

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

Giovanna Bertolini

Monografia jurídica

A efetividade da ação civil pública na tutela do direito difuso à saúde

SÃO PAULO

2022

Giovanna Bertolini

Monografia jurídica:

A efetividade da ação civil pública na tutela do direito difuso à saúde

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como exigência parcial para
obtenção do bacharelado em **Direito**, sob
a orientação da Prof. Dr. **Pedro Estevam
Alves Pinto Serrano**.

SÃO PAULO

2022

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a meus pais, Dalton Luis Bertolini e Maria Cristina Camachi Bertolini, pelo apoio, incentivo, conselhos e por me ensinarem que o conhecimento é o bem mais precioso que um ser humano pode querer conquistar.

Aos meus avós, Elza de Carvalho Bertolini, Tercilia Sartori e Walter Camachi, cujas orações me protegeram durante toda a graduação.

Ao Professor Pedro Serrano, e à sua assistente Professora Nathalia França, pela rica experiência de aprendizado durante a elaboração deste trabalho.

Aos queridos amigos e amigas da Faculdade de Direito, cuja solidariedade e camaradagem foram fundamentais para a conclusão da graduação e deste trabalho.

Aos queridos colegas do Terra Tavares Ferrari Elias Rosa Advogados, pela imensa compreensão e por terem me introduzido ao estudo do direito à saúde, em especial, Daniel da Gama Viviani, Isadora Borelli Noronha, Maria Carolina Martinho de Oliveira e Michelly Bruna Peixoto do Carmo.

Ao Vinicius, companheiro inseparável e apoiador incansável das minhas conquistas durante toda trajetória na faculdade.

À todos os amigos fora da área do Direito, pelo genuíno interesse neste trabalho e constante motivação, em especial, Beatriz Fefferman Darin, Felipe Franco Marin, Gustavo Maffilli Rigobello, Isabel Maria Sampaio Martins, Isabella Neiva Camoçato, Igor Salles, João Pedro Araújo e Maísa Lauren Seger Martins.

À todos aqueles que, direta ou indiretamente, contribuíram com a finalização deste trabalho.

RESUMO

BERTOLINI, Giovanna. **Monografia jurídica:** A efetividade da ação civil pública na tutela do direito difuso à saúde.

Introdução: Os direitos difusos, entendidos como sendo aqueles referentes à um bem jurídico indivisível de titularidade de um grupo indeterminado de pessoas, tem ganhado cada vez mais relevância no cenário jurídico nacional e internacional, em especial o direito à saúde, que, atualmente, vem sendo amplamente tutelado por meio da ação civil pública no Brasil. **Objetivo:** analisar a efetividade da ação civil pública, na qualidade de ação de tutela coletiva constitucional, para a tutela do direito à saúde, direito difuso cuja garantia é dever do Estado. **Materiais e métodos:** A fim de desenvolver o tema indicado, será feita, primeiramente, análise doutrinária da matéria, com o intuito de delimitar o conteúdo do direito à saúde, bem como o escopo da ação civil pública. Em seguida, será examinado julgado no qual houve a efetiva tutela do direito à saúde por meio da ação civil pública, com o intuito de identificar o seu alcance, praticidade, efetividade e utilidade na defesa deste direito.

Palavras-chave: direitos difusos, direito à saúde, ação civil pública, Ministério Público, tutela coletiva.

ABSTRACT

BERTOLINI, Giovanna. Essay: The effectiveness of the public civil action in the protection of the collective right to health.

Introduction: Collective rights, understood as referring to an indivisible legal asset owned by an indeterminate group of people, have gained increasing relevance in the national and international legal scenario, especially the right to health, which is currently being widely protected through public civil action in Brazil. **Objective:** to analyze the effectiveness of the public civil action, as a constitutional legal action, for the protection of the right to health, a collective right whose guarantee is the duty of the State. **Materials and methods:** In order to develop the indicated theme, firstly, a doctrinal analysis of the matter will be carried out, with the aim of delimiting the content of the right to health, as well as the scope of the public civil action. Next, a precedent will be examined in which there was effective protection of the right to health through public civil action, in order to identify its scope, practicality, effectiveness and usefulness in the defense of this right.

Key-words: collective rights, right to health, public civil action

direitos difusos, direito à saúde, ação civil pública, Public Ministry, class action.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	1
1.1.	Panorama histórico da tutela dos direitos difusos no Brasil.....	2
1.2.	Conceito de direitos difusos.....	4
1.3.	Direito à saúde como direito difuso: histórico, previsão constitucional e na legislação internacional.....	10
2.	AÇÃO CIVIL PÚBLICA: ASPECTOS PROCESSUAIS SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A LEI Nº 7347/85.....	13
2.1.	Panorama histórico, previsão constitucional e legal.....	13
2.2.	Legitimidade ativa: predominância do Ministério Público.....	16
2.3.	Efeitos da sentença: a inconstitucionalidade do artigo 16 da Lei nº 7347/85 e seus impactos na tutela coletiva.....	20
3.	AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA TUTELA DO DIREITO À SAÚDE.....	24
3.1.	Reflexões a respeito da judicialização da saúde.....	24
3.2.	Estudo de caso: processo nº 0103278-15.2013.8.17.0001 – Cobertura de procedimento de mastectomia para redesignação de gênero.....	27
4.	CONCLUSÕES.....	29
5.	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	30
	ANEXO A - Inteiro teor da sentença proferida nos autos do processo nº 0103278-15.2013.8.17.0001.....	35

1. INTRODUÇÃO

Os direitos difusos, entendidos como sendo aqueles referentes à um bem jurídico indivisível de titularidade de um grupo indeterminado de pessoas, tem ganhado cada vez mais relevância no cenário jurídico nacional e internacional. Com a evolução do direito ao longo do tempo, em especial no pós Segunda Guerra Mundial, a perspectiva individualista que orienta o binômico processual legitimidade-interesse demonstrou-se insuficiente para resolver conflitos que envolviam os direitos difusos, justamente em razão da sua natureza transindividual.

Por essa razão, houve a necessidade de criação de novos mecanismos processuais capazes de prover uma solução eficiente e adequada para um número tão grande de tutelados, sendo um deles a ação civil pública. Criada pela Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), a ação civil pública hoje representa uma das ações coletivas mais utilizadas no Brasil, tendo como seu principal autor o Ministério Público, que possui dentre seus objetivos institucionais a proteção dos direitos difusos.

Nesse sentido, dentre as diversas classes de direitos difusos existentes, o direito à saúde é um dos direitos mais judicializados no país na atualidade. Segundo dados do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde (Fonajus), estão pendentes de julgamento no Brasil 18 mil ações civis públicas que versam sobre saúde, em contraste com 521 mil ações individuais sobre o mesmo tema, números que evidenciam a necessidade de desenvolvimento de um sistema processual coletivo mais abrangente e eficaz.

Assim, neste trabalho, pretende-se estudar a efetividade da ação civil pública na tutela coletiva do direito à saúde, iniciando com um panorama histórico da tutela dos direitos difusos no Brasil e no mundo. Em seguida passa-se à definição de direitos difusos adotada pelo ordenamento jurídico pátrio, para então contextualizar e discorrer sobre a caracterização do direito à saúde como um direito difuso, destacando-se as previsões constitucionais, legais e internacionais sobre o tema.

A seguir, passa-se ao exame da ação civil pública como instrumento processual, dando destaque à predominância do Ministério Público como principal agente promotor dessa demanda. Além disso, também serão abordadas as repercussões do julgamento do Recurso Extraordinário 1.101.397/SP pelo Supremo Tribunal Federal, que declarou inconstitucional dispositivo da Lei da Ação Civil Pública

impunha limitações territoriais à eficácia das sentenças, entendimento que representou avanço na tutela dos direitos difusos.

Por fim, será feito breve comentário a respeito da judicialização da saúde no Brasil, com a apresentação de estatísticas colhidas pelo Fonajus, e a respeito da ação civil pública nº 0103278-15.2013.8.17.0001, que será tomada como exemplo ideal da utilização desse recurso para proteger o direito à saúde.

1.1. Panorama histórico da tutela dos direitos difusos no mundo e no Brasil

Derivados de uma construção doutrinária recente, o estudo dos direitos difusos teve início no pós Segunda Guerra Mundial, período no qual houve a transformação do Direito Constitucional para a forma como conhecemos atualmente. A esse respeito, Barroso esclarece que a derrocada dos movimentos nazifascistas que haviam dominado a Europa provocou um intenso movimento de constitucionalização dos Estados europeus, cujas constituições passaram a representar um pacto político entre os membros das sociedades, ao invés de servirem meramente de documento que organiza a Administração Pública:

O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar. A seguir, breve exposição sobre cada um desses processos.

A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a Segunda Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. Seria mau investimento de tempo e energia especular sobre sutilezas semânticas na matéria

A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional na Europa foi a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã⁵⁰), de 1949, sobretudo após a instalação do Tribunal Constitucional Federal, ocorrida em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional. Esse novo constitucionalismo europeu caracterizou-se pelo reconhecimento de força normativa às normas constitucionais, rompendo com a tradição de se tomar

a Constituição como documento antes político que jurídico, subordinado às circunstâncias do Parlamento e da Administração
(BARROSO, 2022, p. 87)

Destarte, denota-se que a valorização dos direitos difusos se deu após a desconstrução do modelo de Estado liberal então vigente, que privilegiava a tutela das relações particulares entre as pessoas, transição bem delineada por Caio Vinicius Pires:

O modelo de Estado liberal por ser um tanto conservador, traçava um rol de direitos do homem que se dava em âmbito das relações particulares, ou seja, a intenção era regular o relacionamento entre duas pessoas, cuidando da relação entre um particular e todos os demais particulares que constituíam a sociedade.

Não se exigia do Poder Público o desenvolvimento de uma nova sociedade ou então a alteração da sociedade que já existia, na verdade o que se buscava era a proteção do Estado em relação aos indivíduos, as liberdades individuais e a manutenção da ordem pública.

O liberalismo trazia uma série de arbitrariedades do Estado com a sobreposição dos poderosos perante os mais fracos, como na Revolução Industrial diante da liberdade dos contratos, que abria as portas para a exploração excessiva do trabalho e, com ela, a exploração descontrolada da atividade econômica.

Pela necessidade de maior proteção aos indivíduos enquanto pessoas sujeitas de direitos, o Estado passou a sinalizar uma necessidade de transição de modelo estatal. Desenhava-se a transição, um tanto conturbada, do modelo de Estado liberal para social com a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos.

(PIRES, 2018, p. 21-22)

Assim, seguindo a tendência mundial, a normatização dos direitos difusos só passou a ocorrer no Brasil a partir dos anos 70, no contexto do início da redemocratização do país. Como bem explana Arantes, o fim da Ditadura Militar retirou os empecilhos à atuação do Poder Judiciário na persecução da verdadeira e livre justiça, de sorte que esse poder foi o escolhido naturalmente para mediar os eventuais conflitos entre sociedade, governo e os demais poderes do Estado (ARANTES, 1999, p. 83).

Nesse sentido, denota-se que, surpreendentemente, o marco legal da introdução dos direitos difusos no Brasil foi a promulgação da Lei nº 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente. Por meio desse diploma legal, o direito ao meio ambiente sadio consagrou-se como o primeiro direito difuso garantido legalmente pelo ordenamento jurídico pátrio, inovando também em termos processuais, aspecto que será abordado mais adiante neste trabalho.

No entanto, é a partir da promulgação da Constituição de 1988 que os direitos difusos ganham especial proteção do sistema jurídico, tendo em vista que agora integram seu Título II, que arrola os direitos e garantias fundamentais. Assim, a partir dessa previsão, a garantia desses direitos passa a ser também incumbência do Estado, haja vista que estes passaram a ser considerados como prioridades na ordem jurídica, cabendo ao Poder Público assegurar sua prestação.

