabalho, podendo atuar de forma preventiva também como, por exemplo, exigindo do Estado políticas públicas de lazer e incentivo ao esporte para se evitar doenças.

A saúde, assim, não pode ser entendida somente como questões relacionadas à falta de enfermidades, esta concepção é demasiadamente restrita, a saúde deve ser entendida nos termos da conceituação do preâmbulo da Organização Mundial da Saúde, ou seja, “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”<sup>248</sup>.

Neste sentido, é o que entende também Anne Fagot-Largeault citado por Mariana

---

<sup>248</sup> Esta conceituação consta do preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Constituição da Organização Mundial da Saúde, op. cit.*, 1946).

Filchtiner quando relaciona o direito à saúde enquanto qualidade de vida. Diz a autora, que qualidade de vida (e portanto saúde) tem uma noção pluridimensional, pois envolve um aspecto individual ligado àquilo que torna a vida boa, o amor, sucesso, conforto, alegrias, felicidade, e um aspecto coletivo, ligado ao nível de vida e desenvolvimento, igualdade, segurança, educação, informação, taxas de natalidade convenientes, saúde da população globalmente considerada, baixa taxa de mortalidade.<sup>249</sup>

Como a saúde tem essa “noção pluridimensional”, a sua efetivação deve levar em conta esta pluridimensionalidade devendo para efetivar o direito à saúde, entendida como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, que não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”, uma “boa qualidade de vida”, se atentar aos direitos que lhe circunda, que lhe orbita.

Esta composição pluridimensional do direito à saúde, ligada à educação, segurança, baixa taxa de mortalidade, somado ainda ao seu aspecto individual e seu entendimento como um estado completo de bem-estar físico, mental e social demonstra que a efetivação do direito à saúde está relacionada à implementação de diversos direitos que a antecedem e lhe são conexos. Em nome desta efetivação, a tutela coletiva poderá também efetivar estes diversos outros direitos, pois como assentado acima, a saúde tem uma noção pluridimensional e a tutela coletiva deste direito fundamental, assim também deverá ser, ou seja, pluridimensional.

A lei 8.080/90 que disciplina o SUS reitera esta pluridimensionalidade em seu artigo 3º ao prescrever que diversos outros direitos, como a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais, são determinantes e condicionantes para a saúde.<sup>250</sup> Destarte para a defesa do direito à saúde, pode a tutela coletiva tutelar todos estes direitos para que torne efetivo o direito à saúde e não só, repita-se, a saúde no sentido curativo ou como ausência de enfermidade.

Este mesmo artigo em seu parágrafo único assevera que “dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas

---

<sup>249</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 82.

<sup>250</sup> O artigo 3º da lei 8.080/90 prevê que: “Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais” (BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial da União, op. cit.*, 1990).

e à coletividade, condições de bem-estar físico, mental e social”<sup>251</sup>. Desta feita, como todas as ações que visam condições de bem-estar físico, mental e social diz respeito à saúde sua conceituação se torna ampla podendo ser objeto da tutela coletiva tudo aquilo relacionado à saúde que concebe bem-estar físico, mental e social.

Portanto, ainda que não haja uma determinada lei positivada prevendo um direito material diretamente relacionado à saúde, se a tutela daquele direito resultar na efetivação do direito à saúde poderá a tutela coletiva do direito à saúde atuar neste específico, pois o direito à saúde repita-se deve sofrer interpretação extensiva, buscando sua máxima efetividade.

Neste sentido ainda, para se alcançar esta máxima efetividade no direito fundamental à saúde, a tutela coletiva poderá se utilizar de todas as “ações” e todos os provimentos coletivos podem ser úteis para sua concretização.

Nesta esteira verifica-se que a tutela coletiva é um poderoso instrumento para efetivar direitos fundamentais e quanto ao direito fundamental à saúde, quando em busca de sua efetividade, se utiliza da tutela coletiva pode-se alcançar benefícios ainda maiores concretizando este importante direito fundamental a toda uma coletividade, especialmente quando manejado pelas associações.

## 5.2 A efetividade do direito fundamental à saúde, a tutela coletiva e as associações

Em estudo acerca do movimento associativista nos EUA, Aléxis de Tocqueville *apud* José Amorim, defendeu a importância das associações para o desenvolvimento social e a participação nas tomadas de decisões estatais. Argumenta, o autor, que o sentimento que se tem pela pátria, pela nação, pela defesa da coisa pública como se fosse seu próprio interesse faz com que as pessoas associem e cooperem entre si para resolver seus problemas comuns. Tocqueville, maravilhado pelo enorme senso associativista do povo norte-americano, chega a dizer que “em toda parte onde, à frente de uma empresa nova, vemos na França o governo e na Inglaterra um grande senhor, tenhamos certeza de perceber, nos Estados Unidos, uma associação”<sup>252</sup>.

O autor reconhece nas associações um meio de desenvolver a liberdade dos cidadãos,

---

<sup>251</sup> BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial da União, op. cit.*, 1990.

<sup>252</sup> TOCQUEVILLE, Charles Aléxis Clérel de. *A democracia na América*. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. da USP, 1977. p. 392 *apud* OLIVEIRA JÚNIOR, José Amorim de. A influência da ação coletiva das associações no poder e no desenvolvimento sociopolítico local, em Tocqueville. *Barbarói*, Santa Cruz do Sul, n. 24, p. 07-20, jan./jun. 2006. p. 09. Disponível em: <[http://bib.pucminas.br/arquivos/335000/339000/25\\_339037.htm](http://bib.pucminas.br/arquivos/335000/339000/25_339037.htm)>. Acesso em: 26 jun. 2014.

sendo que por meios delas o indivíduo participa democraticamente das tomadas de decisão do Estado, exerce o poder e seus direitos e concebe ainda seus deveres<sup>253</sup>. Demonstra o autor em seu estudo, um apreço enorme pelas associações como forma de participação e mudança da realidade social, especialmente local.

No Brasil muitos autores têm defendido também a importância da atuação das associações para o desenvolvimento sociopolítico e a efetivação dos direitos. Luiz Alberto David Araújo escrevendo especificamente acerca da promoção dos direitos dos portadores de necessidades especiais, é enfático ao afirmar que as associações destes grupos conhecem melhor do que qualquer outro, os problemas enfrentados pelos portadores de necessidades, sendo estas associações os atores mais relevantes na efetivação das políticas de inclusão.<sup>254</sup>

No que tange à participação social das associações e à tutela da saúde, disciplina a Constituição de 1988 em seu artigo 194, VII e 198, III e a lei 8.080/90 que trata do SUS<sup>255</sup> que a saúde é um direito de todos e ao mesmo tempo, um dever das pessoas, da família, das empresas e da sociedade, asseverando ainda os mencionados artigos que a saúde terá organização democrática que permita a participação social. E é justamente neste ponto que surge com grande importância, a atuação das associações, muito bem lembrada por Luiz Alberto David Araújo e pelo memorável estudo de Aléxis de Tocqueville.

Observa-se assim que na composição das políticas e ações dos serviços de saúde, todos aqueles que são seus destinatários também podem participar da sua composição. O caráter democrático das decisões dos órgãos colegiados, da composição das políticas públicas e das ações dos serviços de saúde, junto ao dever da sociedade para com a saúde, possibilita maior efetividade deste direito fundamental, pois aqueles que receberão estas ações também participarão de sua formação. E aqui se insere as associações como atores sociais

<sup>253</sup> TOCQUEVILLE, Charles Aléxis Clérel de. *A democracia na América*. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. da USP, 1977. p. 392 *apud* OLIVEIRA JÚNIOR, José Amorim de. A influência da ação coletiva das associações no poder e no desenvolvimento sociopolítico local, em Tocqueville. *Barbarói, op. cit.*, p. 09.

<sup>254</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência: algumas dificuldades para efetivação dos direitos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 920.

<sup>255</sup> Disciplina o inciso VII do parágrafo único do artigo 194 da CR: Parágrafo único. “Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: [...] VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.” Ao passo que prescreve o 198 da CR que: “As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: [...] III - participação da comunidade” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. In: *VADE MECUM* Saraiva, *op. cit.*, p. 64-65). Por sua vez disciplina o artigo 2º § 2º da lei 8.080/90 que: “O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade” (BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial da União, op. cit.*, 1990).

potencializados, que atuam na composição democrática do direito fundamental à saúde.

José Amorim de Oliveira Júnior defende que as associações, como forma de organização da sociedade, resultam em um modelo de Estado descentralizado e, por conseguinte, descentraliza também o poder e a sociedade por intermédio das associações, toma para si a discussão e resolução dos problemas antes afetos exclusivamente ao Estado, conquistando uma dimensão de participação.<sup>256</sup> E isto é de todo relevante para a atuação das associações no que tange ao direito à saúde, pois não ficarão esperando imóvel que o Estado cumpra seu dever constitucional, que até agora tem sido omissivo, buscando espaço na arena pública para resolução da falta de efetividade do direito à saúde.

Como o processo é participação e o direito à saúde segundo a CR, deve ser composto de forma democrática, com participação social, as associações podem descentralizar o direito à saúde como política exclusiva do Estado participando extrajudicialmente na formação destas políticas públicas e exigindo também ao seu cumprimento por intermédio do processo coletivo. As duas vias são formas de se participar na composição das políticas de saúde e de concretizar este direito fundamental.

Ocorre que os canais de participação política têm sido muitas vezes negados pelo Estado, logo a utilização do processo se torna uma alternativa necessária e a tutela coletiva se mostra bastante interessante neste sentido, pela elevação de proteção que pode conceber a este direito.

Destarte, o processo coletivo se torna uma forma potencializada de concretizar direitos, em especial o direito fundamental à saúde. A tutela do direito à saúde pelas associações em regra, sempre se irradiará por toda a coletividade, seja quando direito difuso por sua característica intrínseca, seja quando direito coletivo ou individual homogêneo que alcançará não só aos substituídos em juízo, mas todos aqueles que se encontrem naquela situação causada pelo ilícito, quando possível. Nos dizeres de Pedro da Silva Dinamarco, a tutela coletiva pelas associações não atingirá apenas aos substituídos na demanda, todas as pessoas da sociedade que se encontrem naquela situação fática poderão ser beneficiadas pelo resultado positivo da ação.<sup>257</sup> E isto é extremamente relevante para a efetivação do direito à saúde, pois permitirá que toda a coletividade que se encontre naquela situação abrangida pela decisão, dela se beneficie.

Isto ainda concebe mais um dos escopos da tutela coletiva, dar efetividade aos direitos

---

<sup>256</sup> OLIVEIRA JÚNIOR, José Amorim de. A influência da ação coletiva das associações no poder e no desenvolvimento sociopolítico local, em Tocqueville. *Barbarói, op. cit.*, p. 07-20.

<sup>257</sup> DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública, op. cit.*, p. 245.

afastando a falsa compreensão de que, no caso do direito fundamental à saúde, somente pode ser tutelado de forma individual e por intermédio do Estado ou pela vontade política. Bem como demonstra ainda outra característica importante nesta tutela quando realizada por intermédio das associações, talvez a mais importante, que é a defesa do direito fundamental à saúde justamente por aqueles que muitas vezes sofrem de perto, a falta da efetividade deste direito, ou seja, a coletividade representada pela associação.

A tutela coletiva dos direitos fundamentais surge como um novo paradigma no sentido de acessar uma ordem jurídica justa e que dê efetividade a estes direitos, especialmente ao direito à saúde, demonstrando que não é apenas uma promessa constitucional e que a necessidade de torná-lo efetivo é uma problemática que poderá ser resolvida através do processo coletivo e por intermédio daqueles que sofrem com sua falta de efetividade, a comunidade que forma uma associação.

As associações por serem formadas por uma coletividade e por mais das vezes por membros de uma comunidade local que compartilham dos mesmos pensamentos, interesses e principalmente dos mesmos problemas sociais em que seus associados estão inseridos, tem uma possibilidade e força muito maior de dar efetividade ao direito fundamental à saúde.

Todos os legitimados são hábeis a concretizar este direito, contudo, as associações que convivem diariamente com os problemas e os conhece de perto, pois partem de sua realidade, sabem exatamente do que precisam para sanar estes problemas.