Por essa mesma perspectiva, Vianna e Burgos reforçam que as mudanças sociais provocadas pela redemocratização fizeram com que a Constituição de 1988 privilegiasse o acesso à Justiça em prol da população comum, independentemente da atuação de organizações coletivas, o que permite a judicialização de interesses até então ignorados:

Além desse cenário propriamente político, é no terreno da sociabilidade que, no contexto aberto pela democratização do país, a representação funcional ganhará densidade e terá reconhecido o seu papel. Após duas décadas de intensa modernização econômica – que alterou drasticamente as estruturas sociais, expulsando em massa a população rural para as cidades – levada a cabo em situação de imobilidade política e de cancelamento da vida associativa, a sociabilidade que então emerge se encontra desajustada das instituições da vida republicana, principalmente dos partidos políticos. Desajustada também dos sindicatos, os quais começam a perder substância no início dos anos 1990. Com a emergência da multidão de homens comuns, novos interesses e novas expectativas de direitos passam a se manifestar, e é a partir daí que a “oferta” dos novos institutos, presente na nova Carta, irá encontrar a sua demanda – caso que começa a se generalizar com os Juizados Especiais, mas que ganha visibilidade, também, nas Ações Civis Públicas e nas Ações Populares. O acesso à Justiça adquire, então, o status de um dos tópicos principais das políticas públicas, ocupando boa parte da agenda da mídia
(VIANNA e BURGOS, 2005, p. 781)

Por fim, como visto, importante destacar o texto do artigo 81, parágrafo único, inciso I do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/91), cujas definições de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos estabeleceu novo paradigma para o estudo e efetivação desses direitos, fato que será tratado a partir desse momento.

1.2. Conceito de direitos difusos

Derivados de uma evolução da teoria dos direitos fundamentais, o estudo dos direitos coletivos é matéria bastante recente, emergindo em resposta ao surgimento da chamada “sociedade de massa”, cujas bases remontam ao final do século XIX e início do século XX, conforme lição de Flávia Del Gaizo:

O final do século XIX e início do século XX foram marcados pelas grandes guerras mundiais, pelas mazelas do capitalismo liberal, pela intensificação das relações sociais e pela modificação das relações de trabalho, pois o novo paradigma de produção colaborou para que os trabalhadores começassem a se organizar melhor para reivindicar seus direitos, dando origem aos sindicatos operários.

Com efeito, o surgimento da sociedade de massas, com a consequente intensificação das relações sociais, foi fundamental para que outras questões, que não apenas as trabalhistas começassem a ser reivindicadas, como, por exemplo, saúde, educação, segurança material, entre outros, estabelecendo uma nova ordem de conflitos até então inexistente na ordem jurídica e que demandavam novas formas de solução.

(DEL GAIZO, 2005, pp. 17-18)

Dessa forma, explica Ronaldo Lima dos Santos que a sociedade de massa é marcada não apenas por seu aspecto quantitativo, mas também pela uniformidade social em detrimento da universalidade, no sentido de que os componentes de tal sociedade são tratados sempre da mesma maneira, destacando-se as seguintes características:

[...] a) ausência de organização social; presença de uma agregação de indivíduos que, embora separados, desligados ou anônimos, possuem homogeneidade em relação a determinados comportamentos ou situações nas quais se encontram; b) os comportamentos são não-organizados, não-estruturados, não coordenados; c) caracteriza-se pelo comportamento de massas, isto é, nele as pessoas agem individualmente, mas na mesma direção e com estímulos e condições idênticas; d) não se manifestam por meio de um grupo, mas individualmente de forma uniforme; e) massa não consiste num grupo, não pode interagir, mas pode ser levemente identificada pela uniformidade; há uma fluidez da personalidade – mais precisamente nas sociedades primitivas – para a impessoalidade, particularidade esta das sociedades modernas.

(DEL GAIZO, 2005, p. 21 *apud* DOS SANTOS, 2003, p. 61-62)

Deste modo, a criação de uma sociedade na qual os comportamentos são massificados gerou a necessidade de se pensar uma forma massificada de tutelar os interesses dos seus membros, haja vista que a concepção individualista que rege as relações civis não é suficiente. Isso porque, as demandas da massa possuem caráter eminentemente social, quer dizer, não contam com titular específico e determinado, e tampouco dizem respeito à uma relação jurídica determinada, algo bem observado por Ada Pellegrini Grinover :

Em pouco tempo, tornou-se clara a dimensão social desses interesses. Surgia uma nova categoria política e jurídica, estranha ao interesse público e

ao privado. Interesse público, entendido como aquele que se faz valer em relação ao Estado, de que todos os cidadãos são partícipes (interesse à ordem pública, à segurança pública, à educação) e que suscita conflitos entre o indivíduo e o Estado. Interesses privados, de que é titular cada pessoa individualmente considerada, na dimensão clássica dos direitos subjetivos, pelo estabelecimento de uma relação jurídica entre credor e devedor, claramente identificados.

Ao contrário, os interesses sociais são comuns a um conjunto de pessoas, e somente a estas. Interesses espalhados e informais à tutela de necessidades coletivas, sinteticamente referíveis à qualidade de vida. Interesses de massa, que comportam ofensas de massa e que colocam em contraste grupos, categorias, classes de pessoas. Não mais se trata de um feixe de linhas paralelas, mas de um leque de linhas que convergem para um objeto comum e indivisível. Aqui se inserem os interesses dos consumidores, ao ambiente, dos usuários de serviços públicos, dos investidores, dos beneficiários da previdência social e de todos aqueles que integram uma comunidade compartilhando de suas necessidades e seus anseios.

(GRINOVER et al, 2022, p. 782)

Entretanto, apesar da existência da sociedade de massa remontar ao início do século XX, foi apenas na década de 1970 que o estudo dos direitos coletivos realmente floresceu, tendo a Itália como centro difusor dessa nova ideologia. Nesse sentido, segundo Motaui Ciocchetti Souza, foi a partir da produção italiana que essa nova classe de interesses também recebeu a nomenclatura geral de “transindividuais”, tendo em vista que se referiam à garantias que não diziam respeito à Administração Pública e tampouco aos particulares, subdividindo-se a partir daí em interesses difusos e coletivos (SOUZA, 2013).

Ainda, conforme explica Grinover, desde o início da produção acadêmica voltada para o estudo dos direitos difusos, a doutrina foi unânime em estabelecer desde logo suas principais características:

O estudo dos interesses coletivos ou difusos surgiu e floresceu na Itália nos anos 70. Denti, Cappelletti, Proto Pisani, Vigoriti, Trocker anteciparam o Congresso de Pavia de 1974, que discutiu seus aspectos fundamentais, destacando com precisão as características que os distinguem: indeterminados pela titularidade, indivisíveis relativamente ao objeto, colocados a meio caminho entre os interesses públicos e os privados, próprios de uma sociedade de massa e resultados de conflitos de massa, carregados de relevância política e capazes de transformar conceitos jurídicos estratificados, como a responsabilidade civil pelos danos causados no lugar da responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos, como a legitimação, a coisa julgada, os poderes e a responsabilidade do juiz e do Ministério Público, o próprio sentido da jurisdição, da ação, do processo.

(GRINOVER et al, 2022, p. 782)

Consequentemente, referidas diretrizes doutrinárias foram incorporadas à principal norma existente a esse respeito no ordenamento jurídico pátrio, qual seja, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/91), cujo artigo 81, parágrafo único, inciso I foi pioneiro em estabelecer uma definição legal dos direitos difusos, destacando (i) a indeterminabilidade dos seus titulares, (ii) a indivisibilidade do seu objeto, e (iii) a existência de vínculo fático que liga os titulares entre si:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

Portanto, cumpre examinar as propriedades dos direitos difusos segundo o texto legal acima, a começar pela indeterminabilidade dos sujeitos, traço que corresponde à impossibilidade de se determinar com precisão a quantidade de pessoas afetadas por dado acontecimento. Todavia, de acordo com Motauci Ciocchetti de Souza, cumpre ressaltar que a indeterminabilidade dos sujeitos não implica na impossibilidade total de se estimar os atingidos por um fato, mas apenas significa que não é viável produzir um número exato:

A indeterminabilidade dos sujeitos – ou dos titulares do interesse – consiste justamente na impossibilidade da delimitação do número exato de pessoas afetadas, potencial ou concretamente, por certo fato.

Nessa quadra, importa fazer, desde logo, uma distinção entre determinação e estimativa.

A determinação implica conceito preciso, exato; a estimativa, por seu turno, lida com o critério da aproximação, de probabilidade.

Posta mencionada premissa, temos que o conceito de indeterminabilidade consiste na impossibilidade matemática de fixar exatamente o número de pessoas atingidas por um fato – sem embargo de tal contingente poder ser estimado por meio, v. g., de censos demográficos.

Tomemos como exemplo a qualidade do ar na Cidade de São Paulo: a sua inadequação afeta a todos os moradores da urbe.

Sabemos, por intermédio de censos, que a população da cidade é de, aproximadamente, dez milhões de pessoas. Não obstante, é--nos impossível dizer o número exato, preciso, de habitantes.

Assim, em que pese o fato de poder estimar quantos são os moradores da cidade, a impossibilidade de chegarmos a número exato traz a indeterminabilidade dos sujeitos.

Importa destacar que a indeterminabilidade se fará presente não apenas quando o interesse pertencer a toda a população (de um bairro, região, cidade, Estado ou, mesmo, país), como, também, quando disser respeito a pessoas inseridas no contexto social, que não possam ser quantificadas com precisão (como os frequentadores de determinada praia, os consumidores de vinho etc.).

(SOUZA, 2013, p. 7)

Em seguida, como bem sintetizou Lucia Valle Figueiredo (1988 *apud* MANCUSO, 1997, p. 36), a indivisibilidade do objeto dos direitos difusos faz com que eles sejam, simultaneamente, o direito de todos e o direito de cada um dos membros da sociedade. Isso pois, a exemplo do caso citado do ar poluído mencionado anteriormente, devido ao fato dos direitos difusos pertencerem à toda coletividade, as eventuais lesões atingem a todos indistintamente, ainda que o dano atinja uma pessoa em particular, como bem ressalvado por Rizzato Nunes:

O objeto ou bem jurídico protegido é indivisível, exatamente por atingir e pertencer a todos indistintamente. Por isso, ele não pode ser cindido.

Faça-se uma ressalva esclarecedora: o fato de o mesmo objeto gerar dois tipos de direito não muda a natureza de indivisibilidade do objeto relativo no direito difuso. Isto é, se um anúncio enganoso atingir um consumidor em particular, esse direito individual identificado não altera em nada a natureza indivisível do fato objetivo do anúncio.

(NUNES, 2019, p. 818)

Por conseguinte, a indivisibilidade do objeto implica que a solução adotada para resolver uma violação à um direito difuso deverá ser a mesma para todos os afetados, de maneira a reparar toda a comunidade, e não apenas alguns indivíduos (SOUZA, 2013, p.7); daí surge a necessidade do aprofundamento no estudo das ações coletivas para a tutela desses direitos, conforme faremos mais adiante.

Por fim, é necessário que os titulares indeterminados estejam conectados entre si por um vínculo fático, que pode ser algo tão simplório quanto morar em uma dada região ou adotar um comportamento particular, como novamente ensina Motauri Ciocchetti de Souza:

Finalmente, temos como característica dos interesses difusos a existência de vínculo fático ligando entre si pessoas indetermináveis.

É prescindível análise mais acurada da característica em comento: o que faz com que as pessoas indetermináveis possuam interesse em comum é um fato, uma circunstância, como a de morarem em São Paulo, apreciarem vinho, frequentarem a praia ou assistirem à televisão

(SOUZA, 2013, p. 7)

Ainda assim, é preciso destacar que os direitos difusos não se confundem com os chamados direitos coletivos e individuais homogêneos, cujas definições também se encontram nos incisos seguintes artigo 81, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor, e que vamos diferenciar a partir de agora.

Primeiramente, em relação aos direitos coletivos, que estão conceituados no inciso II do referido dispositivo¹, observa-se que estes são titularizados por uma categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica de base. Dessa maneira, poder-se-ia tomar por exemplo um grupo de contratantes de um mesmo consórcio cujas parcelas aumentaram exponencialmente de preço, fazendo com que todos os contratantes sejam afetados da mesma forma (ARANTES, 1999, p.88), representando vínculo fático mais específico do que o presente nos direitos difusos.

Em contrapartida, distanciando-se ainda mais dos direitos difusos, os direitos individuais homogêneos são aqueles decorrentes de origem comum, como fixado no artigo 81, parágrafo único, inciso III do Código de Defesa do Consumidor². Deste modo, esses interesses pertencem à um número determinável de pessoas que são titulares de objetos divisíveis, de sorte que os danos podem ser quantificados caso a caso (SOUZA, 2013, p. 9), a exemplo do que ocorre quando um carro de modelo e marca específicos apresenta um defeito mecânico, que atingirá todos os compradores daquele produto.

¹ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

² Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Sendo assim, à luz do panorama histórico e das definições postas, passamos ao estudo dos meios processuais previstos na Constituição de 1988 para a defesa dos direitos difusos.

1.3. Direito à saúde como direito difuso: previsão constitucional e na legislação internacional

Previsto no caput do artigo 6º da Constituição Federal, o direito à saúde está inserido no Título II da Lei Maior, que cuida dos chamados direitos sociais, cuja titularidade pertence à toda sociedade e que dependem necessariamente da ação do Estado para serem efetivados, como bem define Caio Vinicius Pires:

Os Direitos Sociais, que são direitos fundamentais, podem ser traduzidos como aqueles direitos que devem ser assegurados pelo Estado aos particulares e demais integrantes da sociedade civil como um todo, dispensando-se, inclusive qualquer modalidade de requerimento, vez que tem a obrigação de fornecer imediatamente o que o texto constitucional prevê como direitos fundamentais

(PIRES, 2021, p.13)

Em vista disso, fica claro que, em primeiro lugar, o direito à saúde é considerado um direito fundamental, cuja valorização e positivação decorreram do abandono do modelo de Estado liberal e adoção do modelo de Estado Social no pós Segunda Guerra Mundial, tópico que já foi abordado anteriormente na seção 1.1 deste trabalho. Em razão desse atributo, a garantia da saúde na Constituição Federal é tida como cláusula pétrea, de sorte que a efetivação desse direito passa a ser prioridade do Estado brasileiro, considerando que a atuação estatal é a principal forma de concretizá-lo, como bem sintetizou Caio Vinicius Pires:

Os direitos sociais, em especial o Direito à Saúde, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente enunciadas em normas constitucionais que asseguram uma melhor condição de vida, evitando desigualdades sociais.

Neste sentido, é possível afirmar que o desenvolvimento e evolução do Direito à Saúde está relacionado com a evolução do modelo de Estado, eis que foi a partir do Estado Social que se passou a interferir na sociedade com implementação e ampliação da garantia de acesso aos direitos sociais.

(PIRES, 2021, p.21)

A esse respeito, frisa-se que a fixação da saúde como dever do Estado é conquista recente, trazida com o advento da Constituição de 1988, de sorte que os cidadãos brasileiros não possuíam acesso à um serviço de saúde público até então. Nesse sentido, antes da promulgação da Lei Maior, destacam-se as disposições da Lei Elói Chaves de 1923 que, por meio das Caixas de Aposentadoria e Pensão (CAP), permitia que funcionários e suas famílias gozassem de assistência médica financiada por contribuições previdenciárias, marco que representou o início da proteção ao direito à saúde.

Dessa forma, para além da disposição do seu artigo 6º, a Constituição Federal dedica os artigos 196 a 200 para tratar apenas do direito à saúde, destacando desde logo que se trata de direito de todo e dever do Estado, bem como criando o Sistema Único de Saúde, responsável pela administração da saúde não apenas por um viés curativo, mas também sob a perspectiva da prevenção e da educação (PIRES, 2021, p.30).

Ainda, cumpre ressaltar que o direito à saúde também se encontra garantido nos tratados internacionais, a começar pela Constituição da Organização Mundial da Saúde, que define saúde como “[...] um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades” (PIRES, 2022, p.78), ressaltando a garantia da saúde em todos os seus aspectos, assim como no texto constitucional brasileiro.

Além disso, outro importante tratado a respeito desse direito é o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, que prevê em seu artigo 12 ampla proteção à saúde física e mental das populações dos Estados Partes:

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.
2. As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:
 - a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças;
 - b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente;
 - c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças;

d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade

Outrossim, inserido no contexto do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos, também chamada de Pacto de San Jose da Costa Rica de 1969, é o principal tratado regional de proteção ao direito à saúde, ainda que não dedique uma seção exclusiva para tanto, citando-o em diversos contextos, tal como sistematizado por Caio Vinicius Pires:

Artigo 12. Liberdade de consciência e de religião

3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita unicamente às limitações prescritas pela lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos ou liberdades das demais pessoas.

Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:

- a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
- b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

Artigo 15. Direito de reunião

É reconhecido o direito de reunião pacífica e sem armas. O exercício de tal direito só pode estar sujeito às restrições previstas pela lei e que sejam necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas.

Artigo 16. Liberdade de associação

1. Todas as pessoas têm o direito de associar-se livremente com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer outra natureza.

2. O exercício de tal direito só pode estar sujeito às restrições previstas pela lei que sejam necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas.

Artigo 22. Direito de circulação e de residência

3. O exercício dos direitos acima mencionados não pode ser restringido senão em virtude de lei, na medida indispensável, numa sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem públicas, a moral ou a saúde públicas, ou os direitos e liberdades das demais pessoas.

(PIRES, 2022, p. 91-92)

Por fim, salienta-se que as disposições internacionais aqui citadas também possuem plena vigência no ordenamento jurídico brasileiro, em razão da disposição do artigo 5º, §3º da Constituição Federal, que estabelece o status de norma constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil é signatário.

2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA: ASPECTOS PROCESSUAIS SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A LEI Nº 7347/85

2.1. Panorama histórico, previsão constitucional e legal

Conforme apresentado acima, os direitos difusos são uma classe de direitos que possui como uma das suas principais características a indeterminabilidade dos sujeitos, haja vista que são considerados direitos transindividuais. Por esse motivo, seria inviável incluir no polo ativo de uma demanda todos os interessados na garantia desse direito, razão pela qual foi necessário desenvolver mecanismos capazes de tutelar de forma eficaz os direitos que são de “todos e de cada um”, simultaneamente, sendo um deles a ação civil pública.

Dessa forma, em termos históricos, a ação civil pública surge no ordenamento jurídico brasileiro com o artigo 3º, inciso III da Lei Complementar nº 40/1981, que, ao dispor sobre a organização do Ministério Público nos Estados, aponta como sua função institucional a promoção da ação civil pública:

Art. 3º - São funções institucionais do Ministério Público:

I - velar pela observância da Constituição e das leis, e promover-lhes a execução;

II - promover a ação penal pública;

III - promover a ação civil pública, nos termos da lei

Porém, como bem observado por Motaui Ciocchetti de Souza (2013), naquele período, a doutrina limitou-se à conceituar a ação civil pública como sendo o oposto da ação penal pública na área cível, no sentido de que as ambas representavam um direito do Ministério Público de exercer a jurisdição.

Dessa forma, tendo em vista a limitação da definição então adotada, houve a promulgação da Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) para disciplinar exclusivamente a ação civil pública com foco na tutela do meio-ambiente, consumidor e patrimônio público. Ainda assim, o artigo 1º, inciso IV destaca que o mecanismo processual poderá ser utilizado para tutelar qualquer outro interesse difuso ou coletivo para além dos mencionados expressamente na lei:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:
IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Posteriormente, retomando a ideia da ação civil pública como diretriz institucional do Ministério Público, a Constituição Federal passa a prevê-la em seu artigo 129, inciso III, incorporando em seu texto as expressões trazidas pela Lei da Ação Civil Pública, elevando a ação ao patamar de remédio constitucional para a defesa dos direitos difusos:

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

Assim, com base em tais paradigmas teóricos e legais, pode-se conceituar a ação civil pública como aquela empregada na defesa dos interesses transindividuais pelos legitimados nomeados em lei, conforme bem sintetiza Arnaldo Rizzardo:

De modo geral, parte-se, para a definição da ação civil pública, do direito conferido ao Ministério Público e a outros órgãos e entes especiais, expressamente nominados na lei, para o exercício de ação, ou de provocar a atividade jurisdicional do órgão judiciário, em matérias específicas e também discriminadas na lei. Daí se conceber esta ação como a ajuizada pelo Ministério Público e por entidades públicas ou privadas que tenham como objeto o trato de interesses transindividuais e individuais homogêneos, desdobrados em públicos por dizerem respeito a bens e valores do Estado, de dimensão material, ou institucional, ou moral, e em difusos, ou coletivos, ou individuais homogêneos, comuns do povo, da coletividade, de categorias, de classes de pessoas, e de indivíduos em questões homogêneas. Mais singelamente, corresponde à ação proposta por um legitimado autônomo, em defesa de interesses transindividuais.
(RIZZARDO, 2013, p.19)

Por seu turno, partindo de uma concepção mais ampla, Motaury Ciocchetti de Souza define a ação civil pública a partir dos seus legitimados ativos e do objeto

tutelado, destacando que, independentemente do *nomen iuris* que uma ação receba, ela pode ser considerada como sendo “ação civil pública” caso (i) seja proposta por um dos legitimados apontados na Lei nº 7.347/1985, e (ii) pretenda tutelar direitos difusos ou coletivos:

Em face do exposto, podemos conceituar ação civil pública como a ação não penal proposta pelos legitimados de que trata o art. 5º da Lei n. 7.347/85 com o escopo de tutelar interesses difusos ou coletivo.

A definição em comento decorre da somatória de dois elementos – um de cunho subjetivo (quem propõe?), outro, objetivo (qual o objeto tutelado no processo?).

Pois bem: sempre que o processo tiver por autor alguma das pessoas arroladas no art. 5º da LACP e por objeto a tutela de interesses difusos ou coletivos, estaremos diante de uma ação civil pública.

A definição em comento possui repercussões bastante interessantes.

Vamos supor, de início, uma ação direta de inconstitucionalidade, cujo *nomen juris* é trazido pelo art. 102, I, a, da CF.

Os legitimados ativos à sua propositura são aqueles arrolados pelo art. 103, I a IX, da Magna Carta (grosso modo, entes públicos, associações de classe e partidos políticos), sendo certo que, à exceção dos partidos, todos os demais podem também ajuizar ação civil pública, nos termos do art. 5º da Lei n. 7.347/85.

O objeto da ação direta de inconstitucionalidade, por seu turno, é o resguardo da ordem jurídica, o respeito ao primado das normas insertas na Constituição Federal.

Obviamente o resguardo da hierarquia das normas jurídicas é de interesse de toda a sociedade – e não de alguns de seus membros –, de sorte que a ação direta tutela um direito por excelência difuso.

Pois bem: tendo como legitimados ativos os mesmos entes e pessoas arrolados no art. 5º da Lei n. 7.347/85 e objetivando a tutela de um interesse difuso, a ação direta de inconstitucionalidade é uma ação civil pública, segundo o conceito que acima traçamos.

(SOUZA, 2013, p. 15)

Por sua vez, Vidal Serrano Nunes Jr. e Marcelo Sciorilli apontam que a ação civil pública é o meio processual para o cumprimento do princípio da inafastabilidade da jurisdição em relação aos direitos difusos e coletivos:

A ação civil pública é o instrumento processual conferido a determinados legitimados para a tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Trata-se, pois, de instrumento processual vocacionado a dar curso ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV) sempre que a lesão ou a ameaça de lesão estiver voltada para direitos ou interesses metaindividuais

(JUNIOR, SCIORILLI, 2021, p. 119-120)

Desse modo, observa-se que a presença do Ministério Público é um fator comum e extremamente relevante para a compreensão da ação civil pública, levando em conta o fato de que a promoção da referida ação é um dos objetivos institucionais desse órgão, tema que será aprofundado na seção seguinte.

2.2. Legitimidade ativa: predominância do Ministério Público

Como já mencionado no capítulo anterior, o procedimento da ação civil pública é regido pelas disposições da Lei nº 7.347/1985, que trata predominantemente do direito processual pertinente à tutela dos interesses difusos em detrimento do direito material, que é regido por outros diplomas legais (JUNIOR; SCIRIOLLI, 2021, p. 120 *apud* MANCUSO, 2006, p.28)³.