É este o importantíssimo papel das associações na efetivação do direito fundamental à saúde, promover um acesso amplo a uma ordem jurídica justa, participar da formação das políticas públicas da saúde e exigir por via da tutela coletiva sua concretização, haja vista sua grande força política e capacidade de representação.

As associações que de forma vigorosa assim atuarem através da tutela coletiva podem cobrir as necessidades e demandas da comunidade representada, concebendo à associação ainda mais legitimidade no sentido amplo do termo.<sup>258</sup>

É justamente esta necessidade e demanda, o fator natural que fazem as pessoas se agruparem, a formar associações para enfrentar momentos e temas difíceis e as associações,

---

<sup>258</sup> As necessidades e demandas da população no que tange à saúde ainda estão muitos distantes, basta para tanto se lembrar do estudo de Fabiola Vieira e Paola Zucchi acima apontado quando afirmam as autoras que em 2000 estimou-se que 41% da população brasileira não tinha acesso aos medicamentos necessários de uso diário ou como curativos de enfermidades (VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, *op. cit.*, p. 214-222). As necessidades no campo da saúde ainda são gigantescas, segundo relatório da Organização Mundial da Saúde de 2011 o Brasil ocupa apenas a 125ª. posição no ranking dos melhores sistemas de saúde do mundo (BETTO, Frei. Médicos cubanos no Brasil? *Brasil de Fato*, São Paulo, 17 maio 2013. Disponível em: <<http://www.brasildefato.com.br/node/12953>>. Acesso em: 26 jun. 2014).

neste sentido podem cobrir aquelas pequenas demandas na saúde que individualmente podem parecer ínfimas, mas coletivamente são relevantes, daquelas comunidades que individualmente não teriam acesso à saúde, que estão marginalizadas, fazendo sua inclusão social e inserindo a coletividade por intermédio do processo coletivo como um ator social participante da formação da vontade estatal que necessariamente deve atender ao interesse coletivo, no sentido lato da palavra. E isto vem demonstrar, mais uma vez, que as associações devem ser entendidas antes como cooperadoras do Estado do que adversárias, como acima defendido, as associações promovem uma democracia cooperativa.

Apesar de se ter demonstrado exaustivamente por tudo até agora estudado que as associações podem efetivar de forma vigorosa o direito fundamental à saúde e se defender sua atuação, até o momento isto não tem ocorrido de forma satisfatória. Diversas pesquisas demonstram que a atuação das associações vem sendo bastante tímida na tutela coletiva.

Adriana Girardelli cita dados que demonstram que cerca de 90% (noventa por cento) das ações coletivas são propostas pelo Ministério Público.<sup>259</sup> O Ministério da Justiça e o Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais realizou pesquisa no ano de 2007 nos Estados de São Paulo, Mato Grosso e Rio Grande do Sul constatando que as associações são responsáveis por apenas 5,14% (cinco vírgula quatorze por cento) das ações coletivas propostas ao passo que o MP propôs 77,65% (setenta e sete vírgula sessenta e cinco por cento) destas ações.<sup>260</sup>

Assim após todo este estudo até agora realizado, notadamente das decisões jurisprudenciais e da pesquisa estatística acima mencionada, verifica-se que as associações não têm cumprido de forma vigorosa seu papel de representação da coletividade e nem mesmo de forma satisfatória também da prerrogativa da defesa dos direitos coletivos e das benéficas de sua atuação, especialmnete quanto ao direito à saúde.

O dado apresentado na estatística acima deveria ser exatamente o contrário. As associações como forças advindas da sociedade e formada por seus próprios membros, como organismos de participação social e na formação da vontade do Estado, o que é elevado por via do processo coletivo, é que deveria ser o legitimado mais atuante no processo coletivo.

Mas por que isto não ocorre? Quais os obstáculos que têm prejudicado a ação de forma mais contundente das associações? Quais os obstáculos que as associações encontram

---

<sup>259</sup> GIRARDELLI, Adriana Carvalho. *A associação civil como garantidora de defesa do consumidor*, op. cit., p. 222.

<sup>260</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. *Tutela judicial dos interesses metaindividuais: ações coletivas*. Relatório final. Brasília: CEBEPEJ, 2007. p. 46. Disponível em: <[http://www.cebepj.org.br/pdf/acoes\\_coletivas.pdf](http://www.cebepj.org.br/pdf/acoes_coletivas.pdf)>. Acesso em: 25 jun. 2014.

especificamente na tutela coletiva do direito à saúde? E quais as saídas para estes problemas? Tais questionamentos serão analisados em capítulo próprio.

## **6 OS OBSTÁCULOS DA TUTELA COLETIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE POR INTERMÉDIO DAS ASSOCIAÇÕES: QUAIS AS SAÍDAS E COMO MELHORAR?**

Diversos problemas de diferentes ordens têm obstaculizado uma maior atuação das associações na defesa dos direitos coletivos. Contudo, como esta pesquisa se limitou a tratar da defesa do direito fundamental à saúde por intermédio da tutela coletiva, se limitará a discutir doravante os problemas de ordem “processual”, “judicial” e “legal” que tem obstaculizado esta atuação. Não obstante, haver também diversas outras dificuldades de ordem extraprocessual, esta pesquisa não tem elementos para fazer esta defesa, eis que se limitou a estudar os aspectos processuais do tema.

Assim se verificará quais os “problemas processuais”, entendido em sentido lato, que as associações encontram na efetivação do direito à saúde, quais as saídas que o sistema oferece para uma concretização de forma efetiva do direito fundamental à saúde.

### **6.1 Problemas e obstáculos de ordem processual, legal e interpretativo**

A maior ou menor efetividade dos direitos, especialmente aqui no que tange ao direito à saúde, está relacionada à forma que se interpreta este direito e os mecanismos que tem à disposição para sua proteção. Interpretações equivocadas ou restritivas, ou muitas vezes propositais, tem prejudicado uma maior efetividade do direito à saúde quando tutelado pelas associações.

O que se pôde observar desta pesquisa é que a legislação, a jurisprudência e até mesmo a literatura especializada, esta em menor medida, muitas vezes tem caminhado na contramão do avanço da tutela coletiva pelas associações.

Assim cabe verificar quais os problemas legais, interpretativos e processuais encontrados ao longo do estudo tratando os de forma específica, não obstante certos institutos poder ser verificados por mais de um ângulo.

Quanto aos problemas interpretativos uma das maiores dificuldades de implementação do direito à saúde por intermédio da tutela coletiva, é justamente a concepção que se tem deste direito como um direito social, o que por conseguinte, como todos os direitos sociais é tratado como norma programática que necessita da atuação do legislador ordinário para se

fazer valer.<sup>261</sup> Bem como ainda, pela errônea interpretação da cláusula da reserva do possível passando uma falsa ideia que este direito somente será efetivado quando o Estado contar com recursos financeiros para tal.

Ocorre que o direito à saúde tem assento constitucional, formal e material, de direito fundamental estando inserido no Capítulo II do Título II da Constituição e como tal, tem aplicação imediata nos termos de seu § 1º da CR quando disciplina que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”<sup>262</sup>. Portanto, o direito à saúde tem aplicação imediata e não tolera falsas retóricas de ser norma programática aplicável somente com a atuação do legislador ordinário, bem como ainda não subsiste o argumento de que somente será efetivado quando disponíveis recursos financeiros, sendo este último argumento afastado pelo STF de forma veemente na paradigmática decisão da ADPF 45.<sup>263</sup>

Outro problema interpretativo acerca do direito à saúde se relaciona à necessidade de se entender este direito da forma mais aberta possível. Restrições conceituais do direito à saúde têm afetado diretamente em sua efetividade.

O conceito de saúde deve ser entendido muito além da ausência de doenças, saúde deve ser entendida como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”<sup>264</sup>. Esta abertura conceitual deste direito possibilitará uma maior efetividade que vai além da saúde entendida apenas como ausência de doenças e o dever do Estado também passa a ser entendido não mais apenas como ações curativas, como realização de procedimentos cirúrgicos e distribuição de remédios, o dever do Estado quanto ao direito à saúde se estenderá a todas as ações que possam conceber o mais completo bem-estar físico, mental e social o que amplia por consequência o campo de atuação da tutela coletiva nesta área.

Outro grande problema interpretativo diagnosticado na pesquisa é a necessidade de se entender o processo coletivo como um ramo diferente do processo individual, que tem objeto

<sup>261</sup> A conceituação de Ricardo Lobo Torres define o direito social como um direito sujeito à concessão do legislador e sujeito à reserva do possível: “Os direitos sociais que surgem com mais intensidade a partir do início do século XX, caracterizam-se como direitos a prestações positivas ou direitos-de-crédito sujeitos à ‘reserva do possível’ à concessão do legislador, e se positivam na CF nos arts. 6º e 7º, além de outros” (TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*, op. cit., p. 42-43).

<sup>262</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. In: *VADE MECUM* Saraiva, op. cit., p. 11.

<sup>263</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 MC/DF. Relator: Ministro Celso de Melo, j. 29/04/2004. *Diário de Justiça*, op. cit., 2004. No Superior Tribunal de Justiça: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.185.474-SC. 2010/0048628-4. 2. T. Relator: Ministro Humberto Martins, j. 20/04/2010. *Diário de Justiça*, Brasília, 29 abr. 2010. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/](http://www.stj.jus.br/portal_stj/)>. Acesso em: 04 ago. 2014.

<sup>264</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Constituição da Organização Mundial da Saúde*, op. cit., 1946.

e institutos diversos do processo tradicional. A falta desta concepção tem levado a uma interpretação de aplicação direta e irrefletida das normas do processo individual ao processo coletivo que em muitos casos tem sido danosa à tutela coletiva.

As normas do processo individual não podem ser tomadas e aplicadas ao processo coletivo da mesma forma que as utiliza nas lides de natureza individual. Veja, por exemplo, a questão teórica, que reflete em questões práticas, da natureza jurídica da legitimidade na tutela coletiva, sua explicação parte de postulados do processo individual, fazendo os intérpretes uma força Hercúlea para colmatá-la de forma inflexível às formas já consagradas da legitimidade no processo civil tradicional, ordinária e extraordinária.<sup>265</sup> Partindo de uma interpretação iminente de processo individual para o processo coletivo, muitos chegam a dizer que diversos institutos do processo individual não são aplicáveis ao processo coletivo, o que mitiga sua efetividade.

É verdade que a interpretação do processo coletivo deve partir do processo individual, pois este já possui toda uma principiologia, normatização e institutos consagrados há mais de século que o processo coletivo pode se aproveitar. Não há necessidade e nem possibilidade prática a curto prazo, de se criar toda uma base de processo com novas normas, novos institutos processuais, novos princípios especificamente de processo coletivo. Contudo, ao se utilizar das normas do processo individual para o processo coletivo, estas devem ser reinterpretadas de acordo com as peculiaridades do processo coletivo. O que não pode haver é uma aplicação direta e inflexível das normas do processo individual ao processo coletivo exatamente da forma que foram concebidas e aplicadas ao processo individual tradicional.

Esta interpretação deve levar em consideração a diferença do processo coletivo e deve ser concebida de forma a adaptar o processo individual às vicissitudes do processo coletivo, sempre no sentido de buscar a efetivação da tutela coletiva e não simplesmente, de afastar institutos do processo individual por se acreditar ser inaplicáveis ao processo coletivo.

A interpretação do processo coletivo deve ser flexível, especialmente nas questões controvertidas da tutela coletiva em relação ao processo individual, sempre no sentido de buscar uma aproximação entre a teoria do processo e a prática, tendo esta interpretação sempre a obrigação de ser concretizadora da tutela coletiva.

Estas, dentre outras interpretações, como aquelas, por exemplo, que limita a legitimidade dos partidos políticos à defesa da ordem partidária ou o interesse de seus membros, ou quanta à interpretação que estende a decisão da tutela coletiva aviada por

---

<sup>265</sup> GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. Sistema coletivo: porque não há substituição processual nas ações coletivas. *Revista de Processo*, *op. cit.*, p. 465.

sindicatos apenas aos seus associados, são posições restritivas e equivocadas que limitam a atuação da tutela coletiva e, por conseguinte, a efetividade do direito fundamental à saúde.

Aspectos legais também têm limitado a atuação da tutela coletiva em diversos sentidos, para se exemplificar, basta lembrar a vedação de se pleitear por intermédio de ação coletiva, pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e outros fundos de natureza institucional quando os beneficiários puderem ser identificados de forma individualizada, vedação esta constante do parágrafo único do artigo 1º da lei da ACP.<sup>266</sup>

Outra restrição legal e recente na tutela coletiva foi a ocorrida com a sistematização do Mandado de Segurança Coletivo por intermédio da lei 12.016/09. Esta lei inova de forma negativa aquilo que o SUC havia consolidado ao longo de décadas trazendo um rol de legitimados bastante restrito, a possibilidade de se demandar no MSC apenas direitos coletivos e individuais homogêneos, se omitindo quanto aos direitos difusos, a possibilidade de extensão da decisão coletiva quando existente Mandado de Segurança individual somente se o peticionário individual requerer a extinção de seu MS e não somente a suspensão.<sup>267</sup>

Tratando o MSC de remédio processual de grande importância na efetivação da tutela coletiva, as restrições apontadas são extremamente prejudiciais e devem ser contornadas. Buscando a interpretação no Sistema Único Coletivo, pode-se defender, como acima já feito, a abertura da legitimação do MSC, a possibilidade de tutela também dos direitos difusos, apenas a suspensão e não a extinção do MS individual quando pendente o julgamento de MSC, bem como a extensão do julgado além dos membros do grupo ou categoria substituídos pelo legitimado, por certo que em todas as normas do SUC, notadamente por suas normas centrais o CDC e a LACP, não há estas limitações, ademais, muitas delas foram inseridas na nova lei do MS contrariamente ao disposto na CR, tudo em nome de uma maior efetividade da tutela coletiva.

Outro grande golpe legal na tutela coletiva, especialmente quando tem como legitimada as associações, foi a edição da lei 9.494/97 e as consideráveis emendas que sofreu por intermédio de diversas Medidas Provisórias.

---

<sup>266</sup> 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 e dá outras providências. In: *VADE MECUM* Saraiva, *op. cit.*, p. 1.358.

<sup>267</sup> BRASIL. Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. In: *VADE MECUM* Saraiva, *op. cit.*, p. 1.751. Neste sentido conferir a interessante dissertação de mestrado de Ana Flávia Nogueira Silva que defende a abertura do rol de legitimados no MSC. (SILVA, Ana Flávia Nogueira. *Legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo*. 2014. 186 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Itaúna, Itaúna.

Em suma, esta lei efetivou as seguintes alterações na tutela coletiva: determinou que a sentença fará coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator da decisão; a sentença proferida em ação proposta por associações abrangerá apenas os substituídos que tenham na data da propositura da ação domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator da decisão; quando as ações forem aviadas por associações e em face da administração pública direta e suas fundações e autarquias da petição inicial deverá constar a ata da assembleia da entidade, que autorizou a propositura da ação coletiva, acompanhada da relação nominal dos seus associados e a indicação dos respectivos endereços.<sup>268</sup>

Estas alterações propugnadas por intermédio da mencionada lei são um dos maiores obstáculos encontrados pela tutela coletiva especialmente, nas ações propostas pelas associações. Seu intuito, ao que parece, foi a defesa do Estado contra a crescente propositura de ações coletivas especialmente exigindo políticas públicas ainda que para isto tenha limitado a atuação da tutela coletiva. Contudo, a aplicação desta norma pode ser justificadamente afastada por motivos de inconstitucionalidade, de lesão ao espírito do processo coletivo, pela impossibilidade, em certos casos, de aplicação prática, por ser ilógica e irracional e acima de tudo sua não aplicação pode ser justificada em nome da efetividade do sistema de tutela coletiva e da efetividade dos direitos coletivos, que se apresenta como mandamento constitucional.

Primeiramente, as normas acima apontadas foram inseridas na lei 9.494/97 por intermédio de Medidas Provisórias diversas vezes reeditadas, quase vinte vezes. Esta reedição de medidas provisórias acerca destas normas deixa clara a inconstitucionalidade formal das mesmas por não atender ao requisito da relevância e urgência. O requisito da urgência se apresenta quando a medida legal a ser tomada não pode esperar o longo trâmite do processo legislativo ordinário, ao passo que a relevância estará presente quando a medida legislativa a ser tomada na MProv. for de maior importância que as normas ordinárias.

Verifica-se que as medidas tomadas não cumprem os requisitos da relevância e urgência, ademais tem caráter de normas processuais que por si só, em regra, não são relevantes e urgentes a ponto de fundamentar a edição de uma MProv. Logo, estas normas da lei 9.494/97 são inconstitucionais por vício formal em seu nascedouro, devendo ser afastada

---

<sup>268</sup> Estas alterações ocorreram na lei da ACP e na própria lei 9.494/97 (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 e dá outras providências. In: *VADE MECUM* Saraiva, *op. cit.*, p. 1.358; BRASIL. Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. *Diário Oficial da União, op. cit.*, 1997).

sua aplicação.

Ainda que assim não fosse, por diversos outros motivos, estas normas não são aplicáveis ao processo coletivo: também são inconstitucionais por lesar o princípio da igualdade, duplamente, pois primeiro, exige o cumprimento dos requisitos de rol de substituídos, especificação de endereços, ata de assembleia apenas das associações, segundo, estes requisitos devem ser verificados apenas nas ações propostas contra a administração direta, suas autarquias e fundações; é totalmente desnecessária, pois se a própria lei determina que as associações constem em seus estatutos a previsão da possibilidade de se utilizar da tutela coletiva em determinada área, logo não necessita de assembleia geral, ao aderir ao estatuto o associado concede esta autorização; é totalmente equivocada a extensão do julgado apenas aos substituídos da associação que tenham domicílio no âmbito de competência territorial do julgador quando se tratar de interesses difusos que por sua natureza não tem substituídos certos; neste diapasão ainda por limitar a coisa julgada não pela extensão do dano e sim pela competência territorial do órgão julgador; por possibilitar decisões contraditórias por cada órgão decisor, se a decisão se estender apenas nos limites da competência territorial de cada órgão, além de que com estas decisões contraditórias pessoas que se encontram afetadas pelo mesmo ilícito podem ser tratadas de forma desigual a depender da resolução de cada julgador; por ser ineficaz, pois nos casos de dano regional ou nacional a competência será das varas da capital dos Estados ou do Distrito Federal o que fará que a coisa julgada se irradie por todo um Estado federado ou por todo o país, situação esta última que também ocorrerá nos casos de recurso aos tribunais superiores, casos em que sua decisão se aplica a todo o território, dada sua competência nacional; por ser estas normas ilógicas, irracionais e contrárias ao espírito do processo coletivo que é atingir um número maior de pessoas com uma única tutela, conceber um efetivo acesso à justiça, celeridade, eficiência e acima de tudo efetividade aos direitos, no caso deste trabalho ao direito fundamental à saúde.<sup>269</sup>

Por todos estes motivos, as normas descritas na lei 9.494/97, no que tange as acima mencionadas, devem ser afastadas. Necessita-se que sejam declaradas inconstitucionais ou revogadas pelo legislativo, contudo, até que isto ocorra, a interpretação do processo coletivo da forma acima apontada, poderá dar vazão a esta não aplicação.

Outro resultado que a pesquisa demonstrou se relaciona às decisões no processo coletivo que em muitos casos também tem criado uma jurisprudência que obstaculiza o desenvolvimento da tutela coletiva, seja por desconhecimento, até pelo fato de que poucos

---

<sup>269</sup> Ricardo de Barros Leonel em seu *Manual do Processo Coletivo* propõe também algumas destas críticas (LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, op. cit., p. 173-174).

juízes estudaram este tema na academia, uma vez que o tema é relativamente novo na história jurídica, seja por dificuldade de enfrentamento do tema, seja pela tradição do processo individual, dentre outros motivos.

A jurisprudência dos tribunais tem vacilado em diversos temas do processo coletivo que, por consequência, pode ter como resultado a pouca efetividade do direito coletivo. O próprio Superior Tribunal de Justiça é paradigmático neste sentido, as Turmas que o compõem muitas vezes decidem de forma totalmente contrária entre si, decisões são proferidas ao arrepio da legislação e sem muita fundamentação. Veja, por exemplo, a questão do dano moral coletivo que mesmo constando do texto expresso da LACP<sup>270</sup> há julgados que o afasta por entender não ser compatível com a tutela coletiva.<sup>271</sup> Em decisão recente, o Supremo Tribunal Federal também limitou drasticamente a atuação das associações na tutela coletiva, tema este que será analisado no próximo item.

Esta divergência exacerbada de julgados cria grande insegurança na tutela coletiva, que somada à falta de uma legislação codificada própria tem causado grandes prejuízos à efetividade dos direitos coletivos, o que tem prejudicado de forma mais elevada ainda as associações pelas diversas exigências legais que tem que cumprir no processo coletivo.

Outras discussões também se põem como relevantes acerca dos obstáculos encontrados pelas associações e as saídas que podem ser buscadas pelas mesmas, na efetividade do direito fundamental à saúde por intermédio da tutela coletiva.

Na defesa dos direitos coletivos, a atuação das associações pode ir muito além da tutela apenas na seara civil como se tem visto até o momento. As associações podem e devem atuar também na tutela penal dos delitos voltados contra os direitos coletivos. Não atuarão é claro, como legitimadas para a persecução penal, mas podem perfeitamente atuar como assistentes do Ministério Público em ações que se busca apurar a prática de crimes contra os direitos coletivos.

---

<sup>270</sup> Disciplina o artigo 1º da LACP: “Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados.” (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 e dá outras providências. In: *VADE MECUM* Saraiva, *op. cit.*, p. 1.357).

<sup>271</sup> Como exemplo veja a seguinte decisão do STJ: Processual civil. Ação Civil Pública. Dano ambiental. Dano moral coletivo. Necessária vinculação do dano moral à noção de dor, de sofrimento psíquico, de caráter individual. Incompatibilidade com a noção de transindividualidade (indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa e da reparação). Recurso Especial improvido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 598.281-MG. 1. T. Relator: Ministro Luiz Fux, rel. para acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, j. 02/05/2006. *Diário de Justiça*, *op. cit.*, p. 147).

Na seara do direito penal individual, o ofendido pode atuar como assistente do MP<sup>272</sup>, contudo, no direito coletivo, em regra, não há uma vítima certa nos crimes praticados contra estes direitos. Entretanto, como as associações são legitimadas a serem as “substitutadas” dos titulares não identificáveis, poderão também ser as legitimadas para defender o direito das vítimas de delito criminal contra os direitos coletivos, atuando como assistentes. Bem como ainda poderão propor ação penal subsidiária da pública quando o Ministério Público não a propuser dentro do prazo legal.<sup>273</sup>

As associações, por exemplo, poderiam atuar como assistentes do MP nos crimes contra à saúde, pois além de auxiliar o MP na punição destes delitos, atuando de forma bastante interessante ante seu conhecimento específico na área, poderá contribuir na formação da sentença penal condenatória que poderá ser executada pela própria associação no juízo civil em favor dos lesados pelo crime cometido em face do direito à saúde, sendo desnecessário inclusive a propositura de ação civil autônoma, o que pode conceber mais efetividade ao direito fundamental à saúde. Outros ordenamentos, inclusive, já se atentaram a esta forma de tutela dos direitos coletivos, como, por exemplo, na Itália, em que as associações sem fins lucrativos podem atuar como assistentes na seara penal nos crimes cometidos contra o meio ambiente.<sup>274</sup>

Outra importância desta atuação está relacionada à possibilidade da absolvição da imputação de crime contra um bem coletivo na seara penal por ficar comprovado as excludentes de ilicitude ou por negativa de autoria ou materialidade, o que pode inibir a ação coletiva civil por ser prejudicial a esta, uma vez que prescreve o Código de Processo Penal em seu artigo 66 que a ação civil não poderá ser proposta quando ficar comprovado a inexistência material do fato, o que também ocorre quando presente umas das excludentes de ilicitude ou comprovada a negativa de autoria.<sup>275</sup>

---

<sup>272</sup> Disciplina o artigo 268 do CPP que: “Em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no Art. 31” (BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. In: *VADE MECUM* Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 609).