Assim sendo, em razão da natureza transindividual da titularidade dos direitos tutelados pela ação civil pública, o artigo 5º da Lei vem definir os legitimados para propô-la, conforme o seguinte rol:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

§1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

§2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes.

§3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.

³ JUNIOR; SCIRIOLLI, 2021, p. 120 *apud* MANCUSO, 2006, p. 28

A partir da leitura do artigo, percebe-se que a legitimidade para a proposição da ação civil pública é extraordinária e concorrente, pois trata-se de instrumento processual que permite que qualquer dos autorizados pela Lei demande em nome próprio direito alheio (JÚNIOR, SCIORILLI, 2021, p. 138), algo perfeitamente compreensível para a tutela de direitos pertencentes a um número indeterminado de pessoas.

A esse respeito, Violeta Sarti Caldeira frisa que, do ponto de vista político, a existência de legitimados extraordinários para tutelar direitos transindividuais indica a criação de um “grupo intermediário” nas relações entre cidadãos e Estado, considerando que, por vezes, o indivíduo não é suficientemente capaz de buscar a efetivação dos seus direitos sozinho:

Em termos de política clássica, existe uma associação que pode ser feita entre a defesa de interesses coletivos e a ideia da atuação política de *grupos intermediários* que atuariam na democracia em uma posição intermediária entre o Estado e os indivíduos. Esse modelo pode ser pensado nas teorias de Montesquieu (1973) e Tocqueville (1998) que concebem esses grupos intermediários como instituições importantes para frear o poder do Estado. O poder de um indivíduo frente ao Estado é quase nulo, a não ser que estejam organizados de forma coletiva, ligados por um interesse comum, capazes de fortalecer suas reivindicações. Assim, um indivíduo não tem autonomia para disputar um interesse trabalhista com seu patrão, mas a classe trabalhadora tem. Dessa forma, alguns interesses devem ser “coletivizados” para que sejam capazes de ser representados frente ao Estado. [...]
(CALDEIRA, 2017, p. 62-63)

Logo, o “agente intermediário” mais atuante na propositura das ações civis públicas é o Ministério Público, por todos os motivos já citados anteriormente neste trabalho, não obstante. tal postura proativa não esteve sempre presente na história da instituição, cujos papéis principais sempre foram (i) fiscalizar o cumprimento da lei, e (ii) ser titular da ação penal pública (ARANTES, 1999, p. 84).

Como bem relembra Arantes, a promulgação da Lei nº 6.938/1981, já mencionada previamente, representou um marco na mudança de postura do Ministério Público ao dispor, em seu artigo 14, §1º, que lhe compete a promoção de “ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente”, o que impulsionou a ampliação do interesse do órgão na defesa dos interesses difusos:

Nesse sentido, a Lei nº 6938, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente em 1981, pode ser considerada o marco jurídico inicial da normatização de interesses difusos e coletivos no Brasil e também da

inclusão de novos instrumentos processuais, em especial a legitimidade do MP para proposição de *ação de responsabilidade civil e criminal* por danos causados ao meio ambiente (art. 14, §1º). Pouco tempo depois, a Lei Complementar no 40, de 14 de dezembro de 1981, que deu nova organização nacional ao Ministério Público, definiu como uma de suas funções institucionais “promover a ação civil pública, nos termos da lei” (art. 3, III). Em concordância com a Lei Orgânica Nacional, a Lei Orgânica do MP do Estado de São Paulo, no ano seguinte, também fez referência à ação civil pública como um de seus instrumentos de atuação. Até então, entretanto, não havia regulamentação legislativa específica para esse novo instrumento processual. Somente em 1985, quatro anos após sua primeira aparição em textos legais, é que uma lei específica veio regulamentar com precisão esse novo tipo de ação — que aqueles textos apenas tangenciaram —, definindo seu objeto, o foro competente, a legitimação para utilizá-la, as atribuições do Ministério Público etc.

É interessante notar, portanto, que a ação civil pública “preexistiu” ao texto de 1985, que a regulamentou. Sem dúvida, trata-se de uma forma peculiar de evolução do direito, em que leis versando sobre assuntos específicos, por exemplo, o meio ambiente, ou textos de caráter institucional como as leis orgânicas do MP vão engendrando um novo mecanismo processual. No caso da lei sobre meio ambiente, o mecanismo aparece como forma nova, melhor adaptada à tutela de um tipo novo de interesse, que por ser difuso não encontra na organização tradicional do processo judicial meio adequado à sua defesa. No caso da lei orgânica do MP, é a própria instituição que, ao se reorganizar, inscreve entre as suas funções principais a proposição da ação civil pública, que só seria criada por lei própria três anos mais tarde. Há fortes indícios, portanto, de uma evolução legislativa e processual baseada na estratégia “dois passos para frente, nenhum para trás”, ou seja, leis que instituem direitos ou regulam atribuições de uma organização no mesmo ato lançam as bases para um aperfeiçoamento posterior. (ARANTES, 1999, p. 85)

Mas, em que pese o aumento da atuação do Ministério Público na defesa dos direitos difusos represente algo positivo em termos de efetivação, é preciso ponderar a respeito da sua predominância como autor da ação civil pública, superando até mesmo a União, os Estados e os Municípios, como bem notou Arantes:

A promoção da ação civil pública perante o Judiciário não é monopólio do Ministério Público. União, estados e municípios, autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista também estão legitimados a fazer uso dela. Além destes, a Lei no 7347/85 confere legitimidade a associações que estejam constituídas há pelo menos um ano e que incluam, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor e/ou ao patrimônio histórico e cultural (art. 5). Tal legitimação, conhecida como *concorrente*, visou democratizar o uso do novo instrumento, permitindo a defesa dos interesses coletivos por agentes públicos estatais e da sociedade civil. Entretanto, a experiência recente tem demonstrado que União, estados e municípios têm se apresentado mais no banco dos réus e menos na condição de autores das ações. De outro lado, as associações civis têm apresentado uma *performance* bastante tímida até agora, talvez por desconhecimento ou mesmo por falta de condições adequadas à utilização eficaz desse tipo de instrumento judicial. Aparentemente, é o Ministério Público quem mais tem se destacado no uso da ação civil pública, em todas as áreas dos direitos difusos e coletivos (ARANTES, 1999, p. 86)

Segundo Violeta Sarti Caldeira, a legitimidade extraordinária inerente a esse mecanismo processual demonstra verdadeira crise de representatividade, na medida em que aqueles atingidos pelas lesões a esses direitos raramente participam diretamente da sua defesa em juízo:

A constatação de que alguns direitos encontram dificuldade de serem defendidos pela via judicial com os instrumentos tradicionais do processo civil permitiu que se discutisse novos mecanismos de acesso ao Poder Judiciário. O paralelo com a representação eleitoral parece bastante evidente: a constatação de que alguns interesses não estavam sendo defendidos com base nos instrumentos tradicionais de representação, sobretudo o da eleição, permitiu que se desenvolvessem novos espaços de participação da sociedade nas políticas do Estado.

Entretanto, ao contrário do que ocorreu com as instâncias de decisão organizadas pela sociedade civil, a representação de interesses coletivos pela via judicial não encontrou, ainda, mecanismos razoáveis de controle do representante pelo representado. Na verdade, essa questão sequer foi colocada nos mecanismos judiciais de defesa de interesses coletivos. As ações civis públicas têm sido movidas nas mais diversas áreas sem que haja necessidade de participação alguma dos afetados pelas decisões dos processos judiciais.

(CALDEIRA, 2017, p. 64 a 65)

Ainda segundo a autora, o fato de que muitas das ações civis públicas incidem sobre consequências de decisões políticas constitui mais um obstáculo para a participação da sociedade na judicialização dos direitos sociais, porquanto a disputa com as deliberações do representante eleito agravam ainda mais a crise de representatividade que já existia na atuação do legitimado extraordinário em juízo (CALDEIRA, 2017, p. 65).

Por fim, importante evidenciar que a atuação predominante do Ministério Público em detrimento dos demais legitimados se dá em grande parte pela crença na hipossuficiência da sociedade brasileira para organizar-se e demandar por direitos, o que naturalmente acabou conferindo mais poderes processuais ao MP, algo também observado por Violeta Caldeira⁴ ao analisar a pesquisa de Rogério Arantes:

A pesquisa de Arantes descreve a construção política da criação do Ministério Público no país. Sua argumentação é clara no que tange a criação deste órgão como um projeto de poder. Sua pesquisa procura justamente definir quais significados políticos tinham esse projeto. Segundo o autor, a disputa do Ministério Público pela ampliação de poder, no que concerne à normatização dos direitos difusos e coletivos, estava articulada a uma concepção estratégica de que a sociedade civil brasileira sofria de suposta hipossuficiência, portanto, seria incapaz de buscar seus direitos, de forma autônoma, no âmbito da Justiça. [...]. Neste sentido, a tese de Arantes

⁴ CALDEIRA, 2009, p. 53 a 54 *apud* ARANTES, 2005, p. 231-262

descreve a criação do Ministério Público no Brasil em um contexto mais amplo de interpretação da política brasileira: da descrença nos meios democráticos – do direito liberal – para solução de conflitos, dada certa ideologia que põe em questão a capacidade do brasileiro de vislumbrar boas escolhas políticas. Esta crítica de Arantes pode ser associada à idéia de que, no Brasil, ainda não foi possível levar a cabo a noção de igualdade nos meios institucionais. O autor argumenta que a ampliação do poder do Ministério Público, em grande medida, veio associada a essa concepção de sociedade. Parte disso justifica-se pelo problema já apresentado neste trabalho de que o Ministério Público seria o defensor nato de bens inequívocos inscritos nas Leis.

Segundo a tese de Arantes, esta forma de interpretar o papel do Ministério Público na defesa dos direitos difusos e coletivos, acabou incorporada na legislação brasileira que não deu as mesmas armas institucionais para a representação de terceiros pela via judicial à sociedade civil e ao Ministério Público. Além dos problemas já apresentados neste trabalho, o autor afirma que a possibilidade de mover inquérito civil dada ao MP teria desequilibrado de uma vez por todas a defesa dos interesses transindividuais no país. Sua argumentação tem por base a ideia de que a legislação distribuiu recursos e incentivos que constroem a atuação das associações civis e tornam racional bater às portas do Ministério Público para que este exerça a representação de seus interesses.

(CALDEIRA, 2009, p. 53 a 54 *apud* ARANTES, 2005, p. 231-262)

Sendo assim, é possível concluir que, apesar a atuação do Ministério Público na promoção da ação civil pública seja indiscutivelmente um bom uso da institucionalização dos direitos difusos, a pouca participação da sociedade abre espaço para uma reflexão sobre formas mais adequadas de representatividade, inclusive na seara processual.

2.3. Efeitos da sentença, a inconstitucionalidade do artigo 16 da Lei nº 7.347/85 e seus impactos na tutela coletiva

Nos termos do artigo 16 da Lei nº 7.347/85, a sentença proferida em sede de ação civil pública possui eficácia erga omnes nos limites territoriais do órgão prolator, salvo em caso de insuficiência de provas:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Sem embargo, referido dispositivo foi alvo constante de discussão doutrinária, uma vez que seu texto colide frontalmente com o do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, que também regula a coisa julgada nas ações coletivas:

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

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

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

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

A esse respeito, a principal crítica da doutrina se concentra no fato do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública ser evidentemente mais restritiva do que o Código de Defesa do Consumidor, o que não parece adequado para uma ação cuja intenção é prover a tutela de interesses pertencentes a um número indeterminado de pessoas, tal como notado por Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery citados por Vidal Serrano Nunes Júnior e Marcelo Sciorilli:

[...] O regime da coisa julgada da LACP 16, com a redação dada pela L 9494/97, não mais se aplica a nenhuma ação coletiva. Não se aplica porque tem abrangência restrita, sendo que o sistema do CDC 103 é mais completo e atende às necessidades das sentenças proferidas nas ações coletivas. A LACP 16 também não pode ser aplicada a nenhuma ação coletiva por ser inconstitucional, já que ofende os princípios constitucionais do direito de ação (CF 5o XXXV), da razoabilidade e da proporcionalidade. Qualquer modificação na LACP 16 ou no CDC 103 para restringir os limites subjetivos da coisa julgada a território, o que per se é um absurdo jurídico ímpar, abstraindo-se de sua inconstitucionalidade, para que pudesse ter eficácia, deveria ter sido feita não apenas na LACP 16, mas também no CDC 103. Como isso não ocorreu, a L 9494/97 não produziu nenhum efeito. O juiz não poderá restringir os limites subjetivos da coisa julgada como preconizado pela LACP 16: deve aplicar o CDC 103, ignorando aquela norma inconstitucional (JÚNIOR e SCIORILLI, 2021, p. 148 *apud* NERY JÚNIOR e NERY, 2006, 258)

Seguindo a tendência doutrinária, em 2021, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 1.101.397/SP, que foi submetido ao

regime dos recursos repetitivos, reputou inconstitucional o artigo 16 da Lei nº 7.437/85, nos termos da ementa abaixo:

CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 16 DA LEI 7.347/1985, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 9.494/1997. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO DOS EFEITOS DA SENTENÇA AOS LIMITES DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR. REPERCUSSÃO GERAL. RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS DESPROVIDOS.