<sup>273</sup> Isto é que prevê o artigo 80 do CDC que pode ser estendido a todo e qualquer delito contra os direitos coletivos pela interpretação do SUC: “No processo penal atinente aos crimes previstos neste código, bem como a outros crimes e contravenções que envolvam relações de consumo, poderão intervir, como assistentes do Ministério Público, os legitimados indicados no art. 82, inciso III e IV, aos quais também é facultado propor ação penal subsidiária, se a denúncia não for oferecida no prazo legal” (BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. In: *VADE MECUM* Saraiva, *op. cit.*, p. 782).

<sup>274</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, *op. cit.*, p. 59.

<sup>275</sup> Disciplina o artigo 66 do CPP que: “Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato” (BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. In: *VADE MECUM* Saraiva, *op. cit.*, p. 609).

A absolvição criminal por um destes motivos poderia impedir a ação coletiva civil de modo que a atuação das associações como assistentes na tutela penal poderia representar a defesa dos direitos coletivos e zelar pela sua observância quando impossíveis de ser tutelados na seara civil em decorrência da sentença penal absolutória, por alguma daquelas modalidades, o que não deixa também de ser uma forma de proteção dos direitos coletivos. Portanto, a tutela penal do direito fundamental à saúde pelas associações, também pode se configurar como mais uma saída para que sua atuação se torne mais vigorosa.

Estes são alguns dos problemas constatados na pesquisa que têm dificultado a efetividade do direito à saúde por intermédio da tutela coletiva, procurando também apontar algumas saídas para que estas legitimadas para a propositura da ação coletiva possam alcançar a maior efetividade possível deste direito.

Mas, não se pode olvidar que mudanças legislativas profundas também deverão ocorrer, pois a falta de regulamentação legal de certos institutos tem causado diversos problemas como, por exemplo, na representatividade adequada. Há grande dissenso interpretativo se a mesma é aplicável ou não no Brasil, do que realmente se trata, o que necessita de ter um legitimado para ser um representante adequado. Enquanto isto não acontece, as respostas deverão ser buscadas na interpretação, mas uma interpretação que esteja de acordo com a Constituição da República, de acordo com o espírito do processo coletivo, e acima de tudo, uma interpretação que leve em consideração a concretização dos direitos coletivos.

Acerca desta necessidade de mudanças legislativas não se pode perder de vista ainda a relevante discussão dos projetos e anteprojetos de lei da Ação Civil Pública, dos Códigos de Processo Coletivo e da normatização da judicialização das políticas públicas.<sup>276</sup>

Ao longo da pesquisa, se verificou também que “ao que parece”, existem diversos outros problemas de ordem “extraprocessual” na tutela coletiva no que toca às associações, tais como: a falta de conhecimento por parte destas organizações da prerrogativa de utilização da tutela coletiva; dificuldades financeiras para com sua abertura e formalização como a necessidade de pagamento de elevados emolumentos cartorários e tributos; bem como ainda, dificuldade financeira de manutenção da própria existência da associação; periodicidade de reuniões; pouca frequência e capacidade de mobilização; falta de mais isenções e imunidades tributárias e incentivos governamentais ou entraves e excesso de burocracia para recebê-los.

---

<sup>276</sup> Quanto aos dois primeiros, já foram citados em diversas passagens do texto, quanto à judicialização das políticas públicas, Ada Pellegrini Grinover possui interessante anteprojeto neste sentido que merece sérias discussões.

Contudo, prefere se utilizar a expressão “parece” haja vista que como este estudo focou o aspecto processual do tema, não se tem bases científicas para afirmar ao certo, sendo este um assunto para outra pesquisa, ou o ponto de partida para outro pesquisador complementar o tema.

No decorrer desta pesquisa, a tutela coletiva por intermédio das associações recebeu outro grande ataque em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Decisão esta, que demonstra retrocesso e burocratização na atuação destas legitimadas que resulta por consequência, em retrocesso na efetividade dos direitos coletivos, o que passa a expor no tópico seguinte.

## **6.2 Os problemas da recente interpretação restritiva do STF no REextr. 573.232**

O Supremo Tribunal Federal em recente decisão acerca da tutela coletiva, tendo como legitimada as associações esposou seu entendimento acerca da questão da necessidade de autorização para propositura da ação coletiva que beneficia seus associados.

A decisão ainda não foi publicada, contudo, está lançada no sítio do STF como notícia, bem como consta ainda digitalizadas as principais peças e decisões do processo, o que possibilita a compreensão do tema e o que entendeu a Corte Suprema acerca da matéria. Assim, ainda que não tenha a publicação da decisão, entende-se necessário discuti-la em tópico específico para demonstrar mais uma vez a jurisprudência que se forma contrária à atuação das associações na tutela coletiva, e se analisar se a mesma se amolda aos postulados legais e ao espírito do processo coletivo.

O caso julgado trata-se de ação coletiva promovida pela Associação Catarinense do Ministério Público (ACMP) pleiteando correções de gratificação paga aos promotores eleitorais, sendo julgada procedente a ação. Quando da execução individual, determinados associados tiveram suas petições iniciais indeferidas por entender o julgador de primeiro grau que como eles não haviam autorizado expressamente a ação coletiva da associação, não poderiam executar aquela decisão.

Desta decisão, foi interposto agravo de instrumento sendo provido pelo órgão de segunda instância e, desta decisão houve recurso por parte da União ao STF que reconheceu a repercussão geral do tema dando provimento ao Recurso Extraordinário (RE) por 05 (cinco) votos a 03 (três), argumentando a posição majoritária de que não basta a autorização geral do estatuto da associação para a propositura da ação coletiva, para que cada associado se beneficie da decisão coletiva terá que autorizar expressamente a propositura da ação. Para

melhor elucidação, transcreve-se abaixo parte da notícia veiculada no sítio do STF:

O recurso julgado pelo Plenário foi interposto pela União e a decisão de hoje reforma acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que estendeu a todos os associados da Associação Catarinense do Ministério Público (ACMP) o direito de executar decisão que garantiu correção de 11,98% sobre a gratificação paga aos promotores eleitorais, retroativamente a março de 1994. A corte regional entendeu que o direito alcança os associados independentemente de autorização expressa para ajuizamento da ação.

O julgamento, suspenso em duas oportunidades em razão de pedidos de vista, foi retomado com o voto do ministro Teori Zavascki. Até então haviam votado o ministro Ricardo Lewandowski, relator do RE, o ministro Joaquim Barbosa, pelo desprovimento do recurso, e o ministro Marco Aurélio, que abriu a divergência ao votar pelo provimento do RE.

Seguindo a divergência, o ministro Teori destacou que o artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal estabelece que as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente. [...]

Para o ministro Zavascki, não é possível manter o acórdão do TRF-4, segundo o qual os associados que não apresentaram autorização expressa estariam também legitimados a executar a sentença apenas porque o estatuto da associação prevê a autorização geral para a promoção da defesa extrajudicial de seus associados e pensionistas.

‘A simples previsão estatutária seria insuficiente para legitimar a associação, razão pela qual ela própria tomou o cuidado de munir-se de autorizações individuais’, concluiu o ministro.<sup>277</sup>

Verifica-se que o ponto central da discussão é se para que o julgado se estenda a todos os associados, podendo estes, se beneficiarem da decisão, necessita ou não da autorização expressa destes para a propositura de ações coletivas pelas associações.

Entende o STF que como o artigo 5º da CR inciso XXI prevê que “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial e extrajudicialmente”<sup>278</sup>, trata de legitimidade na qualidade de representação, logo é necessária autorização expressa para que a associação possa mover a ação em nome dos associados e estes se beneficiarem da decisão. Contudo, este não parece ser o melhor entendimento.

Primeiramente há que se distinguir duas formas de legitimação das associações: a legitimidade para ações individuais e a para as ações coletivas. No tocante à legitimação individual, podem as associações defender em nome próprio um direito que lhe é próprio, exclusivo, como, por exemplo, no caso de uma ação de reintegração de posse de um imóvel

<sup>277</sup> PLENÁRIO julga recurso que discute alcance de ação ajuizada por entidade associativa. *Notícias STF*, Brasília, 14 maio 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=266753>>. Acesso em: 02 jul. 2014.

<sup>278</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. In: *VADE MECUM* Saraiva, *op. cit.*, p. 11.

seu invadido, aqui se trata de legitimidade ordinária do processo individual, artigo 6º do CPC<sup>279</sup>. Podem também, dentro desta legitimação individual, tutelar direito de um de seus associados ou alguns, ou seja, o direito individual de cada um deles, tratando neste caso de representação em que a associação defende direito alheio em nome alheio, sendo mais uma das formas de legitimidade do processo individual. Este seria o caso do mencionado inciso XXI do art. 5º da CR, em que as associações podem, desde que autorizadas, representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente. A outra forma de legitimação das associações é a das ações coletivas denominadas, como acima já defendido, de legitimidade coletiva.

A legitimação ordinária não necessita de qualquer autorização no ordenamento, podendo qualquer pessoa pleitear em seu nome um direito seu, diferentemente da legitimidade extraordinária, (substituição processual) e representação em que sendo “exceções” decorrem da permissão do ordenamento ou de autorização expressa. E ambas, são distintas ainda da legitimidade coletiva em que não necessita de qualquer autorização do indivíduo, pois é desvinculada da legitimação do processo individual, por certo que não defende direitos individuais e sim direitos pertencentes a toda uma coletividade.

A legitimação a que menciona o julgado do STF no Recurso Extraordinário ora debatido, está ligada ao processo individual e trata de representação, inciso XXI do artigo 5º da CR. Contudo, o caso permeia uma discussão ligada ao processo coletivo, o qual por intermédio do artigo 82, IV do CDC<sup>280</sup>, que se irradia por todo o processo coletivo, por intermédio do SUC, dispensa qualquer autorização assemblear ou individual para a propositura das ações coletivas, o que decorre ainda do próprio espírito do processo coletivo. Portanto, não se trata o caso descrito no julgado de legitimidade na qualidade de representação e sim legitimidade coletiva para a propositura de ação coletiva, sendo este o equívoco em que incorrem os julgadores.

Logo, a atuação das associações na tutela coletiva não necessita de qualquer autorização uma vez que sua legitimidade é desvinculada do processo individual, diferentemente da representação, figura que decorre da legitimação da tutela individual que por imposição do ordenamento necessita de permissão expressa.

Ainda que hipoteticamente se exija autorização, o que não se acredita, ao associar e aderir ao estatuto todo associado estará autorizando a atuação da associação na tutela coletiva,

---

<sup>279</sup> Disciplina o artigo 6º do CPC: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei” (BRASIL. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. In: *VADE MECUM* Saraiva, *op. cit.*, p. 357).

<sup>280</sup> BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. In: *VADE MECUM* Saraiva, *op. cit.*, p. 782.

portanto, desnecessária nova autorização a cada ação coletiva.<sup>281</sup>

Por outro lado, poderia se pensar também nos transtornos que tal exigência pode causar à tutela coletiva. Imagine uma associação que seja bastante atuante e que proponha muitas ações coletivas, teria a cada nova ação, pedir autorização expressa a cada associado, o que inclusive poderia fazer que as associações desistissem da propositura de muitas ações importantes dada esta burocracia. Ou pense ainda em uma associação de âmbito nacional que tenha associados em todos os Estados da federação, como colher autorizações de todos os associados? Tal exigência teria um efeito negativo e limitaria demasiadamente a tutela coletiva e, por conseguinte, mitigaria a efetividade dos direitos coletivos.

Há ações coletivas que dispensam expressamente a autorização assemblear e individual, como é o caso do Mandado de Segurança Coletivo. O artigo 21 da lei que disciplina esta ação dispensa quando da propositura do Mandado por associações de autorização especial<sup>282</sup>, o que também encontra previsão na súmula 629 do STF ao prever que “a impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes”<sup>283</sup>. Diante da previsão legal da dispensa de autorização especial que se estende a qualquer ação coletiva por intermédio do SUC, pode se afirmar que em todas as ações coletivas promovidas pelas associações, também serão dispensadas a autorização expressa, tanto de assembleia como individual, para a propositura de ações coletivas que beneficiarão os associados.

Bem como ainda se verifica que a exigência do STF no RExtr. 573.232 não faz qualquer sentido, no caso dos direitos difusos, que por definição legal pertencem à pessoas indeterminadas, ou seja, a toda a coletividade, o que seria também impraticável no casos dos direitos coletivos estrito senso.

É de toda ainda ilógica a exigência de autorização expressa para a propositura de ação coletiva por intermédio das associações, pois se estas se encontram em um rol de legitimados como hábeis a defender os direitos metaindividuais, desnecessário se torna mais uma autorização.

Assim, não se pode exigir para a tutela coletiva das associações, a expressa

---

<sup>281</sup> Hugo Mazzilli também defende esta posição (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*, op. cit., p. 331).

<sup>282</sup> BRASIL. Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. In: *VADE MECUM* Saraiva, op. cit., p. 1.751.

<sup>283</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 629: “A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes”. *Diário de Justiça*, op. cit., 2003.

autorização de seus associados. Podem as associações propor qualquer ação coletiva na defesa de direitos difusos, coletivos estrito senso e individuais homogêneos, sem a necessidade de permissão específica, seja individual ou assemblear, sua autorização decorre do próprio sistema coletivo.

A literatura especializada do processo coletivo também tem compartilhado deste entendimento. Hugo Nigro Mazzilli afirma que a entidade de classe e as associações estão legitimadas a defender todos seus associados e não somente aqueles que deram autorização expressa em assembleia ou por ato individual, afinal, argumenta o autor, se verifica no caso, “[...] a figura da *substituição processual*, por meio de legitimação extraordinária; dessa forma, diversamente do que ocorreria na mera *representação*, as associações e sindicatos substituem todo o grupo de lesados, e não somente aqueles que lhes deram autorização para agir”<sup>284</sup>. (Destaques do autor). No mesmo sentido, Kazuo Watanabe assevera, ao escrever sobre o direito do consumidor, mas que pode ser aplicado a qualquer direito coletivo, que:

Para fins de defesa dos interesses e direitos dos consumidores, a autorização está ínsita na própria razão de ser das associações, enunciada nos respectivos atos constitutivos. Vale dizer, estão elas permanentemente autorizadas, desde sua constituição, a agir em juízo desde que seja esse seu fim institucional.<sup>285</sup>

Os próprios ministros do STF guardam entre si diversas dissidências quanto ao entendimento da matéria. Em notícia sobre o mesmo assunto veiculada no sítio da Confederação Nacional das Instituições Financeiras, traz o entendimento do ministro Joaquim Barbosa, voto vencido, sobre o tema que apesar de ainda não ser possível verificar o voto na fonte, vale trazer a notícia:

[...] Em voto-vista, o Ministro Joaquim Barbosa, acompanhou o Ministro Ricardo Lewandowski, relator, para negar provimento ao recurso, porém, com fundamentação diversa. Aduziu que as ações ajuizadas por associações para a defesa de direitos e interesses difusos e coletivos não despertariam discussão referente a substituição e representação processual, porque o caráter incindível do bem da vida pleiteado não comportaria cumprimento individualizado da condenação imposta e, por conseguinte, essa discussão seria despida de utilidade.

Asseverou que discussões travadas sobre a extensão dos conceitos de parte e interessados seriam retomadas no presente julgado para explicitar que, quando se tratasse de direitos difusos e coletivos, a titularidade do bem reivindicado não se exauriria no sujeito que figurasse no polo ativo da demanda.

O Ministro Joaquim Barbosa prosseguiu, entendeu que, em vista da peculiaridade dos limites subjetivos da coisa julgada formada na ação coletiva, não existiria

<sup>284</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*, op. cit., p. 332.

<sup>285</sup> WATANABE, Kazuo In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, op. cit., p. 513.

afronta ao art. 5º, XXI, da CF, se o título judicial fosse utilizado para propositura de execução individual por associado que não tivesse concorrido para a deliberação favorável ao ajuizamento da demanda.

Frisou que a ausência de autorização não impediria que o beneficiado propusesse execução individual baseada em sentença proferida em ação coletiva movida por associação para defesa de interesse individual homogêneo.<sup>286</sup>

Deve-se destacar ainda, que a decisão exigindo a autorização específica dos associados no REExt. 573.232 foi proferida por 05 (cinco) votos a 03 (três) tendo a ausência justificada de dois ministros e a declaração de impedimento de outro, portanto no futuro, deverá ser novamente examinada a matéria e se houver o julgamento do plenário com todos seus ministros, poderá ter decisão diversa.

Outro ponto a se destacar é que a jurisprudência do STF não tinha entendimento firme no sentido da decisão do REExt. 573.232, ao contrário, as decisões anteriores desta Corte eram em sentido diverso, afastando a necessidade de autorização expressa e específica dos associados para a tutela coletiva das associações.

Em 1996, em decisão no MS 22.132, afastou o STF, a necessidade de autorização expressa em Mandado de Segurança, tendo a decisão como relator o ministro Carlos Velloso, lavrada nos seguintes termos:

Constitucional. Mandado de Segurança Coletivo. Substituição processual. Autorização expressa: Desnecessidade. Objeto a ser protegido pela segurança coletiva. C.F., art. 5º, LXX, b. Mandado de segurança contra lei em tese: Não cabimento. Súmula 266-STF.

[...]

II. - Não se exige, tratando-se de segurança coletiva, a autorização expressa aludida no inc. XXI do art. 5º, CF, que contempla hipótese de representação.<sup>287</sup>

Em 2000, a Corte Suprema enfrentando novamente a matéria no AO 152-RS, decidiu que, não obstante a necessária autorização em assembleia, não é necessária a autorização individual de cada associado.<sup>288</sup>

Em 2005, o STF novamente afirmou sua jurisprudência no sentido de não se exigir autorização expressa para a propositura de ação coletiva em decisão relatada pelo ministro

<sup>286</sup> STF decide que é obrigatória a autorização individual de filiado ou associado de sindicato para propor ação judicial. Brasília, 14 maio 2014. Disponível em: <<http://www.cnf.org.br/noticia/-/blogs/stf-decide-que-e-obrigatoria-a-autorizacao-individual-de-filiado-ou-associado-de-sindicato-para-propor-acao-judicial>>. Acesso em: 04 jul. 2014.

<sup>287</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22.132-RJ. T. Pleno. Relator: Ministro Carlos Velloso, j. 21/08/1996. *Diário de Justiça*, Brasília, 18 nov. 1996. p. 39.848. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14701489/mandado-de-seguranca-ms-22132-rj>>. Acesso em: 05 jul. 2014.

<sup>288</sup> AO 152-RS, Rel. Min. Carlos Velloso, 15/09/1999 (ASSOCIAÇÃO: representação judicial de filiados. *Informativo STF*, n. 162, Brasília, 13 a 17 set. 1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo162.htm>>. Acesso em: 05 jul. 2014).

Sepúlveda Pertence:

Recurso Extraordinário: Descabimento: Preclusão do fundamento infraconstitucional - Limites subjetivos da coisa julgada - Suficiente à manutenção do acórdão recorrido: Incidência, mutatis mutandis, do princípio da Súmula 283. 2. Substituição processual: assente a jurisprudência do STF no sentido de que não se exige, em caso de substituição processual, a autorização expressa a que se refere o artigo 5º, XXI, da CF/88 (v.g. RE 193.382, Plenário, 28.06.1996, DJ 20.9.1996). No caso, não exigível a autorização expressa para a propositura da ação, não há que se fazer a exigência para a respectiva execução de sentença, bastando que a pretensão do exequente se compreenda no âmbito da eficácia subjetiva do título judicial executado.<sup>289</sup>

O Superior Tribunal de Justiça também não tem jurisprudência pacífica no sentido de exigir autorização específica dos associados para a propositura de ação coletiva, ao contrário, em diversos julgados formou jurisprudência afastando a necessidade de tal autorização.<sup>290</sup>

Por fim, parece que este também não é o intuito do Projeto de Lei 5.139/09 acerca da nova LACP, o qual ao inserir a associação como legitimada para a ação coletiva, dispensa tanto a autorização assemblear, como pessoal, nos seguintes termos:

Art. 6º São legitimados concorrentemente para propor a ação coletiva:

[...]

VII - as associações civis e as fundações de direito privado legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, para a defesa de interesses ou direitos relacionados com seus fins institucionais, dispensadas a autorização assemblear ou pessoal e a apresentação do rol nominal dos associados ou membros.<sup>291</sup>

Destarte verifica-se que a decisão do STF é contrária ao que boa parte da literatura especializada tem escrito sobre o tema, aos seus próprios precedentes, ao que o STJ vem decidindo sobre a matéria e ao que prevê o futuro da tutela coletiva, o projeto de lei da nova ACP. Não se sustenta ainda em uma análise mais acurada da conceituação e diferenciação da legitimidade para o processo individual e coletivo, é ilógica, irracional e impossível de aplicação fática em certas circunstâncias, como no caso dos direitos difusos. Portanto, tal

<sup>289</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário-Agravo Regimental nº 436.047-PR. 1. T. Relator: Sepúlveda Pertence, j. 26/04/2005. *Diário de Justiça*, Brasília, 13 maio 2005. p. 18. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/765195/agregno-recurso-extraordinario-re-agr-436047-pr>>. Acesso em: 05 jul. 2014.

<sup>290</sup> É o caso do REsp.: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 805.277-RS. 2005/0210529-7. 3. T. Relator: Ministra Nancy Andrighi, j. 23/09/2008. *Diário de Justiça*, Brasília, 08 out. 2008. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/885363/recurso-especial-esp-805277-rs-2005-02529-7>>. Acesso em: 04 jul. 2014; e do REsp.: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1.340.368-RJ. 2012/0136702-1. 2. T. Relator: Ministro OG Fernandes, j. 05/11/2013. *Diário de Justiça*, Brasília, 22 nov. 2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24711230/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1340368-rj-2012-0136702-1-stj>>. Acesso em: 04 jul. 2014.

<sup>291</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei nº 5.139*, de 08 de abril de 2009, *op. cit.*

decisão é mais um obstáculo que encontra as associações para concretizar os direitos coletivos que deve ser desvencilhado com uma interpretação voltada ao escopo do processo coletivo e dos direitos fundamentais, a efetividade.

Espera-se ainda que esta decisão não se torne jurisprudência reiterada e que seja revista em outras decisões futuras em novos casos enfrentados pela Corte Suprema brasileira.

## 7 CONCLUSÃO

A pesquisa, em linhas gerais, abordou um estudo acerca da efetividade do direito fundamental à saúde e a tutela coletiva por intermédio das associações.

Esta investigação teve como um de seus marcos iniciais, a análise dos direitos fundamentais. Verifica-se que estes direitos estão descritos na Constituição da República como normas de aplicação imediata. Dentro da topografia constitucional, os direitos sociais também se inserem como direitos fundamentais, logo, também possuem aplicação imediata. Portanto, uma das primeiras constatações que se chegou foi a de que a retórica de que os direitos sociais, dentre eles o direito à saúde, são normas programáticas que exige a atuação do legislador ordinário para se tornarem efetivos, não subsiste.

Esta constatação é de toda importante, pois ao se afirmar que os direitos sociais têm aplicação imediata por fazerem parte dos direitos fundamentais, ampara e dá subsídios à sua exigibilidade judicial, que pode ser concebida por intermédio do processo coletivo.

A partir desta constatação, que o direito à saúde é direito fundamental de aplicação imediata, passou a se discutir na pesquisa, como a tutela coletiva pode ser importante para sua efetividade.

A tutela coletiva é uma nova forma de acesso à justiça que faz uma cisão na tradição processual brasileira, voltada à tutela individual. Pôde ser verificado que a tutela individual não consegue mais atender aos anseios da sociedade atual em que os problemas e as resoluções não podem pensados apenas de forma individual.