1. A Constituição Federal de 1988 ampliou a proteção aos interesses difusos e coletivos, não somente constitucionalizando-os, mas também prevendo importantes instrumentos para garantir sua plena efetividade.

2. O sistema processual coletivo brasileiro, direcionado à pacificação social no tocante a litígios meta individuais, atingiu status constitucional em 1988, quando houve importante fortalecimento na defesa dos interesses difusos e coletivos, decorrente de uma natural necessidade de efetiva proteção a uma nova gama de direitos resultante do reconhecimento dos denominados direitos humanos de terceira geração ou dimensão, também conhecidos como direitos de solidariedade ou fraternidade.

3. Necessidade de absoluto respeito e observância aos princípios da igualdade, da eficiência, da segurança jurídica e da efetiva tutela jurisdicional.

4. Inconstitucionalidade do artigo 16 da LACP, com a redação da Lei 9.494/1997, cuja finalidade foi ostensivamente restringir os efeitos condenatórios de demandas coletivas, limitando o rol dos beneficiários da decisão por meio de um critério territorial de competência, acarretando grave prejuízo ao necessário tratamento isonômico de todos perante a Justiça, bem como à total incidência do Princípio da Eficiência na prestação da atividade jurisdicional.

5. RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS DESPROVIDOS, com a fixação da seguinte tese de repercussão geral: "I - É inconstitucional a redação do art. 16 da Lei 7.347/1985, alterada pela Lei 9.494/1997, sendo ripristinada sua redação original. II - Em se tratando de ação civil pública de efeitos nacionais ou regionais, a competência deve observar o art. 93, II, da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). III - Ajuizadas múltiplas ações civis públicas de âmbito nacional ou regional e fixada a competência nos termos do item II, firma-se a prevenção do juízo que primeiro conheceu de uma delas, para o julgamento de todas as demandas conexas".

(Recurso Extraordinário nº 1.101.397/SP, Relator Min. Alexandre de Moraes, julgado em 08/04/2021, DJe 13/04/2021)

Na ocasião, o Relator Min. Alexandre de Moraes destacou em seu voto que a redação do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública violava frontalmente os princípios da igualdade e eficiência estabelecidos na Constituição Federal de 1988, porquanto impedia que os titulares dos direitos difusos se beneficiassem das sentenças proferidas em razão de ficção jurídica descabida:

Pretendeu-se, portanto, fracionar por células territoriais a defesa dos interesses difusos e coletivos de grupos menos determinados – ou até

indeterminados – de pessoas, limitar os efeitos da sentença unicamente aos titulares do direito pleiteado residentes no território do juiz sentenciante.

A alteração legislativa passou a exigir aos legitimados, nos casos em que a lesão ou ameaça a direito ou interesse fosse de âmbito regional ou nacional, a propositura de tantas demandas quanto fossem os territórios em que residem as pessoas lesadas, acarretando grave prejuízo ao necessário tratamento isonômico de todos perante a Justiça, bem como à total incidência do Princípio da Eficiência na prestação da atividade jurisdicional.

Ocorre, porém, que, na ação civil pública, os beneficiados podem ser indetermináveis – direitos difusos – , ou indeterminados, em um primeiro momento – direitos coletivos e individuais homogêneos –, sendo possível que os titulares do direito estejam dispersos em diferentes Municípios ou Estados; ou ainda em todos os Estados e Municípios brasileiros; mas sempre devendo ser observados, na efetividade da prestação jurisdicional, os princípios da igualdade e da eficiência

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo *a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais*, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, porque o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, como ocorre na presente hipótese.

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas, como, infelizmente, ocorreu com a nova redação do artigo 16 da LACP. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, o Poder Judiciário, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social ou mesmo por meros e irrazoáveis critérios territoriais.

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Como justificar que titulares de direitos difusos ou coletivos, somente por serem pertencentes a um grupo determinado ou determinável de pessoas, não possam ser alcançadas pelos efeitos *erga omnes* de decisão judicial por mera ficção territorial.

Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

(BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2017, pp. 14 a 16)

À vista disso, a decisão do Supremo Tribunal Federal não poderia ser mais acertada, tendo em mente que, como já exposto exaustivamente ao longo deste trabalho, a principal característica dos direitos difusos é a sua titularidade transindividual, de maneira que as lesões a esses direitos ultrapassam barreiras

territoriais, logo, não é certo privar os indivíduos que estão fora da jurisdição do órgão prolator das sentenças proferidas por ele.

A título de exemplo, tomemos um caso hipotético de uma ação civil pública, movida na justiça estadual, que condena um plano de saúde a cobrir dado exame médico. Seguindo-se a lógica do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, apenas os pacientes que vivem no Estado no qual a ação foi movida se beneficiariam da cobertura do exame, enquanto os seus pares residentes em outras localidades não, algo que configura uma discriminação legal descabida e sem justificativa, como bem explanou o Ministro Alexandre de Moraes.

Dessarte, a decisão do Supremo Tribunal Federal parece ser a mais adequada para a melhora da tutela dos direitos difusos, pois está fundada na sua própria natureza transindividual, que agora está em sintonia com os efeitos da tutela jurisdicional.

3. AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA TUTELA DO DIREITO À SAÚDE

3.1. Reflexões a respeito da judicialização da saúde

Atualmente, um dos temas mais discutidos em relação à tutela do direito à saúde é a sua extrema judicialização, tanto individual quanto coletiva. Embasadas nos princípios da universalidade e obrigatoriedade da prestação dos serviços de saúde pelo Estado, a quantidade dessas demandas vem aumentando gradativamente no país, motivando inclusive a criação, pelo Conselho Nacional de Justiça, do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde (Fonajus) por meio da Portaria nº 650/2009, com o intuito de coletar dados e propor melhorias para a enorme quantidade de demandas em saúde.

Segundo o Fonajus⁵, até o mês de agosto de 2022, já haviam sido ajuizadas cerca de 139 mil ações que diziam respeito ao direito da saúde neste ano, dividindo-se entre 89 mil ações a respeito da saúde pública e 50 mil sobre saúde suplementar. Além disso, atualmente, ainda existem aproximadamente 542 mil processos

⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Painel da Saúde, 2022. Estatísticas Processuais de Direito à Saúde. Disponível em < <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a6dfbee4-bcad-4861-98ea-4b5183e29247&sheet=3207f950-c0a7-4950-8906-76c930c8a579&opt=ctxmenu.currsel> > Acesso Em 27/11/2022.

pendentes de julgamento nessa matéria⁶, número que representa com clareza a dimensão dessa problemática.

A esse respeito, denota-se que a própria natureza do direito à saúde o torna propenso ser objeto de litígio, uma vez que, como descrito na seção 1.3 deste trabalho, a saúde também é considerada como sendo um direito de caráter social. Dessa forma, a prestação desse direito à população torna-se obrigação indelegável do Estado, que o faz por meio da edição de políticas públicas voltadas a esse fim.

Todavia, como apontam Bucci e Seixas, a falta de articulação entre os agentes estatais é a principal causa da não efetivação plena do direito à saúde, que se deve a diversos fatores:

A falta de articulação dos gestores do sistema de saúde constitui uma dificuldade adicional. Pois o usuário que demanda um medicamento ou providência não está em contato com as abstrações da política pública, mas apenas com as medidas concretas que satisfazem ou não suas demandas por atendimento.

A desarticulação não decorre apenas das características do federalismo brasileiro. A complexidade deste, é certo, explica, em parte, a dispersão de responsabilidades para a execução de uma política. O leque de competências legislativas e materiais, comum e concorrentes, reclama um nível de organização federativa elevado, cuja ausência ou debilidade dificulta a execução das ações de longo prazo em que se traduzem as políticas.

No plano da gestão pública, a desarticulação das esferas governamentais também se apresenta como dificuldade. A realização de metas, combinada com as necessárias medidas orçamentárias e financeiras correlatas, pode ser facilitada ou dificultada, dependendo da previsão das responsabilidades de cada um dos entes envolvidos. O arranjo jurídico-institucional deve prever, ainda, a sequência de relações recíprocas, de modo que a articulação entre os atores institucionais da política pública esteja baseada não apenas em regras de competência abertas ou gerais, mas acompanhada da previsão de procedimentos para a administração das situações de conflito e tensão, decorrentes dos limites dados pelas próprias regras.

(BUCCI, SEIXAS, 2017, p. 36)

Ainda, as demandas em saúde, como todas aquelas que envolvem direitos difusos, possuem a característica peculiar de que o objeto da discussão é indivisível, portanto, a decisão a respeito desse objeto afeta outras partes que não as participantes do litígio (BUCCI, SEIXAS, 2017, p. 176). Por essa razão, as autoras acreditam que os mecanismos tradicionais de resolução de conflitos existentes no ordenamento jurídico são insuficientes para lidar com os processos relacionados à área da saúde, enumerando as seguintes razões:

⁶ Idem

- a) a problemática da separação dos poderes, pela qual o Poder Judiciário não poderia imiscuir-se nas questões próprias dos poderes Executivo e Legislativo;
 - b) a intangibilidade da discricionariedade administrativa, que entende que o mérito dos atos administrativos é insuscetível de controle por parte do Poder Judiciário;
 - c) a questão orçamentária e a reserva do possível;
 - d) a legitimação política para decidir;
 - e) o processo contraditório bilateral, já que a justiça distributiva não pode ser feita a partir da lógica bilateral;
 - f) a inércia institucional do Poder Judiciário, que só age sobre provocação;
 - g) o precedente e a cultura jurídica, cuja prática atém-se mais a questões individuais e bilaterais;
 - h) o aparelhamento insuficiente do Poder Judiciário, que foi moldado para lidar com conflitos individuais e bilaterais e que não possui capacidade de obter as informações necessárias para a solução de questões sobre o meio ambiente, o aumento de uma tarifa de serviço público, o orçamento da educação pública
- (BUCCI, SEIXAS, 2017, pp. 178-179)

Dentre as problemáticas apresentadas, cumpre destacar a questão a respeito da justiça distributiva, apresentada na letra “h” da relação acima. De acordo com o conceito de José Reinaldo de Lima Lopes⁷, a justiça distributiva é aquela que trata da distribuição de bens coletivos, ou seja, aqueles que são indivisíveis por sua própria natureza (BUCCI, SEIXAS, 2017, p. 174 apud LOPES, 2006, pp. 165-167).

Por essa razão, como já abordado, apesar de existirem mecanismos processuais voltados à justiça distributiva, tais como as ações coletivas, a demanda desses direitos em juízo ainda é bastante complicada, tendo em vista que a lógica processual do ordenamento jurídico pátrio é predominantemente bilateral e individualista, o que por vezes impede o desenvolvimento de meios mais eficazes de litigar.