Os novos direitos, os direitos coletivos, não pertencem a um titular certo e sim, a toda a coletividade. Logo, a forma de se acessar a justiça e defendê-los também é diversa da forma tradicional em que se pensava o processo.

Estes direitos coletivos encontram nas associações como legitimadas a levá-los a juízo, um dos entes com mais possibilidade de conceder-lhes efetividade. As associações por serem compostas pelos próprios indivíduos que muitas vezes sofrem com a falta de efetividade de um direito, entendem de forma mais próxima da realidade, quais os problemas que esta falta de efetividade de determinado direito tem causado e como sanar estes problemas.

Esta atuação das associações (que nada mais é que a força individual potencializada pelo agir coletivo) por via do processo coletivo ainda concebe uma dimensão de participação da sociedade na esfera pública, na formação da vontade estatal exercendo uma democracia participativa.

Mas pôde se verificar também na pesquisa que diversos obstáculos são encontrados na

atuação das associações no processo coletivo, dificuldades estas de todo o processo coletivo e outras atinentes tão somente às associações.

A começar pela falta de uma ordenação do processo coletivo em um código, uma lei geral, uma sistemática própria para a tutela coletiva. Verifica-se na literatura especializada do processo coletivo uma enorme força no sentido de se criar um sistema de normas aplicáveis ao processo coletivo, ou seja, de se catalogar as normas atinentes a cada ação coletiva específica para formar um “mini modelo de código de processo coletivo” que é subsidiado pelo Código de Processo Civil e esta catalogação de normas processuais coletivas e a aplicação subsidiária do CPC nem sempre é feita com o olhar voltado às peculiaridades do processo coletivo.

Esta foi uma das mais importantes conclusões que esta pesquisa possibilitou chegar, a de que um dos maiores problemas da tutela coletiva é a aplicação irrefletida e direta das normas do processo individual ao processo coletivo. As normas e institutos do processo individual quando aplicados à tutela coletiva devem ser reinterpretados de acordo com a necessidade desta forma diferenciada de tutela, contudo, isto muitas vezes não tem ocorrido, o que tem causado grandes dúvidas e discussões que resultam na restrição da efetividade dos direitos coletivos. Quanto à tutela coletiva, por intermédio das associações, esta discussão ainda é mais elevada dada as peculiaridades desta legitimada.

Assim selecionou-se para discussão, alguns temas bastante relevantes e que tem causado diferentes interpretações, muitas vezes restrigente da aplicação do processo coletivo. Procurou-se assim, trabalhar as condições da ação no processo coletivo e analisar como tem sido a aplicação da legitimidade, da possibilidade jurídica do pedido e o interesse processual na transposição de sua concepção clássica do processo individual para o processo coletivo.

Dentro das condições da ação, a grande divergência fica a cargo da legitimidade, a começar pela sua natureza jurídica. Uma imensa quantidade de interpretações da literatura especializada coloca a natureza da legitimidade como sendo, ordinária, extraordinária, substituição processual, institucional, autônoma, contudo, todas se equivocam porque partem de premissas equivocadas, tentam explicar a natureza jurídica da legitimidade no processo coletivo, partindo do processo individual. Assim chegou-se à conclusão de que a natureza jurídica da legitimidade na seara coletiva, deve ser denominada apenas de coletiva.

Quanto aos legitimados, especificamente, o processo coletivo brasileiro traz grande diferença quanto ao processo individual, pois neste, o titular do direito, em regra, é quem o tutela, ao passo que no processo coletivo “nomeia-se” um ente que fará a defesa dos direitos

de toda uma coletividade. E estas peculiaridades devem ser bem compreendidas para o crescimento e a efetividade do processo coletivo.

Pelas análises da legitimidade constatou-se ainda uma nova possibilidade de atuação das associações, a dos grupos ocasionais ou associações de fato. Percebe-se que muitas vezes a iminência do dano ou a possibilidade de irreversibilidade do mesmo se não houver ação imediata não permite que uma associação se forme em torno de uma personalidade jurídica com todas as suas formalidades que demandam tempo. Isto fundamenta a legitimidade da atuação das associações ainda que não formadas em torno de uma personalidade jurídica, são as chamadas associações de fato ou grupos ocasionais.

Para se chegar a esta conclusão foi analisado o sistema jurídico pátrio e se encontrou amparo na legislação ordinária, mais precisamente no Estatuto do Torcedor quando conceitua torcida como associação de fato e na tutela dos direitos indígenas, o qual a CR permite que sejam tutelados por suas comunidades e organizações, que são associações de fato.

Quanto à possibilidade jurídica do pedido, foi possível constatar claramente o movimento, encabeçado principalmente pelo Estado, de obstaculizar a tutela coletiva quando se pôde analisar a impossibilidade de se pedir juridicamente, pretensões relativas a tributos, contribuições previdenciárias, FGTS e outros fundos institucionalizados em que se possa individualizar os beneficiados, determinação esta que se encontra na Lei da Ação Civil Pública incluída por Medida Provisória inconstitucional.

Quanto aos temas da representatividade adequada e da pertinência temática foi possível verificar a confusão feita pela literatura entre processo individual e processo coletivo em que se vislumbrou em quase todos os autores utilizados nesta pesquisa, a tentativa de colmatar estes institutos necessariamente dentro das figuras do processo individual da legitimidade e interesse processual, talvez pelo receio de se defender que se tratam de novos institutos que nasceram e são aplicáveis somente ao processo coletivo.

Quanto à representatividade adequada, foram apresentadas as concepções e como marco teórico, os estudos de Antônio Gidi e a normatização do direito norte-americano acerca da matéria. Pelas fundamentações apresentadas, verificou-se ser equivocada a defesa por boa parte da literatura pátria de que no Brasil a representatividade decorre da lei bastando analisar o rol de legitimados para o processo coletivo.

Quanto ao ponto central da pesquisa, ou seja, a efetividade que pode ser concebida ao direito à saúde quando tutelado coletivamente pelas associações, verificou-se que quando as associações se utilizam desta prerrogativa tem-se várias beneficiárias.

Um dos pontos mais positivos desta forma de tutela é a promoção do direito à saúde de

peças que jamais teriam acesso à tutela jurisdicional individual, podendo citar outros que a pesquisa demonstrou como, atingir um grande número de pessoas, molecularizar as demandas, possibilitar a atuação preventiva, o que não se vê nas tutelas individuais do direito à saúde.

Outra constatação neste ponto realizada é a necessidade de se entender o conceito do direito à saúde da forma mais ampla possível. O conceito de saúde que se utilizou procurou não circunscrevê-la apenas à ausência de enfermidade, mas a um completo estado de bem-estar físico, mental e social. Este conceito aberto, somado ao direito à saúde garantido como de atendimento universal e integral permite a sua mais ampla tutela. Tutela esta que pode ser muito bem desempenhada pelas associações que por serem formadas por uma coletividade e por mais das vezes, por membros de uma comunidade local que compartilham dos mesmos pensamentos, interesses e principalmente dos mesmos problemas têm uma possibilidade e força muito maior de dar efetividade ao direito fundamental à saúde.

A partir da constatação de que as associações podem conceber ampla efetividade ao direito à saúde, mas por outro, a partir também da constatação estatística da pouca atuação nas ações coletivas, que segundo dados gira em torno de 5% (cinco por cento) do total das ações coletivas propostas buscou entender quais os obstáculos que as associações encontram no cumprimento de sua prerrogativa.

A partir destas premissas destacou-se os problemas processuais, legais e interpretativos que mitigam a tutela coletiva e o entendimento acerca do direito fundamental à saúde apontando quais as saídas para uma maior efetividade. Assim, verificou-se que os seguintes problemas, dentre outros, obstaculizam a efetividade do direito à saúde por intermédio da tutela coletiva das associações: problemas ligados a interpretação dos direitos sociais como sendo direito só efetiváveis com a atuação do legislador ordinário, o que em muito contribui a cláusula da reserva do possível; a mitigação da tutela coletiva produzida pela lei 9.494/97 e suas Medidas Provisórias; a transposição direta e irrefletida das normas do processo individual para o processo coletivo; a falta de uma sistemática legal por intermédio de um código ou uma lei geral para gerir o processo coletivo; a falta de atuação para além da seara tão somente civil como, por exemplo, na tutela penal ou administrativa dos direitos coletivos; interpretações restritivas que tem concedido os tribunais, notadamente o STF no julgamento recente do Recurso Extraordinário 573.232.

Por todo o pesquisado se verificou ainda que existem diversos outros problemas de ordem “extraprocessual” que são enfrentados pelas associações, como, por exemplo, a falta de conhecimento por parte destas organizações da prerrogativa de utilização da tutela coletiva;

dificuldades financeiras para com sua abertura e manutenção, dentre outros. Contudo, como o objeto desta pesquisa era analisar o aspecto “processual” não se tem bases científico-empíricas para afirmar ao certo, mas são dados extremamente relevantes que devem ser pesquisados e somados aos acima discutidos se quiser uma atuação séria das associações na tutela coletiva.

Ao que se pode observar, as associações devem, necessariamente, inverter a negativa estatística, acima apontada, da pouquíssima atuação na tutela coletiva. À medida que as associações aumentem sua atuação na tutela coletiva, a necessidade de atuação dos demais legitimados diminuirão, a atuação destes órgãos diminuirá inversamente proporcional ao crescimento da atuação das associações.

Isto não deve ser entendido como algo negativo, não se quer afirmar aqui que as associações sozinhas defenderão da melhor forma todos os direitos coletivos e que o MP e os órgãos públicos não mais poderão atuar, mas devem as associações, tomar verdadeiramente um lugar de destaque na tutela coletiva. Como acima defendido, a ação das associações é uma forma da sociedade participar da formação da vontade estatal. Esta é uma forma de empoderamento da sociedade, é a ideia constitucional de poder, ou seja, o poder que emana do povo é a ideia que o povo deve defender seus direitos e participar da gestão da coisa pública em uma forma de democracia cooperativa, e consoante o pensamento de Tocqueville de não ficar esperando apenas de seus representantes a resolução dos problemas e a concretização dos direitos.

Este é o importantíssimo papel das associações na efetivação do direito fundamental à saúde: promover um acesso amplo a uma ordem jurídica justa, participar da formação das políticas públicas da saúde e exigir por via da tutela coletiva sua concretização, haja vista sua grande força política e capacidade de representação.

Assim acredita-se que foram alcançados os objetivos deste trabalho sendo a hipótese lançada corroborada, podendo se concluir que as associações podem contribuir em muito para efetividade do direito fundamental à saúde quando se utilizam da tutela coletiva, mas essa comprovação da hipótese passa pela necessidade de se repensar certos conhecimentos tradicionais do processo individual quando transpostos para o processo coletivo, o que impõe uma mudança legal, jurisprudencial e interpretativa devendo se promover uma interpretação mais aberta, flexível e de acordo com o espírito do processo coletivo.

## REFERÊNCIAS

ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti; BAHIA, Claudio José Amaral. A justiciabilidade do direito fundamental à saúde: concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Doutrinas essenciais: responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. V: Direito fundamental à saúde, p. 69-120.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

\_\_\_\_\_. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas, e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

\_\_\_\_\_. Teoria crítica do direito e o acesso à justiça como novo método de pensamento. In: SALIBA, Aziz Tuffi; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; ALMEIDA, Gregório Assagra de (Org.). *Direitos fundamentais e sua proteção nos planos interno e internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010. v. I, p. 159-177.

\_\_\_\_\_; ALMEIDA, Flávia Vigatti Coelho de. Os direitos ou interesses coletivos no estado democrático de direito brasileiro. In: SALIBA, Aziz Tuffi; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; ALMEIDA, Gregório Assagra de (Org.). *Direitos fundamentais e sua proteção nos planos interno e internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010. v. I, p. 209-245.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Ação civil pública. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 22, v. 87, p. 149-165, jul./set. 1997.

\_\_\_\_\_. Instrumentos constitucionais direcionados à proteção dos direitos coletivos: ação civil pública e ação popular. In: MOREIRA, Alberto Camiña; ALVAREZ, Anselmo Prieto; BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.). *Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 142-185.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. v. I.

ANDRADE, Eli Iola Gurgel et al. A judicialização da saúde em Minas Gerais: perfil das ações judiciais de 1999 a 2009. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE POLÍTICA, PLANEJAMENTO E GESTÃO EM SAÚDE, 2º, 2013, Belo Horizonte. *Anais ...* Belo Horizonte, 2013. Disponível em: <<http://www.politicaemsaude.com.br/anais/trabalhos/publicacoes/028.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2014.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Reflexões acerca da representatividade adequada nas ações coletivas passivas. In: MOREIRA, Alberto Camiña; ALVAREZ, Anselmo Prieto; BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.). *Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sergio Shimura*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 337-346.

ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos: anteprojeto elaborado em conjunto nos programas de Pós-Graduação *stricto sensu* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA). Rio de Janeiro, ago. 2005. Disponível em: <[http://www2.mp.pr.gov.br/direitoshumanos/cpcc\\_agle04.php](http://www2.mp.pr.gov.br/direitoshumanos/cpcc_agle04.php)>. Acesso em: 07 maio 2014.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência: algumas dificuldades para efetivação dos direitos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 911-923.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 6023*: informação e documentação - referências - elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

\_\_\_\_\_. *NBR 10520*: informação e documentação - apresentação de citações em documentos. Rio de Janeiro, 2002.

\_\_\_\_\_. *NBR 14724*: informação e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação. Rio de Janeiro, 2011.

ASSOCIAÇÃO: representação judicial de filiados. *Informativo STF*, n. 162, Brasília, 13 a 17 set. 1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo162.htm>>. Acesso em: 05 jul. 2014.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; QUARESMA, Regina (Coord.). *Direito constitucional brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 27-65.

BAUMBACH, Rudinei. Sobre a tutela de direitos coletivos no contexto brasileiro: reflexões à luz das reformas projetadas. *Revista de Processo*, São Paulo. v. 38, n. 226, p. 233-66, dez. 2013.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BETTO, Frei. Médicos cubanos no Brasil? *Brasil de Fato*, São Paulo, 17 maio 2013. Disponível em: <<http://www.brasildefato.com.br/node/12953>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 12, p. 44-62, out./dez. 1994.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei nº 3.034*, de 20 de março de 1984. Disciplina as ações de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, previstas no § 1º do artigo 14 da lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 ou a valores artísticos, estéticos, históricos, turísticos e paisagísticos, e dá outras providencias. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD20MAR1984.pdf#page=18>>. Acesso em: 04 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei nº 5.139*, de 08 de abril de 2009. Disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providencias. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>>. Acesso em: 01 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei nº 8.046*, de 22 de dezembro de 2010. Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proporsicoesWeb/fichadetrmitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 01 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824. *Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio do Brazil*, Rio de Janeiro, 22 abr. 1824. Livro 4º de Leis, Alvarás e Cartas Imperiaes, p. 17. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 26 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 24 fev. 1891. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm)>. Acesso em: 14 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 16 jul. 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 14 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 10 nov. 1937. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)>. Acesso em: 14 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 19 set. 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso em: 14 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 jan. 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>. Acesso em: 14 mar. 2014.

BRASIL. Constituição (1967). Emenda constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 out. 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 26 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. In: *VADE MECUM* Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 07-75.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. *Diário Oficial da União*, Brasília, 07 jul. 1992. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/pacto\\_dir\\_economicos.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_economicos.htm)>. Acesso em: 24 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. In: *VADE MECUM* Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 591-652.

\_\_\_\_\_. Lei complementar nº 75 de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. *Diário Oficial da União*, Brasília, 21 maio 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp75.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm)>. Acesso em: 06 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. In: *VADE MECUM* Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1.157-1.160.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. In: *VADE MECUM* Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 357-448.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 02 set. 1981. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16938.htm)>. Acesso em: 05 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. 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 e dá outras providências. In: *VADE MECUM* Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1.357-1.363.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.735, de 22 de fevereiro de 1989. Dispõe sobre a extinção de órgão e de entidade autárquica, cria o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 23 fev. 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17735.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17735.htm)>. Acesso em: 26 maio 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 25 out. 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17853.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17853.htm)>. Acesso em: 05 abr. 2014.

BRASIL. Lei nº 7.913, de 07 de dezembro de 1989. Dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 dez. 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7913.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7913.htm)>. Acesso em: 05 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. In: *VADE mecum* Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 985-1.014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. In: *VADE mecum* Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 773-785.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm)>. Acesso em: 20 maio 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 03 jun. 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm)>. Acesso em: 05 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 fev. 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18625.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18625.htm)>. Acesso em: 06 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 jun. 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18884.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18884.htm)>. Acesso em: 05 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). In: *VADE mecum* Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1.015-1.025.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre os partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, V, da Constituição Federal. In: *VADE mecum* Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1.534-1.541.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 dez. 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19494.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19494.htm)>. Acesso em: 20 maio 2014.

BRASIL. Lei nº 9.790, de 24 de março de 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 mar. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19790.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19790.htm)>. Acesso em: 13 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. In: *VADE MECUM* Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1.641-1.644.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.870, de 23 de novembro de 1999. Dispõe sobre o valor total das anuidades escolares e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 nov. 1999. Edição extra. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9870.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9870.htm)>. Acesso em: 04 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. In: *VADE MECUM* Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1.644-1.645.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 11 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: *VADE MECUM* Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 149-277.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.671, de 15 de maio de 2003. Dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 maio 2003. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.671.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.671.htm)>. Acesso em: 05 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 03 out. 2003. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm)>. Acesso em: 20 maio 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. In: *VADE MECUM* Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1.749-1.751.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nºs 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. *Diário Oficial da União*, Brasília, 21 jul. 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm)>. Acesso em: 06 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.486, de 01 de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 02 ago. 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2014.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 01 nov. 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 05 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.852, de 05 de agosto de 2013. Institui o Estatuto da Juventude e dispõe sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude e o Sistema Nacional de Juventude - SINAJUVE. *Diário Oficial da União*, Brasília, 06 ago. 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12852.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12852.htm)>. Acesso em: 05 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. *Tutela judicial dos interesses metaindividuais: ações coletivas*. Relatório final. Brasília: CEBEPEJ, 2007. Disponível em: <[http://www.cebepej.org.br/pdf/acoes\\_coletivas.pdf](http://www.cebepej.org.br/pdf/acoes_coletivas.pdf)>. Acesso em: 25 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Agravo de Recurso Especial nº 381.884-MG. 2013/0261186-9. 1. T. Relator: Ministro Benedito Gonçalves, j. 19/11/2013. *Diário de Justiça*, Brasília, 29 nov. 2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 04 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Agravo de Recurso Especial nº 648.811-PR. 3. Turma. Relator: Ministra Nancy Andrighi, j. 20/06/2004. *Diário de Justiça*, Brasília, 02 ago. 2004. p. 394. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 03 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1.340.368-RJ. 2012/0136702-1. 2. T. Relator: Ministro OG Fernandes, j. 05/11/2013. *Diário de Justiça*, Brasília, 22 nov. 2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24711230/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1340368-rj-2012-0136702-1-stj>>. Acesso em: 04 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de declaração em Mandado de Segurança nº 12.375-DF. 2006/0247032-8. 3. T. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. 10/11/2010. *Diário de Justiça*, Brasília, 22 nov. 2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 03 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 1.252-DF. 1. T. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Relator p/ Acórdão Ministro Américo Luz, j. 17/12/1991. *Diário de Justiça*, Brasília, 13 abr. 1992. p. 4.968. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 05 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 31.150-SP. 2. T. Relator: Ministro Ari Pargendler, j. 20/05/1996. *Diário de Justiça*, Brasília, 10 jun. 1996. p. 20.304. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 05 ago. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 478.944-SP. 1. T. Relator: Ministro Luiz Fux, j. 02/09/2003. *Diário de Justiça*, Brasília, 29 set. 2003. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 05 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 526.379-MG. 1. T. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki, j. 04/08/2005. *Diário de Justiça*, Brasília, 22 ago. 2005. p. 128. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 03 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 598.281-MG. 1. T. Relator: Ministro Luiz Fux, rel. para acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, j. 02/05/2006. *Diário de Justiça*, Brasília, 01 jun. 2006. p. 147. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 05 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 705.469-MS. 2004/0167202-1. 3. T. Relator: Ministra Nancy Andriahi, j. 16/06/2005. *Diário de Justiça*, Brasília, 01 ago. 2005. p. 456. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 04 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 805.277-RS. 2005/0210529-7. 3. T. Relator: Ministra Nancy Andriahi, j. 23/09/2008. *Diário de Justiça*, Brasília, 08 out. 2008. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/885363/recurso-especial-resp-805-277-rs-2005-02529-7>>. Acesso em: 04 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 901.936-RJ. 2006/0242972-9. 1. T. Relator: Ministro Luiz Fux, j. 16/10/2008. *Diário de Justiça*, Brasília, 16 mar. 2009. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 05 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.110.549-RS. 3. T. Relator: Ministro Sidnei Beneti, j. 28/10/2009. *Diário de Justiça*, Brasília, 14 dez. 2009. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 04 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.185.474-SC. 2010/0048628-4. 2. T. Relator: Ministro Humberto Martins, j. 20/04/2010. *Diário de Justiça*, Brasília, 29 abr. 2010. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/](http://www.stj.jus.br/portal_stj/)>. Acesso em: 04 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.351.760. 2. T. Relator: Ministro Humberto Martins, j. 26/11/2013. *Diário de Justiça*, Brasília, 09 dez. 2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 03 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 23.868-ES. 2007/0069624-0. 6. T. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. 17/08/2010. *Diário de Justiça*, Brasília, 30 ago. 2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 05 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 227: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”. *Diário de Justiça*, Brasília, 08 out. 1999. p. 126. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27227%27>>. Acesso em: 20 maio 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.096-4-RS. T. Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello, j. 04/04/2008. *Diário de Justiça*, 11 abr. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal.asp>>. Acesso em: 11 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.115-4-DF. T. Pleno. Relator: Ministro Néri da Silveira, j. 09/03/2001. *Diário de Justiça*, Brasília, 20 mar. 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 11 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 MC/DF. Relator: Ministro Celso de Melo, j. 29/04/2004. *Diário de Justiça*, Brasília, 04 abr. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45&processo=45>>. Acesso em: 04 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22.132-RJ. T. Pleno. Relator: Ministro Carlos Veloso, j. 21/08/1996. *Diário de Justiça*, Brasília, 18 nov. 1996. p. 39.848. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14701489/mandado-de-seguranca-ms-22132-rj>>. Acesso em: 05 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 196.184-AM. 1. T. Relator: Ministra Ellen Gracie, j. 27/10/2004. *Diário de Justiça*, Brasília, 18 fev. 2005. p. 06. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28196184%2ENUME%2E+OU+196184%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lwddf2a>>. Acesso em: 05 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário-Agravo Regimental nº 271.286-RS. 2. T. Relator: Celso de Mello, j. 12/09/2000. *Diário de Justiça*, Brasília, 24 nov. 2000. p. 101. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 21 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário-Agravo Regimental nº 436.047-PR. 1. T. Relator: Sepúlveda Pertence, j. 26/04/2005. *Diário de Justiça*, Brasília, 13 maio 2005. p. 18. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/765195/agregno-recurs-o-extraordinario-re-agr-436047-pr>>. Acesso em: 05 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 23.566-DF. 1. T. Relator: Ministro Moreira Alves, j. 19/02/2002. *Diário de Justiça*, Brasília, 12 abr. 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2823566%2ENUME%2E+OU+23566%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/orxvzzk>>. Acesso em: 09 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 629: “A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes”. *Diário de Justiça*, Brasília, 09 out. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=629.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 20 maio 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 630: “A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria”. *Diário de Justiça*, Brasília, 09 out. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=630.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 20 maio 2014.

BUENO, Lucas Antônio. O direito social de assistência aos desamparados e a teoria do mínimo existencial em confronto com a reserva do possível. *Juris Plenum Previdenciária*, Caxias do Sul, ano I, n. 03, p. 09-44, ago. 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. I.