Nesse sentido, observa-se que essa cultura transparece no fato de que as ações individuais em saúde dominam os Tribunais do Brasil em detrimento das ações coletivas: segundo dados do Fonajus⁸, em 2022, foram julgadas no país aproximadamente 192 mil ações individuais, ao passo que as coletivas somavam apenas 6 mil. Outrossim, de acordo com a mesma organização⁹, entre julho de 2021 e julho de 2022, foram julgadas 48.608 ações ordinárias pelo procedimento comum

⁷ BUCCI, SEIXAS, 2017, p. 174 apud LOPES, 2006, pp. 165-167

⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Painel da Saúde, 2022. Estatísticas Processuais de Direito à Saúde. Disponível em < <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a6dfbee4-bcad-4861-98ea-4b5183e29247&sheet=3207f950-c0a7-4950-8906-76c930c8a579&opt=ctxmenu.currsel> > Acesso Em 27/11/2022.

⁹ Idem

em matéria de saúde, em face de 5.953 ações civil públicas julgadas no mesmo período.

Isto posto, com o fim de analisar a eficácia do processo coletivo para a tutela do direito à saúde, passa-se a análise de caso concreto de ação civil pública movidas no âmbito da saúde suplementar.

3.2. Estudo de caso: processo nº 0103278-15.2013.8.17.0001 – Cobertura de procedimento de mastectomia para redesignação de gênero

Primeiramente, cumpre ressaltar que o presente caso está inserido no contexto da saúde suplementar, ou seja, aquela prestada por empresas privadas em coexistência com o Sistema Único de Saúde. Por ser considerada uma atividade de relevância pública, o setor é altamente regulado, tendo como principal entidade fiscalizadora e normatizadora a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), contudo, ainda assim, as demandas envolvendo os planos de saúde são bastante presentes no Poder Judiciário (BUCCI, SEIXAS, 2017, p. 421), sendo responsáveis pelo ajuizamento de aproximadamente 240 mil novas ações no ano de 2021, segundo dados do Fonajus¹⁰.

Assim, trata-se de ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado de Pernambuco em face da operadora da saúde Amil – Assistência Médica Internacional S/A, com o objetivo de obter a cobertura de procedimento de mastectomia bilateral para fins de redesignação de gênero. Isso porque, a propositura da ação fora motivada por denúncia feita ao órgão por homem transgênero, que teve o seu pedido de realização do procedimento negado pelo plano de saúde, apesar da apresentação de laudo médico indicativo e da cirurgia constar do rol de procedimentos de cobertura obrigatória da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Na sentença¹¹, o juiz Cláudio da Cunha Cavalcanti, da 17ª Vara Cível da Comarca da Capital do Estado de Pernambuco/PE, julgou procedente o pedido formulado pelo Ministério Público, a fim de obrigar a Amil a cobrir a cirurgia de

¹⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Painel da Saúde, 2022. Estatísticas Processuais de Direito à Saúde. Disponível em < <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a6dfbee4-bcad-4861-98ea-4b5183e29247&sheet=3207f950-c0a7-4950-8906-76c930c8a579&opt=ctxmenu,currse> > Acesso Em 27/11/2022.

¹¹ Ver Anexo A

mastectomia para fins de redesignação, cumulada com a obrigação de pagar indenização por danos morais ao denunciante.

Nesta seção, serão comentados os três pontos mais relevantes da sentença para o estudo do processo coletivo, sendo o primeiro deles o destaque oferecido à legitimidade do Ministério Público para propor demandas relativas à interesses difusos em razão da sua indisponibilidade que, no caso do direito à saúde, é caracterizada pela relação com o direito à vida:

Não há dúvida da legitimidade do Ministério Público para propor demandas, quando se tratar de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Outrossim, em recente decisão no REsp 1.682.836/SP, o c. STJ, sob o rito dos recursos repetitivos

(Tema 766), fixou tese nos seguintes termos: "*O Ministério Público é parte legítima para pleitear tratamento médico ou entrega de medicamentos nas demandas de saúde propostas contra os entes federativos, mesmo quando se tratar de feitos contendo beneficiários individualizados, porque se refere a direitos individuais indisponíveis, na forma do art. 1º da Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público).*"

Como salientado na ocasião pelo relator, Ministro Og Fernandes, no caso do direito à saúde, a jurisprudência do STF e do próprio STJ é no sentido da correspondência da saúde com o direito à vida - correlação da qual decorre a característica da indisponibilidade. Interessante, ainda, trazer ensinamento de Hugo Nigro Mazzilli: "*A atuação do Ministério Público em defesa de interesses individuais de consumidores poderá ocorrer quando a questão diga respeito a questões de saúde, educação, ou outras matérias indisponíveis ou de grande relevância social. Assim, tanto é problema do promotor de justiça zelar pelo acesso à educação de centenas ou milhares de menores, como de apenas uma única criança; tanto lhe é relevante a comercialização de milhares de ampolas de um medicamento prejudicial à saúde, como a de uma só*" (A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: Meio Ambiente Consumidor e Outros Interesses Difusos e Coletivos. 8 Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, P. 99).

Em seguida, como é característico das demandas coletivas, a sentença salienta a natureza transindividual da tutela pleiteada pelo Ministério Público, que pretende beneficiar não só o autor da denúncia que motivou a ação:

Inobstante, exige-se o adentramento na análise do comportamento da demandada, uma vez que a pretensão do Ministério Público não se resume, como já dito, à proteção daquele único consumidor (pede uma tutela híbrida).

No mais, o magistrado pontua que a autorização do procedimento de mastectomia bilateral é procedimento fundamental para o bem-estar físico e psíquico dos homens transgêneros que desejam se submeter ao procedimento, entendimento

que está em consonância com a atual concepção de saúde, que não se restringe apenas à cura:

Esclareço, para terminar, que a mastectomia masculina ou masculinizadora é um tipo de cirurgia plástica feita com o intuito de dar uma aparência masculina ao tórax de uma mulher, e contribui para a promoção da saúde mental e bem estar físico e social. Não se trata de cirurgia estética, mas de procedimento necessário, o qual não pode ser negado pelo plano.

Sendo assim, fica claro que o caso estudado reúne todas as condições ideais para a tutela do direito à saúde, na medida em que (i) trata-se de ação de natureza coletiva, cujos efeitos da sentença atingirão o maior número de pessoas possível, (ii) a demanda foi proposta pelo Ministério Público, o que demonstra cumprimento do seu objetivo institucional de tutelar os direitos difusos, e (iii) foi adotada uma perspectiva ampla de saúde, em consonância com o entendimento nacional e internacional do tema.

4. CONCLUSÕES

A partir do presente trabalho, pudemos observar que o potencial da ação civil pública na tutela do direito à saúde é subaproveitado, algo que pode ser explicado em parte pela predominância do Ministério Público nessa seara, em razão da forte ideia de hipossuficiência da sociedade brasileira. Nessa perspectiva, urge uma mudança cultural no âmbito da defesa dos direitos difusos, a fim de que os demais legitimados sejam incentivados a serem mais presentes na propositura de demandas coletivas como força de ampliação da participação democrática da população ante o Poder Judiciário.

Segundamente, o número consideravelmente maior de ações individuais em matéria de saúde evidencia a necessidade de se repensar o sistema processual coletivo vigente no país, com o aperfeiçoamento de ações como a ação civil pública para que a judicialização da saúde diminua e produza melhores resultados em prol de um número maior de pessoas.

No mais, cumpre sinalizar que, apesar de não ser o instrumento processual mais adequado, a ação civil pública demonstra-se eficaz para a tutela do direito à saúde, em especial pelo amplo alcance dos efeitos da sua sentença.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 3. ed. São Paulo Thomson Reuters 2019 Revista dos Tribunais 1502 p. ISBN 9788553216512.

ACCA, T.D. S. **Teoria brasileira dos direitos sociais**. (Coleção direito em contexto. Problemas dogmáticos). São Paulo: Editora Saraiva, 2013. 9788502209213.

ALMEIDA, João Batista D. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. E-book. ISBN 9788502616837. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9788502616837/>. Acesso em: 25 nov. 2022.

ALBUQUERQUE, Hugo Thomas de Araujo. **A tensão entre a regra da maioria e a proteção de minorias na democracia brasileira contemporânea**. São Paulo, 2016. 137 p.

ARANTES, Rogério Bastos. **Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos**. Revista Brasileira de Ciências Sociais [online]. 1999, v. 14, n. 39 [Acessado 17 Novembro 2022], pp. 83-102. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0102-69091999000100005>>. Epub 25 Maio 2000. ISSN 1806-9053. <https://doi.org/10.1590/S0102-69091999000100005>.

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Manual de direitos difusos**. São Paulo, 2009 779 p.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10. São Paulo: Saraiva Jur, 2022 1 recurso online. ISBN 9786555596700.

BRANCO FILHO, Thelmo de Carvalho Teixeira; VILHENA, Marlene dos Santos; SOUZA, Andreza Sibelle Holanda de (org.); MACIEL, Alexandre Dias (colab.). **A contemporaneidade dos direitos civis, difusos e coletivos: estudos em homenagem a Professora Dra. Regina Vera Villas Boas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. [22], 394 p. ISBN 9788551914601.

BRASIL, **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, DF, 2 de setembro de 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938compilada.htm .

BRASIL, **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 12 de setembro de 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm .

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm .

BRASIL. **Lei Complementar nº 40 de 14 de dezembro de 1981**. Estabelece normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 15 de dezembro de 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp40.htm .

BRASIL. **Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 25 de julho de 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm .

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1.101.397/SP**. Constitucional e processo civil. Inconstitucionalidade do art. 16 da Lei 7.347/1985, com a redação dada pela Lei nº 9.494/1997. Ação civil pública. Impossibilidade de restrição dos efeitos da sentença aos limites da competência territorial do órgão prolator. Repercussão geral. Recursos extraordinários desprovidos. Recorrente: Caixa Econômica Federal, Banco Bradesco S.A., Banco Alvorada S.A., Banco do Brasil S/A, Itaú Unibanco S/A. Recorrido: Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. Relator> Min. Alexandre de Moraes, 8 de abril de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756135788>

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria nº 650 de 20 de novembro de 2009.** Cria grupo de trabalho para estudo e proposta de medidas concretas e normativas para as demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Diário Oficial da União, Brasília, 24 de novembro de 2009. Disponível em < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/695> > Acesso em 27/11/2022.

BUCCI, Maria Paula D.; SEIXAS, Duarte C. **Judicialização da saúde** - DIG. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. E-book. ISBN 9788547211295. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547211295/>. Acesso em: 27 nov. 2022.

CALDEIRA, Violeta Sarti. **Política, direito e representação de interesses coletivos pela via judicial: vinte anos de ação civil pública.** 2009. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

CALDEIRA, Violeta Sarti. **Representação de interesses coletivos pela via judicial: dez anos de ações civis públicas julgadas no Superior Tribunal de Justiça.** 2017. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

CAMIMURA, Lenir. Conselho Nacional de Justiça, 2022. **Dados processuais de saúde podem ser monitorados em painel do CNJ.** Disponível em < <https://www.cnj.jus.br/dados-processuais-de-saude-podem-ser-monitorados-em-painel-do-cnj/#:~:text=Em%202022%2C%20j%C3%A1%20foram%20registradas,entre%20as%20partes%2C%20em%202021.> > Acesso em 27/11/2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Painel da Saúde, 2022. **Estatísticas Processuais de Direito à Saúde.** Disponível em < <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a6dfbee4-bcad-4861-98ea-4b5183e29247&sheet=3207f950-c0a7-4950-8906-76c930c8a579&opt=ctxmenu,currsel> > Acesso Em 27/11/2022.

DEL GAIZO, Flávia Vianna. **Evolução histórica das ações coletivas – enfoque especial para o surgimento das ações coletivas passivas.** Grupo de Pesquisa Tutela Jurisdicional dos Direitos Coletivos, 2005. Disponível em:

https://www5.pucsp.br/tutelacoletiva/equipe/flavia_viana_del_gaizo.html. Acesso em 21/11/2022.

FARQUI, Thomaz Corrêa. **Restrições à prova nas ações civis públicas para a tutela de direitos difusos**. 2020 280 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020-02-10.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Tutela de interesses difusos e coletivos**. São Paulo Saraiva 2018 (Sinopses jurídicas 26). ISBN 9788553608874.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do Anteprojeto do CDC e da Lei do Superendividamento**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. 1 recurso online. ISBN 9786559645527.