CANÇADO, Paula Oliveira Mascarenhas. Legitimidade ativa nas ações coletivas. *Juris Plenum Previdenciária*, Caxias do Sul, ano IX, n. 54, p. 115-137, nov./dez. 2013.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988. Título do original: Access to justice: the worldwide movement to make rights effective.

CARDOSO, Fabiano Mendes. O Ministério Público em defesa da saúde: enfoque coletivo, homogeneidade na atuação e observância de políticas públicas. In: ASSIS, Gilmar de (Coord.). *Saúde*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 223-235. (Coleção Ministério Público e direitos fundamentais. Coord. Gregório Assagra de Almeida e Jarbas Soares Júnior).

CARMO, Jairo Vasconcelos do. A tutela dos interesses difusos e o direito ao bem-estar urbano. *Revista de Direito*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 8, p. 15-34, jul./dez. 2000. Disponível em: <[http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2000/revdireito2000B/art\\_tutelainter.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2000/revdireito2000B/art_tutelainter.pdf)>. Acesso em: 22 abr. 2014.

CASTILHO, Ricardo. *Acesso à justiça: tutela coletiva de direitos pelo Ministério Público: uma nova visão*. São Paulo: Atlas, 2006.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 28-39, jan./mar. 2006.

CÓDIGO brasileiro de processos coletivos - análise & sugestões. Goiânia, 09 maio 2007. Disponível em: <<http://amatraxviii.blogspot.com.br/2007/05/codigo-brasileiro-de-processos-coletivos.html>>. Acesso em: 07 maio 2014.

COSTA, Fabrício Veiga. *Mérito processual: a formação participada nas ações coletivas*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

COSTA, Susana Henriques da. A representatividade adequada e litisconsórcio: o projeto de lei nº 5.139/09. In: GOZZOLI, Maria Clara; CALOM, Mirna Cianci Petrônio; QUARTIERI, Rita (Org.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1, p. 560-584.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. v. 1: Teoria geral do processo e processo de conhecimento.

\_\_\_\_\_; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. v. 4: Processo coletivo.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*: edição reformulada à luz do novo código civil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FAGOT-LARGEAULT, Anne. Reflexões sobre a noção de qualidade de vida. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 2, p. 82-107, jul. 2001.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde*: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 27, n. 108, p. 61-70, out./dez. 2002.

\_\_\_\_\_. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. *Rumo a um código de processo civil coletivo*: a codificação das ações coletivas do Brasil. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2008.

GIRARDELLI, Adriana Carvalho. *A associação civil como garantidora de defesa do consumidor*. São Paulo: Lex Editora, 2005.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_; CHUEIRI, Miriam Fecchio. Sistema coletivo: porque não há substituição processual nas ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 221, p. 461-472, 2013.

\_\_\_\_\_; FAVRETO, Rogério. A nova lei da ação civil pública e do sistema único de ações coletivas brasileiras: projeto de lei nº 5.139/09. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, 2009. Porto Alegre, ano V, n. 27, p. 5-21, jun./jul. 2009.

\_\_\_\_\_. Mandado de Segurança Coletivo - Legitimidade e objeto - Análise dos seus principais aspectos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 898, p. 79-112, 2010.

\_\_\_\_\_. O projeto da nova lei de Ação Civil Pública: principais aspectos. In: SALIBA, Aziz Tuffi; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; ALMEIDA, Gregório Assagra de (Org.). *Direitos fundamentais e sua proteção nos planos interno e internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010. v. 1, p. 219-235.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 82, p. 180-197, 1987. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67100>>. Acesso em: 31 maio 2014.

\_\_\_\_\_. O controle de políticas públicas pelo poder judiciário. In: SALIBA, Aziz Tuffi; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; ALMEIDA, Gregório Assagra de (Org.). *Direitos fundamentais e a sua proteção nos planos interno e internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010. v. 1, p. 01-20.

\_\_\_\_\_. Rumo a um código brasileiro de processos coletivos - exposição de motivos. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva: 20 anos da lei de ação civil pública e do fundo de defesa de direitos difusos, 15 anos do código de defesa do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 01-06.

\_\_\_\_\_; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional a sociedade aberta dos interpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997. Título do original: Die offene gesellschaft der verfassungsinterpreten. Ein beitrag zur pluralistischen und “prozessualen” verfassungsinterpretation.

HIDALGO, Pablo Gutiérrez de Cabiedes. *Group litigation in Spain*. Zaragoza, 2007. Disponível em: <[http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/spain\\_national\\_report.pdf](http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/spain_national_report.pdf)>. Acesso em: 17 jun. 2014.

JOÃO, Ivone Cristina de Souza. *O processo civil coletivo e as condições da ação*. 2007. 602 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <[http://www.sapientia.pucsp.br/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=4293](http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4293)>. Acesso em: 05 maio 2014.

KELBERT, Fabiana Okschstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

LANGER, Octaviano. A tutela coletiva como instrumento de acesso à justiça. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 5, n. 3, p. 46-65, dez. 2010. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/7550/6637>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LINS, Liana Cirne. *A tutela inibitória coletiva das omissões administrativas: um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais*. Recife, 2008. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direitos\\_sociais\\_processo.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direitos_sociais_processo.pdf)>. Acesso em: 14 jul. 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais: conceito, função e tipos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS, Wal. *Direito à saúde: compêndio*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MAZZEI, Rodrigo Reis. A ação popular e o microssistema da tutela coletiva. In: GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon (Coord.). *Ação popular: aspectos relevantes e controvertidos*. São Paulo: RCS, 2006. p. 397-428.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 24. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, 4).

\_\_\_\_\_. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, 4).

\_\_\_\_\_. O Código Modelo de Processos Coletivos do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual. *Mundo Jurídico*, São Paulo, 31 ago. 2005. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=158](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=158)>. Acesso em: 11 jul. 2014.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A proteção jurídica dos interesses coletivos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 139, p. 1-10, jan./mar. 1980.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil em vigor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil em vigor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Mandado de segurança coletivo e sua impetração por partido político*. Florianópolis, 2014. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/port al/conteudo/mandado-de-seguran%C3%A7-coletivo-e-sua-impetra%C3%A7%C3%A3o-por-partido-pol%C3%ADtico>>. Acesso em: 17 abr. 2014.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Amorim de. A influência da ação coletiva das associações no poder e no desenvolvimento sociopolítico local, em Tocqueville. *Barbarói*, Santa Cruz do Sul, n. 24, p. 07-20, jan./jun. 2006. Disponível em: <[http://bib.pucminas.br/arquivos/335000/339000/25\\_339037.htm](http://bib.pucminas.br/arquivos/335000/339000/25_339037.htm)>. Acesso em: 26 jun. 2014.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de; LIMA NETO, Francisco Vieira. O modelo constitucional do processo civil brasileiro, o litisconsórcio e processos coletivos. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, São Paulo, ano 1, n. 3, p. 1.579-1.607, 2012. Disponível em: <[http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012\\_03\\_1579\\_1607.pdf](http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012_03_1579_1607.pdf)>. Acesso em: 19 mar. 2014.

OLIVEIRA, Fábio Cesar dos Santos. Direito de proteção à saúde: efetividade e limites à intervenção do poder judiciário. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Doutrinas essenciais: responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. V: Direito fundamental à saúde, p. 25-68.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Paris, 10 dez. 1948. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inte r\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inte r_universal.htm)>. Acesso em: 24 fev. 2014.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Constituição da Organização Mundial da Saúde*. Nova Iorque, 22 jul. 1946. Disponível em: <[http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constitu\\_icao-da-organizaca o-mundial-da-saude-omswho.html](http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constitu_icao-da-organizaca o-mundial-da-saude-omswho.html)>. Acesso em: 24 fev. 2014.

PACE, Nicholas M. *Class actions in the United States of America: an overview of the process and the empirical literature*. California, 2007. Disponível em: <[http://globalclassactions.stanf ord.edu/sites/default/files/documents/USA\\_\\_National\\_Report.pdf](http://globalclassactions.stanf ord.edu/sites/default/files/documents/USA__National_Report.pdf)>. Acesso em: 16 jun. 2014.

PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Forense, 2010.

PIOVESAN, Flavia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PLENÁRIO julga recurso que discute alcance de ação ajuizada por entidade associativa. *Notícias STF*, Brasília, 14 maio 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/ver NoticiaDetalhe.asp?idConteudo=266753>>. Acesso em: 02 jul. 2014.

PONTES, Viviane Aparecida Fernandes. *A tutela jurisdicional coletiva como instrumento do acesso à justiça*. 2008. 152 f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo. Disponível em: <[http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/2013-2/Viviane\\_Aparecida\\_Fernandes\\_Pontes.pdf](http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/2013-2/Viviane_Aparecida_Fernandes_Pontes.pdf)>. Acesso em: 10 jun. 2014.

RIBEIRO, Jomara de Carvalho. Altruísmo, solidariedade, idealismo... o que faz os Estados ratificarem tratados de direitos humanos? *Revista Legis Augustus*, Rio de Janeiro, v. 03, n. 1, p. 33-47, set. 2010.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 0017782642013. 8.19.0000-RJ. 00177826420138190000. 8. C.C. Relator: Desembargadora Mônica Maria Costa Di Piero, j. 17/04/2013. *Diário de Justiça*, Rio de Janeiro, 17 maio 2013. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201300212602>>. Acesso em: 15 maio 2014.

ROCHA, Luciano Velasque. *Ações coletivas: o problema da legitimidade para agir*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Relações entre ações individuais e ações coletivas: anotações sobre os efeitos decorrentes da propositura e extinção das ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos em relação às pretensões individuais sob a perspectiva dos arts. 35 e 38 do projeto de lei que altera a ação civil pública. In: GOZZOLI, Maria Clara; CALOM, Mirna Cianci Petrônio; QUARTIERI, Rita (Org.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1, p. 391-410.

\_\_\_\_\_; KLIPPEL, Rodrigo. *Comentário à tutela coletiva: lei de ação civil pública, código de defesa do consumidor e lei da ação popular: doutrina, jurisprudência e questões de concurso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 08, n. 30, p. 146-158, jan./mar. 2000.

SADEK, Maria Tereza Aina. Judiciário e Arena Pública: um olhar a partir da Ciência Política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 01-33.

SALIBA, Aziz Tuffi; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; ALMEIDA, Gregório Assagra de (Org.). *Direitos fundamentais e sua proteção nos planos interno e internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e a função do estado nos planos interno e internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010. v. 2.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 21, p. 11-44, nov. 1986. Disponível em: <[http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Introducao\\_a\\_sociologia\\_da\\_adm\\_justica\\_RCCS21.PDF](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Introducao_a_sociologia_da_adm_justica_RCCS21.PDF)>. Acesso em: 15 jul. 2012.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Internacionalização dos direitos humanos trabalhistas: o advento da dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 72, n. 3, p. 277-84, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. 20 anos de Constitucionalismo Democrático – E agora? Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Belo Horizonte, n. 06, p. 163-206, 2008.

\_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Ana Flávia Nogueira. *Legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo*. 2014. 186 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Itaúna, Itaúna.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

STF decide que é obrigatória a autorização individual de filiado ou associado de sindicato para propor ação judicial. Brasília, 14 maio 2014. Disponível em: <<http://www.cnf.org.br/noticia/-/blogs/stf-decide-que-e-obrigatoria-a-autorizacao-individual-de-filiado-ou-associado-de-sindicato-para-propor-acao-judicial>>. Acesso em: 04 jul. 2014.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. I.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

UNIÃO EUROPÉIA. Carta dos Direitos Fundamentais, de 07 de dezembro de 2000. *Jornal Oficial das Comunidades Européias*, Nice, 18 dez. 2000. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/32007X1214/htm/C2007303PT.010101.htm>>. Acesso em: 24 fev. 2014.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 41, n. 2, p. 214-222, 2007.

VIGORIT, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo*. Milão: Giuffrè, 1979.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Org.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128-135.

WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos 'novos' direitos. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 15-48.

ZISMAN, Célia Rosenthal. Os direitos fundamentais e os direitos humanos: a fundamentalidade formal e a fundamentalidade material. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 67, p. 32-51, abr./jun. 2009.

ZUFELATO, Camilo. *Coisa julgada coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011.