JÚNIOR, Vidal Serrano N.; SCIORILLI, Marcelo. **Manual de processo constitucional: mandado de segurança, ação civil pública, ação popular, habeas data, mandado de injunção, ADIN**. São Paulo: Almedina Brasil, 2021 1 recurso online. ISBN 9786556273112.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 318 p. ISBN 9788520341599.

MITIDIERO, Daniel. **Processo constitucional: do controle ao processo, dos modelos ao sistema**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. 172 p. ISBN 9786559912988.

PIRES, Caio Vinicius. **O acesso à justiça como medida de efetivação do direito social à saúde**. 2021 Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, São Paulo, 2021.

RIZZARDO, Arnaldo. **Ação civil pública e ação de improbidade administrativa**. 3. ed. Rio de Janeiro Forense 2014 ISBN 978-85-309-5660-8.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022 1 recurso online. ISBN 9786553620490.

SOUZA, Motaury Ciocchetti de. **Ação civil pública e inquérito civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. 9788502202542.

VIANNA, Luiz Werneck e BURGOS, Marcelo Baumann. **Entre princípios e regras: cinco estudos de caso de Ação Civil Pública**. Dados [online]. 2005, v. 48, n. 4 [Acessado 26 Novembro 2022], pp. 777-843. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0011-52582005000400003>>. Epub 07 Mar 2008. ISSN 1678-4588. <https://doi.org/10.1590/S0011-52582005000400003> .

**ANEXO A – Inteiro teor da sentença proferida nos autos do processo nº
0103278-15.2013.8.17.0001**

Vistos etc.

O Ministério Público do Estado de Pernambuco promoveu a presente ação civil pública contra Amil Assistência Médica Internacional S/A, visando a proteção de direitos e interesses da pessoa de Isabela Farias Pessoa Tenório (nome social Leonardo), diagnosticada como transexual (CID-10 F64.0), ao argumento de que o plano negou autorização para uma cirurgia de mastectomia bilateral, recomendada pelo médico assistente. Sustenta que o procedimento consta do rol de cobertura obrigatória da RN 262/11 da ANS e que o contrato traz previsão de tratamento de transtornos psiquiátricos, de modo que a negativa é indevida, até porque a Resolução 1.955/10 do CFM retirou o seu caráter experimental.

Destarte, vem requerer concessão de tutela antecipada a fim de compelir a demandada a autorizar a realização do tratamento de forma integral. Ao final, pede que seja confirmada a liminar, bem como condenada a ré ao pagamento de indenização pelos danos morais coletivos e os individualmente sofridos, a serem apurados em posterior liquidação.

Instruiu o pedido com os documentos de fls. 23/61, em especial laudos psiquiátricos e médicos, instrumento contratual e justificativas da operadora do plano.

Em despacho de fl. 200, o magistrado postergou a análise do pedido antecipatório de tutela, determinando a citação da demandada, pelo que foi comunicada a interposição de agravo de instrumento (fls. 201/217). A medida de urgência foi alcançada junto ao Tribunal (fls. 229/232).

Citado, o réu ofereceu resposta, em forma de contestação (fls. 241/274), suscitando preliminarmente a carência da ação, sob o argumento de que os pedidos contidos na exordial são sustentados única e exclusivamente em um fato isolado, não podendo servir de fato indutor para uma tutela coletiva, visto a inexistência de prova inequívoca de direitos individuais homogêneos. Pediu ainda pela intervenção da ANS. No mérito, afirmou que os procedimentos cirúrgicos para o tratamento do transexualismo não integram o rol mínimo obrigatório estabelecido pela ANS, tampouco o contrato celebrado entre o demandado e seus beneficiários. Alegou ter a ANS arquivado a reclamação realizada por Leonardo Tenório contra a operadora e que o procedimento de mastectomia bilateral deve ser precedido de cirurgia de redesignação de gênero.

Sustentou não ser o transexualismo transtorno psiquiátrico e que o procedimento pugnado pode ser realizado em hospitais credenciados pelo SUS. Ao fim, atacou o pleito de danos morais, face a ausência dos seus requisitos. Juntou os documentos de fls. 275/462.

Houve Réplica, fls. 466/481, na qual o autor rebate as preliminares e insiste que a recusa foi ilegal, pois o procedimento foi indicado pelos profissionais de saúde como necessário à saúde do paciente e é de cobertura obrigatória. Salienta que o fato da cirurgia já ter se realizado pelo SUS não retira a obrigação da ré de arcar com os custos que recaíram sobre a sociedade, bem como que deve haver a reparação dos danos morais coletivos.

Em petição de fls. 488/490, o órgão ministerial pediu que fosse trazida aos autos a documentação comprobatória do procedimento junto ao SUS, no que foi atendido (fls. 515/558).

A Secretaria certificou o trânsito em julgado da decisão do agravo (fl. 562).

A Procuradoria Federal e a ANS prestaram esclarecimentos a respeito da sistemática para o ressarcimento das despesas (fls. 571/577).

Chamadas a produzirem provas (fls. 578/580), as partes mostraram-se satisfeitas com as já existentes (fls. 583/588 e 602/608).

Os autos vieram remetidos da 17ª Vara Cível da Capital - Seção A para esta Central de Agilização Processual no estado em que se encontram.

É o relatório.

DECIDO.

Esta ação civil pública teve ensejo na defesa de direito individual de consumidor de plano de saúde, o qual não obteve cobertura para procedimento cirúrgico recomendado pelo médico assistente. O Ministério Público, contudo, vai mais além, e pretende que seja declarada a obrigação da operadora de autorizar o procedimento a todos os usuários do plano. Ou seja, a tutela jurisdicional buscada beneficiaria não só aquele que fez a representação junto ao Parquet, mas também os demais consumidores do serviço médico em igual situação, tanto os atuais como os futuros. Não há dúvida da legitimidade do Ministério Público para propor demandas, quando se tratar de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Outrossim, em recente decisão no REsp 1.682.836/SP, o c. STJ, sob o rito dos recursos repetitivos (Tema 766), fixou tese nos seguintes termos: "O Ministério Público é parte legítima para pleitear tratamento médico ou entrega de medicamentos nas

demandas de saúde propostas contra os entes federativos, mesmo quando se tratar de feitos contendo beneficiários individualizados, porque se refere a direitos individuais indisponíveis, na forma do art. 1º da Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público)."

Como salientado na ocasião pelo relator, Ministro Og Fernandes, no caso do direito à saúde, a jurisprudência do STF e do próprio STJ é no sentido da correspondência da saúde com o direito à vida

- correlação da qual decorre a característica da indisponibilidade. Interessante, ainda, trazer ensinamento de Hugo Nigro Mazzilli: "A atuação do Ministério Público em defesa de interesses individuais de consumidores poderá ocorrer quando a questão diga respeito a questões de saúde, educação, ou outras matérias indisponíveis ou de grande relevância social. Assim, tanto é problema do promotor de justiça zelar pelo acesso à educação de centenas ou milhares de menores, como de apenas uma única criança; tanto lhe é relevante a comercialização de milhares de ampolas de um medicamento prejudicial à saúde, como a de uma só" (A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: Meio Ambiente Consumidor e Outros Interesses Difusos e Coletivos. 8 Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, P. 99).

Bom frisar que ao negar a cobertura do procedimento cirúrgico (mastectomia bilateral para pacientes transexuais), sob fundamento de ausência de previsão contratual, a ré acaba por atingir não somente o direito individual daquele envolvido na situação concreta, mas de muitos outros consumidores do plano de saúde que tiveram ou possam vir a ter a mesma pretensão negada, o que traduz a transindividualidade dos interesses em discussão. O STJ já decidiu no julgamento do REsp 1.293.606/MG que "As tutelas pleiteadas em ações civis públicas não são necessariamente puras e estanques. Não é preciso que se peça, de cada vez, uma tutela referente a direito individual homogêneo, em outra ação uma de direitos coletivos em sentido estrito e, em outra, uma de direitos difusos, notadamente em se tratando de ação manejada pelo Ministério Público, que detém legitimidade ampla no processo coletivo. Isso porque embora determinado direito não possa pertencer, a um só tempo, a mais de uma categoria, isso não implica dizer que, no mesmo cenário fático ou jurídico conflituoso, violações simultâneas de direitos de mais de uma espécie não possam ocorrer."

Pois bem. No que diz respeito ao consumidor Leonardo Tenório (nome de nascimento Isabela Farias Pessoa Tenório), este, antes da decisão antecipatória de tutela (obtida

junto ao TJPE em 16/12/2014) ou mesmo da citação/intimação da operadora de plano de saúde (em 23/12/2014), conseguiu a cirurgia pelo SUS, realizada no Hospital das Clínicas em 02/10/2014 (fls. 515/558).

Desta forma, há patente perda de interesse superveniente no que diz respeito à obrigação de fazer, não mais necessária ao usuário específico do plano.

Inobstante, exige-se o adentramento na análise do comportamento da demandada, uma vez que a pretensão do Ministério Público não se resume, como já dito, à proteção daquele único consumidor (pede uma tutela híbrida). Nesta senda, o argumento da operadora é de que o procedimento de mastectomia bilateral (extração das mamas) não está previsto no rol mínimo da ANS e não há cobertura contratual, sendo legítima, desta forma, a negativa de autorização.

O contrato, no item 12.1.20 do Capítulo 12º, que trata das exclusões de coberturas, dispõe o seguinte (fls. 137/158): 12.1 - Este contrato NÃO PREVÊ COBERTURA DE CUSTOS OU REEMBOLSO para os

eventos excluídos ou sem cobertura obrigatória pela Lei nº 9.656/98 e sua regulamentação, entre os quais os seguintes: 12.1.20 - Todos e quaisquer procedimentos não constantes do Rol de Procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), vigente à época do evento.

Vale dizer que a natureza do rol de procedimentos da ANS está no cerne da hiperjudicialização da saúde suplementar experimentada no Brasil. O tema é controverso e gera divergência no STJ, onde as turmas que julgam matéria de Direito Privado entendem de forma oposta, ainda não tendo sido definida a questão. A jurisprudência predominante acerca do tema sempre se inclinou à noção de que o rol tem uma natureza exemplificativa, contemplando as coberturas mínimas obrigatórias, mas não excluindo outros procedimentos ou tratamentos que se façam necessários, por expressa indicação médica, para o tratamento de doença coberta contratualmente (nesse sentido: AgInt no AREsp 1.353.908/BA).

Contudo, recentemente, a 4ª Turma, no julgamento do REsp 1.733.013/PR, sinalizou uma possível mudança de entendimento, posicionando-se pela taxatividade, tendo o acórdão restado assim ementado:

PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE. RECURSO ESPECIAL. ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE ELABORADO PELA ANS. ATRIBUIÇÃO DA AUTARQUIA, POR EXPRESSA DISPOSIÇÃO LEGAL E NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DOS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL. CARACTERIZAÇÃO COMO RELAÇÃO

EXEMPLIFICATIVA. IMPOSSIBILIDADE. MUDANÇA DO ENTENDIMENTO DO COLEGIADO (OVERRULING). CDC. APLICAÇÃO, SEMPRE VISANDO HARMONIZAR OS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO- FINANCEIRO E ATUARIAL E SEGURANÇA JURÍDICA. PRESERVAÇÃO. NECESSIDADE. RECUSA DE COBERTURA DE PROCEDIMENTO NÃO ABRANGIDO NO ROL EDITADO PELA AUTARQUIA OU POR DISPOSIÇÃO CONTRATUAL. OFERECIMENTO DE PROCEDIMENTO ADEQUADO, CONSTANTE DA RELAÇÃO ESTABELECIDADA PELA AGÊNCIA. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. INVIABILIDADE.

Tenho que é abusiva a cláusula que limita os procedimentos ou tratamentos a serem utilizados para a cura ou para amenizar os efeitos de uma moléstia. Compete apenas ao médico a escolha sobre o tratamento mais adequado a cada caso, e não pode a seguradora limitar genericamente os tratamentos e procedimentos ao rol da ANS, ou ao seu próprio rol de tratamentos, porquanto, como é cediço, o rol de procedimentos da ANS não contempla todos os novos avanços da ciência. Aqui anotada a oportuna advertência de CLÁUDIA LIMA MARQUES, no sentido de que, em contratos de plano de saúde, "exclusões genéricas desequilibram o conteúdo do contrato de seguro-saúde, de planos de saúde e dos demais seguros relacionados à saúde" (in Contratos no CDC, RT, 4a ed., 838).

Enfim, acompanho o entendimento de que o rol da ANS não tem caráter de enumeração taxativa, mas tão somente aponta os procedimentos a serem minimamente observados pelos planos de saúde, sendo as resoluções por ela editadas atos normativos secundários inaptos a impor limitações aos direitos do consumidor. O fato de ANS não relacionar determinado tratamento não obsta sua cobertura, pois referido rol serve apenas como referência para os planos de saúde privados. Ou seja, sua natureza é exemplificativa. Acrescento que, no caso presente, a Resolução Normativa 262/11 ANS, em seu Anexo I, incluiu a mastectomia no rol de procedimentos obrigatórios

(<http://www.ans.gov.br/images/stories/Legislacao/rn/anexosrn211alteracoes.pdf>), sem fazer qualquer consideração a respeito de "mamas doentes ou não saudáveis". O mesmo pode se dizer da RN 338, de 21/10/2013, que trouxe atualização e revogou a RN 262. A operadora ré busca amparo em manifestação da ANS (fls. 421/422), uma vez que a Agência insere a mastectomia no contexto do tratamento do câncer, decorrência do art. 10-A da Lei 9.656/981. O procedimento seria obrigatório tão somente para beneficiários com diagnóstico de câncer de mama, lesões traumáticas e tumores em geral.

Ora, o procedimento de mastectomia é também de suma importância para aqueles diagnosticados como transexuais e está ligado ao restabelecimento e garantia da saúde, não podendo a justificativa de mamas saudáveis servir para afastar o tratamento. Na transexualidade há uma transposição na correlação do sexo anatômico e psicológico, ou seja, a pessoa tem o corpo de um sexo, porém sente-se como pertencente ao sexo oposto. Há uma incongruência entre a realidade física e psicológica, criando no sujeito um desconforto perante a sociedade, dificultando o convívio com o seu próprio corpo, tendo em vista que se vê e se reconhece como uma pessoa do sexo oposto.

De acordo com MARIA HELENA DINIZ, a transexualidade é uma condição em que a pessoa rejeita seu sexo genuíno, anatomia natural, passando a se identificar, inteiramente, com o sexo oposto. (Curso de Direito Civil, Vol. 5, 2002, p. 231). A doutrinadora ARACY AUGUSTA LEME KLABIN define da seguinte forma: "O transexual é um indivíduo, anatomicamente de um sexo, que acredita firmemente pertencer ao outro sexo. Essa crença é tão forte que o transexual é obcecado pelo desejo de ter o corpo alterado a fim de ajustar-se ao "verdadeiro" sexo, isto é, ao seu sexo psicológico" (apud LACERDA, Hamilton Hudson. Transexualismo. Biblioteca Digital Jurídica - STJ. Brasília: 2007, p. 2. Disponível em:. Acesso em: 02.01.2010).

Trago, também, a lição de PAULO ROBERTO CECCARELLI, Doutor em Psicopatologia Fundamental e Psicanálise pela Universidade de Paris: "(...) O sofrimento psíquico do transexual se encontra no sentimento de uma total inadequação entre, de um lado, a anatomia do sujeito e seu "sexo psicológico" e, de outro lado, este mesmo "sexo psicológico" e sua identidade civil. Essas pessoas, cujo sentimento de identidade sexual não concorda com a anatomia, manifestam uma exigência compulsiva, imperativa e inflexível de "adequação do sexo", expressão utilizada pelos próprios transexuais; como se elas, face a esta convicção de incompatibilidade entre aquilo que são anatomicamente e aquilo que se sentem ser, se encontrassem num corpo disforme, doente e monstruoso. Um tal sentimento pode chegar ao ponto de levar o sujeito à auto-emasculação e até mesmo ao suicídio. À reivindicação de "adequação do sexo", segue-se a mudança do nome e a de retificação da certidão de nascimento." (CECARRELI, Paulo Roberto. Transexualismo e identidade sexuada).

É importante esclarecer que a condição de transexual é, por exemplo, totalmente diversa daquela vivenciada pelo homossexual e reclama tratamento diferenciado. O

indivíduo homossexual possui atração pelo sexo oposto, porém preserva a identidade masculina ou feminina, assim como os travestis, que usam o sexo oposto para exercerem algum tipo de função ou trabalho. O transexualismo trata-se, assim, de um desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto. Este desejo se acompanha em geral de um sentimento de mal-estar ou de inadaptação por referência a seu próprio sexo anatômico e do desejo de submeter-se a uma intervenção cirúrgica ou a um tratamento hormonal a fim de tornar seu corpo tão conforme quanto possível ao sexo desejado. É considerado uma desordem da sexualidade, de ordem psicológica e médica, que se caracteriza por uma inversão da identidade de gênero do indivíduo, que conduz a uma neurose obsessiva, e se traduz em uma identificação psicológica oposta aos órgãos genitais externos e além de um desejo compulsivo de modificação do sexo morfológico.

Em suma, o transexualismo ou transexualidade, também denominado de neurodiscordância de gênero, hermafroditismo psíquico ou síndrome da disforia sexual ou do gênero, deve ser considerado como um distúrbio psíquico capaz de dar ao sujeito uma denotação invertida de sua real identidade sexual, criando em si mesmo uma repugnância, seja da sua identidade genuína (feminina ou masculina), seja de seus próprios órgãos íntimos, tornando mais intensa a vontade de deles se livrar. É definido no CID 10 F64.0, segundo Classificação Internacional de Doenças, aprovada pela Organização Mundial de Saúde. De acordo com GENIVAL VELOSO DE FRANÇA (Medicina legal. 7.ed. Rio de Janeiro).

Editora Guanabara Koogan S.A., 2004, p.235), citando a definição de Roberto Farina, é: "(...) uma pseudo-síndrome psiquiátrica, profundamente dramática e desconcertante, na qual o indivíduo se identifica com o gênero oposto. Trata-se, pois, de uma inversão psicossocial, uma aversão e uma negação ao sexo de origem, o que leva esses indivíduos a protestarem e insistirem numa forma de cura através da cirurgia de reversão sexual, assumindo, assim, a identidade do seu desejado gênero". Não se pode, pois, restringir o procedimento de mastectomia apenas a casos de câncer, devendo aos usuários do plano administrado pela ré, diagnosticados como transexuais e preenchidos os requisitos, quando haja recomendação do médico assistente, também ser dada a cobertura, ainda mais levando em consideração que a cláusula 11.7 do contrato traz previsão para tratamento de transtornos psiquiátricos, verbis: 11.7 - Estão cobertos pelo presente contrato, nos limites do plano escolhido, observando-se, entre outros, a segmentação, a área de abrangência estabelecida no

contrato e as hipóteses contempladas no Rol de Procedimentos editado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), os tratamentos básicos (em ambiente ambulatorial) e de internação (em regime hospitalar) de todos os transtornos psiquiátricos codificados pelo CID-10, incluídos os procedimentos médicos necessários ao atendimento das lesões autoinfligidas.

Conforme firme jurisprudência, "é abusiva a cláusula que exclua da cobertura do plano de saúde algum tipo de procedimento ou medicamento necessário para assegurar o tratamento de doenças previstas pelo referido plano" (STJ, AgRg no AgRg no AREsp 90117/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado 10/09/2013).

Esclareço, para terminar, que a mastectomia masculina ou masculinizadora é um tipo de cirurgia plástica feita com o intuito de dar uma aparência masculina ao tórax de uma mulher, e contribui para a promoção da saúde mental e bem-estar físico e social. Não se trata de cirurgia estética, mas de procedimento necessário, o qual não pode ser negado pelo plano.

Assim, é de se acolher o pedido feito pelo Ministério Público para determinar que a ré, diante da nulidade da cláusula de exclusão de cobertura, autorize o procedimento de mastectomia dos seus usuários, presentes e futuros, diagnosticados como transexuais (CID 10 F64.0) e que preencham os requisitos estabelecidos pelo Conselho de Medicina.

Quanto à reparação dos danos morais, pleiteados individual e coletivamente, faço as seguintes observações. A seguradora julgava estar acobertada por cláusula contratual e, mais ainda, por entendimento manifestado pela agência reguladora do setor (ANS). A indenização por dano moral em caso de descumprimento contratual de plano de saúde trata-se de exceção, e somente é concedida quando a negativa da operadora evidencia má-fé.

Em outras palavras, a recusa da ré se deu amparada em causa contratual que excluiria o procedimento. A consideração, agora feita na Justiça, de abusividade do contrato não pode dar ensejo ao acolhimento da pretensão indenizatória. Compartilho do entendimento do c. STJ quando decidiu que "não configura dano moral in re ipsa a recusa de tratamento expressamente excluído em contrato de plano de saúde, ainda que posteriormente a cláusula seja tida por abusiva e o tratamento venha a ser custeado por força de decisão judicial" (AgInt nos EDcl no REsp 1.718.060/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 05/09/2018).

A Súmula nº 35 do TJPE tem a aplicação prejudicada no caso. De outro giro, em tese, é possível reconhecer o dano moral coletivo, mesmo quando a ação coletiva versar - prioritária, mas não exclusivamente - sobre direitos individuais homogêneos (como é o caso). Contudo, não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva (REsp 1.221.756/RJ, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/02/2012).

Embora possa se afirmar cabível o dano moral coletivo como categoria autônoma de dano, a qual não se relaciona necessariamente com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico), na hipótese em julgamento não vislumbro os mencionados danos coletivos, difusos ou sociais.

A causa de pedir hospeda-se em uma específica cláusula contratual que restringia, indevidamente, a cobertura de procedimento cirúrgico a uma parcela bem limitada dos usuários (transexuais). Porém, dessa cláusula ilegal não decorreram outras consequências lesivas além daquelas experimentadas por quem, concretamente, teve o tratamento embaraçado. Não se vislumbra dano de ordem coletiva - cujas vítimas seriam os atuais contratantes do plano -, tampouco de ordem difusa - os indetermináveis futuros contratantes do plano de saúde.

Na verdade, a cláusula contratual restritiva permanece inoperante até que algum contratante venha a pleitear o serviço por ela excluído. Antes disso, é mera previsão contratual abstrata, incapaz de gerar qualquer efeito fora da idealização normativa avençada. Assim decidiu o STJ no REsp 1.293.606/MG.

Esclareço, por fim, que o artigo 32 da Lei do Plano de Saúde prevê o reembolso das operadoras ao SUS pela utilização do serviço público pelo usuário que possui assistência à saúde privada. Além de analisar ação direta de inconstitucionalidade sobre o tema (ADI 1.931), o Plenário do STF aprovou tese em recurso com repercussão geral (RE 597.064), nos seguintes termos: "É constitucional o ressarcimento previsto no artigo 32 da Lei 9.656/1998, o qual é aplicável aos procedimentos médicos, hospitalares ou ambulatoriais custeados pelo SUS e posteriores a 04/06/1998, assegurados o contraditório e a ampla defesa no âmbito administrativo em todos os marcos jurídicos".

Caberá, porém, ao órgão próprio realizar a cobrança.

Isto Posto, i) no que diz respeito à tutela individual de obrigação de fazer, extingo o processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC, diante da ausência superveniente de interesse de agir; ii) quanto à tutela coletiva, acolho a pretensão inicial para reconhecer a nulidade da cláusula limitativa e obrigar a seguradora ré a dar cobertura ao procedimento cirúrgico de mastectomia bilateral aos seus usuários, presentes e futuros, que sejam diagnosticados como transexuais (CID 10 F64.0) e preencham os requisitos do Conselho de Medicina para se submeterem à cirurgia, estabelecendo a multa de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada negativa em descumprimento desta decisão; iii) julgo improcedente o pedido de indenização por danos morais, individual e coletivo.

Não evidenciada má-fé, e diante do princípio da simetria, deixo de condenar em honorários advocatícios (art. 18 da Lei 7347/85 e AgInt no AREsp 506.723/RJ), porém a parte ré deverá arcar com 50% do valor das custas.

Publique-se, registre-se e intimem-se. Recife (PE), 12 de maio